



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL.

Derechos fundamentales y decisión judicial.

Algunos criterios para la mejor aplicación del Derecho penal.

Autor:

L. Iván Díaz García.

Director:

Dr. Rafael De Asís Roig.

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas.

Getafe, junio de 2009.

Agradecimientos.

Manifiesto en primer lugar mi eterna gratitud al profesor Dr. Rafael De Asís Roig, modelo de académico e investigador, por su crítico y constructivo acompañamiento de esta tesis doctoral.

Agradezco también al equipo de académicos de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco por sus amables observaciones al mismo. Igualmente, mi afectuosa gratitud a las bibliotecólogas Fresia Palacios y Angélica Montenegro por su apoyo, y a Gabriela Obregón por su minuciosa revisión de estas líneas. Por último, agradezco también a todas y cada una de las demás personas que han hecho posible este trabajo de investigación, y les pido perdón por omitir injustamente sus nombres.

*A mi Princesita,
cuya dulzura y paciencia
hacen de la vida un lugar hermoso.*

Introducción.

Con insistencia se sostiene que el Derecho penal es el instrumento de control social a través del cual se defienden los derechos más valiosos de las personas frente a los ataques más graves de que pueden ser objeto. Para esos efectos reacciona privando a las personas precisamente de sus derechos más valiosos mediante una organizada institucionalidad pública. A la identificación de los primeros se refiere el catálogo de delitos y a la definición de los segundos el de las penas.

En ese contexto, que la decisión judicial aspire a aplicar del mejor modo posible el Derecho no sólo constituye una exigencia jurídica, sino también un imperativo ético y social. En efecto, “la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente”¹.

Por ello la corrección no sólo procedimental, sino también sustantiva de la decisión judicial se transforma en un imperativo de máxima importancia. Ciertamente en este entendido el profesor De Asís expresaba ya en 1999 que “en relación con la actuación del poder judicial, que es uno de los principales (no único) poderes garantizadores de los derechos, se hace absolutamente imprescindible exigir un mayor control en la valoración de los hechos en materia penal además de una reformulación de la jurisprudencia constitucional relativa a la igualdad en la aplicación de la ley”².

Estas afirmaciones del profesor español constituyen, precisamente, la pretensión y guía de la investigación y de las propuestas que aquí se formulan. En efecto, y por una parte, este trabajo sugiere un criterio tendiente a incrementar el control en la valoración de los hechos en sede penal. Por otra parte, propone un criterio tendiente a reformular la posición jurídico cultural respecto de la vinculación al precedente. Por cierto no se trata, en ninguno de los dos casos, de los únicos criterios que pueden colaborar a la más correcta (o, siguiendo la terminología que en adelante se utilizará en este trabajo) a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Se trata, sin embargo, de criterios que se consideran imprescindibles para lograr esta mejor aplicación.

¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 209.

² De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008].

Como se verá en el desarrollo de la investigación, ambos criterios se edifican desde los derechos fundamentales. Y ello porque los derechos fundamentales, ese subsistema de valores constitucionalmente positivizados que establecen normas para la organización política y jurídica, al mismo tiempo que confieren derechos subjetivos, inevitablemente se relacionan con la mejor aplicación posible del Derecho penal material. El objetivo central de esta tesis es, precisamente, explicitar algunos de esos puntos de contacto entre las normas iusfundamentales y la más correcta aplicación del Derecho penal.

Con miras a este aporte, la presente tesis doctoral descansa sobre tres áreas del Derecho: la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho procesal penal. Sin embargo, es también necesario reconocer que no pivota con igual intensidad sobre cada una de ellas. Esta investigación se articula, sobre todo, sobre problemas y lógicas propias de la filosofía del Derecho. De ahí que, pese a que en diversos momentos se encuentran referencias específicas al ordenamiento jurídico español, la mayoría de las afirmaciones aquí sostenidas son extensibles a otros sistemas jurídicos. De ahí también la referencia a doctrina, jurisprudencia y legislación de diversas nacionalidades.

A la Filosofía del Derecho le sigue en intensidad el Derecho constitucional. En efecto, los dos criterios ofrecidos se conectan con disposiciones constitucionales, aunque en diverso sentido. El criterio dirigido a la valoración de los hechos impacta sobre los derechos fundamentales, aunque de diversa manera dependiendo de la clase de derecho de que se trate. Por el contrario, el criterio relacionado con la igualdad en la aplicación de la ley no incide, sino que se justifica en enunciados normativos constitucionales.

El Derecho procesal penal, por último, entrega el escenario o contexto en el que se instalan las consideraciones, argumentos y propuestas de este trabajo. Con todo, en ningún caso debe estimarse que esta área del Derecho carece de relevancia para el discurso que se desarrolla. Precisamente al contrario, su aporte es significativo desde que entrega la atmósfera de conceptos e instituciones desde la cual y para la cual se plantean la Filosofía del Derecho y el Derecho constitucional.

En definitiva, la exposición que sigue ofrece un par de criterios de decisión al juzgador en el ámbito procesal penal, tendientes a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Con esta finalidad, la misma se articula en un Capítulo Preliminar y dos Partes.

El Capítulo Preliminar constituye una suerte de continuación de esta introducción. Ello se debe a que en el mismo se plantean todos los asuntos que deben ser resueltos para una más adecuada presentación de los dos criterios referidos. En particular se excluyen ciertas pretensiones y consecuencias que en ningún caso deben ser relacionadas con las propuestas de este trabajo. Además se precisa la noción de “mejor aplicación posible”, de radical centralidad para los fines de estas líneas. Por último, se presentan las dos propuestas dirigidas al juzgador penal y que, se espera, colaboran a esa mejor aplicación.

La Primera Parte se relaciona con el juicio de hecho del razonamiento judicial. Al efecto presenta, justifica y aplica el criterio tendiente a la más correcta determinación del hecho punible y de la participación en el mismo. Seguramente el punto crítico de esta Primera

Parte consiste en quebrar la percepción cultural dominante en el Derecho, en orden a que el disfrute de los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos constituyen posibilidades inevitablemente inconciliables.

La Segunda Parte se relaciona con el juicio de Derecho del razonamiento judicial. En particular se presenta, justifica y ejemplifica el modo en que debería operar el criterio tendiente a la más correcta determinación de si el hecho es jurídico penalmente reprochable. En este caso también resulta posible encontrar un punto crítico, aunque desde hace largo rato propugnado por diversos autores. Ese punto consiste en demostrar que la sumisión al precedente es una exigencia iusfundamental para la más correcta aplicación del Derecho.

La formulación de estos criterios descansa en una convicción que, seguramente, no esá demás reconocer: los derechos fundamentales constituyen elementos imprescindibles para la construcción de una sociedad más justa y de un Derecho aplicado correctamente. Por lo mismo, el diálogo entre esos derechos y toda manifestación de actividad humana debe ser no sólo aceptada, sino por sobre todo promovida.

Temuco, Chile, junio de 2009.

Índice.

Contenido.	Página.
Introducción.	3
Capítulo Preliminar.	11
I. Pretensiones y consecuencias excluidas.	11
1. Derecho penal material.	12
2. Derecho penal de ejecución.	14
3. Derecho procesal penal.	16
3.1. Concepciones descriptivas del proceso penal.	16
3.2. Concepciones prescriptivas del proceso penal.	18
3.3. Concepción instrumental del proceso penal.	19
II. Mejor aplicación posible del Derecho penal material.	22
1. Significado de mejor aplicación posible del Derecho penal material.	22
1.1. Los mandatos ínsitos en la exigencia de mejor aplicación posible.	22
1.2. Mejor aplicación posible y decisión judicial.	24
1.3. Mejor aplicación posible y única respuesta correcta.	26
2. Una limitación estimulante.	27
III. Criterios, proceso penal y razonamiento judicial.	31
1. Los criterios sugeridos.	31
2. Criterios para el cómo juzgar.	32
3. Criterios para el juicio de hecho y para el juicio de Derecho.	34
3.1. El razonamiento judicial en la perspectiva tradicional.	34
3.2. Los juicios y la conclusión del razonamiento judicial.	35

Primera Parte.

Derechos fundamentales y juicio de hecho.

Introducción.	40
Capítulo I. El problema metalingüístico del juicio de hecho.	42
I. Las raíces filosóficas del problema metalingüístico.	42
II. Verdad material y verdad formal: un camino inconveniente.	45
1. La distinción entre verdad material y verdad formal.	45
2. Posiciones doctrinarias frente a la distinción.	46
III. Los hechos y lo probado como referentes de lo verdadero.	48
1. La propuesta filosófica de Rescher.	48
2. Una respuesta jurídica al problema epistemológico.	50
Capítulo II. El problema epistemológico del juicio de hecho.	53
I. Las tareas del razonamiento judicial en el juicio de hecho.	54
1. De los hechos naturales a los hechos alegados.	54
2. De los hechos alegados a los hechos probados.	57
3. De los hechos probados a los hechos fijados.	60
II. La actividad probatoria en la determinación de los hechos y la participación.	

1. Función de la actividad probatoria.	64
2. Descripción de la actividad probatoria.	64
3. Limitaciones epistemológicas del proceso penal y de la actividad probatoria.	65
3.1. Limitaciones epistemológicas del proceso penal en general.	68
3.2. Limitaciones epistemológicas de la actividad probatoria en particular.	68
Capítulo III. La distinción iusfundamental. Un criterio para la mejor decisión del juicio de hecho.	71
I. Concepto, identificación y dimensiones de los derechos fundamentales.	74
1. Concepto de derechos fundamentales.	75
1.1. Las dos caras del problema conceptual.	76
1.2. Significado de la expresión derechos fundamentales.	76
2. Identificación de los derechos fundamentales.	78
2.1. Categorías de derechos que no son fundamentales.	83
2.2. Categorías de derechos que sí son fundamentales.	84
a) Normas directamente estatuidas.	86
b) Normas de precisión.	86
3. La doble dimensión de los derechos fundamentales.	88
3.1. La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.	94
3.2. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales.	94
II. La distinción iusfundamental como criterio para la mejor decisión del juicio de hecho.	95
1. La contraposición como perspectiva doctrinaria generalizada.	96
2. La propuesta de Marina Gascón.	98
3. La distinción iusfundamental como criterio.	101
3.1. Contenido y alcances del criterio de la distinción iusfundamental.	102
a) Contenido del criterio.	103
b) Ámbitos de incidencia del criterio.	103
3.2. Sistema jurídico de referencia.	104
3.3. Justificación del criterio.	105
3.4. Aplicación del criterio.	106
a) Una aplicación desde derechos fundamentales específicos.	109
b) Iusfundamentalidad de los derechos seleccionados.	109
c) Orden de la exposición.	110
III. El derecho fundamental a la intermediación.	114
1. Concepto y alcances de la intermediación.	114
2. Intermediación y juicio de hecho.	115
2.1. Algunas nociones sobre comunicación humana.	115
2.2. La dimensión objetiva de la intermediación y el juicio de hecho.	116
2.3. La dimensión subjetiva de la intermediación y el juicio de hecho.	118
a) Titularidad del derecho fundamental a la intermediación.	118
b) Función subjetiva del derecho fundamental a la intermediación.	119
3. Admisibilidad de la información obtenida sin intermediación.	121
3.1. La sustitución del testigo por el soporte de sus declaraciones.	122
3.2. La confesión de un imputado que guarda silencio en el juicio.	124
4. Intermediación y oralidad.	125
5. Intermediación y calidad del juicio de hecho.	127
IV. El derecho fundamental a la contradicción.	128
1. Significado del derecho fundamental a la contradicción.	128

2. Contradicción y juicio de hecho.	131
2.1. El proceso como lugar de controversia.	131
2.2. Ventajas de la confrontación en un contexto de controversia.	132
3. Admisibilidad de la información obtenida sin contradicción.	134
4. Contradicción y calidad del juicio de hecho.	135
V. El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.	136
1. Significado del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.	136
1.1. La facultad de guardar silencio.	138
1.2. Las facultades de declarar en su favor y confesar. El problema del juramento.	139
1.3. No declarar contra sí mismo y no colaborar en la propia incriminación.	140
2. No declarar contra sí mismo y juicio de hecho.	141
2.1. Fundamento del derecho a no declarar contra sí mismo.	141
2.2. Admisibilidad de la declaración del imputado como prueba de cargo.	143
a) Las garantías de la libre declaración.	144
b) Incorporación de declaraciones del imputado al juicio.	148
3. No declarar contra sí mismo y calidad del juicio de hecho.	150
VI. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.	151
1. Concepto y alcances de la inviolabilidad del domicilio.	151
2. Inviolabilidad del domicilio y juicio de hecho.	153
2.1. Fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio.	153
2.2. Admisibilidad de diligencias y pruebas vinculadas con la inviolabilidad del domicilio.	156
a) Algunas premisas.	156
b) Autorización judicial para diligencias de investigación.	157
c) Admisibilidad de prueba ilícita.	158
3. Inviolabilidad del domicilio y calidad del juicio de hecho.	162

Segunda Parte.
Derechos fundamentales y juicio de Derecho.

Introducción.	164
Capítulo I. La dimensión metalingüística del problema normativo.	166
I. Reprochabilidad como derivación.	166
II. El concepto de norma.	168
1. Enunciado normativo, disposición y formulación normativa.	168
2. Norma, enunciado normativo e interpretación.	170
III. Aplicabilidad interna y externa de la norma.	173
1. Condiciones de la aplicabilidad interna de una norma.	173
2. Condiciones de la aplicabilidad externa de una norma.	176
IV. Reproche, derivación y aplicabilidad.	177
Capítulo II. Dimensión deontológica del juicio de Derecho.	178
I. Las tareas del razonamiento judicial en el juicio de Derecho.	179
1. Identificación de enunciados normativos.	181

1.1. Proposición de enunciados normativos.	182
1.2. Evaluación de vigencia de los enunciados normativos.	183
1.3. Evaluación de validez.	184
a) La validez y su evaluación.	184
b) Vigencia y validez.	186
c) <i>El órgano jurisdiccional y la evaluación de validez.</i>	188
2. Interpretación de enunciados normativos.	188
2.1. El procedimiento de interpretación.	189
2.2. Justificación de la interpretación.	191
2.3. Criterios de interpretación de enunciados normativos.	193
II. Limitaciones implícitas en las tareas vinculadas al juicio de Derecho.	197
1. Limitaciones implícitas en la identificación de enunciados normativos.	197
1.1. Limitaciones relacionadas con la proposición de enunciados normativos.	197
a) El problema de la proposición de enunciados normativos.	197
b) Proposición de disposiciones y precedente.	199
1.2. Limitaciones relacionadas con la evaluación de vigencia de enunciados normativos.	199
a) Los problemas de la evaluación de la vigencia de disposiciones.	199
b) Evaluación de vigencia y precedente.	201
1.3. Limitaciones relacionadas con la evaluación de validez de enunciados normativos.	202
a) Los problemas de la evaluación de validez de disposiciones.	202
b) Evaluación de validez y precedente.	203
2. Limitaciones implícitas en la interpretación de enunciados normativos.	203
2.1. El carácter normativo de la interpretación.	203
2.2. Causas del carácter normativo de la interpretación.	205
a) La indeterminación de los enunciados normativos.	205
b) El compromiso con el resultado de la interpretación.	209
c) Las valoraciones en la actividad interpretativa.	211
2.3. La posible derrotabilidad de la interpretación como resultado.	213
Capítulo III. La sumisión al precedente. Un criterio para la mejor decisión del juicio de Derecho.	217
I. La propuesta del profesor De Asís.	218
1. Exigencias mínimas de la motivación judicial.	218
2. Exigencias de la motivación judicial suficiente.	220
3. Exigencias de la motivación judicial completa.	220
4. Exigencias de la motivación judicial correcta.	221
II. Contenido de la propuesta.	223
1. La sumisión al precedente, una propuesta dirigida al juzgador.	223
2. Concepto y clases de precedente. El alcance de la sumisión.	226
2.1. Concepto de precedente.	226
2.2. Clases de precedente y alcance de la sumisión.	227
a) Clases de precedente.	228
b) Alcance de la sumisión al precedente.	230
c) Precedente personal y precedente institucional.	231
3. Condiciones de la sumisión al precedente.	231
3.1. La existencia de decisión interpretativa.	232
a) Las partes de una sentencia.	232
b) Fundamentación y decisión interpretativa.	233

c) La decisión interpretativa como condición de la sumisión al precedente.	234
3.2. La igualdad de hechos fijados.	235
a) Identidad, igualdad y semejanza.	236
b) La exigencia de igualdad de hechos fijados.	237
3.3. Aplicación de la sumisión al precedente.	238
3.4. El carácter normativo de la decisión interpretativa.	240
3.5. Algunas confusiones evitables.	241
4. Excepciones a la sumisión al precedente.	242
4.1. Inexistencia de decisión interpretativa aplicable.	243
4.2. Desigualdad entre los hechos fijados de los casos en comparación.	243
4.3. Modificación de la decisión interpretativa.	244
a) Causa.	244
b) Órgano.	246
c) Motivación.	246
5. Síntesis del contenido de la propuesta.	248
III. Justificación de la sumisión al precedente.	248
1. Los supuestos de la sumisión al precedente.	249
1.1. La inexistencia de la única respuesta correcta.	249
1.2. Necesidad de contar con criterios de interpretación.	250
2. La igualdad como fundamento de la sumisión al precedente.	251
2.1. El consenso doctrinario.	251
2.2. El principio de igualdad como exigencia al juzgador penal.	253
2.3. El significado de igualdad en la aplicación de la ley.	255
2.4. La sumisión al precedente como aplicación de la igualdad.	256
2.5. El precedente como criterio que facilita el juicio de igualdad.	259
3. La seguridad jurídica como fundamento de la sumisión al precedente.	260
3.1. Significado de la seguridad jurídica.	261
3.2. Seguridad jurídica y sumisión al precedente.	262
4. La racionalidad como fundamento de la sumisión al precedente.	264
4.1. Racionalidad y precedente como ejercicio del Poder.	265
4.2. Racionalidad y precedente como fuente del Derecho.	268
5. Argumentos extrajurídicos.	269
5.1. Justificación desde la argumentación.	269
5.2. Justificación desde el análisis económico del Derecho.	270
5.3. Justificación desde consideraciones políticas.	272
V. Objeciones a la sumisión al precedente.	273
1. La independencia judicial.	273
2. La evolución del Derecho.	276
3. La imposibilidad de contar con unívocos juicios de igualdad.	278
4. Precedente se opone al sistema de fuentes y al principio de legalidad penal.	280
V. Precedente y mejor aplicación posible del Derecho penal material.	282
1. El precedente especifica el significado de las normas legisladas.	282
2. El precedente viabiliza un mejor juicio de reprochabilidad penal.	283
3. El precedente atenúa el impacto de circunstancias que afectan el juicio de Derecho.	285
Conclusiones.	287
Bibliografía.	291

Capítulo Preliminar.

El objetivo de este trabajo es sugerir al juez algunos criterios de decisión en el ámbito procesal penal desde los derechos fundamentales, que permitan la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Para evitar confusiones respecto del significado de este objetivo, parece conveniente explicitar previamente qué pretensiones o consecuencias no deben ser vinculadas con el mismo (Título I). Sobre esa base resultará posible exponer en qué sentido se puede hablar de la “mejor aplicación posible del Derecho penal material”, así como reconocer sus limitaciones (Título II). Esclarecido este significado y sus limitaciones, se procederá a enunciar aquellos criterios en el contexto del proceso penal y del razonamiento judicial (Título III).

I. Pretensiones y consecuencias excluidas.

El objetivo de ofrecer al juez algunos criterios de decisión en el ámbito procesal penal que permitan la mejor aplicación posible del Derecho penal material puede ser erróneamente asociado con determinadas pretensiones o consecuencias en el ámbito penal. Lo indeseable de algunas de aquéllas podría minar el interés (e incluso la legitimidad) de ese objetivo y, consecuentemente, de los criterios que se ofrecen para lograrlo. De ahí la conveniencia de evitar confusiones y desvincular claramente ese objetivo de ciertas ideas que falazmente le pueden ser adscritas.

Para esos efectos conviene recordar que habitualmente se distinguen tres áreas en el Derecho penal. Ellas son el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho penal de ejecución¹. En lo que sigue se explicitará la distancia que existe entre ciertas

¹ En el Derecho penal incluyen la tríada penal material (o sustantivo), procesal penal (o adjetivo) y penal de ejecución, entre otros, Bustos Ramírez, Juan, Obras completas, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 494; Cabral, Luis C., Compendio de Derecho penal y otros ensayos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 15. En el mismo sentido, aunque sin utilizar tales denominaciones, Carocca Pérez, Alex, Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, pp. 33 y 34, quien identifica tres niveles de actuación del sistema penal, a saber: el de la determinación de las conductas punibles, el de la determinación concreta de si una persona debe ser castigada, y el de la ejecución de la pena impuesta. En un sentido divergente se pueden consultar los siguientes autores: Bacigalupo Zapater, Enrique, Derecho penal y el Estado de Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 107, quien junto a esa tríada añade al derecho penal de menores; Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho penal chileno, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 22 a 29, quien adiciona a dicha tríada al Derecho penal administrativo y al Derecho penal militar; Fernández

pretensiones o consecuencias vinculadas a cada una de esas áreas y el objetivo de lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

1. Derecho penal material.

El Derecho penal material indica cuáles son los hechos jurídico penalmente reprochables y las sanciones o medidas de seguridad que se les asocia². En otras palabras, se trata ni más ni menos que de una simple descripción de conductas típicas y sus circunstancias de participación, iter criminis y responsabilidad, y de las consecuencias que le siguen.

Los criterios que se formulen desde el ámbito procesal penal para lograr la mejor aplicación posible de las normas de Derecho penal material se refieren a las normas existentes y no a las normas que debieran existir. Por tanto, sugerir tales criterios no implica pretender ni producir la expansión del Derecho penal material. En consecuencia, y en primer lugar, esa finalidad no implica proponer un aumento en la cantidad de tipos penales. En segundo lugar, tampoco puede asociarse a un interés en incrementar las penas establecidas para los tipos existentes. Por lo mismo, menos aún puede relacionarse con una postura tendente a privilegiar las penas privativas de libertad por sobre otras opciones punibles o por sobre la despenalización de ciertas conductas³.

Carrasquilla, Juan, Derecho penal fundamental, Temis, Bogotá (Colombia), 1982, pp. 41 y 42, quien incluye en el Derecho penal sólo al material y al procesal, pero excluye al de ejecución; y Castro Jofré, Javier, Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, pp. 7 a 9.

² Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigésima quinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1, afirma que el Derecho penal material “establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad) que están conectadas a la comisión del hecho”. En similar sentido, Rodríguez Devesa, José María, y Serrano Gómez, Alfonso, Derecho penal español. Parte General, decimoctava edición, Dykinson, Madrid, 1995, p. 10, afirman que el “núcleo del derecho punitivo está formado por los delitos y sus penas”, aunque, reconocen, un fuerte movimiento añade las medidas de seguridad.

³ En consecuencia, la propuesta de este trabajo no puede asociarse a la actual tendencia expansiva del Derecho penal material. Por el contrario, y aún cuando no es objeto de este trabajo, resulta conveniente advertir que se suscriben las propuestas de un Derecho penal mínimo que con diversas justificaciones o alcances, imposibles de considerar aquí, expresan, por ejemplo, Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del Derecho penal, Siglo Veintiuno Editores, quinta edición, México, 1998, especialmente pp. 215 y 216, Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, especialmente pp. 248 y 249, o Márquez, María Juliana, Hacia un derecho penal moderno, alcances, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, especialmente pp. 88 y 89, o a lo menos un Derecho penal limitado, como sugiere Roxin, Claus, en Problemas actuales de dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara Editores, Perú, 2004, pp. 19 a 46. A favor de esta perspectiva resulta singularmente persuasiva la argumentación ofrecida por García Ramírez, Sergio, Crimen y prisión en el nuevo milenio /en/ *Bol. Mex. Der. Comp.* [on line], 2004, vol. 37, Núm. 110 [citado 14 junio 2007], p. 562: “Si el sistema penal, visto desde cierta perspectiva, se acredita como protector de los bienes más encumbrados: la vida, la integridad, la libertad, la honra, el patrimonio, también es, contemplado desde otro ángulo, el repertorio de los medios que minuciosamente cancelan la vida, la integridad, la libertad, la honra y el patrimonio. La descripción típica sirve para lo primero; el repertorio de las penas se destina a lo segundo”. Al respecto, y aunque no resulta posible compartir su perspectiva

Conviene explicitar que, fuera de los márgenes procesal penales, la pretensión de lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material evidentemente sí se relaciona con el Derecho penal material. El punto de encuentro entre ambos extremos es la técnica legislativa⁴, en virtud de su relación con el principio de legalidad en materia penal⁵. En efecto, una mejor técnica legislativa, es decir, mientras más precisos sean los enunciados normativos del subsistema penal material, se incrementan las posibilidades de una mejor

abolicionista, acertadamente destaca Bailone, Matías, Abolicionismo: o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 196, que el delito no tiene realidad ontológica, sino que se define por una decisión político legislativa. Por lo demás, y como expresa Cerezo Mir, José, en la página 29 de sus Obras completas. Tomo I: Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2006, en esta decisión juegan un papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado. Por tanto, el paso de la actual expansión del Derecho penal material a un Derecho penal mínimo sólo será posible cuando el Derecho penal deje de ser utilizado como instrumento para ganar las simpatías ciudadanas (Falcón Lozada, Alba Lorena, Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 221), para dar una aparente solución fácil a los problemas sociales (Schonfeld, Leonardo Augusto, La expansión del derecho penal como política demagógica y sus límites”, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 246), para dar una mágica solución de bajo costo a los inconvenientes (Montiel, Juan Pablo, ¿Hacia las postrimerías de un derecho penal subsidiario?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 352), o con fines efectistas electorales (Paz, Marta, y Rawson, Juan Carlos, Medidas alternativas y principio de oportunidad, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 292).

⁴ La expresión técnica legislativa se utiliza aquí en sentido restringido, como el conjunto de procedimientos y recursos relativos al contenido y redacción de las disposiciones legales. En este mismo sentido, ver Gordillo Arriagada, Pablo, Manual de técnica legislativa [on line], [citado 16 septiembre 2008], p. 4. En un sentido más amplio, que incluye no sólo leyes, sino también sentencias, contratos, formularios y otros textos, ver, por ejemplo, Muro Ruiz, Eliseo, Enseñanza de la técnica legislativa /en/ Derecho y cultura, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, [on line], mayo-diciembre 2004, Núm. 14-15 [citado 16 septiembre 2008], especialmente pp. 139 a 141.

⁵ Como se sabe, el principio de legalidad fue formulado por Feuerbach, quien lo sintetizó en la máxima “no hay delito ni pena sin ley”. Acertadamente expresa Carocca Pérez, Alex, Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, p. 34, que el principio de legalidad es complementado por la exigencia de tipicidad, que exige una descripción detallada de la conducta punible. Sin embargo, y como expresan Bullemore G., Vivian R., y John R. Mackinnon R., Curso de Derecho penal, tomo I, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 27, seguramente el principio de legalidad “es el fruto de una larga y apasionada evolución, donde se ha enfrentado, en lucha cruenta, con la arbitrariedad y los abusos de poder”.

aplicación de esta área del Derecho penal⁶. Con todo, evidentemente tal dimensión de la mejor aplicación posible del Derecho penal material no se relaciona con los fines de este trabajo.

Adviértase, en todo caso, que exigir una mejor técnica legislativa y, más específicamente, el mayor respeto posible al principio de legalidad penal tampoco implica pretender ni provocar la expansión del Derecho penal material. Tales exigencias no apuntan a incrementar delitos, penas ni privación de libertad, sino a generar mejores descripciones de lo que se considera jurídico penalmente reprochable.

En definitiva, las propuestas que desde el ámbito procesal penal tiendan a favorecer la mejor aplicación posible del Derecho penal material no pueden ser vinculadas con un incremento en la cantidad de tipos penales, ni con un agravamiento de las sanciones, ni con una preferencia por las penas privativas de libertad como pretensión ni como consecuencia, pues tales propuestas no persiguen ni provocan dicha expansión.

2. Derecho penal de ejecución.

El Derecho penal de ejecución es el que regula lo relativo al cumplimiento de la sanción penal impuesta al condenado⁷. Es esta rama del Derecho penal la que determina cómo se cumple la condena impuesta por el juzgador, la procedencia de penas alternativas a la efectiva privación de libertad⁸, y la posibilidad y condiciones de beneficios intrapenitenciarios, entre otros aspectos.

Pues bien, los criterios que se sugieran al juez en el ámbito procesal penal tendentes a una mejor aplicación del Derecho penal material no pretenden un incremento en las tasas de encarcelamiento (plano normativo). Tampoco producen, al menos no de manera necesaria,

⁶ La técnica legislativa con que se redactan las disposiciones de Derecho penal material incide en una mejor aplicación del mismo. Ello se debe a que la calidad de la descripción de los hechos jurídico penalmente reprochables permite dejar más bien abierto o más bien cerrado el universo de casos denotados. En este sentido expresa Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 43, que sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, es decir, sin el adecuado respeto del principio de legalidad penal, el juicio queda entregado a la discrecionalidad del juez, lo que conduce a modelos procesales autoritarios. Y añade (p. 216) que la “predeterminación [legal, por parte de una fuente positiva jurídicamente superior, de lo que el juez debe considerar como delito], allí donde no sea precisa y rigurosa, deja espacio libre en la determinación jurisdiccional de lo que es delito a opciones subjetivistas y sustancialistas que sólo el vínculo de la estricta legalidad, que como se ha dicho es una regla semántica acerca de la exclusividad y la exhaustividad de las denotaciones legales, puede, si no excluir, al menos minimizar”.

⁷ En algunos países, como Chile, el Derecho penal de ejecución tiene carácter administrativo, debido a que, como expresa Cousiño Mac Iver, Luis, *Derecho penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 23, “una vez dictada la sentencia condenatoria se produce el desasimiento del juez, el cual ya no tiene intervención directa en la etapa relativa al cumplimiento de la condena”.

⁸ Son penas alternativas a la privación de libertad, por ejemplo, la pena de días-multa, la suspensión condicional de la imposición de la pena, los trabajos en beneficio de la comunidad, las penas privativas de derechos, y los monitores electrónicos. Al respecto ver Cid Moliné, José, y Elena Larrauri Pijoan (coordinadores), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, septiembre de 1997.

un incremento en tales tasas (plano fáctico). Algunas consideraciones permitirán evidenciar la efectividad de estas dos afirmaciones.

En el plano normativo el proceso penal y el Derecho penal de ejecución constituyen subsistemas diversos que operan con supuestos y desde momentos diferentes. El primero contiene normas que suponen tener frente a sí a un inocente, las que operan hasta que la sentencia definitiva se encuentra ejecutoriada. El segundo, en cambio, contiene normas que suponen tener frente a sí a un culpable, las que operan desde que la sentencia definitiva se encuentra ejecutoriada.

En consecuencia, los criterios procesal penales tendentes a una mejor aplicación del Derecho penal material no tienen un impacto normativo en la cantidad de personas privadas de libertad. En efecto, tales sugerencias no inciden en la regulación de las penas alternativas a las penas privativas de libertad⁹. Tampoco impactan en las disposiciones relativas a beneficios intrapenitenciarios¹⁰. Más aún, ni siquiera es posible establecer una relación necesaria entre aquella pretensión y proponer la subsistencia de la pena de cárcel¹¹.

En el plano fáctico la introducción de criterios procesal penales que favorezcan una mejor aplicación del Derecho penal material podría incrementar, mantener o disminuir la cantidad de personas privadas de libertad. Para saber cuál de esas consecuencias se producirá es

⁹ Una interesante revisión de la evolución de la legislación europea respecto de las penas alternativas a la pena de cárcel puede verse en Cesano, José Daniel, De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas, /en/ *Bol. Mex. Der. Com.* [on line], 2003, vol 36, Núm. 108 [citado 14 junio 2007]. El autor constata la crisis de la pena de cárcel luego que varios estudios demostraran sus nocivas consecuencias en diversos ámbitos. Esta crisis dio paso a penas alternativas a la pena de cárcel, las que al poco tiempo fueron objetadas por conducir a una sociedad disciplinaria. De ahí que desde los años ochenta, destaca el mismo autor, se estén buscando medidas alternativas a las penas en general.

¹⁰ Como expresan Asís, José Fabián, y Gonella, Carlos, La cárcel y los medios alternativos, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 269, la cárcel persigue fines determinados y necesidades específicas. Por tanto, si se obtienen sus fines por otros medios no tendría justificación su mantenimiento. Al menos respecto de los condenados en los que sea posible cumplir esos objetivos con medidas alternativas a la privación de libertad, se podría añadir.

¹¹ Una sistemática exposición de las razones por las cuales no deberían construirse más cárceles puede encontrarse en Mathiesen, Thomas, Diez razones para no construir más cárceles, /en/ Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005. Entre ellas merece la pena destacar su ineficacia rehabilitadora. Al respecto el autor recuerda que los estudios demuestran que el tratamiento dentro de las cárceles no funciona, y funcionar significa disminuir la reincidencia. “Debe recordarse que el tema aquí es si se deben o no construir más prisiones. Está bien si algún resultado, aunque “débil o insignificante”, se ha encontrado en (alguna) de las prisiones existentes. Pero en cualquier caso, efectos “débiles o insignificantes” no es un argumento válido para construir más prisiones. Por el contrario, es un poderoso argumento para dismantelar la mayoría de los programas de construcción de cárceles”. Mathiesen, Thomas, Diez razones para no construir más cárceles, /en/ Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 8 a 10. A las diez razones ofrecidas por ese autor debe añadirse las sospechas que levantan los procesos de privatización de las cárceles, como ocurre, por ejemplo, en Chile. El negocio que ofrece un traspaso desde lo público hacia los particulares de un área como esta es evidente. Una crítica a este proceso privatizador puede encontrarse en Palacios, Carolina, y Díaz, Javiera, Privatización carcelaria en Chile, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, especialmente pp. 435 a 438.

necesario realizar un estudio empírico que permita comparar, *ceteris paribus*, la cantidad de personas condenadas a privación de libertad sin la aplicación de tales criterios con la cantidad de personas condenadas a privación de libertad con la aplicación de esos criterios¹².

Ahora bien, el efecto que pueda provocar en la tasa de encarcelamiento la aplicación de determinados criterios en el ámbito procesal penal tendentes a una mejor aplicación posible del Derecho penal material no es relevante para la valoración de los mismos. En efecto, esos criterios deben ser valorados por su aptitud para colaborar a la mejor aplicación posible del Derecho penal material, y no por generar un aumento, mantención o disminución de la cantidad de personas privadas de libertad. De acuerdo con ello, si se admite que estos criterios colaboran a una mejor aplicación del Derecho penal material, un aumento o disminución en la tasa de personas privadas de libertad supondrá siempre una corrección positiva de los resultados de la actividad jurisdiccional.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico los criterios que se sugieran desde el ámbito procesal penal para la mejor aplicación posible del Derecho penal material ninguna relación presentan con el Derecho penal de ejecución. Desde el punto de vista fáctico, por su parte, no pretenden impactar en la tasa de condenas a ejecutar y, sin los pertinentes estudios, resulta imposible predecir el sentido en el que incidirán en esta tasa.

3. Derecho procesal penal.

Según se ha expresado, los criterios que se ofrecerán al juez constituyen recomendaciones de carácter procesal penal. De ahí que no fuera complejo descartar indeseables pretensiones o consecuencias de Derecho penal material o de Derecho penal de ejecución que se le pudieran adscribir a esos criterios. En el caso del Derecho procesal penal, en cambio, es necesario ofrecer un análisis más fino. Esas indeseables pretensiones o consecuencias se vinculan al rol que puede imputarse al proceso penal. Por lo mismo, el análisis debe comenzar precisando cuál es el rol del proceso penal.

Pues bien, frente a la pregunta por el rol del proceso penal resulta posible encontrar muy diversas respuestas o concepciones. En un intento de sistematización, se pueden distinguir las descriptivas, las prescriptivas y las instrumentales.

3.1. Concepciones descriptivas del proceso penal.

Las concepciones descriptivas explican el rol del proceso penal desde una perspectiva fáctica. Siguiendo a Ferrajoli, se refieren a la función del proceso penal, es decir, al rol que

¹² En efecto, si se mantienen constantes todas las demás variables (principio *ceteris paribus*) que inciden en la decisión de privar de libertad a una persona, tales como cantidad de sentencias absolutorias y condenatorias, naturaleza y gravedad de las penas impuestas, o reglas de procedencia de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, es imposible predecir en que sentido impactarán sobre la cantidad de personas privadas de libertad los criterios tendentes a una mejor aplicación del Derecho penal material.

éste efectivamente cumple en los hechos¹³. Por lo mismo, lo que ofrecen es una respuesta frente a la pregunta *qué es el proceso penal* y no a *qué debe ser el proceso penal*.

Entre las concepciones descriptivas algunas presentan una mirada positiva y otras una mirada negativa. Las primeras reconocen en el proceso penal un aporte a la convivencia social. Es el caso de quienes han sostenido que su función es evitar reacciones sociales espontáneas y desproporcionadas en contra del supuesto culpable, como la venganza privada¹⁴. También ofrecen una mirada positiva quienes ven en el carácter formalizado del proceso penal la vía para una aplicación del derecho penal material bajo condiciones de previsibilidad y control democráticos¹⁵.

En sentido exactamente inverso a las recién reseñadas, otras concepciones critican el rol que en los hechos cumple el proceso penal. Por ejemplo, algunos autores han sostenido que únicamente tiende a la represión de los conflictos, en lugar de solucionarlos¹⁶. También con una mirada negativa, otros advierten que su función es proteger los intereses de las clases sociales dominantes frente a eventuales agresiones a sus intereses por parte de integrantes de segmentos menos favorecidos¹⁷.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 214, utiliza las expresiones función y fin para aludir, respectivamente, a los planos descriptivo y prescriptivo, aunque en relación con la misión de la pena. En el mismo sentido utiliza tales expresiones en su artículo Ferrajoli, Luigi, *El Derecho penal mínimo* [on line], [citado 3 julio 2007]. Aquí se utilizarán para aludir a los mismos planos descriptivo y prescriptivo, pero respecto del rol del proceso penal.

¹⁴ Entre otros, Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 509; y, aunque aludiendo al Derecho penal en general, Hendler, *Derecho penal*, p. 22.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Cuarta edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malaré, PPU, Barcelona, 1994, p. 37; y Leal Suárez, Luisa y García Pirela, Adela, *Criminología crítica y garantismo penal*, CC. [on line], diciembre 2005, vol. 33, Núm. 4 [citado 12 junio 2007], especialmente p. 440.

¹⁶ Bailone, Matías, *Abolicionismo: o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo?*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 197. En el mismo sentido, aunque añadiendo una perspectiva más política respecto de la pena, Gómez Urso, Juan Facundo, *Agnosticismo y culpabilidad*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 224.

¹⁷ Desde la perspectiva de Baratta el proceso penal sólo acentúa el carácter selectivo con que se configura el Derecho penal sustantivo, pues la criminalidad se busca en aquellos segmentos sociales en que se espera encontrarla (Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores, quinta edición, México, 1998, p. 185. La misma perspectiva asume Barrita López, Fernando A., *Manual de criminología*, Porrúa, México, 1996, p. 170, al entender que el proceso penal es parte de un sistema de protección de los intereses de los poderosos. Constatando esta perspectiva, Palacios y Díaz recuerdan que en las cárceles chilenas más del 70% de quienes están cumpliendo condena han cometido delito contra la propiedad o tráfico ilícito de estupefacientes. Por tanto, añaden, para las policías, tribunales, medios de comunicación, en fin, para el poder, el delincuente es una persona pobre que vive en zonas urbanas marginales, se viste de una determinada manera y piensa uniformemente. Palacios, Carolina, y Díaz, Javiera, *Privatización carcelaria en Chile*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad

3.2. Concepciones prescriptivas del proceso penal.

Las concepciones prescriptivas explican el rol del proceso penal desde una perspectiva deontológica. Nuevamente siguiendo a Ferrajoli, se refieren a la finalidad del proceso penal, es decir, al rol que éste debería cumplir. Por lo mismo, no intentan responder qué es el proceso penal, sino *qué debe ser el proceso penal*.

Entre las concepciones prescriptivas también es posible distinguir contrapuestas perspectivas. Algunos ponen el acento en el Derecho penal como mecanismo de protección de derechos, sea tutelando a los ciudadanos frente al que delinque, sea garantizando la situación de este último frente al Estado. En este sentido, los primeros estiman que el proceso penal, en cuanto mecanismo de aplicación del Derecho penal material, debe asegurar la convivencia social pacífica¹⁸, mediante la tutela de los bienes jurídicos fundamentales de las personas¹⁹. Los segundos consideran que el proceso penal debe garantizar los derechos del imputado, erigiéndose en mecanismo de contención del poder punitivo del Estado²⁰. Por cierto también hay autores que reconocen al proceso penal ambos fines²¹.

Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 435. En el mismo sentido, Cooper concluye su estudio empírico en el sistema carcelario chileno afirmando que el problema de la extrema pobreza y de la pobreza se asocia en un 90% y en un 8%, respectivamente, a la delincuencia común. Precisa que los antecedentes entregados en su investigación, basados en investigaciones empíricas, descartan la posibilidad de plantear que esta relación es espúrea o que se ha producido al azar. Innegablemente, añade, hay una relación directa entre delincuencia y extrema pobreza. Cooper Mayr, Doris, *Delincuencia común en Chile*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1994, ver especialmente p. 173.

¹⁸ Muñoz-Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, quinta edición, revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57. La misma idea es expresada por Cabral, Luis C., *Compendio de Derecho penal y otros ensayos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 4, al afirmar que el Derecho penal es necesario para la “subsistencia de la sociedad”.

¹⁹ Falcón Lozada, Alba Lorena, *Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 218; Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1996, p. 130; García Ramírez, Sergio, *Crimen y prisión en el nuevo milenio* /en/ *Bol. Mex. Der. Comp.* [on line], 2004, vol. 37, Núm. 110 [citado 14 junio 2007], pp. 558 y 559.; Hormazábal, Bien jurídico, p. 562.; Serrano Tarrasa, *Delincuencia económica*, sin p.; Cerezo Mir, José, *Obras completas*. Tomo I: *Derecho Penal, Parte General*. Ara Editores, Perú, 2006, p. 25.

²⁰ Al respecto expresa Ferrajoli, Luigi, *El Derecho penal mínimo* [on line], [citado 3 julio 2007], sin paginación: “Para obviar estos defectos y para fundamentar una adecuada doctrina de la justificación y también de los límites del derecho penal, es entonces necesario recurrir a un segundo parámetro utilitario: más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados. Este segundo parámetro señala un segundo fin justificador, cual es: el de la prevención, más que de los delitos, de otro tipo de mal, antitético al delito que habitualmente es olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Se alude aquí a la mayor reacción (informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal) que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias. Creo que evitar este otro mal, del cual sería víctima el delincuente, representa el fin primario del derecho penal”.

²¹ En este sentido, Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la vigésima quinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 2,

Otros rechazan atribuir al proceso penal los fines tutelares o garantistas recién referidos. Para ellos el proceso penal debe enmendar el rumbo y tender a la solución de conflictos concretos. Para estos efectos proponen recuperar el papel de la víctima²², a la que se considera la gran olvidada del proceso penal, y erigir una justicia penal restaurativa²³. Argumentan que la sustitución de la represión por la autocomposición descongestionaría los tribunales, resolvería los conflictos de modo más rápido y económico, y aumentaría la creatividad en la solución de las controversias, entre otros beneficios²⁴.

3.3. Concepción instrumental del proceso penal.

Además de las concepciones descriptivas y prescriptivas recién referidas, existe también una concepción instrumental del proceso penal. Desde esta perspectiva, el proceso penal ha sido definido como el conjunto de trámites y actuaciones para la investigación y represión judicial del delito²⁵. En similar sentido, y de manera más simple, se ha sostenido que su rol

afirma que, si el Estado prohíbe las venganzas privadas y los duelos, tiene “la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento”.

²² Como destaca García Ramírez, bajo el actual paradigma procesal penal la víctima ha pasado a ser una figura brumosa e irrelevante, un “simple actor de reparto” (García Ramírez, Sergio, Crimen y prisión en el nuevo milenio /en/ *Bol. Mex. Der. Comp.* [on line], 2004, vol. 37, Núm. 110 [citado 14 junio 2007], p. 591). Por ello Reyna entiende que en el último tiempo se ha producido, más que un redescubrimiento de la víctima, su desmarginalización (Reyna Alfaro, Luis M., Aproximaciones victimológicas al delito informático, CC. [on line], diciembre 2003, vol.31, Núm. 4 [citado 22 Febrero 2009], pp. 96 y 97).

²³ Para Omar White la justicia penal cuenta con dos vías para reaccionar frente al delito: la represiva que pone el acento en el castigo del culpable, y la restaurativa, que pone el acento en el arrepentimiento, la reparación y la reconciliación (White Ward, Omar A., Trauma por maltrato y revictimización en menores /en/ *Med. Leg. Costa Rica* [on line], septiembre 2003, vol. 20, Núm. 2 [citado 12 junio 2007], sin paginación). Para Díaz Colorado, Fernando, Justicia restaurativa, [on line], [citado 18 junio 2007], sin paginación, en la perspectiva restaurativa “la inclusión de la víctima y la consideración del sufrimiento ocasionado por el delito, se convierten en su punto nodal y base de la construcción de su concepción científica y normativa”.

²⁴ La propuesta que aquí se explica debe ser claramente diferenciada de dos tendencias que pueden ser confundidas con ella. Por una parte, y siguiendo a García Ramírez, Sergio, Crimen y prisión en el nuevo milenio /en/ *Bol. Mex. Der. Comp.* [on line], 2004, vol. 37, Núm. 110 [citado 14 junio 2007], p. 592), debe distinguirse claramente la noción de justicia penal restaurativa de instituciones procesales que permiten la negociación entre Estado e imputado. Sobre el punto, expresa: “Por supuesto, distingo claramente entre el reencuentro de víctima y victimario y la negociación penal entre el Estado y el infractor. Aquél tiene —o aspira a tener— un contenido ético que difícilmente podría encontrarse en ésta”. Por otra parte, la idea de justicia restaurativa no debe asociarse a medidas tendentes a informar a la víctima o a facilitarle su participación en el proceso, como las mencionadas por De Vicente Remesal, Javier, La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro /en/ Silva Sánchez, Jesús-María (ed.), Política criminal y nuevo Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997, p. 176, como son “notificar al perjudicado de los autos de archivo en Diligencias Previas por hechos que no constituyen infracción penal, pues el perjudicado no está generalmente personado; evitar, en determinados casos de accidentes de circulación, que los juzgados decreten el archivo o sobreseimiento provisional sin haber practicado las pruebas pertinentes, y alegando a continuación la ausencia de instrucción en la falta de denuncia por el lesionado; crear un Servicio de Permanencias de la Fiscalía para informar al perjudicado de todo lo que le interese sobre la marcha de las diligencias iniciadas a su instancia; evitar al perjudicado, en lo posible, la pérdida de tiempo, reduciendo, por ejemplo, al mínimo imprescindible sus comparecencias.”.

²⁵ Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho penal fundamental, Temis, Bogotá (Colombia), 1982, p. 41. También desde una óptica estrictamente instrumental, Cabral, Luis C., Compendio de Derecho penal y otros

es hacer operativo al Derecho penal material. Por lo mismo, se ha dicho que no es más ni menos que un sistema de incriminación secundaria, esto es, de aplicación de las normas que establecen delitos y penas²⁶.

Entre las concepciones descriptivas, prescriptivas e instrumentales, parece recomendable seguir esta última. Al menos tres razones justifican tal preferencia:

1) Se trata de una concepción que acoge lo más esencial del proceso penal. En efecto, más allá de su función efectiva, como postulan las concepciones descriptivas, o finalidad pretendida, como postulan las concepciones prescriptivas, el proceso penal está y debe estar al servicio de la aplicación del Derecho penal material. En este sentido, resulta perfectamente admisible afirmar que el proceso penal existe y debe existir por y para el Derecho penal material.

2) En cuanto instrumento para la aplicación del Derecho penal material en cada caso concreto²⁷, “se deriva que no puede haber penas impuestas sin proceso o por procesos no jurisdiccionales”. También se deriva que el proceso penal no puede comportarse *como si* fuera una pena en sí mismo, “ni por la dimensión de los sufrimientos personales que acarree, ni por la prolongación de la incertidumbre sobre sus alternativas y resultados”, “ni por su utilización como medio de estigmatización pública”, ni por la desnaturalización de sus instituciones como la prisión preventiva²⁸.

3) La opción instrumental no rechaza ninguna de las concepciones descriptivas y prescriptivas mencionadas. En efecto, sostener que el proceso penal cumple o debe cumplir un rol instrumental respecto del Derecho penal resulta compatible con cualquiera de las perspectivas expuestas en cada uno de esos planos. Por lo mismo, se puede admitir la concepción instrumental y, al mismo tiempo, adscribir a cualquiera de las contrapuestas posiciones descriptivas o prescriptivas esbozadas. O incluso a cualquier otra aquí no mencionada.

En efecto, la concepción instrumental no suscribe ni rechaza que el proceso penal *en el hecho evita la venganza privada, hace previsible la reacción penal, reprime los conflictos en lugar de resolverlos, o tutela los intereses de los sectores dominantes*. Tampoco hace

ensayos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, entiende que el proceso penal es el conjunto de reglas de procedimiento que regulan el juicio.

²⁶ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo Veintiuno Editores, quinta edición, México, 1998, p. 185; Morales Manzur, Jorge, Parraga Meléndez, Jesús E., Fuenmayor, Gazella, *et al*, *Legalidad formal y control social alternativo. Acerca de la creación de un nuevo Código Penal en la Venezuela actual*, CC. [on line], marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 [citado 09 junio 2007], especialmente pp. 2 y 16.; Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 546; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Cuarta edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malaré, PPU, Barcelona, 1994, p. 36.

²⁷ En palabras de Carocca Pérez, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal*, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, p. 35, “la imposición concreta de las penas (...) debe ser siempre producto de un *juicio o proceso*”, con limitadas excepciones.

²⁸ Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, segunda edición actualizada, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 201.

suyo ni descarta que el proceso penal *debería proteger a la víctima frente al delincuente, tutelar a este último frente al poder punitivo, o tender a una justicia penal restaurativa*. Ninguna de tales consecuencias o pretensiones pueden ser adscritas al rol instrumental que aquí se postula para explicar el proceso penal²⁹.

Como consecuencia de lo recién expresado, la concepción instrumental permite evitar que se adscriban a los criterios procesal penales que más abajo se ofrecerán, alguna de las pretensiones o consecuencias derivadas de las concepciones descriptivas y prescriptivas reseñadas. Esto es singularmente importante desde la perspectiva de evitar la indebida adscripción de ciertas pretensiones o consecuencias que, desde determinados puntos de vista, puedan ser consideradas indeseables.

Expresadas estas tres razones, conviene añadir aquí dos advertencias. En primer lugar, seguramente la única concepción incompatible con la perspectiva instrumental a la que se adscribe es el abolicionismo. En su forma más radical, el abolicionismo penal rechaza la existencia misma del Derecho penal³⁰. Evidentemente esto arrastra sus diversas áreas de expresión, esto es, el Derecho penal material, el proceso penal y el Derecho penal de ejecución. La concepción instrumental, en cambio, supone la existencia del Derecho penal material, a cuyo servicio se encuentra.

En segundo lugar, conviene advertir también que la concepción instrumental en algún sentido oscurece la plena comprensión del proceso penal como fenómeno contemporáneo. Al respecto expresa Binder que una definición instrumental “nos da una visión reducida de la verdadera función del Derecho procesal penal, en especial, respecto de la configuración de la política criminal”³¹. En similar sentido, Duce y Riego recalcan que el sistema de justicia criminal es, simultáneamente, un sistema normativo, un sistema burocrático y un sistema cultural³², es decir, un complejo singularmente más sofisticado de lo que puede mostrar la concepción instrumental. Todo ello es efectivo. Sin embargo, y para los efectos esencialmente deontológicos de este trabajo, basta con no perder de vista estas consideraciones.

²⁹ La suscripción de una concepción instrumental del proceso penal no implica ignorancia respecto de la función que en los hechos cumple el proceso penal, ni neutralidad respecto de las funciones que debería cumplir el mismo. Más bien se trata de una opción metodológica que resulta coherente con las pretensiones de este trabajo.

³⁰ Entendemos la expresión abolicionismo radical en el sentido utilizado por Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 102, o por Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 18. El primero expresa que el abolicionismo radical del sistema penal postula “su radical reemplazo por otras instancias de solución de los conflictos”. No debe confundirse, por tanto, con doctrinas o posturas que proponen la abolición de la pena de muerte o de la pena de cárcel. Para una consideración más detallada de esta doctrina, ver especialmente pp. 101 a 107. En el mismo sentido, Silva Sánchez expresa que el abolicionismo, “en su versión más radical, rechaza la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos delitos”.

³¹ Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 1999, p. 41.

³² Duce J., Mauricio, y Riego R., Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, volumen 1, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, mayo de 2002, pp. 27 a 32.

En definitiva, y sin que esto implique objetar alguna de las concepciones descriptivas y prescriptivas reseñadas, en adelante se entenderá al proceso penal como el sistema de normas que permiten y deben permitir la aplicación del Derecho penal material.

Ahora bien, que el objetivo de este trabajo sea entregar recomendaciones o propuestas significa que se trata de enunciados de deber ser. Esta precisión debe ser relacionada con la concepción instrumental del proceso penal. La concepción instrumental puede moverse tanto en el plano descriptivo como en el prescriptivo. En este sentido es perfectamente admisible tanto afirmar que el proceso penal permite la aplicación del Derecho penal material, como afirmar que el proceso penal debe permitir la aplicación del Derecho penal material.

Sin embargo, sólo la última de estas afirmaciones resulta coherente con el carácter deóntico del referido objetivo. Por tanto, en adelante se seguirá la concepción instrumental del proceso penal, pero exclusivamente en sentido prescriptivo. De acuerdo con ella, y recordando la ya citada distinción de Ferrajoli, se hablará de finalidad instrumental y no de función instrumental del proceso penal.

II. Mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Según se ha expresado, el objetivo de este trabajo es entregar al juez algunos criterios en el ámbito procesal penal desde los derechos fundamentales, que le permitan lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material. En orden a esclarecer el significado de este objetivo, hasta aquí se ha intentado mostrar las pretensiones, consecuencias y posiciones con las que no debe ser confundido, así como explicitar la concepción elegida por este trabajo. En lo que sigue corresponde precisar en qué sentido se puede hablar de la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Esta precisión exige, adicionalmente, enfrentar una aparente limitación de dicha pretensión.

1. Significado de mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Una más adecuada explicación del significado de la expresión *mejor aplicación posible del Derecho penal material* recomienda tres niveles de análisis. En el primero se trata de explicitar el contenido de esta idea, es decir, qué se quiere decir con ella. En el segundo se relaciona la noción de mejor aplicación posible del Derecho penal material con la decisión judicial. En el tercero se trata de distinguirla claramente de la idea de única respuesta correcta. A su tratamiento se dedicarán los tres siguientes subapartados.

1.1. Los mandatos ínsitos en la exigencia de mejor aplicación posible.

La idea de mejor aplicación posible del Derecho penal material puede ser convenientemente explicada estableciendo una serie de relaciones entre la persona y el hecho punible. Esas relaciones pueden ser reconducidas a la siguiente dicotomía:

a) Si se trata de una persona que no es penalmente responsable del hecho punible, la mejor aplicación posible del Derecho penal significa tres cosas, cada una subsidiaria de la anterior. Ante todo significa que el proceso penal debe evitar la persecución criminal en contra de esa persona. En caso de haberse iniciado, implica que dicha persecución debe cesar en la más temprana gestión del procedimiento que sea posible. Si lo anterior no ha ocurrido, se traduce en asegurar su absolución en la respectiva sentencia.

b) Si, por el contrario, se trata de una persona penalmente responsable del hecho punible³³, la mejor aplicación posible del Derecho penal material significa que el proceso penal debe permitir su condena en el grado estrictamente debido.

La explicación ofrecida alude a un sujeto que se define como penalmente responsable o penalmente no responsable del hecho punible, con anterioridad a la decisión judicial. Esto implica que el sujeto puede tener una de tales calidades con independencia del contenido que en definitiva tenga la decisión judicial. El problema, por tanto, se reconduce a esclarecer en qué sentido un sujeto puede ser calificado como penalmente no responsable del hecho punible si es condenado tras el enjuiciamiento penal. Lo mismo vale para la situación contraria.

De acuerdo con lo recién expresado, la mejor aplicación posible del Derecho penal material tiene lugar cuando el hecho ha sido tratado jurídico penalmente del modo en que el Derecho penal material lo exige, considerando toda la información fáctica disponible y en el contexto normativo de que se trata³⁴. Anticipando ideas que serán expuestas en el resto de este trabajo, esa información se encuentra mediada por la calidad epistemológica del proceso penal y por las valoraciones fácticas y normativas que se desarrollan en el mismo.

³³ Determinar si una persona es penalmente responsable constituye, seguramente, uno de los más complejos problemas con que debe lidiar el Derecho penal contemporáneo. Por ello, y sin perjuicio que se volverá sobre el tema más abajo, provisionalmente se puede afirmar que la persona penalmente responsable es el sujeto cuya conducta se encuentra regulada por una norma de Derecho penal material. Con todo, debe advertirse que esa conclusión no significa que en definitiva a la persona se le aplicará una pena o medida de seguridad, sino que basta que ello sea jurídicamente procedente. En otras palabras, que la norma denote los hechos del caso es una condición *sinne qua non* de su aplicación, pero no una condición *per quam* de la misma. En efecto, la actual configuración de los sistemas procesales penales en diversos países de occidente permite evitar la punibilidad. Al efecto habitualmente se invocan razones de política criminal, las que conducen a instituciones como el principio de oportunidad, la *probation* (también conocida como suspensión condicional del procedimiento o suspensión a prueba), los acuerdos de reparación a la víctima o la suspensión de la imposición de la pena. Por cierto no resulta posible referirse aquí a ninguna de estas alternativas a la aplicación de penas o medidas de seguridad. Por lo mismo, lo relevante para efectos de este trabajo es la calidad de penalmente responsable y no la pena que potencialmente se puede aplicar al sujeto.

³⁴ El contenido conceptual de la expresión mejor aplicación posible del Derecho penal material ha sido construida a partir de diversos autores. En particular se han considerado las ideas de Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], especialmente pp. 56 a 59, respecto de la significación del cuerpo de creencias compartido por una determinada comunidad; de Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], especialmente pp. 28 y 29, en cuanto a los problemas de la subsunción; y Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], especialmente pp. 32 a 37, en lo relativo a la noción de verdad en el ámbito jurídico.

No puede ignorarse que hablar de la mejor aplicación posible del Derecho penal material es lo mismo que hablar de la aplicación más correcta posible del Derecho penal material. Esto parece colocar las pretensiones de este trabajo en un terreno problemático. En efecto, y como expresa el profesor De Asís, hablar de criterios de corrección implica manejar ciertos grados de cognoscitividad³⁵.

Sin embargo, los criterios que aquí se ofrecen en ningún caso pueden considerarse suficientes para alcanzar una decisión judicial correcta. Más bien se trata de criterios necesarios para alcanzar una decisión judicial correcta. En este sentido, y nuevamente siguiendo al profesor De Asís, “funcionan como lo que podríamos denominar como cuestiones de agenda de la decisión. En efecto, lo que denomino como cuestiones de agenda de la decisión son criterios que quien decide debe tener siempre presentes. Se trata de unos criterios que deben formar parte de algo así como una plantilla desde la que, en este caso, quien desarrolla un derecho o quien analiza ese desarrollo deben trabajar. Estas cuestiones no permiten alcanzar decisiones definitivamente correctas, pero su abandono sí que puede hacer que la decisión sea incorrecta”³⁶.

En otras palabras, la mejor aplicación posible del Derecho penal material exige la aplicación de cierta clase de criterios. Esos criterios seguramente no son suficientes para lograr una decisión correcta en todos los casos. Ello se debe a que siempre podrán concurrir otra clase de antecedentes o criterios en los casos concretos. Sin embargo, ciertamente sí son necesarios, desde que su abandono puede conducir a decisiones que pueden no considerarse correctas³⁷.

1.2. Mejor aplicación posible y decisión judicial.

La decisión judicial es una especie de discurso jurídico. Por lo mismo, y sin perjuicio de ciertas condiciones propias, participa de las características esenciales de este último. Una de ellas es, como expresa Alexy, la pretensión de corrección. Esa pretensión de corrección significa que el discurso jurídico puede ser racionalmente fundamentado en el marco del sistema jurídico vigente³⁸.

³⁵ Al respecto afirma De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 133: “El término correcto, en el ámbito jurídico, es sin duda un término problemático. En efecto, calificar a algo como correcto implica realizar un juicio de valor que toma como referencia algún sistema normativo. Si pensamos por ejemplo en una conducta o en una norma, podremos calificar a estas como correctas desde diversos puntos de vista, dependiendo del ámbito en que nos estemos moviendo o del sistema normativo que establezcamos como referencia. Obviamente defender la existencia de criterios de corrección implica manejar un cierto cognoscitividad”.

³⁶ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 134.

³⁷ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 134.

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 213, señala al respecto: “El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas”.

Eso significa que todo discurso jurídico, y por lo mismo toda decisión judicial, puede ser evaluada desde el punto de vista de su corrección. En otras palabras, toda decisión judicial puede ser evaluada desde el punto de vista de su fundamentación racional en el marco del sistema jurídico vigente. El problema, como puede suponerse, se reconduce a determinar cuándo se puede afirmar que una decisión judicial se encuentra racionalmente fundamentada desde el respectivo ordenamiento³⁹. Una parte de la respuesta se encontrará en los criterios ofrecidos por este trabajo. Por ahora basta con constatar que a partir de lo hasta aquí expresado resulta posible precisar las relaciones existentes entre la noción de mejor aplicación posible del Derecho penal material y decisión judicial.

Ante todo es necesario destacar que se puede hablar de una persona penalmente no responsable (o penalmente responsable) aún cuando esto no encuentre correlación en la respectiva sentencia. En efecto, un sujeto puede ser así calificado si efectivamente ha incurrido en el hecho punible y esto es determinado a partir tanto de las pruebas y valoraciones que fundan el juicio de hecho como de las normas y valoraciones que fundan el juicio de Derecho. Y ello con independencia de si el juzgador del caso ha considerado aquellas pruebas, normas y valoraciones.

En otras palabras, la mejor aplicación posible del Derecho penal material se define por su relación con lo que realmente ha acaecido y ello se puede verificar a partir del material fáctico y jurídico de que dispone o puede disponer el juzgador. Por tanto, no se define por su relación con el cuerpo fáctico o normativo que efectivamente ha utilizado, que es el que condiciona su decisión. Sobre estas ideas se volverá poco más abajo, al explicar los criterios que se sugerirán desde el ámbito procesal penal.

Esta forma de entender la mejor aplicación posible del Derecho penal material de ningún modo implica desestimar la importancia de la decisión judicial. Tampoco puede entenderse como una propuesta que se mueve en paralelo y alejada del contenido de aquélla. Precisamente al contrario, se trata de un objetivo al que la decisión judicial debe orientarse. Para decirlo aún más claramente, la decisión judicial debe tener como finalidad la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Que la decisión judicial debe orientarse a la mejor aplicación posible del Derecho penal material no es más (ni menos) que una manifestación de sumisión al Derecho. En efecto, éste exige que el Derecho penal material se aplique al responsable de un hecho punible y no a quien no es responsable del mismo. Como expresa el profesor De Asís, este sometimiento de la autoridad al Derecho puede justificarse por razones morales, prudenciales y profesionales⁴⁰. Adicionalmente, la obligación que tienen los jueces de resolver conforme a

³⁹ El mismo problema plantea Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 213, mediante el siguiente interrogante: “¿Pero qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente?”.

⁴⁰ Al respecto expresa el profesor De Asís que “existen tres grandes razones para obedecer al Derecho por parte de los poderes públicos. Por un lado las genuinamente morales, que implican considerar que se obedece porque el sistema jurídico es moralmente correcto; por otro las prudenciales, que implican considerar que se obedece porque se considera que el incumplimiento va a tener consecuencias perjudiciales para quien lo efectúa (el miedo a la sanción); por último las que podríamos denominar como profesionales o de status, que

Derecho es manifestación del principio de legalidad y una exigencia racional del concepto de Derecho⁴¹. Por lo mismo, la mejor aplicación posible del Derecho penal material puede ser entendida también como una exigencia derivada de la sumisión del juzgador al Derecho.

1.3. Mejor aplicación posible y única respuesta correcta.

Siempre en esta línea de dotar de significado, conviene distinguir “mejor aplicación posible” de “única respuesta correcta”. Ello se debe a que la primera parece tener afinidad de contenido con la segunda. Además, ambas ofrecen una perspectiva respecto de las posibilidades del enjuiciamiento en general y del proceso penal en particular. Sin embargo, y como se verá inmediatamente, en realidad se trata de conceptos radicalmente distintos.

La idea de única respuesta correcta tiene al menos dos vertientes de significado⁴². Según una de ellas, que puede calificarse de extrema, el Derecho ofrece una única solución para cada caso concreto, la que además siempre puede ser encontrada. Según la otra, que puede llamarse moderada, el Derecho ofrece una única solución para cada caso concreto, pero puede que ella nunca sea descubierta⁴³. Adviértase que adscriben a esta tesis no sólo quienes así lo expresan, sino también aquellos para los que interpretar consiste en “desentrañar” o “descubrir” el sentido de una norma⁴⁴.

Esta simple referencia permite advertir que en realidad nada asemeja las dos perspectivas recién conceptualizadas. La única respuesta correcta tiene un fundamento ontológico o epistemológico, mientras que la mejor aplicación posible es de carácter contextual. En efecto, sea que pueda encontrarse (versión extrema) o no (versión moderada), la única respuesta correcta supone la existencia de la misma. La mejor aplicación, por su parte, resulta esencialmente relativa al cuerpo fáctico y normativo disponible al tomar la decisión. Por lo mismo, las dos perspectivas tampoco presentan afinidad conceptual.

implican que se obedece porque se considera que la ocupación del cargo conlleva esa exigencia”. Ver De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 46 y 47.

⁴¹ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 47; y, del mismo autor, *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 121 y 122.

⁴² Al respecto ver Aarnio, Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, [traducción de Josep Aguiló Regla] /en/ Doxa [on line], 1990, Núm 8 [citado 27 septiembre 2007], p. 24.

⁴³ Es, por ejemplo, el caso de Ronald Dworkin. Así, en su obra *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, quinta reimpression, abril de 2002, p. 146, expresa: “No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos”. Reiterando la idea de “descubrir” o “desentrañar” el sentido de un texto jurídico, y específicamente de la Constitución, Dworkin en *El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, traducción de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, segunda edición, noviembre de 2002, p. 279, afirma que el juez Hércules “se deja guiar por un sentido de integridad constitucional; cree que la Constitución norteamericana consiste en la mejor interpretación disponible del texto y la práctica constitucional norteamericana en su totalidad, y su juicio acerca de cuál interpretación es la mejor es sensible a la gran complejidad de virtudes políticas correspondientes a la misma cuestión”.

⁴⁴ Es el caso de, por ejemplo, el chileno Rodríguez Grez, Pablo, en *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, octubre de 1992, p. 47, y del argentino Sarmiento García, Luis E., *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 179.

2. Una limitación estimulante.

Según se ha visto, la mejor aplicación posible del Derecho penal material pretende asegurar en el mayor grado posible una de dos cosas. Uno, dejar fuera del proceso penal y de la aplicación del Derecho penal tanto material como de ejecución al que no es penalmente responsable. Dos, someter al proceso penal y permitir la aplicación en el grado estrictamente debido del Derecho penal material y de ejecución al que sí lo es.

Frente a esas pretensiones, es necesario advertir la existencia de una importante limitación. En todo proceso penal se persigue la comprobación de una hipótesis: el acaecimiento de un cierto hecho punible y la participación de determinada persona en el mismo. Pues bien, y en palabras de Ferrer: “Nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá adquirir certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis”⁴⁵. Esto se debe, como expresa el profesor De Asís, a que una serie de condicionantes inherentes al proceso penal impiden que la decisión judicial pueda salir del plano de la probabilidad⁴⁶. En efecto, toda decisión, y también la jurisprudencial, implica una preferencia y en la base de toda preferencia hay “un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*”⁴⁷.

En virtud de tales condicionantes y en especial de las valoraciones ínsitas en el razonamiento judicial, el proceso penal constituye un mecanismo de “justicia procesal imperfecta”⁴⁸, de modo que siempre “es posible que la inverosímil y no probada hipótesis de la defensa sea verdadera, y que la plausible y probada hipótesis del acusador sea falsa”⁴⁹. Como expresa Ferrajoli, en la práctica ello se traduce en que muchos culpables se sustraen del juicio y la condena, mientras muchos inocentes se ven forzados a sufrir el error judicial⁵⁰.

⁴⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, Los estándares de prueba en el proceso penal español [on line], [citado 26 septiembre 2008], p. 1.

⁴⁶ Sobre el punto expresa el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 107: “El proceso de decisión judicial presenta una serie de notas que hacen que el tipo de argumentación que en el mismo aparece revista ciertas particularidades. El operar desde un marco normativo y tomando como referencia acciones humanas, con presencia (de importantes elementos valorativos, y lo que es quizá más relevante, sin que pueda salirse del plano de la probabilidad, hace que todo el proceso se mueva en un tipo especial de racionalidad, que podríamos denominar como dialéctica, tanto en el sentido de lo problemático como en el de lo probable”. Precizando su punto de vista, el propio profesor De Asís en Sobre el razonamiento judicial, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 88 y 89, especifica que “en el contexto jurídico, y más concretamente en las sentencias, tanto el razonamiento fáctico cuanto el normativo llegan a conclusiones que se consideran ciertas, al menos para el caso en cuestión”. Y añade en la p. 89: “Es importante advertir que esta atribución de certeza se produce en el contexto jurídico independientemente de que, desde un punto de vista argumentativo general, difícilmente puede pensarse que la argumentación utilizada posea esa nota”.

⁴⁷ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, pp. 26 y 27. La cursiva es del autor.

⁴⁸ Bouzat, Andrés, y Cantaro, Alejandro S., Verdad y prueba en el proceso acusatorio, [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 69.

⁴⁹ Bouzat, Andrés, y Cantaro, Alejandro S., Verdad y prueba en el proceso acusatorio, [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 70.

⁵⁰ Al respecto expresa Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 209: “Este conjunto de constricciones constituye un costo

Que el proceso penal conduzca a resultados que se mueven en el plano de la probabilidad sin duda es un dato de la realidad. Sin embargo, y al mismo tiempo, esa limitación es un aliciente para las pretensiones de este trabajo, en orden a sugerir al juzgador ciertos criterios tendentes a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Y ello al menos por dos razones.

En primer lugar, una cosa es la imposibilidad de alcanzar certezas y otra muy distinta es afirmar que se carece de buenas razones que permitan preferir una hipótesis por sobre otra⁵¹. En este mismo sentido se pronuncia Alexy cuando afirma: “La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos”⁵².

Lo recién expresado es aplicable al proceso penal. En algunas oportunidades es perfectamente posible que el juzgador penal cuente con buenas razones para preferir una determinada hipótesis por sobre las demás en competencia. En otros casos, en cambio, seguramente carecerá de esas buenas razones. La distinción entre casos fáciles, difíciles y trágicos se edifica precisamente a partir de las coincidencias o discrepancias que puede generar la valoración de las razones ofrecidas.

En efecto, en los casos fáciles “el Ordenamiento jurídico contiene una respuesta no discutida”⁵³. En otras palabras, se cuenta con buenas razones para preferir una determinada hipótesis para ese caso, por sobre las demás en competencia. En los casos difíciles, por su parte, “ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etc.) nos encontramos con que el operador

que tiene que ser justificado. Recae no sólo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni sólo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún a la condena; ni sólo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial”.

⁵¹ Sobre el punto afirma Ferrer Beltrán, Jordi, Los estándares de prueba en el proceso penal español [on line], [citado 26 septiembre 2008], p. 1, que “debemos distinguir cuidadosamente entre el hecho de que no podamos alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis (positiva) y el hecho de que no podamos tener razones para preferir una hipótesis explicativa respecto de otra. No todas las hipótesis fácticas tendrían, pues, el mismo grado de fundamentación o corroboración”.

⁵² Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 29.

⁵³ De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 94. En el mismo sentido se pronuncia Chaumet, Mario E., Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, /en/ Cartapacio [on line], 2003, Núm 4 [citado 16 septiembre 2008], p. 1, cuando expresa que los casos fáciles son aquéllos en que “la solución está predeterminada por las normas, los hechos no ofrecen inconvenientes en cuanto a su reconocimiento o calificación y el operador jurídico se limita a realizar una simple deducción”.

jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo”⁵⁴. Dicho de otro modo, se cuenta con buenas razones a favor de las diversas hipótesis en competencia. En los casos trágicos, por último, o bien existen valores, principios o requerimientos jurídicos mutuamente inderrotables, o bien la inclinación a favor de uno de ellos tiene un muy elevado precio (dejar de lado al otro)⁵⁵. Esto significa que o bien se cuenta con buenas razones a favor de una de las hipótesis o a favor de ambas, pero en ambos casos el sacrificio de una de ellas tiene un elevado valor axiológico.

Lo anterior permite afirmar que, al menos en los casos fáciles, el proceso penal puede conducir a resultados que se pueden tener por ciertos, a la luz del material fáctico y normativo disponible. Afirmar lo contrario implicaría, siguiendo expresivas palabras de Taruffo, que el proceso penal “desarrollaría solamente una función marginal y simbólica: no sería otra cosa que un tipo de representación ritual, que es celebrada no porque se trata de un instrumento institucional dirigido a administrar la justicia, sino porque sirve para hacer creer, a las partes y a la sociedad generalmente, que la justicia es hecha, con la esperanza de que, en tal modo, las partes se induzcan a concluir la controversia y la paz social sea rehecha”⁵⁶.

En síntesis, las limitaciones propias de toda decisión judicial no se presentan con igual intensidad en todos los casos. Hay diversos grados de certeza y, además, circunstancias específicas que colaboran a determinar esos diversos grados de certeza. Pero esta es sólo la primera razón que estimula el proponer criterios que colaboren a la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

En segundo lugar, una cosa es la imposibilidad de alcanzar certezas y otra muy distinta es renunciar a alcanzar tales certezas⁵⁷. Como expresa Muñoz-Conde, el proceso penal no puede renunciar a esta pretensión. Exactamente al contrario, y parafraseando a Garay, la

⁵⁴ Chaumet, Mario E., *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, /en/ Cartapacio [on line], 2003, Núm 4 [citado 16 septiembre 2008], p. 1. En el mismo sentido, De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 94.

⁵⁵ Lariguet, Guillermo, *Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica*. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza /en/ *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril de 2006, Núm. 24 [citado 2 agosto 2007], pp. 93 y 94. En este mismo sentido, ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 98, y Chaumet, Mario E., *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, /en/ Cartapacio [on line], 2003, Núm 4 [citado 16 septiembre 2008], p. 1. Similares ideas aporta Vidal Gil, Ernesto J., en *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Universidad de Valencia, Valencia, 1999, p. 222, quien define los casos trágicos como “aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de la justicia”.

⁵⁶ Taruffo, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa* /en/ *Ius et Praxis* [on line], 2006, vol.12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007]. Aunque el autor formula estas afirmaciones a propósito de la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso civil, ellas son perfectamente aplicables en el sentido que aquí se han utilizado.

⁵⁷ Al respecto afirma Muñoz-Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, p. 97: “Esto no quiere decir, sin embargo, que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material entendida en su sentido clásico como *adecuatio rei et intellectu*”.

actividad procesal debe tener como meta parcial y final alcanzar representaciones verdaderas del mundo⁵⁸.

Excluir dicha pretensión del horizonte de intencionalidades del proceso penal sin duda nos colocaría en graves dificultades. En efecto, sin ella carecerían de toda relevancia moral, jurídica e institucional la condena de un inocente y la absolución de un culpable, por mencionar sólo las conclusiones más radicales del proceso penal⁵⁹. Sin embargo, sabemos que esto no es así⁶⁰. En consecuencia, sin duda un objetivo del proceso penal es conducir a decisiones judiciales que se correspondan con lo acaecido, de acuerdo con el cuerpo fáctico y jurídico disponible⁶¹.

Si las dos afirmaciones recién desarrolladas son efectivas, parece posible concluir que es tan posible como imperativo establecer mecanismos que incrementen la calidad de la decisión judicial. Por lo mismo, es necesario preguntarse siempre y una vez más qué hacer para que el proceso penal genere decisiones judiciales que se correspondan con los hechos acaecidos en el mayor número de casos posible. En otras palabras, la pregunta a responder es como poner a disposición del juzgador una mayor cantidad de buenas razones o razones de mejor calidad para enfrentar los casos sometidos a su decisión. Los criterios que se ofrecerán desde el ámbito procesal penal con la finalidad de lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material se orientan precisamente en esta dirección.

⁵⁸ En este sentido expresa Garay, Carlos Alberto, Plasticidad neuronal, verdad y lógica, Comunicación presentada ante el Congreso "Verdad: Lógica, representación y mundo". Universidad de Santiago de Compostela. Departamento de Lógica e Filosofía da Ciencia. Faculdade de Filosofia e CC. da Educação, enero 1996 [on line], [citado 8 octubre 2007], que: En tanto persigamos el conocimiento, preferiremos creer verdades antes que falsedades. Tomamos, además, como un hecho que la totalidad de la empresa científica tiene como meta parcial y final alcanzar representaciones verdaderas del mundo, aunque algunas veces sólo obtenga recursos predictivos o instrumentales.

⁵⁹ Sobre el punto, Laudan, Larry, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho [on line], 2005, Núm 28 [citado 23 febrero 2009], p. 97, completar, expresa: "Los errores principales [de un proceso penal] son la condena de alguien que no cometió el delito o la absolución de aquél que sí lo hizo". En similar sentido, y aunque no se comparten algunas de las expresiones utilizadas, Florian, Eugene, Elementos de derecho procesal penal, volumen III, traducido por L. Prieto Castro, Jurídica Universitaria, México, 2002, p. 27, quien advierte que el punto es relevante desde la perspectiva del interés público. A su juicio, "es cuestión de interés público que los delincuentes sean castigados y los inocentes absueltos sobre la base de lo que son, de lo que han cometido, de lo que han tenido voluntad de hacer". La cursiva es nuestra y enfatiza las expresiones que no se comparten con este autor.

⁶⁰ Desde el punto de vista jurídico la condena de un inocente es inaceptable. Así se puede inferir de la prohibición de condena por hechos que no son delitos, establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 11.2, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.1. A la misma conclusión permite arribar el derecho a indemnización por error judicial a que se refiere el artículo 14.6 de este pacto. Coincidentemente, Cafferata Nores, José, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, segunda edición actualizada, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 118, recalca que "el criterio de verdad constituye un requisito sine qua non cuando se trata de la imposición de una pena por la comisión de un delito: sólo será legítimo penar al culpable verdadero luego de que su culpabilidad haya sido plenamente acreditada".

⁶¹ En este mismo sentido, expresaba ya en 1875 Carrara, Francesco, Programa de Derecho criminal. Parte General, título original: Programa del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, volumen II, reimpresión inalterada, Temis, Bogotá, y Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 266 y 267, que en el juicio penal se conoce "acerca de los delitos y de sus autores, a fin de que la pena no recaiga sobre los inocentes, sino sobre los culpables".

III. Criterios, proceso penal y razonamiento judicial.

En lo que sigue se presentarán los criterios procesal penales que se ofrecen al juez desde los derechos fundamentales, con miras a lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Luego, y siguiendo una propuesta de Luigi Ferrajoli, se mostrará que esos criterios colaboran al cómo juzgar. Por último, y adscribiendo a ideas del profesor Rafael De Asís, se mostrará que tales criterios aportan tanto al juicio de hecho como al juicio de Derecho del razonamiento judicial.

1. Los criterios sugeridos.

Dos son los criterios propuestos por este trabajo con miras a lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Como se verá, cada uno de ellos se construye en íntima conexión con los derechos fundamentales.

El primero de esos criterios está dirigido al juicio de hecho. En su virtud se postula que el juez penal debe admitir ampliamente la realización de diligencias de investigación y de diligencias de prueba que importen una interferencia en aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad epistemológica del proceso penal. Inversamente, el criterio sugiere que el juez debe rechazar la realización de diligencias de investigación y de diligencias de prueba que importen una interferencia en derechos fundamentales cuya indemnidad favorece la calidad epistemológica del proceso penal.

El segundo de los referidos criterios se dirige al juicio de Derecho. En virtud del mismo se propone que el juzgador penal se someta al precedente al momento de interpretar los enunciados normativos de Derecho penal material eventualmente aplicables a los hechos del caso. A falta de precedente, se postula que el juzgador penal debe formular un precedente hipotético al que esté dispuesto a someterse a futuro en todos los casos cuyos hechos sean iguales a los hechos en el caso actualmente sometido a su decisión, y aplicarlo en este último. Y todo ello en el entendido que se trata de exigencias impuestas desde los derechos fundamentales.

Como se puede advertir, en ambos casos se trata de criterios asociados a una corrección sustantiva de la decisión judicial. En otras palabras, se trata de criterios que tienen que ver con el contenido de la misma. No son, por tanto, criterios asociados a la corrección procedimental del pronunciamiento judicial⁶².

Ahora bien, es evidente que la exposición del primer criterio exige clarificar una serie de problemas asociados a su formulación. Ante todo, se debe explicitar en qué sentido este criterio colabora a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Además, se deben enfrentar los problemas relativos a la calidad epistemológica del proceso penal, la posible distinción entre derechos fundamentales que favorecen y que perjudican dicha

⁶² La distinción ha sido tomada de De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 135.

calidad epistemológica, y el alcance de la admisibilidad y rechazo de las respectivas diligencias de investigación. Por último, se debería mostrar cómo opera en el caso concreto la aplicación de este criterio.

Al igual que en el caso anterior, el segundo criterio hace necesario enfrentar los diversos problemas asociados a su formulación. Ante todo, es necesario expresar en qué sentido este criterio colabora a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Adicionalmente se debe aclarar en qué casos se está en presencia de un precedente judicial, y justificar adecuadamente el mandato de sumisión al precedente que aquí se propone. Junto con ello, se debería mostrar cómo opera en el caso concreto la aplicación de este criterio. En fin, se debe explicitar en qué sentido la aplicación de este criterio constituye un imperativo de carácter iusfundamental, es decir, exigido por los derechos fundamentales.

A enfrentar los problemas recién aludidos, entre otros, se dedicarán, respectivamente, la primera y la segunda parte de este trabajo. Sin embargo, previo a ello, resulta conveniente explicar en qué forma inciden ambos criterios tanto en el proceso penal, como en el razonamiento judicial. Tales antecedentes permitirán entregar un mejor contexto respecto de las pretensiones y posibilidades de los mismos.

2. Criterios para el cómo juzgar.

Para explicar de que manera los criterios recién referidos impactan en el proceso penal parece conveniente acudir a la propuesta de Ferrajoli en orden a distinguir si, porqué, cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar⁶³. En otras palabras, se pregunta por la admisibilidad, finalidad, presupuestos y forma del Derecho penal material, la admisibilidad, finalidad, presupuestos y forma del proceso penal, y la admisibilidad, finalidad, presupuestos y forma del Derecho penal de ejecución.

Casi está demás reiterar que los criterios tendentes a la mejor aplicación posible del Derecho penal material se refieren exclusivamente al proceso penal. Por lo mismo, evidentemente el fin postulado en este trabajo no importa ni expresa ni tácitamente una opción acerca del prohibir, ni del castigar. Para ser más precisos, y siempre siguiendo la distinción de Ferrajoli, no se formula una opinión respecto de la admisibilidad, fin, presupuestos y formas de los delitos ni de las penas. El Derecho penal material y el Derecho penal de ejecución, por añadidura en expansión en occidente⁶⁴, quedan fuera de los análisis que siguen.

⁶³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 210.

⁶⁴ La expansiva tendencia del Derecho penal se manifiesta, entre otros aspectos, en el incremento de los tipos penales, el endurecimiento de las penas, la flexibilización de las reglas de imputación y la tipificación de delitos de peligro abstracto (Vargas, Tatiana C., *Eficacia y garantías en el moderno derecho penal. Una perspectiva desde el sistema jurídico chileno*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 258). Al parecer, esta expansión es multicausal. Ella responde a la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos supraindividuales, como los económicos y medioambientales (Márquez, María Juliana, *Hacia un derecho penal moderno, alcances*, /en/ XV Congreso

En el ámbito del proceso penal la concepción instrumental no implica tomar posición respecto de la admisibilidad (si) ni de los presupuestos (cuándo) del juzgar. En cuanto a la admisibilidad, frente al hoy incontenible y expansivo Derecho penal material, simplemente se admite la inevitabilidad de contar con procedimientos tendentes a su aplicación. En

Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 84), la toma de conciencia respecto de ciertos riesgos o la generación de otros nuevos, como las derivadas de la tecnología atómica, la informática, la genética y la industria (Márquez, María Juliana, Hacia un derecho penal moderno, alcances, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 85; Schonfeld, Leonardo Augusto, La expansión del derecho penal como política demagógica y sus límites”, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 246; Vargas, Tatiana C., Eficacia y garantías en el moderno derecho penal. Una perspectiva desde el sistema jurídico chileno, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 259; Riquelme Portilla, Eduardo, El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo /en/ *Polít. crim. [on line]*, 2006, A2, Núm. 2 [citado 11 junio 2007], p. 6), la funcionalización del Derecho penal por parte de los políticos, para dar la apariencia de solución simple a problemas complejos (Falcón Lozada, Alba Lorena, Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 221; Schonfeld, Leonardo Augusto, La expansión del derecho penal como política demagógica y sus límites”, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 246; Montiel, Juan Pablo, ¿Hacia las postrimerías de un derecho penal subsidiario?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 352; Paz, Marta, y Rawson, Juan Carlos, Medidas alternativas y principio de oportunidad, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 292; Miranda, Manuel, El populismo punitivo /en/ Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006 [on line], [citado 11 junio 2007], p. 1, quien con acierto denomina “populismo punitivo” a este fenómeno), o como simple respuesta política frente a situaciones coyunturales de alarma social (Morales Manzur, Jorge, Parraga Meléndez, Jesús E., Fuenmayor, Gazella, *et al*, Legalidad formal y control social alternativo. Acerca de la creación de un nuevo Código Penal en la Venezuela actual, CC. [on line], marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 [citado 09 junio 2007], especialmente pp. 5 y 6). Este fenómeno se produce bajo regímenes políticos democráticos (Montiel, Juan Pablo, ¿Hacia las postrimerías de un derecho penal subsidiario?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, p. 351), y no sólo alentado por los poderes públicos o grupos de presión cercanos a ellos, sino por cualquier sector social que se ve atacado en sus legítimos intereses (Miranda, Manuel, El populismo punitivo /en/ Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006 [on line], [citado 11 junio 2007], p. 7).

cuanto a los presupuestos, dicha perspectiva ni explícita ni implícitamente debe entenderse como una preferencia respecto de determinadas respuestas acerca del cuándo enjuiciar.

Al entender que la finalidad del proceso penal es evitar la persecución penal del que no es penalmente responsable, interrumpir su persecución a la brevedad posible y evitar su condena, así como permitir la condena del penalmente responsable en el grado debido, sólo hay una opción respecto del porqué del proceso penal. Esta perspectiva es neutra, desde que se limita a concebir al proceso penal como instrumento necesario para la aplicación del Derecho penal material. Además, esta concepción instrumental no es el objeto, sino el supuesto que opera como punto de partida de estas líneas.

En efecto, es desde ese presupuesto que se ofrecen al juez los dos criterios más arriba referidos. Tales criterios apuntan al cómo del enjuiciamiento, es decir, a la forma en que se debe desarrollar el proceso penal. Adviértase que en ningún caso estos criterios agotan, ni remotamente, los muchos aspectos vinculados al cómo juzgar. Se trata sólo de propuestas que sugieren un determinado modo de responder dos de los muchos problemas implícitos en esa pregunta. Por tanto, y en síntesis, los dos criterios que se sugerirán apuntan a una mejora en la calidad del cómo juzgar.

3. Criterios para el juicio de hecho y para el juicio de Derecho.

Para mostrar en qué forma impactan los dos criterios más arriba referidos en el razonamiento judicial conviene explicar cuál es la estructura de dicho razonamiento. Al efecto se seguirá la propuesta del profesor De Asís, distinguiéndola claramente de la perspectiva tradicional.

3.1. El razonamiento judicial en la perspectiva tradicional.

Habitualmente se ha explicado el razonamiento judicial penal afirmando que se trata de un silogismo Bárbara. El silogismo Bárbara es el utilizado para la aplicación de una regla, y está conformado por dos premisas y una conclusión. La premisa mayor formula la regla, la premisa menor formula el caso sometido a la regla y la conclusión aplica la regla al caso estableciendo el resultado⁶⁵. Alonso Tarrío expresa matemáticamente este silogismo en los siguientes términos⁶⁶:

$$(p \Rightarrow q) \wedge (q \Rightarrow r) \rightarrow (p \Rightarrow r)$$

De acuerdo con esta perspectiva, la conclusión se encuentra necesariamente implícita en las premisas que le preceden. En efecto, al juez le basta conocer la norma (el que mate a otro será castigado) y el hecho sometido a la regla (Juan mató a otro) para obtener la sentencia que debe dictar (Juan debe ser castigado).

⁶⁵ Explicación construida a partir de lo expuesto por Bar, Aníbal R., Abducción. La inferencia del descubrimiento /en/ Cinta de Moebio: Revista electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile [on line], diciembre 2001, Núm 12 [citado 15 septiembre 2008].

⁶⁶ Alonso Tarrío, Leovigildo, ¿Qué es eso de las matemáticas? [on line]. [citado 15 septiembre 2008], p. 2.

La extendida admisión de esta forma de explicar el razonamiento judicial se justifica no sólo por el atractivo lógico de la propuesta. En el contexto ilustrado esta opción contaba también con motivaciones ideológicas. Frente al legislador, encarnación de la voluntad popular y del triunfo de la razón, el juez debía operar, siguiendo una ya famosa descripción de Montesquieu, simplemente como la “boca que pronuncia las palabras de la ley”⁶⁷. De este modo, al explicar el razonamiento judicial como un silogismo Bárbara se aseguraba que el juez sería un “mero ejecutor fiel y pasivo de los dictados del legislador”⁶⁸.

Pese a lo recién expuesto, la perspectiva tradicional no puede ser compartida. Como expresa el profesor De Asís, “puede deducirse sin dificultad que la decisión judicial es algo más complicada que la operación del silogismo Bárbara”⁶⁹. Ello se debe a que, como destaca Remón, “si se quiere utilizar la figura lógica del silogismo, siendo la norma su premisa mayor y la subordinación de un hecho (el «caso») la menor, nadie podrá discutir el carácter esencialmente problemático del procedimiento de formación de las premisas”⁷⁰. En similar sentido, aunque de modo más radical, afirma Ferrajoli: “La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde, como veremos desde este capítulo, a una ilusión metafísica”⁷¹.

3.2. Los juicios y la conclusión del razonamiento judicial.

Siguiendo al profesor De Asís, el razonamiento judicial está constituido por un juicio de hecho, un juicio de Derecho y una conclusión.

El juicio de hecho “consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente”. Añade el profesor De Asís que, como consecuencia de estos procesos, el juez deberá “llevar a cabo un relato fáctico con sentido fijando los hechos sobre los que va a centrar el juicio de Derecho”. Y concluye con una precisión que muchos autores pasan por alto: en este ejercicio “la dimensión valorativa del juez vuelve a tener cierta presencia.

⁶⁷ Al explicar una de las tres excepciones en que el legislador puede juzgar, Montesquieu advierte que “la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega”, en ciertos casos puede ser “excesivamente rigurosa”. Frente a esta situación, afirma que “los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”. Por lo mismo, “es necesario que se constituya en tribunal, y juzgue, la parte del cuerpo legislativo a que dejamos hecha referencia [la formada por los nobles], porque su “autoridad suprema puede moderar la ley en favor de la ley misma, dictando un fallo menos riguroso que ella”. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Nicolás Estévez, Editorial Elia, Buenos Aires, sexta edición, 1984.

⁶⁸ Serra Cristóbal, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 72.

⁶⁹ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 98.

⁷⁰ Remón Peñalver, Jesús, *La lucha por la seguridad jurídica* [on line], [citado 23 febrero 2009]. Y añade el autor: “Es compleja la formación de la premisa menor (premisa fáctica) porque el hecho mismo tiene que ser previamente enjuiciado para tratar de subsumirlo en el supuesto de la norma o, dicho de otra forma, porque la formación de la premisa fáctica se constituye en el centro de la controversia. Pero lo que ahora se quiere destacar es la creciente dificultad del proceso de formación de la premisa mayor (premisa normativa), de la labor de interpretación y aplicación de las normas, que deriva de factores estructurales tanto del sistema jurídico como del sistema político y social en su conjunto”.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 38.

Normalmente, la actividad judicial en este punto tratará de llevar a cabo una exposición de los hechos que sea susceptible de integración en un supuesto de hecho normativo”⁷².

El juicio de Derecho, por su parte, consiste en “la búsqueda del material normativo a aplicar” para determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable⁷³. Y en este punto el profesor De Asís añade una nueva y relevante precisión: “Toda la fase del juicio de Derecho se lleva a cabo teniendo en cuenta los hechos fijados, e incluso podríamos decir que se trabaja sobre ellos. En efecto, en ocasiones esta fase lo que hace es ir calificando jurídicamente los hechos, moldeándolos de manera jurídica hasta llegar a la resolución del problema. En este sentido, la fase del juicio de Derecho no puede comprenderse si no se hace desde los hechos”⁷⁴.

A estos dos juicios sigue la conclusión o fallo, que es el momento en el cual “se produce la subsunción del caso en el de la norma fijada y se aplica la consecuencia de ésta”⁷⁵. En otras palabras, se debe determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable y, en caso afirmativo, cuál debe ser la sanción que le corresponde⁷⁶.

Pues bien, cada uno de los criterios que desde el ámbito procesal penal se ofrecen al juez se relaciona con uno de los referidos juicios. La admisión o rechazo de diligencias de investigación atendiendo a su efecto sobre la calidad epistemológica del proceso penal incide en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente. Por tanto, este primer criterio impacta sobre el juicio de hecho que integra el razonamiento judicial. La sumisión al precedente o al precedente hipotético, por su parte, incide en la búsqueda

⁷² De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 99 y 101.

⁷³ Esta definición del juicio de Derecho sigue tanto la propuesta del profesor De Asís, como la de Ferrajoli, pues son perfectamente complementarias. Ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 102, y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

⁷⁴ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 165.

⁷⁵ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 104.

⁷⁶ La explicación del profesor De Asís, que es la seguida en este trabajo, difiere de la igualmente interesante propuesta de Ferrajoli. En efecto, al analizar el razonamiento judicial el autor italiano distingue tres inferencias. La primera es una inducción fáctica y consiste en precisar si esa persona ha cometido el hecho investigado (conclusión), a partir de las pruebas disponibles (premisas). La segunda es una deducción jurídica y consiste en definir si el hecho cometido por esa persona es jurídico penalmente reprochable (conclusión) a partir de la referida inducción fáctica y de la norma que define ese hecho como delito (premisas). La tercera es un silogismo práctico y consiste en disponer si la persona debe ser sancionada y cómo debe serlo (conclusión) a partir de la deducción jurídica recién explicada y de la norma que determina la sanción aplicable al hecho (premisas). Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64. Sin embargo, y reconociendo los méritos de ambas formulaciones, aquí se ha preferido la del profesor De Asís, pues desde ésta pueden ser mejor construidas y comprendidas las propuestas ofrecidas en este trabajo. Sólo en lo relativo al juicio de Derecho se ha realizado una integración de ambas propuestas, pues parecen perfectamente conciliables y, además, complementarias.

del material normativo a aplicar. En consecuencia, este segundo criterio impacta sobre el juicio de Derecho que integra el razonamiento judicial.

En suma, los criterios aquí propuestos lo son tanto para el juicio de hecho como para el juicio de Derecho que, junto con la conclusión, estructuran el razonamiento judicial.

Primera Parte.
Derechos fundamentales y juicio de hecho.

Introducción.

El objetivo central de esta Primera Parte es exponer y justificar el criterio tendente a la mejor aplicación posible del Derecho penal material que se relaciona con el juicio de hecho ínsito en el razonamiento judicial. Según se expresó oportunamente, ese criterio tiene una faz positiva y una faz negativa. De acuerdo con la primera, el juez debe admitir ampliamente la realización de diligencias de investigación y de diligencias de prueba que importen afectar derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad epistemológica del proceso penal. De acuerdo con la segunda, el juez debe rechazar la realización de diligencias de investigación y de diligencias de prueba que afecten derechos fundamentales cuya indemnidad favorece la calidad epistemológica del proceso penal.

Ahora bien, y siguiendo al profesor De Asís, se ha dicho ya que el juicio de hecho consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente. Esto significa que el juzgador debe formular un relato fáctico coherente en sí mismo y coherente respecto de una posible significación jurídica. En consecuencia, ese relato debe presentar un cierto contenido mínimo y vincularse de manera significativa con el Derecho penal material.

En cuanto al contenido mínimo del relato fáctico, la determinación de los hechos pasa por esclarecer dos cosas. En primer lugar, si el hecho que va a ser jurídicamente calificado ha acaecido, esto es, si efectivamente se ha verificado el hecho investigado. En segundo lugar, si determinada persona es responsable del mismo, es decir, quién o quiénes son los partícipes en el mismo. En este sentido se ha manifestado uniformemente la doctrina penal, la que claramente distingue entre el hecho y la participación como aspectos fácticos a dilucidar en el proceso penal¹.

En cuanto a la vinculación del relato fáctico con el Derecho penal material, no está demás recalcar que la construcción del juicio de hecho no es, de ninguna manera, una tarea aséptica. En efecto, el juez (y también las partes o intervinientes) construye su relato fáctico

¹ Todo proceso penal tiene, precisamente, esas dos finalidades en lo que se refiere al juicio de hecho. En este sentido expresa Muñoz-Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, pp. 37 y 39: “La primera misión del juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad”, a lo que se debe añadir el individualizar el “quién” anónimo de la norma jurídica en una persona o personas concretas a las que imputar el hecho averiguado”. En similar sentido, Hernández De la Rúa, Vicente, en *Cuestiones selectas de Derecho penal vigente*, Boletín de Jurisprudencia (Madrid), publicado por Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo (1854), pp. 90 y 91, expresaba ya en el siglo XIX lo siguiente: “El procedimiento criminal tiene por objeto la investigación de un hecho determinado y preciso” y “la pesquisa, en virtud de la cual pueda encaminarse la investigación contra persona o personas determinadas”. Esta pretensión se manifiesta, además, desde el momento mismo de la imputación. Al respecto ver, por ejemplo, Del Olmo, José Antonio, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Trivum, Madrid, septiembre de 1999, especialmente p. 27.

con miras a la posible aplicación del Derecho penal sustantivo². Esto significa, por una parte, que el juzgador debe definir si el hecho reviste caracteres delictivos, lo que sólo logra atendiendo a los elementos normativos ofrecidos por el Derecho penal sustantivo. Por otra parte, y sólo si ha considerado el hecho como jurídico penalmente cualificado, debe decidir quién ha intervenido en el mismo de un modo jurídico penalmente reprochable, lo que nuevamente sólo se logra atendiendo al Derecho penal. En consecuencia, parece posible afirmar que su juicio de hecho es, en realidad, un juicio de hecho juridizado.

Pero el juicio de derecho no agota sus conexiones con el Derecho en la calificación jurídico penal del hecho y la participación. Los derechos fundamentales constituyen un elemento imprescindible en la configuración y comprensión del conjunto del sistema normativo. Esto es especialmente válido para el Derecho penal y, en lo que aquí interesa, singularmente en el ámbito procesal. En efecto, el esclarecimiento del hecho y la participación debe realizarse en coherencia o, al menos, sin contravenir los derechos fundamentales. En este sentido, los derechos fundamentales generan un marco de posibilidades a la actuación de la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, ese marco difiere significativamente de la perspectiva doctrinaria prevaleciente. Esta perspectiva, que se construye sobre la base de la contradicción, debe ser reemplazada por el criterio de la distinción, que es el sugerido al inicio de esta Introducción.

La exposición de ese criterio recomienda enfrentar previamente un par de problemas. El primero de ellos consiste en definir qué significa afirmar que el hecho que va a ser jurídicamente calificado ha acaecido y que determinada persona ha incurrido en el mismo (problema metalingüístico). La respuesta a esta pregunta, a la que se dedica el Capítulo I, se construirá a partir de los aportes del filósofo Rescher. El segundo problema consiste en precisar cómo se determina si ha acaecido el hecho que va a ser calificado jurídicamente y que determinada persona participó en él (problema epistemológico). A su tratamiento se dedicará el Capítulo II, utilizándose al efecto los aportes del profesor De Asís. A partir de esas definiciones, en el Capítulo III se expone el criterio propuesto por este trabajo para una mejor aplicación del Derecho penal material en lo referido al juicio de hecho y se muestra el modo en que operaría respecto de algunos derechos fundamentales.

² De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, ver especialmente pp. 99 a 101.

Capítulo I.

El problema metalingüístico del juicio de hecho.

El juicio de hecho tantas veces citado consiste en determinar los hechos que van a ser jurídicamente calificados, es decir, si el hecho ha acaecido y si determinada persona es responsable del mismo. Su problema metalingüístico consiste en precisar qué significa afirmar que el hecho efectivamente ha acaecido y que determinada persona es responsable de aquél.

Para resolver este problema metalingüístico, la exposición desarrollará las tres siguientes ideas. Primero, que en lo más profundo la solución enraíza en las teorías correspondentista y coherentista propuestas desde la filosofía. Segundo, que, aunque vinculadas con esas teorías, las nociones de verdad material y verdad formal no colaboran a resolver el referido problema. Y tercero, que el significado que se busca puede encontrarse en la imprescindible articulación entre aquellas teorías.

I. Las raíces filosóficas del problema metalingüístico.

Precisar qué significa afirmar que el hecho efectivamente ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo hunde sus raíces fuera del Derecho. En efecto, aquella constituye una aplicación o especificación en el terreno jurídico penal de un problema propiamente filosófico. En este plano, y por cierto de modo mucho más general, la pregunta se puede formular del siguiente modo: ¿qué significa afirmar que algo es verdadero?

En el plano estrictamente filosófico la respuesta a esa pregunta ha dado lugar a diversas teorías. Entre ellas pueden mencionarse, por ejemplo, la correspondentista, la coherentista, la consensual³, la pragmática⁴, y la neuronal⁵. Pues bien, al menos las dos primeras han

³ En esta corriente puede incluirse a Habermas, Jürgen, quien adhiere a un concepto consensualista de verdad, según expresa en *Verdad y justificación*. Ensayos filosóficos, traducción de Pere Fabra y Luis Díez, Trotta, Madrid, 2002. Al respecto expresa: “Cuando los participantes, en el curso de un proceso de argumentación, llegan a la convicción de que, conociendo todas las informaciones oportunas y después de ponderar todas las razones relevantes, han agotado el potencial de posibles objeciones contra 'p', ya no quedan motivos para una prosecución de la argumentación. En cualquier caso ya no hay ningún motivo racional para continuar manteniendo una actitud hipotética frente a la pretensión de verdad sostenida respecto a 'p'”. Y añade luego: “En este momento crucial, a aquellos participantes en la argumentación a los que aceptamos como justificada su pretensión de verdad respecto a 'p' les estamos restableciendo su derecho a plantear el hasta entonces

conservado fuerte influjo en la reflexión de la filosofía del Derecho y del derecho procesal. De ahí que resulte conveniente explicar brevemente el postulado central de cada una de ellas.

Desde la perspectiva correspondentista afirmar que algo es verdadero significa sostener que ese algo se adecua a los hechos de una realidad independiente y externa⁶. En otras palabras,

problemático hecho «-que p» como una afirmación «Mp» formulable en primera persona. Una afirmación que se ha desproblematizado así por medios argumentativos y ha sido devuelta al contexto de acción encuentra su lugar en un mundo de la vida intersubjetivamente compartido, desde cuyo horizonte nosotros, los actores, nos referimos a algo en el único mundo objetivo.” (p. 251).

⁴ Albisu Aparicio, María, Observaciones a propósito de un argumentofregeano en torno a la verdad /en/ Revista de Filosofía [on line], 2004, Vol. 29, Núm. 1 [citado 8 octubre 2007], sintetiza el postulado de la teoría pragmática. En este trabajo intenta demostrar la inevitabilidad de definir la verdad por referencia a una cadena infinita de explicaciones. Los problemas de esa inevitabilidad teórica hacen necesaria una decisión práctica en orden a detener la cadena en el momento en que el signo se estima comprensible. En este sentido, en la página 162 precisa: “Para que las aclaraciones conceptuales no se pierdan en el infinito, el sujeto ha de darse por satisfecho con la claridad alcanzada en algún punto de la cadena de determinaciones. Sería insensato no interrumpir la cadena de las explicaciones en algún punto”. En consecuencia, la relación entre el signo y la realidad es simplemente una relación pragmática. Y concluye afirmando hacia el final de su trabajo que, en consecuencia, ni la teoría de la correspondencia, ni la de la coherencia, ni ninguna otra es útil para esclarecer el concepto de verdad.

⁵ Como explica Garay, Carlos Alberto, Plasticidad neuronal, verdad y lógica, Comunicación presentada ante el Congreso "Verdad: Lógica, representación y mundo". Universidad de Santiago de Compostela. Departamento de Lógica e Filosofía da Ciencia. Facultad de Filosofía e CC. da Educación, enero 1996 [on line], [citado 8 octubre 2007], en una “epistemología naturalizada neurofisiológicamente “la verdad es una relación compleja que ocurre entre ciertos estados actuales del sistema nervioso central de un individuo y estados actuales o pasados de ese individuo o de su entorno. Es el resultado de procesos neurofisiológicos que han tenido lugar como consecuencia de la acción de los estímulos a los que se vio sometido el sujeto durante su vida y de las modificaciones que haya sufrido su estructura neuronal a lo largo de la evolución de la especie humana. Podría ser un tipo de teoría de la correspondencia no trivial. Pero a diferencia de las teorías tradicionales, debería incorporar un elemento dinámico que tome en cuenta los cambios tanto en los estados cerebrales como en los relacionados con ellos para producir conjuntamente la verdad”.

⁶ Frente a la pregunta qué es la verdad, Rodríguez-Pereyra, Gonzalo, El problema metafísico de la verdad /en/ Revista Latinoamericana de Filosofía [on line], 2000, 26 (2) [citado 8 octubre 2007], p. 1, reflexiona del siguiente modo: “Muchos, entre los cuales me incluyo, se ven tentados a dar una respuesta “correspondentista” a esta pregunta. Esta respuesta consiste, expuesta de una manera muy general, en que la verdad de los portadores de verdad, sean ellos oraciones, proposiciones o lo que sean, consiste en que corresponden a la realidad”. Por su parte Sal, Florencia, Reflexiones respecto del problema de la verdad [on line], [citado. 8 octubre 2007], explica que una teoría de la verdad “en la cual el pensamiento concuerda con su objeto o para ser más precisa aquella en la cual la verdad de la proposición consiste en su relación con el mundo, en su correspondencia con los hechos es la llamada teoría correspondentista”. Garay, Carlos Alberto, Plasticidad neuronal, verdad y lógica, Comunicación presentada ante el Congreso "Verdad: Lógica, representación y mundo". Universidad de Santiago de Compostela. Departamento de Lógica e Filosofía da Ciencia. Facultad de Filosofía e CC. da Educación, enero 1996 [on line], [citado 8 octubre 2007], explica que la “teoría de la correspondencia define la verdad como una relación entre un portador de verdad (proposición, oración, creencia) y el mundo. Esta relación puede ser de dos tipos: o bien es una relación global en la que cada proposición se relaciona con un estado de cosas del mundo tomado como una unidad simplemente designada (Schlick) o mostrada (Austin) por el portador, o bien como involucrando alguna especie de interrelación estructural entre partes del portador y partes del mundo (Russell, Wittgenstein)”. Díaz Legaspe, Justina, Como ser antifactualistas: discursos representacionales, expresivos y explicitantes [on line], 2004, [citado 6 octubre 2007], explica la perspectiva correspondentista afirmando que ella “traza una relación explicativa entre la atribución de verdad de una oración (y por tanto, entre su aserción), y un determinado hecho en el mundo: el enunciado es verdadero porque se corresponde con un hecho”. Según Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho

una oración es verdadera si está de acuerdo (es decir, si se corresponde) con la realidad. Según Binder, esta perspectiva se justificaría en que “podemos captar la realidad en su total plenitud ya que ella es esencialmente inteligible y el intelecto es esencialmente apto para captarla”⁷. En este sentido la teoría correspondentista es de carácter absoluto, en el sentido etimológico de la expresión, desde que su noción de verdad se construye desvinculada de cualquier referente.

Desde la perspectiva coherentista, por su parte, afirmar que algo es verdadero significa sostener que ese algo es congruente con el universo de creencias prevaleciente. Dicho de otro modo, un enunciado es verdadero si puede insertarse sin resistencias en el sistema de verdades en el que se le quiere hacer calzar⁸. Para Binder esta perspectiva se justifica en

(Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 31, por su parte, para “una perspectiva correspondentista, un enunciado verdadero daría cuenta de la realidad tal cual es o ha sido, en cambio, uno falso constituiría una representación errada de la realidad, es decir, ‘lo verdadero’ y ‘lo falso’ representarían ciertos tipos de relaciones que se darían entre las palabras y el mundo”. A favor de esta perspectiva Ibáñez, Eduardo Alejandro, *Relativismo y verdad en la cultura filosófica y científica contemporánea* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 3, sostiene “que la ciencia real, es decir, la ciencia que efectivamente se practica en los grandes centros de investigación, las universidades y los laboratorios, es incompatible con el relativismo gnoseológico posmoderno y es consistente, en cambio, con el realismo filosófico y con la idea de verdad como correspondencia, o adecuación, entre las teorías y los hechos”.

⁷ Binder, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires, marzo de 1993, p. 19.

⁸ Rodríguez-Pereyra, Gonzalo, *El problema metafísico de la verdad /en/ Revista Latinoamericana de Filosofía* [on line], 2000, 26 (2) [citado 8 octubre 2007], p. 1, explica que la idea básica de la teoría coherentista de la verdad “es que, al menos para una clase significativa de verdades, la verdad de un portador de verdad consiste en cierta relación que mantiene con cierta entidad, entidad que es la que hace verdadera al portador de verdad en cuestión, y que esa relación la mantienen el portador de verdad y el hacedor de verdad (truthmaker) en virtud de los poderes representacionales del portador de verdad”. Sal, Florencia, *Reflexiones respecto del problema de la verdad* [on line],

[citado. 8 octubre 2007], describe la teoría coherentista diciendo que es aquella “en la cual una creencia es verdadera en cierta relación de coherencia con las demás creencias del sistema”. Garay, Carlos Alberto, *Plasticidad neuronal, verdad y lógica, Comunicación presentada ante el Congreso "Verdad: Lógica, representación y mundo"*. Universidad de Santiago de Compostela. Departamento de Lógica e Filosofía da Ciencia. Facultad de Filosofía e CC. da Educación, enero 1996 [on line], [citado 8 octubre 2007], explica que “Para el coherentista la verdad también consiste en una relación entre el portador de verdad y un verificador. Pero aquí el verificador asume la característica de ser un sistema de elementos homogéneos con el portador y que mantienen entre ellos una relación similar a la que mantienen con el portador. Por ejemplo: una proposición es verdadera sólo cuando es coherente con el cuerpo de conocimientos aceptados en una época determinada o por una comunidad determinada. La relación que vincula a los portadores de verdad no es, simplemente, la mera compatibilidad o ausencia de contradicción, sino la de mutua implicación. Cuando un portador de verdad es verdadero, y pertenece por ello a un sistema S, implica a todos los miembros de S y es implicado por éstos. Para las teorías de la coherencia, la verificación surge de la relación entre el portador y el sistema total de portadores”. Hynes, Catalina, *La teoría coherencial de la verdad de Nicholas Rescher* [on line], noviembre de 2003 [citado 8 octubre 2007], explica que la “teoría de la coherencia está asociada a la concepción idealista de que la verdad (y con ella la realidad de la que es característica) representa un todo sistemático inclusivo no sólo consistente sino también interconectado. La coherencia es un rasgo que las proposiciones no tienen en forma aislada sino solamente en grupos de varias; “ser coherente con” (‘to cohere’, en inglés, es un verbo transitivo) expresa una relación de al menos dos términos que tiene dos rasgos principales: un mínimo obvio de consistencia (no contradicción) [y] conexión (lazos de implicación lógica)”. En el mismo sentido Coloma Correa, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tralará...*, O de límites a los dichos de los abogados, /en/ *Rev. derecho (Valdivia)* [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 31, afirma que para el coherentismo “el juicio de verdad es un asunto que se resuelve en último término a nivel de coherencia entre distintas creencias aceptadas o por la aplicación de otro criterio, que lleva a que las proposiciones nunca sean testeadas con la realidad”.

que la realidad es una construcción del intelecto, de las preconcepciones o de las valoraciones culturales del sujeto⁹. En este sentido la teoría coherentista es de carácter relativo, en el sentido etimológico de la expresión, pues su noción de verdad se construye a partir de las relaciones que establece con un determinado universo de creencias.

II. Verdad material y verdad formal: un camino inconveniente.

1. La distinción entre verdad material y verdad formal.

Parece posible afirmar que las teorías filosóficas correspondentista y coherentista encuentran reflejo en las jurídicas nociones de verdad material¹⁰ y verdad procesal¹¹, respectivamente. De acuerdo con esta distinción, se puede hablar de verdad tanto por referencia al mundo, como por referencia al proceso, aún cuando aquélla y ésta puedan resultar discrepantes. De este modo, intencionalmente la expresión verdad es ambigua. Sin embargo, al explicar que ella puede ser material o formal, en los sentidos ya precisados, esta ambigüedad no parece generar trastornos en el discurso.

La verdad material se define de modo correspondentista. Un hecho es materialmente verdadero si se ha producido en una realidad independiente y ajena a la del observador¹².

⁹ Al respecto, expresa Binder, Alberto M., en *Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires, marzo de 1993, p. 19, que la perspectiva coherentista niega la posibilidad de correspondencia “ya sea porque siempre el intelecto construye aquello que llamamos realidad y ni siquiera podemos afirmar que ella exista por fuera de nuestro conocimiento, o porque el intelecto la capta siempre de un modo limitado, ya sea porque existen formas puras y a priori de la sensibilidad y del entendimiento, que toman inteligible y comunicable a la realidad, quedando por fuera la “cosa en sí”, inasible sin el concurso de estas formas a priori que ordenan las impresiones de nuestra percepción ya sea porque el acto de conocer está determinado o influido por relaciones o formas culturales, que hacen ingresar valoraciones, intereses o puros “posicionamientos sociales” en la relación intelectual que queda inmersa en el conjunto de las relaciones sociales de una época y de un sistema determinado”.

¹⁰ La verdad material (Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 13) es también llamada verdad real (Aristizábal Botero, Mónica, *El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho* [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación), verdad existencial (Baratta, Alessandro, *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* [on line], 1988, Núm. 5 [citado 20 octubre 2007], p. 278) o verdad objetiva (Aristizábal Botero, Mónica, *El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho* [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación).

¹¹ La verdad procesal (Baratta, Alessandro, *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* [on line], 1988, Núm. 5 [citado 20 octubre 2007], p. 278; La Hoz Lora, Ricardo, *La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación* [on line], [citado 6 octubre 2007], p. 3, Aristizábal Botero, Mónica, *El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho* [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación) es también llamada verdad formal (La Hoz Lora, Ricardo, *La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación* [on line], [citado 6 octubre 2007], p. 4; Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], pp. 13 y 14; Aristizábal Botero, Mónica, *El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho* [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación).

¹² Según Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 13, “es plausible sostener que la verdad

Los hechos recogidos en la decisión judicial pueden coincidir o no con los hechos verificados en el mundo. Pero los primeros sólo podrán calificarse de verdaderos si presentan correspondencia con estos últimos. Aplicando esta noción al juicio de hecho del razonamiento judicial, afirmar que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo significa que en la realidad el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo.

La verdad procesal, en cambio, se define de modo coherentista¹³. Un hecho es procesalmente verdadero si así se ha declarado en el proceso de acuerdo con el conjunto de pruebas disponibles¹⁴. En otras palabras, lo decidido en el proceso es verdadero en cuanto coherente con el sistema de creencias construidas en el mismo. Esta verdad puede corresponderse o no con lo acaecido en el mundo real, pero ello no es lo que determina en última instancia el contenido de la decisión judicial. Aplicando esta concepción al juicio de hecho del razonamiento judicial, afirmar que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo significa que se ha sentenciado que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo.

En consecuencia, existe correlación entre la perspectiva correspondentista y el significado de verdad material, por una parte, y entre la perspectiva coherentista y la noción de verdad formal, por otra.

2. Posiciones doctrinarias frente a la distinción.

Parece posible identificar tres posiciones doctrinarias frente a las expresiones verdad material y verdad formal. Algunos, como Baratta¹⁵, Gascón¹⁶, Aristizábal¹⁷, Fenech¹⁸, y

(material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue”. En el mismo sentido, Aristizábal Botero, Mónica, El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], asimila las expresiones “verdad real” y “verdad en sentido correspondentista”.

¹³ Taruffo, Michele, en Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 37, parece rechazar al menos parcialmente esta perspectiva al precisar “que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso, no constituye una razón suficiente para afirmar que en el mismo se puede solamente hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enunciaciones o narraciones que en él se dan”.

¹⁴ Bouzat, Andrés, y Cantaro, Alejandro S., Verdad y prueba en el proceso acusatorio, [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 71, explican que “la verdad procesal es relativa al conjunto de datos del que dispone el decidor, y en ello no difiere demasiado de la verdad científica”, aunque luego explicitan que esa expresión “es una muestra de la confusión bastante frecuente entre verdad y prueba, ya que la idea de que existan dos clases de verdad empírica es ininteligible” (p. 74). Ferrer Beltrán, Jordi, en La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 13, define a la denominada verdad procesal (expresión que luego rechaza) diciendo que “es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria”. Aristizábal Botero, Mónica, en El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación, define la verdad procesal como “aquella que surge de los trámites judiciales”.

¹⁵ Baratta utiliza la distinción entre verdad material y verdad formal en Baratta, Alessandro, La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho [on line], 1988, Núm. 5 [citado 20 octubre 2007], p. 178, para objetar la

Binder¹⁹, valoran o simplemente utilizan la distinción, admitiendo la validez de ambas expresiones. Por tanto, para ellos la expresión verdad tiene un sentido correspondentista y otro coherentista²⁰. Sin embargo, y esto es lo relevante, esos sentidos son incompatibles entre sí.

Otros autores, como Taruffo²¹ y Coloma²² desechan el ambiguo uso de la expresión verdad. Para ellos no hay más que una verdad, que es la acaecida en el mundo. Frente al discurso fáctico recogido en la sentencia y que sirve de base a la decisión judicial prefieren hablar de hechos probados. En otras palabras, reservan la expresión verdad para los hechos tal y como ocurrieron en el mundo y rechazan su empleo para referirse al fundamento fáctico de la sentencia. En consecuencia, y esto es lo que debe ser destacado, tales autores adhieren a una noción de verdad como correspondencia y rechazan un uso coherentista de la misma.

distancia que se produce entre ella y los hechos realmente acaecidos como consecuencia de la aplicación del proceso penal vigente. Al respecto expresa: “Muchas aseveraciones son sustituidas [en el proceso penal] por ficciones y presunciones. La verdad a la que está predispuesta el rito no es la verdad existencial sino la verdad procesal”.

¹⁶ Para Gascón Abellán, Marina, Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], pp. 45 y 46, “la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter autorizado, pero falible, de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, la distinción juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad”.

¹⁷ Aristizábal Botero, Mónica, El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007], sin paginación, recuerda que “ordinariamente en el derecho se parte de dos tipos de verdad: la verdad formal y la real”.

¹⁸ Fenech, Miguel, El proceso penal, Ageda, Madrid, 1982, p. 109, en la que expresamente afirma que la actividad probatoria tiende a la búsqueda de la verdad material o real.

¹⁹ Para Binder, Alberto M., Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993, pp. 24 y 25, “la verdad objetiva o material se presenta como una meta del proceso; desde la perspectiva del producto terminado, sólo se ha logrado construir un relato que tiene ingredientes de lo realmente sucedido (en una proporción siempre cambiante), pero también una buena porción de ingredientes que no se corresponden con lo realmente sucedido o lo modifican. De este modo, en el proceso penal sólo se construye un relato, el que podríamos llamar verdad forense (Hassemer) o relato judicial de los hechos”.

²⁰ Parece conveniente reconocer que, erróneamente, en algún momento adherimos a la distinción entre verdad material y verdad formal. Ver Díaz García, Luis Iván, La facultad del tribunal oral en lo penal de aclarar dichos /en/ Universidad Católica de Temuco, Seminario Reforma procesal Penal, Editorial ConoSur Lexis Nexis Chile, Santiago de Chile, octubre de 2001.

²¹ “Resulta entonces que, a pesar de todas las dudas que se puedan tener respecto del concepto general de verdad como correspondencia, y todos los problemas que conlleva, este concepto de verdad es el único que resulta sensato en el contexto del proceso”, expresa Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 39.

²² Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 32, expresa su reticencia frente a la noción de verdad formal pues, a su juicio, “en ocasiones provoca más confusión que claridad y lleva a proscribir una forma de crítica justificada frente a la acción de los jueces”.

Un tercer grupo de autores, como Rorty²³, Portela²⁴ y La Hoz²⁵, explícita o implícitamente consideran irrelevante o imposible acceder a los hechos acaecidos en una realidad exterior e independiente del observador. Por lo mismo, para ellos no hay más verdad que la decidida en el proceso. En consecuencia, y esto es lo relevante, tales autores adhieren a una noción de verdad como coherencia y rechazan atribuir un significado correspondentista a la misma.

No parece posible adherir a ninguna de las tres posiciones doctrinarias recién presentadas. En cuanto a la primera de ellas, el ambiguo uso de la expresión verdad no parece lógica ni estratégicamente confortable. En efecto, aceptarla implica admitir verdades incompatibles para el mismo hecho, una fuera del proceso y otra dentro del mismo. Además, esta aceptación en nada colabora a promover sistemas procesal penales en los que efectivamente se logre la absolución del inocente y la condena del culpable.

La segunda y la tercera posiciones doctrinarias, por su parte, ofrecen un incompleto significado para la expresión verdad. Ello se debe a que mientras la una desecha el aporte coherentista, la otra rechaza la referencia correspondentista. En efecto, y como se verá a continuación, no hay verdad sin atender a un mundo independiente, del mismo modo que no hay verdad sin elementos que permitan descubrir ese mundo independiente.

III. Los hechos y lo probado como referentes de lo verdadero.

1. La propuesta filosófica de Rescher.

Parece posible afirmar que desde hace tiempo la filosofía había entregado elementos que permiten superar el debate respecto del uso de la expresión verdadero. En efecto, en su obra *The coherence Theory of Truth*²⁶, el filósofo alemán Rescher distingue entre el concepto de verdad y los verificadores de verdad. Para este autor la definición de verdad es de carácter correspondentista, pues algo es verdadero en virtud de su coincidencia con el mundo. Los verificadores de verdad, en cambio, son aquellos instrumentos a través de los cuales se

²³ Richard Rorty adscribe a una posición que denomina antirrepresentacionista, la que, según expone en *Objetividad, relativismo y verdad*, traducción de Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1996, p. 15, consiste en “una explicación según la cual el conocimiento no consiste en la aprehensión de la verdadera realidad, sino en la forma de adquirir hábitos para hacer frente a la realidad”.

²⁴ En Portela, Mario Alberto, *Argumentación y sentencia /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* [on line], 1998, Núm. 21 [citado 30 julio 2007], p. 338, Portela concluye su artículo afirmando que “operativamente parece más útil sustituir la búsqueda de la verdad por la de la justificación y el acuerdo de manera que nuestras descripciones nos permitan una mejor relación con los otros. (Habermas o Rorty)”. Y añade: “El modelo de Juez que surge de lo expresado en este artículo es el que explícitamente asume la mejor teoría disponible, la que mejor explica fenómenos diversos ampliando el orbe de soluciones, la que concuerda con su cosmovisión y sus principios morales y políticos. Luego a través de la misma observa los hechos del proceso y las reglas y principios del derecho con el fin de lograr una sentencia justificada, aceptable y consensuada sin que necesite para ello mencionar la verdad”.

²⁵ La Hoz Lora, Ricardo, en *La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación* [on line], [citado 6 octubre 2007], p. 2, afirma que “la prueba judicial tiene como meta la determinación de la verdad, que en el ordenamiento procesal peruano se refiere a la verdad formal o procesal”.

²⁶ Ver Nicholas Rescher, *The coherent Theory of truth*, Oxford U. P., 1973, .

evalúa si existe aquella correspondencia. Tales verificadores operan de acuerdo con el principio de la coherencia, pues su validez deriva del universo de creencias que se tiene por verdaderas²⁷.

Como se puede advertir, desde la conciliadora perspectiva de Rescher las tesis correspondentista y coherentista serían complementarias²⁸. En efecto, afirmar que algo es verdadero significa afirmar que tiene correspondencia con el mundo. Sin embargo, esa afirmación sólo puede ser sostenida si la correspondencia ha sido verificada mediante determinados instrumentos. En consecuencia, las nociones de verdad como correspondencia y como coherencia se implican mutuamente.

A partir de esta posición ecléctica, es necesario destacar que Rescher reconoce que sólo resulta posible afirmar que algo es verdadero si los verificadores de verdad permiten acreditarlo. En este sentido afirma que “la idea de «la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad» es una idealización. De hecho, no podemos, y no debemos, esperar su realización en los escenarios reales de nuestros procedimientos epistémicos. La presencia potencial de inconsistencias es sólo otra muestra de la imperfección que, por principios generales, ya conocemos que caracteriza a nuestra situación epistémica en el «mundo real»”²⁹. En consecuencia, la ciencia debe edificarse a partir del universo de información con el que ya se cuenta³⁰.

Y si la verdad es, en general, esquiva para nuestro conocimiento, entonces debemos comportarnos de la mejor manera posible a partir de la información de que se dispone. Al respecto, sostiene el autor alemán: “La razón nos fuerza a hacer lo que parece ser lo óptimo, es decir, lo óptimo relativo a las circunstancias, tal como claramente las enfrentamos, y, por tanto, también relativo a la información tal como la poseemos. Lo que a lo sumo podemos hacer (y lo que a lo sumo se nos puede pedir en nombre de la racionalidad) es lo mejor que podamos en determinadas condiciones. Pero nada nos asegura qué es en realidad lo óptimo, no hay garantía de que lo que parece lo mejor, de hecho lo sea”³¹.

En todo caso, la dificultad para alcanzar certezas no puede conducir al inmovilismo. Dependiendo de sus cualidades o características, los verificadores de verdad permiten

²⁷ En el mismo sentido se pronuncia Sal, Florencia, Reflexiones respecto del problema de la verdad [on line], [citado. 8 octubre 2007]: “También es importante distinguir entre definiciones de la verdad y criterios de verdad. Mientras que una definición da el significado de “enunciado verdadero”, un criterio es mas bien un test o método para determinar si un enunciado es verdadero o falso”.

²⁸ En este sentido se pronuncia Hynes, Catalina, La teoría coherencial de la verdad de Nicholas Rescher [on line], noviembre de 2003 [citado 8 octubre 2007], al explicar que “Si las ideas de Rescher son plausibles, tienen como importante corolario el hecho de que las teorías correspondentista y coherentista de la verdad no son rivales sino complementarias e incluso -como luego veremos- equivalentes”.

²⁹ Rescher, Nicholas, La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón, traducción de Susana Nuccetelli, Tecnos, Madrid, 1993, p. 97.

³⁰ Para ser más precisos, afirma Rescher, Los límites de la ciencia, traducción de Leonardo Rodríguez Duplá, Tecnos, Madrid, 1994, p. 99, que “En tanto que proceso fundamentalmente inductivo, el teorizar científico implica la búsqueda o la construcción de la estructura teórica menos compleja que sea capaz de plegarse al cuerpo de datos disponible”.

³¹ Rescher, Nicholas, La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón, traducción de Susana Nuccetelli, Tecnos, Madrid, 1993, p. 45.

generar diversos grados de certeza. De este modo, y nuevamente siguiendo a Rescher, será necesario distinguir entre creencias que se consideran absolutamente ciertas y creencias que no pueden tener este status. Aunque por cierto depende de las circunstancias, en general las primeras podrán constituir razones fuertes para la toma de decisiones. Las segundas, en cambio, deberán ser consideradas con cautela antes de obrar³².

Cada una de estas ideas tiene importantes impactos en el ámbito jurídico. Así se verá a continuación.

2. Una respuesta jurídica al problema epistemológico.

La propuesta de Rescher es perfectamente aplicable al ámbito jurídico y, más específicamente, al problema epistemológico que se viene tratando. Para explicar el modo en que ella se aplica conviene distinguir dos ideas sucesivas, pero complementarias. Primero, que una cosa es afirmar que ha acaecido el hecho y que determinada persona es responsable del mismo, y otra cosa es afirmar que existen razones para creer que ha acaecido el hecho y que determinada persona es responsable del mismo. Segundo, que es imperativo complementar esas afirmaciones entre sí para determinar si el hecho ha acaecido y que cierta persona es responsable del mismo.

La primera idea, es decir, la distinción entre ambas afirmaciones, ha sido recogida por diversos autores. Así, por ejemplo, Bayón precisa que se debe “distinguir con claridad entre condiciones para una cierta consecuencia jurídica tal y como el derecho las ha establecido; [y] condiciones para creer justificadamente (a la luz de la información disponible) que cierta consecuencia jurídica se aplica en efecto a una determinada situación”³³. En el mismo sentido, Bouzat y Cantaro afirman que “Una cosa es la verdad de un enunciado fáctico y otra distinta las razones que se tienen para aceptar la verdad de un enunciado fáctico”³⁴. Y aún con mayor claridad, expresa Ferrer: “En mi opinión, la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” o “ser aceptado como verdadero” permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última”³⁵.

³² Textualmente expresa Rescher: “Como sucede a menudo con las dificultades teóricas, la mejor manera de salir de ellas consiste en formular una distinción. Algunas de nuestras creencias nos hallamos dispuestos a esculpir las en piedra; otras admitimos de buen grado que están escritas en la arena. Aceptamos y aseveramos algunas cosas de manera dogmática, mientras que actuamos con otras cautelosamente. Nuestras creencias no son todas iguales. Con respecto a su *status* epistemológico, hay dos posibilidades. De una parte, hay cosas que «creemos que son absolutamente ciertas» (C-creencias). Las consideramos como *totalmente* seguras y *completamente* a salvo. Apostaríamos literalmente *todo* por ellas (...). Sin embargo, tales creencias por completo incondicionales son relativamente raras”. Rescher, Nicholas, *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, traducción de Susana Nuccetelli, Tecnos, Madrid, 1993, p. 95.

³³ Bayón, Juan Carlos, *Sobre el razonamiento jurídico*, /en/ *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 44 y 45.

³⁴ Bouzat, Andrés, y Cantaro, Alejandro S., *Verdad y prueba en el proceso acusatorio*, [on line], edición digital a partir de *Discusiones: Prueba y conocimiento*, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 69.

³⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 36. En similar sentido se pronuncian Ferrer Beltrán, Jordi, y González Lagier, Daniel, *Introducción* [on line], edición digital a partir de *Discusiones: Prueba y conocimiento*, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 8, cuando explican que “la finalidad de la prueba es la

Lo recién expuesto debe ser vinculado con una segunda idea, esto es, con la idea de complementariedad. En efecto, se puede afirmar que es verdad que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo por su coincidencia con lo acaecido en el mundo. Sin embargo, para afirmar tal coincidencia es necesario contar con razones que así lo muestren. De acuerdo con ello, no hay coincidencia sin verificadores de la misma. Al mismo tiempo, los verificadores operan conectando ese algo con el mundo. Por tanto, ni hay correspondencia sin coherencia, ni hay coherencia sin correspondencia.

Con los elementos hasta aquí aportados resulta perfectamente posible resolver el problema metalingüístico con que ha comenzado el presente capítulo. En principio, afirmar que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo significa que efectivamente el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo. Pero para saber si existe tal correspondencia es necesario contar con razones que así lo muestren. Tales razones deben ser coherentes con el universo de creencias que se tiene por verdaderas. En la actualidad esas razones están constituidas por la información entregada por los medios de prueba, cuestión sobre la que se volverá más abajo.

Es en este punto que debe añadirse todavía una precisión más en lo que concierne al ámbito procesal penal. El intento de compaginar coherentismo con correspondentismo sin duda se inclina a favor del primero. En efecto, sólo sobre la base de la información proveída por los medios de prueba (los verificadores de verdad) resulta posible afirmar que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo. Para decirlo todavía más claramente: sin esa información, ni siquiera resulta posible plantear una hipótesis respecto de si el hecho ha acaecido o cómo ha acaecido y si determinada persona ha intervenido en el mismo.

Sin embargo, ello no debe conducir a desdeñar el aporte, secundario, pero imprescindible, de la perspectiva correspondentista. El concepto correspondentista de verdad permite saber que lo que se tiene por verdadero a partir de los medios de prueba no necesariamente es verdadero. Es precisamente ese conceptual residuo de correspondentismo lo que permite exigir al proceso penal la admisión de más y mejor información a través de los medios de prueba.

Lo recién expresado puede ser sintetizado del siguiente modo: afirmar que el hecho ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo significa que el hecho efectivamente ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo, y que así lo acredita la información proveída por los medios de prueba disponibles. De este modo, el carácter complementario de las nociones correspondentista y coherentista es evidente, pese a una inevitable inclinación a favor de esta última. Todo esto permite destacar el acierto de Ferrajoli cuando explica que la inducción fáctica (es decir, el juicio de hecho) consiste en

verdad, sin que ello implique sostener la equivalencia entre las expresiones "enunciado probado" y "enunciado verdadero".

determinar si la persona ha cometido el hecho investigado “a partir de las pruebas disponibles”³⁶.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

Capítulo II.

El problema epistemológico del juicio de hecho.

El juicio de hecho consiste en determinar cuál es el hecho que será jurídicamente calificado. Esto significa que es necesario esclarecer si el hecho ha acaecido y si determinada persona es responsable del mismo. Según lo expuesto en el capítulo precedente, lo anterior es verdadero si el hecho efectivamente (en un mundo independiente) ha acaecido y si determinada persona es responsable del mismo. Sin embargo, aquello sólo podrá ser afirmado si puede ser corroborado mediante el empleo de verificadores de verdad, los que en el ámbito jurídico están constituidos por la información proveída por los medios de prueba, y cuya individualización dependerá de la configuración del respectivo sistema jurídico. Por tanto, sin estos verificadores de verdad no es posible ningún tipo de afirmación respecto de si el hecho ha acaecido y respecto de si determinada persona es responsable del mismo.

El presente Capítulo expone cómo se determina o, para ser más precisos, cómo se supone que se determina por parte del juzgador si el hecho ha acaecido y si una cierta persona es responsable del mismo. Adviértase que no se trata de un modelo de deber ser y mucho menos de una descripción del comportamiento del juzgador. En realidad se trata de una suerte de prognosis, de un supuesto de trabajo relativo a la actividad judicial vinculada con el juicio de hecho.

En ese entendido, el Capítulo se articula en torno a dos Títulos. En primer lugar, se revisa el conjunto de tareas a través de las cuales el juzgador llega a determinar si el hecho ha acaecido y si una cierta persona es responsable del mismo. En otras palabras, lo que se analiza es el camino a través del cual el razonamiento judicial arriba a una decisión respecto del juicio de hecho (Título I). Para estos fines se seguirá, aunque con ligeros matices, la propuesta que al efecto ha formulado el profesor Rafael De Asís¹.

Como se mostrará luego (Título II), sólo una de esas tareas del razonamiento judicial conservará interés para los fines de este trabajo. Esa tarea será relacionada con la actividad probatoria, cuya relevancia epistemológica será oportunamente destacada. A partir de dicha relación y de una explicitación de las limitaciones epistemológicas de la actividad

¹ Debe advertirse que la redacción ofrecida en este trabajo formalmente difiere de la propuesta por el profesor De Asís en su obra *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pero es sustantivamente coincidente con ella, la que por lo demás le ha servido de base.

probatoria será posible ubicar con precisión el punto en el que se inserta la propuesta de este trabajo en la construcción del juicio de hecho, la que se expone en el Capítulo III.

Debe advertirse que ni el razonamiento judicial ni la actividad probatoria se producen en la rígida forma descrita en este Capítulo. Las relaciones entre aquél razonamiento y esta actividad tampoco operan en tan compartimentada forma. Seguramente como todo proceso humano, las tareas del razonamiento judicial, las acciones incluidas en la actividad probatoria y las conexiones entre aquéllas y éstas se imbrican en su desarrollo. Pese a ello, puede considerarse una exposición útil en orden a comprender el modo en que todos estos fenómenos se producen. Por añadidura, constituyen una útil forma de contextualizar y ubicar el lugar en que se inscribe la propuesta formulada por este trabajo en orden a incrementar la calidad del juicio de hecho.

I. Las tareas del razonamiento judicial en el juicio de hecho.

Determinar si el hecho punible efectivamente ha acaecido y si cierta persona es responsable del mismo corresponde al juzgador. Por tanto, para precisar cómo se produce esa determinación es conveniente analizar la forma en que se realiza el razonamiento judicial. A partir de lo propuesto por el profesor De Asís, en el proceso de determinación de los hechos que serán calificados jurídicamente es posible distinguir cuatro estadios². Esos estadios son los hechos naturales (o brutos), los hechos alegados, los hechos probados y los hechos fijados. En lo que sigue se tratará respecto de cómo se produce el paso de cada uno de ellos al siguiente.

1. De los hechos naturales a los hechos alegados.

Acertadamente expresa el profesor De Asís: “No cabe sostener que el juzgador se entiende directamente con hechos naturales, sino con proposiciones sobre éstos”³. Esas proposiciones sobre hechos son formuladas por las partes a partir de determinados hechos brutos que, de esta forma, se convierten en hechos alegados⁴. En consecuencia, los hechos alegados pueden definirse como aquellas proposiciones sobre hechos formuladas por las partes del proceso penal⁵. A su turno, los hechos alegados se denominan hechos investigados si se miran desde el punto de vista de la etapa de instrucción, también denominada de investigación o sumario.

² Ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 99 a 101.

³ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 128.

⁴ Al respecto expresa el profesor De Asís Roig, Rafael, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 101: “La presentación de los hechos se proyecta sobre unos hechos brutos, es decir, sobre unos hechos pasados que no pueden ser objeto de contemplación directa o inmediata por quien juzga ni por las partes. Son presentados o descritos por las partes, convirtiéndose así en hechos alegados”.

⁵ Como se puede advertir, los hechos alegados han sido definidos mediante su referencia al género al que pertenecen (proposiciones sobre hechos) y se le ha añadido una diferencia específica (formuladas por las partes en el proceso penal).

Los hechos alegados (o proposiciones sobre hechos formuladas por las partes en el proceso penal), por su parte, son un conjunto de enunciados fácticos. Adviértase que con el término enunciado se alude a una proposición lingüística, es decir, a una formulación gramatical⁶. Con la expresión fáctico o factual se quiere destacar que el enunciado se refiere a hechos y no a normas⁷. A lo dicho es necesario añadir que un enunciado fáctico se refiere a un hecho o acción singular y no a una pluralidad de acciones⁸. Por tanto, un enunciado fáctico es una formulación gramatical relativa a una acción o hecho singular.

Como explica Taruffo, es necesario destacar que los enunciados fácticos no sólo dan cuenta de un hecho empíricamente verificable. Con ellos también se puede aludir a hechos institucionales, esto es, a realidades que son fruto de una construcción social⁹. Por tanto, y completando la noción recién entregada, un enunciado factual es una formulación gramatical relativa a una acción o hecho singular de carácter empírico o institucional.

⁶ Para Chiassoni, Pierluigi, Notas para un análisis silogístico del discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], p. 55, un “«enunciado» es una expresión lingüística gramaticalmente completa”. En similar sentido, para Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 20, el hecho de que un enunciado fáctico “sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas)”.

⁷ En este sentido, Díaz Legaspe, Justina, Como ser antifactualistas: discursos representacionales, expresivos y explicitantes [on line], 2004, [citado 6 octubre 2007], sin paginación, expresa que “mientras que los primeros [enunciados fácticos] se relacionan con hechos, los segundos [enunciados no fácticos] se relacionan con normas (si se trata de una no facticidad explicitante) o con estados mentales (si se trata de una no facticidad expresiva)”.

⁸ Es necesario destacar que los autores no parecen contestes respecto del carácter factualmente singular o plural de la expresión enunciado fáctico. Así, por ejemplo, Sánchez Brigido, Rodrigo, y Selemé, Hugo Omar, Justificación sin verdad /en/ Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line], 2001, Núm XII [citado 6 octubre 2007], p. 285, parece entenderlo en sentido singular al sostener que una norma particular sólo está justificada si se sigue, entre otros elementos, de “un enunciado fáctico que consiste en la descripción de un hecho particular”. Por el contrario, Gascón Abellán, Marina, Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 45, parece entender que se refiere a una pluralidad de acciones o hechos. Al respecto señala que decir que un enunciado fáctico es verdadero “significa que los hechos que describe han existido o existen”. En otros autores, en cambio, no parece posible precisar el alcance de la expresión. En este sentido La Hoz Lora, Ricardo, La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación [on line], [citado 6 octubre 2007], sin paginación, sostiene que un enunciado fáctico es verdadero si “los hechos descritos o referidos, existen concretamente en un mundo independiente conocido” y que un enunciado fáctico está probado cuando es “un hecho conocido de manera indirecta, es decir, cognoscible y confirmado por las pruebas disponibles”.

⁹ Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 17, explica que un hecho institucional es aquel “cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que “crean” y definen determinados hechos. El ejemplo del dinero, que presenta Searle, es muy significativo, pero muchos otros hechos institucionales (como la mayoría de edad, el estatus familiar, la posesión de un título de estudios, etc.) se pueden definir solamente en función del contexto social (político, jurídico, económico e institucional) dentro del cual son concebibles como hechos”.

Ahora bien, para que las partes transformen los hechos naturales o brutos en hechos alegados es necesario que realicen tres operaciones sucesivas.

La primera de ellas consiste en dismantelar los hechos brutos o naturales para seleccionar aquellos que pueden resultar jurídicamente relevantes. Esto se debe a que el juicio de hecho es la antesala del juicio de Derecho y, por tanto, el primero siempre se construye con referencia al segundo. En el mismo sentido Ferrajoli destaca que se pretende determinar si la persona ha incurrido en los hechos investigados con la finalidad de precisar si éstos son jurídico penalmente reprochables¹⁰. En consecuencia, sólo son relevantes aquellos hechos que tienen implicaciones jurídicas, pues sólo ellos son pertinentes para realizar esta inferencia¹¹.

La segunda de esas operaciones consiste en asociar de manera significativa los hechos seleccionados. En efecto, el proceso de selección, que constituye la primera operación, dismantela una porción espacio temporal del mundo sensible. En otras palabras, del universo de elementos que lo componen se recortan aquéllos que son jurídico penalmente relevantes. Sin embargo, el resultado no es más que un conjunto de hechos que, considerados aisladamente, carecen de sentido. En consecuencia, a la selección debe seguir una tarea de construcción de significado, mediante la asociación recíproca de esos hechos. Esta tarea de construcción de significado es especialmente imperativa para el órgano encargado de la persecución penal desde el inicio de la investigación criminal¹².

La tercera y última tarea consiste en presentar esa asociación de hechos en un relato que debe cumplir dos requisitos. El primero es que se trate de un relato capaz de explicar de manera coherente qué ocurrió, por qué ocurrió y cómo ocurrió¹³. El segundo es que se trate

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

¹¹ La relevancia jurídica de un enunciado fáctico debe verificarse en dos niveles. Por una parte, el enunciado debe efectivamente tener relevancia jurídica. Por otra parte, se debe tener conciencia de dicha relevancia. En cuanto a lo primero, Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 23, precisa que “en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por lo tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determina, en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les pueden ser atribuidas. Al respecto se habla, como ya se ha mencionado, de relevancia jurídica respecto de aquellos hechos que producen inmediatamente las consecuencias previstas por las normas jurídicas que a ellos se refieren”. En cuanto a lo segundo, Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 44, destaca que “si no somos conscientes de la trascendencia jurídica que cierta circunstancia pueda tener como determinante de una excepción, la cuestión de su presencia o ausencia en la situación que estamos considerando nos pasa sencillamente desapercibida”.

¹² El órgano encargado de la persecución penal necesariamente debe formular lo que Frank E. Hagan, Research methods in criminal justice and Criminology, second edition, Macmillan Publishing Company, New York, 1989, p. 16, denomina *hipótesis de investigación* para guiar su actividad investigativa. En palabras de este autor, esa hipótesis explica las relaciones que supuestamente se dan entre diversas variables. Textualmente expresa: “A *research hipótesis states an expected relationship between variables in positive terms*, for example, <poverty is not related with crime>” (la cursiva es del autor).

¹³ Para Coloma los principales responsables de construir relatos coherentes son los abogados. Al respecto expresa en Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p.

de un relato susceptible de ser analizado jurídicamente¹⁴. Este relato está conformado por un conjunto de enunciados fácticos y coincide con lo que aquí se ha denominado hecho alegado, pues constituye la proposición sobre hechos que presenta cada una de las partes del proceso penal.

En definitiva, el paso de los hechos naturales o brutos a los hechos alegados exige realizar tres operaciones. Ellas son seleccionar de entre los hechos naturales aquellos que sean jurídicamente relevantes, asociarlos de manera significativa y presentar un relato que integre los enunciados fácticos pertinentes.

2. De los hechos alegados a los hechos probados.

Nuevamente de acuerdo con lo expresado por el profesor De Asís, para que el razonamiento judicial transite de los hechos alegados a los hechos probados es necesario que realice cuatro tareas sucesivas¹⁵. La primera de ellas consiste en evaluar la eficacia probatoria de los medios de prueba¹⁶. Esta eficacia depende, entre otras variables, de la pertinencia¹⁷, relevancia¹⁸, necesidad¹⁹ y legitimidad²⁰ de los medios de prueba

35 “Los abogados deben, entonces, gestionar la producción de información relevante para cada juicio, como también proponer posibles historias que le den sentido al conjunto, es decir, tendrán que buscar y seleccionar posibles fuentes de información, como asimismo, proveer de esquemas de interpretación que le den sentido a la información producida”. Y añade poco más adelante en el mismo trabajo: “Los principales responsables de construir historias son los abogados”.

¹⁴ El destinatario del discurso a que dan lugar los hechos alegados es el juzgador. Este último, como expresa el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 101, “tratará de presentar los hechos como susceptibles de ser analizados desde una perspectiva normativa”. Por tanto, la tarea de quienes formulan los hechos alegados es, precisamente, presentar un discurso que facilite la tarea del juzgador.

¹⁵ Ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 101.

¹⁶ Se entiende aquí por medio de prueba el soporte, sea una persona o un objeto, que contiene algún tipo de información. En sentido divergente, Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001, p. 26, para quien el medio de prueba “es el procedimiento establecido por la ley tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso”; Florian, Eugene, *Elementos de Derecho procesal penal*, volumen III, traducción de L. Prieto Castro, Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, p. 170, quien los define como el “modo o acto mediante el cual se suministra o adquiere en el proceso el conocimiento de un objeto de prueba”.

¹⁷ Se entiende por pertinencia de un medio de prueba la adecuación entre la información proveída por éste y las proposiciones sobre hechos (o enunciados fácticos) que conforman los hechos alegados. En similar sentido, Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001, p. 25, expresa que la pertinencia de una prueba consiste en la “relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello”. Semejante idea expresa Florian, Eugene, *Elementos de Derecho procesal penal*, volumen III, traducción de L. Prieto Castro, Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, p. 169. Una perspectiva general sobre las definiciones entregadas por la doctrina para la expresión “pertinencia de la prueba” puede encontrarse en Fernández Mele, Soledad, *Momento procesal del análisis de la pertinencia probatoria* /en/ IX Congreso Nacional de Derecho procesal garantista [on line], 2007 [citado 19 septiembre 2008], especialmente pp. 3 a 7.

¹⁸ Aunque se pueden confundir, la relevancia es una cualidad del todo diversa de la pertinencia. Así lo muestra, por ejemplo, el uso de ambas expresiones para calificar a los medios de prueba por parte del Tribunal Constitucional español en la STC 23/2006, de 30 de enero, fundamento jurídico 3, párrafo 5. En efecto, la relevancia de la prueba dice relación, como expresa Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001, p. 24, con la “idoneidad conviccional” de la prueba, es decir,

disponibles. La decisión que al efecto adopte el juzgador determinará la admisibilidad o inadmisibilidad del respectivo medio. En efecto, sólo deberá admitir aquellos que han sido considerados pertinentes, relevantes, necesarios y legítimos.

La segunda tarea consiste en analizar la credibilidad de los medios de prueba. Dicha credibilidad depende fundamentalmente de tres factores. Uno de ellos es la imparcialidad, es decir, la falta de interés o compromiso del medio de prueba respecto de los resultados del enjuiciamiento. El segundo es la idoneidad, esto es, la aptitud del respectivo medio de prueba para capturar o percibir la información probatoria que se supone contiene. El tercero puede denominarse fidelidad, lo que alude a las posibilidades del medio de prueba de entregar la información probatoria en los mismos términos que la capturó o percibió²¹. De acuerdo con tales criterios, el Tribunal Constitucional ha prescrito, por ejemplo, que la

tanto cuando produce “certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho”, como cuando permite “fundar sobre éste un juicio de probabilidad”.

¹⁹ La necesidad de un medio de prueba dice relación con su utilidad probatoria. En este sentido, puede considerarse innecesario el medio de prueba que informa respecto de hechos notorios. Al respecto ver Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 187 y 188). Lo mismo puede decirse de los medios de prueba con los que se pretende acreditar hechos no discutidos por las partes, por ejemplo, porque se trata de hechos admitidos (al respecto ver Fenech, Miguel, El proceso penal, Ageda, Madrid, 1982, pp. 120 a 122) o porque el imputado se conforma con la acusación (al respecto ver, por ejemplo, Butrón Baliña, Pedro M., La conformidad del acusado en el proceso penal, McGraw-Hill, Madrid, 1998, especialmente pp. 155 a 161).

²⁰ Se entiende que un medio de prueba es legítimo o lícito cuando él mismo o la información que contiene ha sido obtenido e incorporado al juicio con observancia de las exigencias establecidas por el sistema jurídico. En este sentido, ver Cafferata Nores, La prueba en el proceso penal, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001, pp. 18 a 24. Binder, Alberto M., en Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993, pp. 34 y 35, afirma que frente a la prueba ilícita se pueden asumir tres posturas básicas divergentes. Primero, entender que la “ilicitud de la fuente es un problema distinto de la validez de la información”. Segundo, negar “la posibilidad de utilizar esta información, pero con ciertos límites”. Y Tercero, considerar “que no sólo es inutilizable la información obtenida inmediatamente por medios ilícitos, sino también toda aquella otra que haya sido adquirida como consecuencia de la primera”. Al afirmar que la eficacia de un medio de prueba depende de su legitimidad, como aquí se postula, implica admitir a lo menos la segunda de las posturas sintetizadas por Binder. No parece posible sostener que esta sea la perspectiva asumida por el Tribunal Constitucional español, cuya jurisprudencia, en términos generales, ha oscilado entre las dos últimas posibilidades. Para una perspectiva sistemática respecto del modo en que dicha jurisprudencia ha enfrentado la prueba ilícita, ver De Urbano Castillo, Eduardo, y Torres Morato, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal, tercera edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, especialmente pp. 75 y ss.

²¹ Con nitidez se recogen estas exigencias en el artículo 281 del Código de Procedimientos penales de México. Expresamente afirma que para apreciar la declaración de un testigo, el tribunal deberá tener en consideración determinadas circunstancias, las que pueden ser reconducidas a las cualidades de imparcialidad, idoneidad y fidelidad. Respecto de la imparcialidad, el Código exige que el tribunal considere si “por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales [tiene] completa imparcialidad”. En cuanto a la idoneidad, la credibilidad del testigo se refiere a que “el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro”. Por último, en lo relativo a la fidelidad, el juzgador debe evaluar si la testificación es creíble atendiendo a si, “por su edad, capacidad e instrucción [tiene] el criterio necesario para juzgar del acto” y si “no [ha] sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaños, error o soborno”. Sin embargo, la credibilidad de la prueba no sólo afecta a los testigos. Así, por ejemplo, en el caso de prueba pericial su credibilidad puede resultar lesionada por el incumplimiento de protocolos científicos. En el caso de prueba material, por su parte, esa credibilidad puede ser afectada por haber padecido alguna alteración durante la cadena de custodia.

prueba de los coimputados debe ser considerada con cautela por el juzgador²². También por vía ejemplar, Taruffo destaca que la información fáctica proveída por medios de prueba científicos no siempre genera certeza respecto de los hechos a que se refiere²³.

En el paso de los hechos alegados a los hechos probados, la tercera actividad del razonamiento judicial consiste en interpretar el contenido del medio de prueba. Dicha interpretación se traduce en precisar cuál es la información contenida en cada medio de prueba admitido, la que en adelante será llamada información probatoria. En otras palabras, el juzgador determina qué información probatoria le ha sido proveída y qué información probatoria no le ha sido proveída por cada medio de prueba. Esta actividad del órgano jurisdiccional se puede realizar porque se ha dado lectura a los documentos, ha declarado el testigo, ha declarado el perito o se ha dado lectura a su informe, o se han reproducido sonidos o imágenes en el propio juicio. De entre tales informaciones, el juzgador del caso procede a tomar unas y dejar otras.

La última tarea del razonamiento judicial consiste en determinar la verosimilitud de los hechos alegados. Esto significa vincular la información probatoria seleccionada con cada uno de los enunciados fácticos que en conjunto conforman los hechos alegados²⁴. Una tal asociación entre información probatoria y enunciado fáctico permite determinar qué hechos son verosímiles, es decir, qué enunciados fácticos se pueden considerar acreditados.

Sobre la relevancia de cada una de estas acciones se volverá más abajo, pues la primera propuesta de este trabajo se inscribe precisamente en esta etapa del razonamiento judicial, es decir, en el paso de los hechos alegados a los hechos probados.

²² Un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional español respecto de la credibilidad y efecto probatorio de la declaración de un coimputado puede encontrarse en la sentencia 160/2006, de 22 de mayo, fundamento jurídico 2. En esa línea jurisprudencial se inscribe la reciente sentencia 102/2008, de 28 de julio, fundamento jurídico 3, en la que el Tribunal Constitucional confirmó como doctrina que “la declaración de un coimputado es una prueba “sospechosa” en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal”. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia 17/2004, de 23 de febrero, fundamento jurídico 3.

²³ Al respecto advierte Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil* (traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier) /en/ Ferrer Beltrán, Jordi, Gascón Abellán, Marina, González Lagear, Daniel y Taruffo, Michele, *Estudios sobre la prueba*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 151, que “no siempre es verdad que la prueba científica atribuya certeza deductiva a las conclusiones que se refieren a los hechos de la causa. Ello sucede en los casos, poco frecuentes en la práctica, en los que se dispone de leyes generales que instauran conexiones entre clases de hechos; una aproximación a este modelo se realiza cuando se dispone de generalizaciones empíricas que pueden atribuir un grado de “casi certeza” o de “certeza práctica” a las conclusiones relativas al hecho a probar. En muchos casos, sin embargo, el dato científico se formula en términos probabilísticos que atribuyen sólo un grado de confirmación, que puede ser muy bajo, al enunciado que es objeto de prueba.

²⁴ Como señala Ferrer Beltrán, Jordi, en *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 27, lo central no es el relato, sino los enunciados fácticos singularmente considerados. En el mismo sentido se pronuncia Matheus López, Carlos Alberto, *Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba*, *Rev. derecho (Valdivia)* [on line], julio 2003, Vol. 14 [citado 12 julio 2007], p. 176, para quien “el objeto de la prueba viene constituido por los hechos afirmados por las partes, teniendo que quedar ya sobrentendido desde ahora que cuando nos referimos en este trabajo a hechos hablamos en estricto de afirmaciones sobre hechos”.

3. De los hechos probados a los hechos fijados.

El paso de los hechos probados a los hechos fijados constituye la última grada en el proceso de determinación de los hechos que serán calificados jurídicamente. Para comprender cómo se produce este paso, es necesario considerar la presunción de inocencia²⁵. Una mejor explicación de la función de esta última, por su parte, recomienda explicitar previamente los resultados a que puede conducir la actividad probatoria.

En el plano de los hechos alegados, seguramente en algunos casos las proposiciones sobre hechos de los intervinientes serán coincidentes. Ello ocurre fundamentalmente en los casos en que se produce lo que generalmente se denomina justicia penal negociada²⁶. Sin embargo, normalmente esas proposiciones sobre hechos serán contradictorias. En otras palabras, habitualmente algunos enunciados normativos afirmarían el acaecimiento del hecho o la existencia de responsabilidad. Otros enunciados factuales, por su parte, afirmarían exactamente lo contrario²⁷.

En el plano de los hechos probados, normalmente se producirá la misma relación. En efecto, posiblemente en algunos casos los medios de prueba entregarán información que acredita sólo las proposiciones sobre hechos de uno de los intervinientes. Sin embargo, en aquellos casos en que existen hechos alegados discrepantes, normalmente se contará con

²⁵ Una cuestión ciertamente compleja es la relación entre el derecho a la presunción de inocencia y principio *pro reo*. No adscribimos a la tesis sostenida, entre otros, por Roxin y por Bacigalupo respecto de la inclusión de este último en el primero. Al respecto Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 78, afirma que, prescindiendo del principio *pro reo*, el contenido material de la presunción de inocencia es discutido hasta hoy. Por su parte, expresa Bacigalupo Zapater, Enrique, Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación /en/ Bacigalupo, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ad-Hoc, Buenos Aires, febrero de 2004: “En la teoría de los derechos fundamentales y del Derecho procesal moderno el principio in dubio pro reo es considerado como un componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia”. Como no corresponde detenerse en este punto, basta precisar que la regla *in dubio pro reo* se aplica sólo con respecto a la decisión judicial, mientras que la presunción de inocencia es una norma de tratamiento del imputado que debe aplicarse a lo largo de todo el procedimiento.

²⁶ Se denomina justicia penal negociada al procedimiento en el que los intervinientes tienen la posibilidad de acordar, habitualmente dentro de ciertos márgenes, tanto lo relativo a la responsabilidad penal del imputado, como a las consecuencias de dicha responsabilidad. En lo que aquí interesa, los intervinientes coincidirán en sus proposiciones sobre hechos en aquellos casos en que se exige al imputado admitir su responsabilidad en el hecho punible, sea sobre la base de una confesión, sea sobre la base de una confesión acompañada de delación, pero siempre de manera informada y voluntaria. Al respecto ver Sintura Varela, Francisco José, Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado /en/ Bernate Ochoa, Francisco, Sistema penal acusatorio, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia), 2005, especialmente pp. 193 a 195; Cabezudo Rodríguez, Nicolás, El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Comares, Granada, 1996, especialmente pp. 113 a 174; y el estudio comparado de De Diego Díez, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del Derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

²⁷ En palabras de Binder, Alberto M., en Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993, pp. 41 y 42, el juez cuenta con “sugerencias” respecto del modo en que acaecieron los hechos: una seguramente proveída por fiscal y víctima y otra proveída por el defensor. Y concluye Binder: “Podemos apreciar que las versiones sugeridas llevan a soluciones bien diferentes”.

medios de prueba que entregan información dirigida a acreditar cada uno de ellos²⁸. En otras palabras, los datos entregados por algunos medios de prueba corroborarán los enunciados normativos que afirman el acaecimiento del hecho o la existencia de responsabilidad. Los antecedentes entregados por otros medios de prueba, en cambio, acreditarán los enunciados factuales opuestos. Por tanto, siempre será posible que en un mismo juicio existan hechos probados de contenido contradictorio.

En el escenario recién descrito interviene el principio de presunción de inocencia, el que en definitiva se aplica como regla de juicio²⁹. En su virtud, lo que debe ser probado no es la inocencia del imputado, sino su culpabilidad³⁰. Se trata, por tanto, de una regla de juicio que atribuye la carga de la prueba³¹ a la acusación³². Esta carga de la prueba significa, en

²⁸ En este sentido Carocca Pérez, Alex, en *Garantía constitucional de la defensa penal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 276 y 277, destaca que “las alegaciones y la prueba, que dan origen a unas respectivas actividades alegatoria y probatoria, son absolutamente complementarias, pues esta última se justifica en la medida en que existan alegaciones de las partes”.

²⁹ En palabras de Andrés Ibáñez, Perfecto, *Presunción de inocencia y prisión sin condena* /en/ Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], agosto de 1997, año 10, Núm. 13 [citado 25 octubre 2008], “el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado”. Con todo, debe recordarse que, en realidad, la presunción de inocencia no es una regla, sino un principio, según se precisó con anterioridad. En ese entendido, y en cuanto norma de tratamiento al imputado, expresivamente afirma Cesare Bonesana Marqués de Beccaria en *De el Tratado de los delitos y las penas*, traducción de Juan Antonio De las Casas, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, junio de 1998, p. 67: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez; ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido, que ha violado los pactos bajo que le fue concedida”. En cuanto regla de juicio, que es lo que aquí centralmente interesa, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que ello significa que “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (STC 17/2002, de 28 de enero, fundamento jurídico 2). Sin embargo, también ha dicho que como regla de juicio implica la imposibilidad de condenar sin prueba suficiente o si la culpabilidad no se ha determinado más allá de toda duda razonable (STC 209/2002, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 5).

³⁰ Como expresa Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, segunda edición actualizada, Del Puerto, buenos Aires, 1998, p. 121, la presunción de inocencia “se encuentra presupuesta por el ordenamiento jurídico y subsiste hasta que se pruebe lo contrario y así lo admita una sentencia firme. Si tal cosa no ocurre, para el derecho la verdad seguirá siendo la inocencia. Lo que se debe procurar, en cambio, es la verdad sobre lo contrario, es decir sobre la culpabilidad”. En el mismo sentido, Carocca Pérez, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal* /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, p. 84, afirma que “la presunción de inocencia es antes que nada una posición de ventaja que la Constitución atribuye al ciudadano que se encuentra en posición de parte acusada o, en generales objeto de una persecución penal”.

³¹ Como acertadamente expresa Fenech, Miguel, *El proceso penal*, Ageda, Madrid, 1982, p. 117, el “problema de la carga de la prueba se reconduce por tanto al problema de la falta de prueba, y va estrechamente unido al de la determinación de los hechos ciertos e inciertos”.

³² Sobre la carga de la prueba, Binder, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993, p. 39, expresa que “El principio propio de un Estado de Derecho debe ser que toda acusación debe ser probada y le incumbe a la parte acusadora incorporar la prueba de sus imputaciones”. En el mismo sentido, Carocca Pérez, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal* /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, p. 90, afirma que “Sobre el imputado no recae ninguna carga de probar su inocencia”. Y añade que como consecuencia de este reconocimiento, “se desplaza la exigencia de la prueba de la acusación a las partes que la ejercen” (p. 84). En el mismo sentido, Castro Jofré, Javier, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile,

su sentido más elemental, que la persona no debe ser condenada sin comprobación incriminatoria³³. Esa carga de la prueba significa, en su sentido más complejo, que la persona no debe ser condenada si existe tanto comprobación incriminatoria como comprobación exculpatoria con similar fuerza de corroboración³⁴.

Todo lo dicho permite comprender el modo en que opera la presunción de inocencia en el paso de los hechos probados a los hechos fijados. En ausencia de prueba de cargo, el imputado debe ser absuelto sin necesidad de presentar prueba en su favor³⁵. En este caso no se puede hablar de hechos probados y, por lo mismo, menos aún de hechos fijados. Por el contrario, si existe prueba de cargo y de descargo de equivalente aptitud probatoria, el imputado debe ser absuelto. En este caso se puede hablar de hechos probados tanto en sentido condenatorio como absolutorio, pero la presunción de inocencia exige que los hechos fijados sean estos últimos.

De acuerdo con lo recién expuesto, el principio de presunción de inocencia sólo podrá considerarse doblegada en dos casos. Primero, si sólo existe prueba de cargo y no existe

junio de 2006, pp. 71, destaca que uno de los efectos de la presunción de inocencia es que la carga de la prueba recae en quien sostiene la pretensión punitiva. En fin, y sin ánimo de exhaustividad, puede citarse a Cerda San Martín, Rodrigo, *El juicio oral*, Metropolitana Ediciones, Santiago de Chile, abril de 2003, quien en la p. 160 expresa: “El estándar probatorio exigido por el legislador nace de la “presunción de inocencia” consagrada por nuestra Constitución”, de modo que para que se obtenga una sentencia condenatoria “el Ministerio Público debe aportar a juicio el material probatorio suficiente para vencer tal presunción de inocencia”.

³³ La exigencia de comprobación significa dos cosas. Por una parte, que efectivamente debe existir información probatoria incriminatoria. En este sentido, Carocca Pérez, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal* /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, p. 86, afirma que para “desvirtuar la presunción de inocencia, se exige siempre una actividad probatoria, aunque sea mínima”. Por lo demás así lo ha establecido el propio Tribunal constitucional español desde su ya famosa sentencia 31/1981. Por otra parte, que, además de mínima, la información probatoria incriminatoria debe ser válida. Al respecto la STC 135/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 2, mediante cita de la 31/1981, de 28 de julio, afirma que la presunción de inocencia “se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida”. La idea es reiterada por Andrés Ibáñez, Perfecto, *Presunción de inocencia y prisión sin condena* /en/ *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* [on line], agosto de 1997, año 10, Núm. 13 [citado 25 octubre 2008], p. 62, quien afirma: “Una implicación esencial del principio de presunción de inocencia es la prohibición de valorar cualquier elemento probatorio obtenido con vulneración de un derecho fundamental en el acceso a la fuente o al medio de prueba correspondiente; ello en razón de que sólo puede condenarse en virtud de prueba de cargo válida”.

³⁴ Parece posible afirmar que el estándar de prueba de la duda razonable expresa precisamente la necesidad de absolver en caso que el juzgador cuente con comprobación incriminatoria y comprobación exculpatoria con similar fuerza de corroboración. Este estándar presenta jerarquía constitucional desde que el Tribunal Constitucional español lo ha exigido reiteradamente como consecuencia de la presunción de inocencia. Ver, por ejemplo, sus sentencias 124/2001, de 4 de junio, fundamento jurídico 9, 209/2002, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 5, y 146/2003, de 14 de julio, fundamento jurídico 5.

³⁵ La inexistencia de prueba incriminatoria es perfectamente posible en la realidad. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal declara la ilicitud de una prueba incriminatoria y la acusación carece de medios de prueba independientes. En este sentido el Tribunal Constitucional español en la STC 135/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 2, ha precisado que no existe prueba de cargo válida “cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”.

prueba de descargo. Segundo, si la aptitud probatoria de la información de cargo proveída por los medios de prueba es superior a la aptitud probatoria de la información de descargo proveída por los medios de prueba³⁶. En ambos casos los hechos probados de carácter inculpativo pasarán a tener el carácter de hechos fijados. Los hechos probados de carácter absolutorio, en cambio, no alcanzarán la calidad de hechos fijados.

Hasta aquí la presunción de inocencia ha sido calificada tanto de regla, como de principio. Por lo mismo, resulta necesario aclarar estas afirmaciones. Desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, la presunción de inocencia presenta una estructura de principio y no de regla. Eso se debe a que determinar si ha sido doblegada por la información probatoria inculpativa es siempre un problema de ponderación³⁷. En efecto, sólo dicha ponderación permite determinar si la aptitud probatoria de la información de cargo es superior a la aptitud probatoria de la información de descargo. Lo anterior ha sido destacado por el profesor De Asís, quien recalca que la presunción de inocencia es “una exigencia que difícilmente podemos entenderla como absoluta, en el sentido de exigir una certeza total. Lo que implica el respeto a la presunción de inocencia no es otra cosa que la búsqueda del mayor grado de certeza, pero no la certeza total, que es algo imposible de lograr”³⁸. Sin embargo, una vez que el juzgador ha tomado una decisión, la presunción de inocencia opera como regla de juicio: se es o no se es inocente.

En definitiva, para que los hechos probados alcancen la categoría de hechos fijados es necesario que la ponderación realizada permita superar el estándar establecido por la presunción de inocencia. El determinar si esto efectivamente ha ocurrido es parte de la tarea del juzgador. En efecto, y como expresa el profesor De Asís, lo que permite que los hechos probados den el paso hacia la calidad de hechos fijados es la convicción judicial³⁹. Por cierto esta convicción no es sinónimo de convencimiento emocional o puramente subjetivo del juez, pese a que así se entendió, por ejemplo, en el sistema jurídico español hasta hace poco tiempo⁴⁰. La convicción del juez debe motivarse racionalmente, justificando la hipótesis fáctica acogida, la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas⁴¹. A partir de esa convicción, el juzgador debe relatar lo sucedido, es decir, expresar cuales son los hechos fijados. Este relato, en palabras

³⁶ Una posición en algún sentido coincidente con la aquí expuesta puede encontrarse en Castro Jofré, Javier, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 467, cuando afirma que “el juez, una vez valorados los medios de prueba, puede encontrarse en cuatro estados distintos”: “la certeza positiva, vale decir, las razones para condenar son absolutas”; “la probabilidad, o sea, coexisten razones para condenar y absolver, pero las primeras superan a las segundas”; “la duda, es decir, coexisten razones condenatorias y razones absolutorias que se anulan mutuamente o existen razones absolutorias que superan a las condenatorias impidiendo un convencimiento positivo”; y “la certeza negativa, esto es, sólo existen razones absolutorias”.

³⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 86 y 87.

³⁸ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 63.

³⁹ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 129.

⁴⁰ Al respecto ver, por ejemplo, Igartua Salaverría, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, especialmente pp. 65 a 75.

⁴¹ Accatino Scagliotti, Daniela, *La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line]*, diciembre 2006, vol.19, Núm.2 [citado 14 Julio 2007], p. 14.

de Binder, “implica una decisión, una redefinición del conflicto y el enlace de una solución”⁴².

II. La actividad probatoria en la determinación de los hechos y la participación.

De entre las tareas a través de las cuales el razonamiento judicial toma una decisión sobre el juicio de hecho, sólo una interesará en adelante. Se trata del paso de los hechos alegados a los hechos probados. Como se verá en el presente Título, la actividad probatoria es el procedimiento a través del cual se verifica si el hecho ha acaecido y si una cierta persona es responsable del mismo (función de la actividad probatoria). Luego se mostrará el modo en que se realiza y cómo se vincula con una determinada tarea del razonamiento judicial expuesto en el Título I (descripción de la actividad probatoria). Por último, se explicitarán las restricciones que presenta en orden a cumplir su función en el juicio de hecho (limitaciones de la actividad probatoria). Todo esto permitirá, según se dijo más arriba, ubicar el punto en el que la primera propuesta colabora a la mejor aplicación posible del Derecho penal material en lo relativo al juicio de hecho.

1. Función de la actividad probatoria.

Para comprender la función de la actividad probatoria es necesario comenzar con una obviedad. El objeto de conocimiento del proceso penal son hechos no presenciados por el juzgador. Por añadidura, se trata de hechos que han acaecido en el pasado sin posibilidad de repetición⁴³. Con vehemencia expresa esta misma idea Calvo González al afirmar: “El Proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en ese sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos, en suma, donde, junto a su presente existencial, también su posible verdad fáctica está desaparecida”⁴⁴.

⁴² Binder, Alberto M., Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993, p. 41.

⁴³ Como es evidente, la diligencia probatoria consistente en la “reconstitución de la escena del delito” no hace excepción a esta afirmación. Siguiendo a Quezada Meléndez, José, Tratado de Derecho procesal penal, Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, diciembre de 1994, p. 354, la reconstitución de escena es una modalidad de inspección personal del tribunal que consiste en reconstruir los hechos delictivos que se investigan en presencia del juez y del secretario del tribunal. Es propio de los sistemas procesal penales de carácter inquisitivo. Algo más discutible es el caso del uso de tecnología. Como se sabe, la tecnología actualmente disponible permite y de hecho ha permitido el registro audiovisual de hechos jurídico penalmente reprochables. En esos casos el juzgador puede “presenciar” los hechos investigados. Aunque no interesa entrar al detalle de las posibilidades y limitaciones de esta u otras opciones tecnológicas, es necesario advertir que, obviamente, en este caso se podría cuestionar si el registro ha “capturado” todos los hechos jurídicamente relevantes.

⁴⁴ Calvo González, José, La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo) /en/ Calvo González, José (coord.), Verdad [narración], justicia, Universidad de Málaga, servicio de publicaciones, España [on line], 1998 [citado 7 diciembre 2007], p. 8, quien añade: . Si los hechos hablaran por sí mismos bastaría con “reproducirlos” en juicio; pero sucede que los hechos son “mudos” y esto obliga a que para “oírlos” procesalmente se los deba reconstruir como una narración “. En similar sentido, Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], pp. 34 y 35; Díaz Cantón, Fernando, El control judicial de la motivación de la sentencia penal [on line], 2 enero 2002 [citado 24 octubre

En ese escenario, parece posible afirmar que la actividad probatoria cumple una función epistemológica o demostrativa. Eso significa que está dirigida a informar respecto de la veracidad o falsedad de los enunciados fácticos que conforman los hechos alegados⁴⁵. Por lo mismo, la actividad probatoria puede ser definida como el conjunto de acciones tendentes a comprobar los hechos alegados. Este es, por lo demás, el sentido que aquí se dará a dicha expresión.

Si lo anterior es efectivo, la importancia de la prueba para el juicio de hecho es evidente. En efecto, al juzgador corresponde, mediante el conjunto de tareas denominadas razonamiento judicial, decidir el juicio de hecho, esto es, determinar si el hecho ha acaecido y si cierta persona es responsable del mismo. Y es mediante la actividad probatoria que determina si el hecho ha acaecido y si una cierta persona es responsable del mismo⁴⁶. En consecuencia, la actividad probatoria está destinada a incidir en el juzgador y más precisamente en el razonamiento judicial.

Conviene advertir que el juicio de hecho no es exclusivamente fruto de la actividad probatoria. Como expresa el profesor De Asís, la convicción judicial no sólo se forma a partir de la información probatoria percibida en el juicio oral. A ello se deben añadir ciertos “elementos que deben presidir la actividad tendente a la formación de la convicción”, tales como las leyes de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos⁴⁷. En este sentido, parece posible afirmar que la actividad probatoria no es *conditio per quam*, sino *conditio sine qua non* del juicio de hecho.

2. Descripción de la actividad probatoria.

La primera propuesta de este trabajo se inscribe, según se anunció más arriba, en el paso de los hechos alegados a los hechos probados. Por ello conviene recordar aquí que el razonamiento judicial debe realizar cuatro tareas para que determinadas proposiciones sobre hechos pasen de un estadio al siguiente. Esas cuatro tareas son evaluar la aptitud

2007], sin paginación; y Pérez Manzano, Mercedes, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del Derecho a la doble instancia penal /en/ La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía [on line], 2006, Núm. 4 [citado 10 noviembre 2007].

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Taruffo, Michele, Investigación judicial y producción de prueba por las partes /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2003, vol.15 [citado 5 octubre 2008], p. 208, para quien “la prueba puede entenderse como un medio de conocimiento, i.e., como un conjunto de información mediante el cual el tribunal conoce por inferencia los hechos del caso y realiza una reconstrucción fidedigna de esos hechos”. Matheus López, Carlos Alberto, Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba, Rev. derecho (Valdivia) [on line], julio 2003, Vol. 14 [citado 12 julio 2007], p. 176, afirma: “Podemos señalar de modo pacífico que la prueba judicial desarrolla en el proceso una función que denominaremos “demostrativa”, entendiéndose consecuentemente por ello que la función de la prueba” “está dirigida a demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales”. Adviértase que los autores no coinciden en el significado que atribuyen a la expresión *prueba*. Taruffo la entiende como “un conjunto de información” para que el tribunal conozca los hechos, Matheus como “el procedimiento de probar o acreditar los hechos”.

⁴⁶ En este sentido Cerda San Martín, Rodrigo, El juicio oral, Metropolitana Ediciones, Santiago de Chile, abril de 2003, p. 160, afirma: “El tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba rendida durante el juicio”.

⁴⁷ De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 128 y 129, quien para estos efectos sigue una propuesta formulada por Bacigalupo.

probatoria de los medios de prueba, analizar su credibilidad, interpretar su contenido y determinar la verosimilitud de los hechos alegados. Conviene destacar que las dos primeras actividades se relacionan con los medios de prueba y las últimas dos con la información probatoria.

Ahora bien, esas cuatro tareas sólo pueden realizarse si en el proceso ha tenido lugar la actividad probatoria. Según se expresó más arriba, la actividad probatoria cumple una función epistemológica y en ese sentido se le definió como el conjunto de acciones tendentes a comprobar los hechos alegados. Así entendida, la actividad probatoria incluye tres acciones específicas, las que se vinculan con las recién referidas tareas del razonamiento judicial. Esas acciones son ofrecer los medios de prueba, validarlos y extraer información de los mismos⁴⁸.

La primera de dichas acciones se relaciona con la primera tarea del razonamiento judicial. En efecto, la reacción del juez en orden a admitir o rechazar los medios de prueba, dependiendo de su aptitud probatoria, es la respuesta frente al ofrecimiento de los mismos. Los medios de prueba ofrecidos, por su parte, generalmente son propuestos con anterioridad al inicio del juicio oral, pues se les ha encontrado o identificado en forma previa al inicio de este último⁴⁹.

La segunda acción incluida en la actividad probatoria consiste en validar los medios de prueba. Esta validación consiste en mostrar las cualidades de tales medios, en cuanto a la imparcialidad, idoneidad y fidelidad de la información que contienen o portan. Debe advertirse que esta acción recae directamente sobre los medios de prueba e indirectamente sobre la información probatoria. En efecto, las referidas cualidades deben mostrarse respecto del medio de prueba y de ese modo se pueden predicar también en la información que contienen. En otras palabras, mostrada la imparcialidad, idoneidad y capacidad de un cierto medio de prueba, tales cualidades se transmiten a su información probatoria. Esta acción es la antesala de la segunda tarea del razonamiento judicial, es decir, de la

⁴⁸ No parece existir coincidencia doctrinaria respecto de las acciones incluidas en la actividad probatoria. Así, una opción diferente sugiere el profesor De Asís Roig, Rafael, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 130, quien la mira sólo desde el juzgador. Al respecto expresa que “La actividad probatoria puede desglosarse, en lo que atañe al juez, en dos operaciones: la fiabilidad de los medios de prueba y la práctica de la prueba”. También diversa es la perspectiva de Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001, pp. 41 a 45. Incluyendo tanto la perspectiva de los intervinientes como la del juez, este autor entiende que la actividad probatoria incluye tres momentos: la proposición, la recepción y la valoración de la prueba. Considerando también ambas perspectivas, Binder, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc*, Buenos Aires, marzo de 1993, p. 17, entiende que la actividad probatoria incluye tres tareas: incorporación de información, exclusión de prueba y valoración de la prueba. Al respecto expresa: “La actividad probatoria en un sentido global es, en consecuencia, un conjunto de mecanismos y tareas que regulan el ingreso de información al proceso penal, desechan la información que ha ingresado incorrectamente y, finalmente, construyen, con la información admitida, el supuesto de hecho, el relato de los hechos, los hechos o el supuesto fáctico -como se quiera llamarlo-, sobre el cual y para el cual se aplicará la solución prevista en el orden jurídico”.

⁴⁹ La admisión de medios de prueba no ofrecidos con anterioridad al inicio del juicio oral dependerá de la configuración de cada sistema jurídico. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal chileno en su artículo 336 admite esta situación si quien ofrece el medio de prueba justifica que no sabía de su existencia hasta ese momento, o cuando pretende ofrecer un medio de prueba relativo a otra prueba.

evaluación de la credibilidad de los mismos, la que precisamente consiste en mensurar su imparcialidad, idoneidad y fidelidad.

La tercera y última acción incluida en la actividad probatoria consiste en extraer la información de los medios de prueba. De manera informal puede decirse que esta acción consiste en permitir “que hablen los medios de prueba”. En todo caso, es evidente que esta informalidad carece de exactitud. Un medio de prueba nunca habla por sí mismo⁵⁰. En realidad esos medios sólo entregarán la información probatoria que se extraiga de la misma. En algunos casos esta responsabilidad recaerá casi exclusivamente en las partes, como acaece en Estados Unidos⁵¹, mientras en otras recaerá preferentemente en el juzgador, como ocurre en Alemania⁵². Esta acción se relaciona con la tercera tarea del razonamiento judicial, esto es, con la interpretación del contenido de los medios de prueba.

Las relaciones recién establecidas entre las acciones incluidas en la actividad probatoria y las tres primeras tareas del razonamiento judicial no implican excluir la cuarta de estas tareas. Esta última, consistente en la determinación de la verosimilitud de los hechos alegados, es consecuencia directa de las últimas dos tareas de dicho razonamiento. En efecto, el juzgador asocia ciertas informaciones probatorias con determinados enunciados fácticos incluidos en los hechos alegados porque previamente ha analizado la credibilidad de los medios de prueba y ha decidido qué información seleccionará de los mismos. Y estas

⁵⁰ En un sentido algo diverso, Baytelmann A., Andrés, y Duce J., Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004, sin paginación, quienes afirman que “muy rara vez la prueba “habla por sí misma”. La prueba hay que insertarla en un relato. Ese cuchillo, esas ropas ensangrentadas, esa escritura, esos libros de contabilidad, son poderosos porque se insertan en el relato de nuestra teoría del caso”. Adviértase que los ejemplos indicados por los autores permiten apreciar que la expresión “prueba” se utiliza en el sentido que aquí se ha dado a los medios de prueba. Adviértase también que ninguno de esos medios de prueba puede hablar si las partes o el juzgador no extraen la información probatoria que contiene, sea a través de un testigo, sea a través de un perito.

⁵¹ La práctica procesal penal estadounidense indica que la interrogación de los testigos corresponde a acusación y defensa. El juez tiene un rol de árbitro y sólo excepcionalmente interviene para formular preguntas al interrogado. Al respecto, Craig M. Bradley, United States /en/ Craig M. Bradley (ed.), criminal procedure. A worldwide study, Carolina Academic Press, durham, North Carolina, 1999, p. 421, explica: “In the United States, the trial is conducted by the attorneys. The judge functions as a reference, ruling on the evidentiary admissions, objections by counsel, etc. as well as instructing the jury. It is, however, within the judge’s power to put questions to witnesses, especially if he feels that an attorney is not properly developing an important point, t this will likely hapen only once or twice during a typical trial”.

⁵² De acuerdo con la regulación procesal penal alemana, al Presidente del Tribunal corresponde la responsabilidad primera de interrogar a imputado, testigos y peritos, mientras los demás intervinientes lo hacen en forma subsidiaria. Así lo explica Thomas Wigand, Germany /en/ Craig M. Bradley (ed.), criminal procedure. A worldwide study, Carolina Academic Press, durham, North Carolina, 1999, p. 209, en los siguientes términos: “The trial is primarily conducted by the presiding judge, who determines the sequence in which proof is taken, is responsible for the completeness of the evidence (para. 244 section 2 CCP), and interrogates the defendant, witnesses and expert witnesses (para. 238 section 1 CCP). All other judges (including lay judges) as well as the prosecutor, the defense attorney, the victim or his representative –if present- and the defendant himself have the right to ask additional questions of witnesses and expert witnesses (para. 240 CCP)”. En efecto, en Alemania es el juez del juicio oral “el que dirige el interrogatorio del acusado y las diligencias de la prueba, es él quien formula las preguntas y cuando ya no vea la necesidad de más aclaratorias, es el quien asigna la palabra” (Schönbohm, Horst, y Lösing, Norbert (Ed.), Sistema acusatorio. Proceso penal. Juicio oral en América Latina y Alemania, CIEDLA y CPU, Caracas, 1995, p. 53.

dos tareas, según se expresó, son la respuesta a la actividad probatoria consistente en validar los medios de prueba y extraer la información que contienen.

3. Limitaciones epistemológicas del proceso penal y de la actividad probatoria.

Según se ha expresado, la actividad probatoria cumple una función epistemológica o demostrativa de los enunciados fácticos que integran los hechos alegados. En este sentido, constituye *conditio sinne qua non* del juicio de hecho por el que se determina si el hecho ha acaecido y si cierta persona es responsable del mismo. Se ha mostrado también que las acciones que integran la actividad probatoria se imbrican estrechamente con las tareas que conforman el razonamiento judicial que conduce al referido juicio de hecho. Todo esto deja en evidencia su centralidad en la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Pese a todo lo dicho, el proceso penal en general y la actividad probatoria en particular presentan importantes limitaciones epistemológicas. En otras palabras, una serie de características de aquél y de ésta restringen más o menos significativamente las posibilidades de determinar si el hecho ha acaecido y si cierta persona es responsable del mismo. Aunque aquí interesan centralmente las limitaciones vinculadas a la actividad probatoria, a modo de contexto se aludirá en primer lugar a las del proceso.

3.1. Limitaciones epistemológicas del proceso penal en general.

Una serie de características hacen del proceso penal un mecanismo epistemológico inevitablemente falible. Aquí se analizarán solamente cuatro de ellas: los intereses de quien presenta la prueba, la imposibilidad de dejar los problemas jurídicos sin solución, el carácter probabilístico del juicio de hecho y la presunción de inocencia.

Como se acaba de expresar, una primera limitación epistemológica del proceso penal deriva de los intereses de quien presenta la prueba. Con sutileza afirma el profesor De Asís que en el proceso intervienen personas “que cuentan relatos difícilmente catalogables como asépticos”⁵³. Más aún, parece posible afirmar que los intervinientes en el proceso penal no necesariamente persiguen que se averigüe la verdad⁵⁴. Aunque probablemente esta

⁵³ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 128.

⁵⁴ Sobre la intencionalidad de las partes en la información que puede proveer la prueba, expresa Taruffo, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa* /en/ *Ius et Praxis* [on line], 2006, vol. 12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007]: “En todos los procesos hay al menos una parte -la que sabe que se equivoca- que no tiene ningún interés en que se descubra la verdad; de otro lado, los defensores no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, y tienen interés en hacer emerger la versión de los hechos que más le conviene a su cliente, antes que la verdad”. En el mismo sentido se pronuncia Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión* [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 6, cuando afirma que los intereses de las partes “no necesariamente coinciden con el descubrimiento de la verdad” y precisa que pueden manipular el material probatorio “directamente mediante la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testimonial falsa, etcétera) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran ser perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, pero que, en cambio, pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido”. La misma idea se encuentra en Muñoz-Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, p. 96.

intencionalidad también puede darse en el ámbito científico, acertadamente sugiere Coloma que la comunidad de pares constituye un límite natural a estas desviaciones⁵⁵. Pero esta intencionalidad no sólo es un problema eventualmente relacionado con la buena o mala fe. Como acertadamente expresa Bayón, “cualquier situación a la que nos enfrentemos posee una serie inabarcable de características, pero nuestra atención se fija sólo en una pequeña parte de las mismas: precisamente aquellas a las que otorguen relevancia los que resulten ser nuestros intereses inmediatos en dicha situación”⁵⁶.

Una segunda limitación epistemológica del proceso penal deriva de la imposibilidad de dejar los problemas jurídicos sin solución por tiempo indefinido⁵⁷. La posibilidad de afirmar y refutar indefinidamente es admisible para la generalidad de las ciencias, pero de ninguna manera para el Derecho⁵⁸. En el caso de este último se debe terminar el proceso y dictar sentencia en un tiempo determinado⁵⁹. En coherencia con ello, por una parte, el sistema jurídico ha establecido una serie de regulaciones tendentes a lograr una justicia pronta. Es, por ejemplo, el caso de la imposición de plazos para el enjuiciamiento⁶⁰ y las presunciones⁶¹. Por otra parte, las soluciones alcanzadas en sede judicial no pueden refutarse indefinidamente. Por ello se regulan instituciones como la cosa juzgada⁶², que restan calidad científica a la decisión judicial⁶³, pero aseguran la prevalencia de otros fines

⁵⁵ Con acierto advierte Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 48, que “en el debate científico quienes sostienen teorías antagónicas las presentan desde el punto de vista más favorable a su aceptación. Así, cada vez que se enfrenten a un fallo de sus planteamientos harán lo posible por encontrar una mirada que deje a la teoría en pie. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en sede judicial y, en general, en el terreno práctico, estarán mucho más propensos a abandonar sus teorías desde el momento en que los fallos sean insoportables. No hacerlo pudiera llevar a su marginación de la comunidad a la que pertenecen.

⁵⁶ Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 44.

⁵⁷ En este sentido, Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 37, alude a la “necesidad de otorgar respuestas oportunas”; y Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 13, recuerda que, “a diferencia de los científicos, los jueces no tienen todo el tiempo para tratar de descubrir la verdad.”

⁵⁸ Sobre esta permanente posibilidad de afirmación y refutación, expresa Rescher, Los límites de la ciencia, traducción de Leonardo Rodríguez Duplá, Tecnos, Madrid, 1994, p. 101: “La historia de la ciencia es una historia de episodios en los que se saca la conclusión equivocada”.

⁵⁹ Muñoz-Conde, Francisco, Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, p. 96.

⁶⁰ Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión [on line], [citado 8 octubre 2007], p. 5.

⁶¹ Redondo, María Cristina, Teorías del Derecho e indeterminación normativa /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], p. 186.

⁶² A partir de lo expresado por Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesim quinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 435 y 436, parece posible afirmar que la cosa juzgada constituye un impedimento en virtud del cual “un nuevo procedimiento es inadmisibles, una nueva sentencia de mérito está excluida”. Una opinión singularmente original respecto de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada puede encontrarse en Fenech, Miguel, El proceso penal, Ageda, Madrid, 1982, pp. 407 y 408.

⁶³ Como recuerda Lariguet, Guillermo, La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo

socialmente relevantes. Estas regulaciones se fundan en que el proceso penal pretende no sólo la verdad, sino también finalidades prácticas relacionadas con la oportunidad y la seguridad jurídica de la decisión⁶⁴.

El juicio de hecho es una inferencia sólo probable y esta es una tercera limitación epistemológica del proceso penal⁶⁵. Esto se debe a que se construye sobre un razonamiento inductivo, como expresan el profesor De Asís⁶⁶, Ferrajoli⁶⁷, Díaz Cantón⁶⁸, Gascón⁶⁹ o Pérez Manzano⁷⁰. Además, la estructura de esa inferencia responde de modo evidente a una inducción, pues a partir de un conjunto de antecedentes específicos (aportados por los medios de prueba) se pretende una conclusión general (que el hecho ha acaecido y que cierta persona es responsable del mismo). Como se puede advertir, se trata de una decisión formulada a partir de información incompleta que, por lo mismo, conduce a una inferencia no concluyente sino sólo probable⁷¹. Una demostración evidente de esa falta de certeza la

de México, (s.a.) [on line], octubre 2007, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], p. 184, la falsación es el criterio de demarcación entre ciencia empírica y metafísica.

⁶⁴ Al respecto, Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 14, afirma: “Que el proceso tiene una finalidad práctica significa que el conocimiento del pasado no es el objeto inmediato de la indagación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar”.

⁶⁵ Sobre esta característica del juicio de hecho, expresa el profesor De Asís Roig, Rafael, en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 156: “El carácter de probabilidad presente en el juicio de hecho subraya esta necesidad [de motivación de la sentencia] al implicar un margen de incertidumbre y de valoración”.

⁶⁶ Para el profesor De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 137, en el juicio de hecho hay tanto inducción como abducción. Al respecto expresa: “En cualquier caso, en la argumentación fáctica están presentes también razonamientos inductivos y abductivos. En ambos aparece la dimensión de probabilidad: se procede a través de un silogismo, pero en el mismo las premisas no son verdaderas, sino probables, de ahí que la conclusión sea también sólo probable”.

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 64.

⁶⁸ Díaz Cantón, Fernando, El control judicial de la motivación de la sentencia penal [on line], 2 enero 2002 [citado 24 octubre 2007], sin paginación.

⁶⁹ Para Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 10, “la verdad de tales enunciados [fácticos] ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos verdaderos”.

⁷⁰ Pérez Manzano, Mercedes, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del Derecho a la doble instancia penal /en/ La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía [on line], 2006, Núm. 4 [citado 10 noviembre 2007].

⁷¹ En palabras de Pérez Manzano, Mercedes, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del Derecho a la doble instancia penal /en/ La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía [on line], 2006, Núm. 4 [citado 10 noviembre 2007], “siempre existe un riesgo residual de condena de un inocente y la declaración de condena puede ser correcta y estar justificada aunque se haya condenado a un inocente”. Según advierte López-Fragoso Álvarez, Tomás, Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN. /en/ Revista Derecho y salud: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], p. 225, incluso la prueba científica conduce normalmente a resultados probabilísticos. Ello se debe, por ejemplo, a “las diferencias sustanciales que existen entre la aplicación de un método científico en circunstancias controladas en un laboratorio y su utilización en escenarios muy distintos, como puede ser el lugar donde se ha cometido un delito: contaminación de las muestras con una serie de productos incontrolados, imposibilidad, en muchas ocasiones, de poder repetir los análisis, etc.” Aquello también se debe, como destaca Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on

constituyen las presunciones, que precisamente vienen a llenar lagunas de conocimiento⁷², y los indicios, que permiten inferir hechos desconocidos a partir de determinados antecedentes⁷³.

En fin, y sin ánimo de exhaustividad, la condena sólo se puede dictar si se ha doblegado el principio de presunción de inocencia, cuestión que ha sido precedentemente analizada. En este momento basta con reiterar que la condena sólo procede si se cuenta con un mínimo de información probatoria de carácter incriminatorio o si esta información es cualitativamente superior a la información de descargo. Esta alta exigencia establecida para quien afirma el hecho y la participación es una más de las limitaciones epistemológicas del proceso penal.

3.2. Limitaciones epistemológicas de la actividad probatoria en particular.

Además de las recién indicadas, el proceso penal presenta algunos problemas epistemológicos específicamente relacionados con la actividad probatoria. Se trata, como puede advertirse, de limitaciones predicables del proceso penal. Sin embargo, atendiendo a los fines de este trabajo, parece conveniente tratarlos en forma separada como limitaciones específicamente probatorias.

Un primer problema vinculado con la actividad probatoria deriva del modo en que se regulan los medios de prueba. En particular se relaciona con las decisiones institucionales que definen los medios de prueba admisibles y la valoración de la información probatoria proveída por los mismos. Respecto de tales decisiones, la libertad de prueba permite, por una parte, incrementar la cantidad de prueba y, por otra parte, evitar la exclusión de prueba que entregue información relevante, todo lo cual potencialmente incrementa la calidad epistemológica del proceso⁷⁴. A la misma posibilidad conducen la libre valoración de esa prueba o un sistema de prueba legal o tasada coincidente con principios de lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados⁷⁵. Por el contrario, una

line], [citado 17 julio 2007], p. 11, a que “muchas de estas pruebas -por ejemplo, la prueba (positiva) de ADN- son de naturaleza estadística, de modo que, en sentido estricto, no pueden concebirse como deductivas”.

⁷² Como expresa Redondo, María Cristina, *Teorías del Derecho e indeterminación normativa /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], p. 186, con miras a “salvar la ignorancia de datos empíricos, el derecho recurre al establecimiento de presunciones”.

⁷³ Como se sabe, los indicios son conceptualmente distintos de las presunciones, “en el sentido de identificar los primeros con los datos de los que se parte y a las segundas como las conclusiones a las que se llega”, expresa el profesor De Asís en *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, nota al pie 15 de la p. 91. Sin embargo, precisa el autor en la misma página, que “el razonamiento a través de indicios es idéntico al que se lleva a cabo por presunciones”. Por lo mismo, es perfectamente posible afirmar que el uso de indicios explicita las limitaciones del conocimiento a que se puede arribar en el ámbito procesal.

⁷⁴ A favor de admitir la mayor cantidad de prueba se pronuncia Taruffo, Michele, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa /en/ Ius et Praxis* [on line], 2006, vol. 12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007]. En el mismo sentido, Matheus López, Carlos Alberto, *Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba*, *Rev. derecho (Valdivia)* [on line], julio 2003, Vol. 14 [citado 12 julio 2007], p. 178, quien considera que “el mejor sistema probatorio será aquel que permita al juez experimentar todos los medios de prueba posibles y lícitos para obtener y determinar la verdad o falsedad del enunciado factual.

⁷⁵ Al afirmar que la calidad epistemológica del proceso penal se incrementa tanto en un sistema de libre valoración de la prueba como en un sistema de prueba tasada coherente con los principios de lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados este trabajo se distancia de una perspectiva

regulación probatoria que limite la prueba admisible o de prueba tasada incompatible con la lógica, la experiencia o la ciencia constituirá una limitación a las posibilidades epistemológicas del proceso penal.

Una segunda limitación se encuentra en las inevitables valoraciones de la información proveída por los medios de prueba⁷⁶. Estas valoraciones no sólo derivan de las decisiones que el juzgador debe tomar sobre los hechos alegados en forma aparentemente aséptica⁷⁷. A ello se debe añadir que el juzgador inevitablemente tiene ciertos antejuicios respecto de los hechos dependiendo de sus propias experiencias. De acuerdo con ello, no parece difícil compartir que aquél decodifica y recodifica la información que le entrega la prueba dependiendo de la persona imputada y del hecho investigado⁷⁸.

La tercera y última limitación epistemológica de la actividad probatoria que aquí será tratada se relaciona con los derechos fundamentales. La regla que habitualmente opera en

bastante extendida, pero injustificable. De acuerdo con esta última opinión, bastante extendida según se ha dicho, afirma que la prueba tasada perjudica la calidad epistemológica del proceso penal. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, Taruffo, Michele, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa /en/ Ius et Praxis [on line], 2006, vol. 12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], al afirmar que “un proceso en el que existan varias reglas de prueba legales (...) aparecería como singularmente inadecuado para permitir la formulación de decisiones justas”, es decir, “decisiones basadas en una comprobación verdadera de los hechos”. En la misma línea puede citarse a Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 13, para quien los sistemas procesales contemporáneos “están diseñados para maximizar la posibilidad de que los jueces alcancen la verdad de las proposiciones referidas a las pruebas. Por esta razón, el sistema actual (en el ámbito penal) es el de libre valoración de la prueba y no los sistemas anteriores de prueba tasada”. En realidad tanto la libre valoración como la prueba tasada pueden favorecer o perjudicar la calidad epistemológica del proceso penal dependiendo del modo en que se configuren en el respectivo sistema jurídico. Pronunciándose en este mismo sentido, Matheus López, Carlos Alberto en Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba, Rev. derecho (Valdivia) [on line], julio 2003, Vol. 14 [citado 12 julio 2007], p. 178, sostiene que entre ambas opciones “no existe en realidad una diferencia desde el punto de vista epistemológico, en cuanto se debe reconocer que –en la lógica de la función demostrativa de la prueba– la prueba tiene (debe tener) siempre y como quiera que sea un fundamento racional sin importar el contexto en el cual es llamada a operar”.

⁷⁶ Ver De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, especialmente pp. 150 A 156.

⁷⁷ Muñoz-Conde, en Búsqueda de la verdad en el proceso penal, p. 99, ejemplifica tales valoraciones en la siguiente forma: “El problema en un proceso penal no es establecer las causas objetivas de la muerte, sino si esa muerte se produjo intencional o imprudentemente, si la persona que disparó lo hizo en legítima defensa, o por error porque se le disparó inadvertidamente la escopeta de caza o confundió a otro cazador con un ciervo”. Y añade en la página 100: “La credibilidad de un testigo tampoco es una verdad tautológica, sino algo que admite discrepancias respecto a su valoración que, en última instancia, es el resultado de la experiencia, del conocimiento psicológico, de factores personales y profesionales, del nivel intelectual o moral del testigo; todo ello valorado por el juzgador en un determinado contexto”.

⁷⁸ Como se sabe, este es el postulado central de la criminología crítica. El Derecho penal se configura y opera con selectividad, en perjuicio de los sectores sociales menos favorecidos. Ahora bien, y siguiendo a Bustos, parece una ingenuidad asociar la selectividad de clase del sistema penal con la lucha de clases, como algunos autores han pretendido (Bustos Ramírez, Juan, Obras completas, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 501). Sin embargo, y aunque ese extremo resulte dudoso, dicha selectividad es un dato constatado. El juzgador no escapa a esta realidad probablemente, como afirma Baratta, Alessandro, en Criminología crítica y crítica del Derecho penal, Siglo Veintiuno Editores, quinta edición, México, 1998, p. 186, en virtud de su extracción socioeconómica.

este sentido es la de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas⁷⁹. Como se verá en el título siguiente, se encuentra relativamente extendida una clara contraposición entre tales derechos y el esclarecimiento de los hechos. En lo esencial, los primeros establecerían restricciones a la admisibilidad de prueba útil para determinar si la persona ha incurrido en el hecho investigado. Por lo tanto, el respeto de los mismos perjudicaría la calidad epistemológica del proceso penal.

Es esta última limitación la que interesa singularmente a los fines del presente trabajo. En efecto, la propuesta que aquí se formula sólo enfrenta una de las causas que, en algunos casos, disminuyen la calidad del juicio de hecho ínsito en todo proceso penal: los derechos fundamentales. Como se verá en el siguiente Capítulo, es necesario distinguir diversas categorías de derechos fundamentales para evaluar correctamente de qué manera impactan en la calidad epistemológica del proceso penal. Es precisamente a partir de esa distinción que se formulará la primera propuesta de este trabajo.

El que los derechos fundamentales sean aquí referidos como una limitación a la calidad epistemológica del proceso penal no debe conducir a excluir ni minimizar sus valiosas funciones en el sistema jurídico. En efecto, en forma simultánea los derechos incrementan la calidad epistemológica del proceso penal, como se mostrará en el Capítulo siguiente. Y ello porque confieren al imputado un haz de facultades que viabilizan demostrar su posición frente a la pretensión punitiva del Estado. En este sentido, y como expresa Peces-Barba, “en relación con la sociedad civil, los derechos sirven para defender a los miembros de esta sociedad civil del poder”⁸⁰.

⁷⁹ Muñoz-Conde, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, p. 96.

⁸⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 425.

Capítulo III.
La distinción iusfundamental.
Un criterio para la mejor decisión del juicio de hecho.

Hasta aquí se han mostrado esencialmente tres cosas. Primero, para determinar si el hecho ha acaecido y si una determinada persona es responsable del mismo es necesario transitar desde los hechos brutos a los hechos alegados, desde éstos hacia los hechos probados y desde estos últimos a los hechos fijados. Por otra parte, en el paso de los hechos alegados a los hechos probados la actividad probatoria juega un papel fundamental, pues cumple una función epistemológica o demostrativa. Sin embargo, y por último, esa función está sometida a una serie de limitaciones que impiden predicar certeza respecto del juicio de hecho, y una de ellas son los derechos fundamentales.

A ese punto de partida, y que se refiere al modo en que se determinan el hecho y la participación, es necesario añadir algo más. Los derechos fundamentales no constituyen una limitación tan absoluta o radical como se le ha presentado tradicionalmente. Para decirlo con más claridad, no parece posible seguir sosteniendo que la totalidad de los derechos fundamentales se contraponen a la calidad epistemológica del juicio de hecho. En efecto, mientras el respeto de algunos derechos fundamentales incrementa la calidad de dicho juicio, la indemnidad de otros la perjudica. Esta es, precisamente, la idea que subyace a al criterio ofrecido en el presente Capítulo para lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de hecho.

En efecto, el criterio aquí sugerido propone al juzgador penal rechazar la afectación de los derechos fundamentales cuya indemnidad favorece determinar si el hecho punible ha acaecido y quién es responsable del mismo. Inversamente, sugiere admitir ampliamente la afectación de aquellos cuya indemnidad perjudique esa determinación. Como se puede advertir, este criterio sugiere terminar con la contraposición entre esclarecimiento de los hechos y derechos fundamentales. En su lugar se propone instalar el criterio de la distinción entre derechos fundamentales que favorecen o perjudican la calidad del juicio de hecho, es decir, el criterio de la distinción iusfundamental.

La exposición de este criterio recomienda comenzar aclarando en qué sentido se utiliza aquí la expresión derechos fundamentales. En particular se trata de precisar el concepto de los derechos, para después identificarlos y luego concluir señalando las funciones que cumplen al interior del sistema jurídico. Se puede afirmar que el esclarecimiento de tales cuestiones, a lo que se dedica el Título I, tiene un carácter introductorio respecto del resto del Capítulo.

Conviene anunciar desde ya que el cumplimiento de esta tarea se funda en las ideas ofrecidas por Peces-Barba, por De Asís y por Alexy.

Es a partir de esos cimientos conceptuales que se expone el referido criterio de la distinción iusfundamental (Título II). Según se anticipó, este criterio implica clasificar los derechos fundamentales desde el punto de vista de su relación con la calidad epistemológica del juicio de hecho. En particular sugiere rechazar la afectación de aquellos derechos cuya indemnidad favorece esclarecer el hecho y la participación y admitir la injerencia en aquellos cuya indemnidad perjudica ese objetivo. En este punto conviene admitir que el criterio de la distinción iusfundamental se muestra contraintuitivo. Seguramente ello se debe a que, como se verá, el criterio de la contraposición se encuentra sólidamente instalado entre los autores. Pese a ello, y según también se mostrará, el primero es perfectamente justificable.

Ahora bien, la admisión de un criterio que quiebra tan radicalmente la perspectiva doctrinaria prevaleciente requiere algo más que su presentación y justificación. Junto con ello es necesario mostrar cómo operaría al aplicarse frente a derechos fundamentales concretos. A ello se dedican los restantes Títulos del presente Capítulo. En particular se analiza la posibilidad de flexibilizar la afectación de los derechos a la intermediación (Título III), a la contradicción (Título IV), a no declarar contra sí mismo (Título V) y a la inviolabilidad del domicilio (Título VI). La consideración de estos derechos se funda, en consecuencia, en la necesidad de explicitar qué consecuencias genera el criterio sugerido al enfrentarse a ciertos derechos fundamentales.

I. Concepto, identificación y dimensiones de los derechos fundamentales.

El criterio propuesto en este Capítulo, y que sugiere distinguir entre derechos fundamentales que favorecen y que perjudican la calidad epistemológica del proceso penal, no puede ser convenientemente expuesto si previamente no se aclaran tres cosas. Primero, en qué sentido se utiliza la expresión derechos fundamentales (problema del concepto). Segundo, qué derechos pueden ser incluidos en dicha categoría conceptual (problema de la identificación). Y tercero, cuál es el rol de los derechos fundamentales en el sistema jurídico (problema de la función). Estos aspectos responden, respectivamente, a las preguntas qué son, cuáles son y qué función cumplen los derechos fundamentales. Como puede suponerse, la respuesta a cada una de esas preguntas define en algún grado la respuesta a la siguiente.

En lo que sigue se enfrentarán precisamente esos tres problemas. Cada uno de ellos constituye un aporte, una nueva grada en el avance hacia la exposición del criterio de la distinción iusfundamental. En efecto, sólo si se explicita qué son los derechos fundamentales, se precisa cuáles son y se explica su doble dimensión resulta posible aplicar ese criterio.

1. Concepto de derechos fundamentales.

En palabras de Barranco Avilés, los derechos fundamentales carecen de una esencia que permita afirmar la verdad o falsedad de los diversos conceptos que se les atribuyen. Esto implica rechazar el esencialismo conceptual, el cual sostiene que los conceptos no son el fruto de convenciones sociales, sino que están determinados por ciertos datos de la realidad¹. En consecuencia, los derechos fundamentales no pueden ser definidos por referencia a esencias que trascienden las opciones humanas.

Sin embargo, y por otra parte, la expresión derechos fundamentales es de uso singularmente impreciso. En efecto, se carece de un significado más o menos consensuado o al menos mayoritariamente uniforme entre los autores para aludir a los mismos. Consecuencia de ello es que tampoco resulta posible esclarecer qué son los derechos fundamentales a partir de convenciones sociales. Por tanto, ni por esencias ni por consensos resulta posible encontrar el significado de aquéllos.

Por tanto, el problema sólo puede ser resuelto mediante una opción conceptual. Sin embargo, esa opción no puede ser arbitraria, ni desvincularse de las propuestas ofrecidas por la doctrina. Al mismo tiempo, la exposición no puede extenderse latamente respecto de tales cuestiones. Por tanto, en lo que sigue se presentará concisamente el problema del concepto, para luego ofrecer un significado que permita comprender en qué sentido se utilizará en adelante la expresión derechos fundamentales.

1.1. Las dos caras del problema conceptual.

La falta de consenso para esclarecer el concepto de derechos fundamentales se manifiesta simultáneamente en dos direcciones.

Por una parte, dicho término se utiliza en sentidos diversos e incluso derechamente inconciliables. En otras palabras, la literatura ofrece diversos significados para un mismo significante. Seguramente ello se debe, siguiendo a Barranco Avilés, a las diversas interpretaciones que se dan a la noción de fundamentalidad. En efecto, y según explica la autora, “en sentido axiológico (los derechos son fundamentales por su vinculación con la idea de Dignidad, esto es, por su lugar en la jerarquía de valores), en un sentido a la vez axiológico y jurídico (la fundamentalidad se la da a los derechos tanto su conexión con la Dignidad cuanto el lugar que en virtud de ésta les es atribuido en el Ordenamiento) y en sentido jurídico (los derechos son fundamentales por su lugar en la jerarquía normativa)”². Así, por ejemplo, con la expresión derechos fundamentales se puede estar aludiendo a algo propio del derecho natural, a algo exclusivamente moral, a algo moral que debe ser juridizado o a algo exclusivamente positivizado³.

¹ Ver Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 54 y nota al pie 104 de la misma p., quien en todo caso expresa estas ideas a propósito de el término Derecho y no de la expresión derechos fundamentales.

² Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 65.

³ En este sentido se pronuncia Barranco Avilés en su obra *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Núm. 1, Instituto de derechos

Por otra parte, un mismo sentido o concepto puede ser denominado derechos fundamentales y, al mismo tiempo, recibir otras denominaciones. Dicho más claramente, conviven muchos significados para un mismo significante, de modo que un mismo objeto jurídico recibe diversas denominaciones. Así, por ejemplo, para aludir a una determinada categoría de derechos especialmente relevantes y que se encuentran positivizados se puede emplear las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales, libertades públicas, por mencionar sólo algunas posibilidades.

De este modo se produce una doble confusión, pues conviven pluralidad de conceptos para una misma expresión y pluralidad de expresiones para un mismo concepto.

Las dos caras de este problema se pueden advertir en el trabajo en el que el profesor Gregorio Peces-Barba busca la mejor denominación para una determinada categoría de derechos que denomina pretensiones morales positivizadas. Al efecto analiza las expresiones derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales y derechos fundamentales. En definitiva concluye que la mejor de todas es esta última. Sin embargo, al explorar el significado de estas expresiones se muestra que una misma denominación puede aludir a diversas categorías de derechos⁴. Simultáneamente, una misma categoría de derechos puede recibir diversas denominaciones⁵. Este fenómeno se puede advertir entre diversos autores⁶.

humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, aunque respecto de la expresión derechos humanos. Sobre la pluralidad de significados para esta expresión, explica en la p. 2: “Con «derechos humanos» parece que se hace referencia a algo que tiene que ver con la moral y con el Derecho. Para unos son moral o Derecho (M. Atienza); para otros son moral que debe ser asumida por el Derecho positivo (E. Fernández o A. E. Pérez Luño); hay quienes los sitúan en el ámbito de la moral y cierran las puertas a la posibilidad de su juridificación (F. Laporta o A. Ruiz Miguel); para otros son Derecho Natural (A. Fernández-Galiano o J. Hervada) y según algunos autores no puede hablarse de ellos sino desde el Derecho positivo (G. Peces-Barba y, con matices, L. Prieto)”.

⁴ En Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, Peces-Barba analiza cada una de las expresiones referidas, exponiendo el significado atribuible a las mismas. En cuanto al término derechos humanos, destaca que con él “podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica” (p. 24).

⁵ En Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, Peces-Barba afirma que la expresión derechos naturales alude a derechos “previos al poder y al derecho positivo”, que “se descubren por la razón en la naturaleza humana” y “se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano” (p. 26). Similar es el sentido del término derechos morales, pues resulta “difícil distinguirlo del concepto de derechos naturales” (p. 34). La noción derechos públicos subjetivos, por su parte, refiere a derechos “como límites al poder y sólo esgrimibles, por consiguiente, ante los poderes, autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares” (p. 28). El término libertades públicas, a su turno, “con los rasgos propios de la cultura jurídica francesa, viene a significar lo mismo que derechos públicos subjetivos para la alemana, aunque con mayor capacidad de expansión” (p. 29).

⁶ Así, por ejemplo, los dos posibles significados de la expresión derechos humanos expuestos por Peces Barba coinciden con los sugeridos por Palombella para la expresión derechos fundamentales. De acuerdo con el autor italiano, es necesario admitir que la expresión fundamentales puede tener un alcance universal y un alcance concreto. La primera perspectiva es más bien axiológica o filosófica y alude a derechos inherentes a toda persona e identificables a partir de una determinada concepción del ser humano. La segunda perspectiva

Para resolver esta confusa situación parece conveniente, en primer lugar, hacer un listado de aquellas expresiones a través de las cuales se pretende aludir a un determinado concepto. A las señaladas por Peces-Barba podrían añadirse, por ejemplo, derechos constitucionales, derechos civiles o derechos esenciales, entre otras. En segundo lugar y en paralelo deben listarse la totalidad de conceptos que se pueden vincular con la expresión derechos fundamentales. A las referidas por Peces-Barba se podrían agregar, por ejemplo, derechos positivos oponibles tanto al Estado como a los particulares, o derechos expresados en el sistema jurídico internacional, entre otros.

Dependiendo de las pretensiones que se tengan, se puede describir el modo en que se vinculan las expresiones del primer listado con los conceptos (o categorías de derechos) del segundo listado, o bien prescribir el modo en que unas y otras se deben asociar. Sin embargo, no interesa realizar aquí ninguno de esos dos ejercicios. Lo que en realidad resulta relevante, y es lo que se ha deseado destacar, es la necesaria distinción entre expresiones y conceptos (categorías de derechos). Con esto no sólo se entregan herramientas que posibilitan esclarecer el confuso problema del concepto de derechos fundamentales. Y a partir de ello, explicitar el significado que aquí se dará a esta expresión.

1.2. Significado de la expresión derechos fundamentales.

Según se anticipó, la influyente teoría de Peces-Barba, originalmente dualista⁷, y a la que en tiempo más reciente añadió una tercera dimensión⁸, sirve de base a la construcción de significado que aquí se ofrece⁹. Su perspectiva ha sido seguida por diversos autores, entre

es concreta y entiende que “la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjetivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado”. Por tanto, advierte el autor, “es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra”. Ver Palombella, Gianluigi, *Derechos fundamentales. Materiales para una teoría /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 20 julio 2007], especialmente pp. 526 y 527.

⁷ La teoría dualista de Peces-Barba se advierte con claridad desde sus primeras obras. Así, por ejemplo, en Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Latina, Madrid, 1980, p. 16, cuando afirma: “En nuestro campo parece posible superar la aparente dificultad a través de una concepción dualista de los derechos humanos como valores o paradigmas de un derecho futuro y como Derecho vigente positivo en una sociedad determinada”.

⁸ Conviene advertir que Peces-Barba ha añadido una tercera dimensión a su concepto de derechos fundamentales, adicionales a la ética y a la jurídica. Al respecto expresa en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 40: “En relación con todas mis aportaciones anteriores, creo que estas dos dimensiones, que podríamos llamar ética y jurídica, no permiten, como yo pensaba hasta ahora, una visión integral que abarque todas las posibles. Me parece que una tercera reflexión sobre la incidencia social, o dicho de otra forma, que una consideración de factores económicos, sociales, y culturales, distinta de los éticos y de los jurídicos es imprescindible, para aproximarnos al concepto y al fundamento de los derechos humanos”.

⁹ Barranco Avilés, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 66, explica la concepción tridimensional o tridimensional de Peces-Barba del siguiente modo: “Si reelaboramos la interpretación que el profesor Peces-Barba hace del término constitucional, nos encontramos con que son derechos fundamentales, aquellas exigencias éticas derivadas de la idea de dignidad, que el Poder Político decide incluir en la Constitución como derechos subjetivos y resultan viables teniendo en cuenta las condiciones materiales en que las normas que los contienen están llamadas a hacerse eficaces”. Y refiriéndose específicamente a la dimensión sociológica, precisa Barranco Avilés que “la escasez no debe

los cuales merece destacar, por ejemplo, al profesor Rafael de Asís¹⁰, a María Elena Bedoya¹¹, o a José Delgado¹². Por lo demás, y contrariamente a lo aparentemente sugerido por Barranco Avilés, parece posible afirmar que se trata de una concepción singularmente precisa¹³. Todo esto justifica que la opción conceptual de este trabajo siga la ofrecida por el catedrático español.

Ahora bien, y como se verá de inmediato, la propuesta de este trabajo se separa ligeramente de la expresada por el profesor español. Al respecto conviene comenzar anunciando que el significado aquí atribuido a la expresión derechos fundamentales considera cuatro elementos: su carácter moral, su positivación, su jerarquía constitucional y el que establecen derechos y obligaciones jurídicas.

En efecto, y en primer lugar, los derechos fundamentales son pretensiones morales. Peces-Barba explica a este respecto que tales derechos cristalizan un depósito de moralidad históricamente construido en la modernidad, que expresa la dignidad de la persona¹⁴. En coherencia con ello, precisa que no tiene el carácter de derechos fundamentales todo aquello que el sistema jurídico califica de tal¹⁵. Esta conexión entre derechos y moralidad puede encontrarse también, por ejemplo, en Tomás y Valiente, quien habla de los

hacer imposible su generalización; así, la propiedad y el derecho al trabajo son impropriamente considerados derechos fundamentales por la Constitución”.

¹⁰ Acogiendo la perspectiva dualista, expresa el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008]: “Parto de la idea de que los derechos son pretensiones morales incorporadas al Derecho que se caracterizan por estar especialmente protegidas y por desempeñar en el Derecho una función subjetiva y objetiva”. En la nota al pie 12 de este mismo trabajo, el profesor De Asís hace un expreso reconocimiento a la obra de Peces-Barba como fuente de la teoría dualista.

¹¹ Bedoya, María Elena, en ¿Hay espacio para el inmigrante: o las nuevas identidades significan nuevos conflictos? [on line], [citado 11 noviembre 2008], sin paginación, afirma que los derechos fundamentales pueden ser distinguidos desde tres puntos de vista: moral, jurídico y sociológico. En el mismo texto la autora expresamente reconoce que realiza esta formulación siguiendo al profesor Peces-Barba.

¹² Ver Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, quien, sin embargo, no hace una expresa referencia a Peces-Barba.

¹³ Para la profesora Barranco Avilés, “subsiste la duda de si realmente con derechos fundamentales se elimina la ambigüedad que [Peces-Barba] apreciaba en «derechos humanos»”. Ver Barranco Avilés, María del Carmen, El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Núm. 1, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, p. 39.

¹⁴ Al respecto expresa Peces-Barba Martínez, Gregorio, Derecho y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 325: “La afirmación de que alguien tiene un derecho o un deber fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece no debe cerrar el camino a los cimientos morales y a su justificación. La positivación de los derechos fundamentales es el último eslabón de un proceso que se inicia muy previamente, con la aparición de un depósito de moralidad, la moralidad que expresa la dignidad del hombre, moralidad crítica que tiene la pretensión de convertirse en moralidad legalizada”.

¹⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, Derecho y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 324.

“principios y valores constitucionalizados”¹⁶. En el mismo sentido puede citarse a Ángel Llamas, quien explica que “los derechos fundamentales lo son porque el Poder es consciente de su especial carga axiológica en relación con un cierto modelo de organización de la comunidad”¹⁷.

Esas pretensiones morales están asociadas a la idea de dignidad humana y a valores esenciales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad¹⁸. En efecto, la finalidad de los derechos fundamentales es resguardar la dignidad de la persona, esto es, su carácter moral. Ese carácter moral significa, como expresa el profesor Rafael De Asís, que hombres y mujeres cuentan con la aptitud de proponer, elegir y ejecutar con autonomía determinados planes de vida¹⁹.

Un segundo rasgo esencial en el concepto de derechos fundamentales es su positivación. Al respecto expresa el profesor Peces-Barba que “un derecho fundamental no alcanza su plenitud hasta que no es reconocido en el Derecho positivo. Sólo si, amparado en una norma, es un derecho subjetivo, tiene posibilidad de nacer a la vida jurídica y, por consiguiente, de actuar como tal derecho en manos de su titular en las relaciones sociales”²⁰. En el mismo sentido se pronuncia, por ejemplo, José Delgado al afirmar que un derecho fundamental no alcanza efectividad hasta que se juridifica²¹.

Ahora bien, los derechos fundamentales constituyen un subsistema jurídico dentro del Derecho como sistema jurídico²². Eso significa, en palabras de Peces-Barba, que

¹⁶ Tomás y Valiente, Francisco, La resistencia constitucional y los valores /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1994, Núm. 15-16 [citado 7 noviembre 2007], p. 646, expresa: “Los valores y los principios constitucionalizados son normas positivas, no son música celestial”.

¹⁷ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba Curso de derechos fundamentales (I, Teoría general) /en/ Derechos y libertades, revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De las Casas [on line], 1993-1994, Año 1, Núm. 2, [citado 11 noviembre 2008], p. 665.

¹⁸ Sobre esta conexión, y siempre siguiendo a Peces-Barba, expresa Bedoya, María Elena, en ¿Hay espacio para el inmigrante: o las nuevas identidades significan nuevos conflictos? [on line], [citado 11 noviembre 2008], sin paginación: “los derechos son pretensiones morales justificadas tendentes a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizadas en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como la solidaridad y la seguridad jurídica”.

¹⁹ Explicando este concepto, expone el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Modelos teóricos del Estado de Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 11 abril 2008], p. 227: “Hablar del individuo como sujeto moral supone considerar a los hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral, es decir, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica. Esto implica entender que los individuos poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral)”.

²⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derechos fundamentales. Latina, Madrid, 1980, p. 135.

²¹ Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, quien afirma que los derechos fundamentales son “pretensiones morales que sólo se satisfacen y alcanzan plena efectividad cuando se juridifican, cuando son reconocidas y protegidas por el derecho”.

²² Al respecto el profesor Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpression, Madrid, 1999, p. 355,

constituyen un conjunto “de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige no considerar a las normas que lo forman como autónomas, independientes y vinculadas sólo a través de la cadena de validez al Ordenamiento, sino como dependientes de un subsistema y de los criterios que lo identifican”²³.

Por tanto, que el Estado positivice las pretensiones morales es un segundo requisito conceptual de la expresión derechos fundamentales. Esta exigencia es lo que el profesor Rafael de Asís ha denominado la paradoja de la positivación de los derechos fundamentales. En efecto, y por una parte, los derechos fundamentales constituyen límites al poder político. Sin embargo, y al mismo tiempo, es el mismo poder político el que reconoce esas pretensiones morales y las expresa en normas de Derecho positivo²⁴. Las complejidades que derivan de esta paradoja son sin duda interesantes, pero no resulta posible extenderse aquí sobre las mismas.

En tercer lugar, los derechos fundamentales son derechos positivizados en la Constitución. Esto significa que se trata de derechos conferidos por normas jurídicas de jerarquía constitucional²⁵. Tal exigencia resulta del carácter fundamental de las normas constitucionales tanto política²⁶, como jurídicamente. En efecto, y en palabras de Delgado Pinto, “existe una estrecha conexión entre derechos y constitución; tanto del pensamiento de los teóricos como del texto de los documentos jurídicos en los que fueron proclamados se desprende que los derechos humanos representan exigencias de justicia que requieren ser positivizados como derechos fundamentales, es decir, como parte integrante de la constitución del Estado”²⁷.

afirma: “En este contexto, y con estas referencias derivadas de la propia existencia del Derecho como sistema, debemos situar al subsistema de los derechos fundamentales, e identificarlo en el conjunto de normas y subsistemas que coexisten en él”.

²³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 355.

²⁴ En palabras del profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Debate, Madrid, 1992, p. 74: “Los derechos fundamentales se presentan como límites al poder, pero es el poder el que los reconoce”.

²⁵ En el mismo sentido, Delgado Pinto reserva la expresión derechos fundamentales para aquellas pretensiones moralmente justificadas “en cuanto incorporados al orden jurídico-positivo, más precisamente en la normativa constitucional, gozando así de una tutela reforzada”. Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 91 y 92.

²⁶ Respecto del carácter fundante de las normas constitucionales en clave política, expresa Delgado Pinto en Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, p. 93: “Pues bien, a partir del siglo XVII la Filosofía política moderna fue elaborando un cuerpo de ideas dentro del cual aparecerá la nueva noción de constitución concebida ahora, no como expresión de un pacto entre poderes políticos preexistentes, sino como una Superley que sirve de *fundamento* a todo poder gobernante” (la cursiva es añadida).

²⁷ Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, p. 98. Sobre esta característica, y luego de ofrecer una concisa revisión de la situación jurídica de los derechos fundamentales hacia fines del siglo XVIII, concluye el mismo autor en la p. 100: “por lo que se refiere a Francia y a otros países europeos en esta época, parece que no vale nuestra tesis del carácter necesariamente constitucional de los derechos humanos, de que éstos, en virtud de su propia

En consecuencia, la jerarquía constitucional de los derechos fundamentales constituye un tercer elemento relevante para la construcción del concepto que aquí se está proponiendo. Seguramente esta afirmación implica una ligera distancia respecto de la perspectiva de Peces-Barba²⁸. Sin embargo, esta distancia es mucho menor de lo que podría suponerse a primera vista. En efecto, Barranco Avilés sostiene que “los derechos fundamentales aparecen en G. Peces-Barba vinculados a la idea de Constitución, en otras palabras, son «derechos constitucionales»”²⁹. A la misma conclusión conduce aquella afirmación del profesor español en que señala que “el subsistema de derechos fundamentales ocupa un puesto jerárquicamente muy relevante en el conjunto del Ordenamiento jurídico”³⁰. A partir de estos antecedentes parece posible sostener que para Peces-Barba, si los derechos fundamentales no están en la cúspide del Derecho, al menos deberían estarlo.

Por último, y como cuarto elemento, los derechos fundamentales son fuente de derechos y obligaciones jurídicas. En este sentido el profesor De Asís destaca que los derechos fundamentales imponen al Estado la obligación de actuar o la obligación de abstenerse y de protegerlos. Esta obligación de respetar los derechos fundamentales, precisa el autor español, también se extiende a los particulares³¹. Por tanto, frente a los derechos fundamentales siempre existe una obligación correlativa, la que puede recaer sobre el Estado o sobre los particulares. Con esta característica se quiere destacar que el deber de obediencia a los mismos no es sólo moral (dada su calidad de pretensiones morales), sino también jurídica³².

naturaleza o significación política, deben positivizarse como parte integrante del orden jurídico constitucional. En principio, así hay que reconocerlo. Sin embargo, yo me atrevería a proponer la sugerencia de que en estos casos, o bien existía una real constitucionalización «material» de los derechos, aunque no estuviera «formalmente» establecida, o bien nos encontramos ante una juridificación deficiente de los derechos humanos”.

²⁸ Peces-Barba no parece establecer la jerarquía constitucional como requisito conceptual de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 342, señala que los derechos fundamentales se incorporan “al Derecho positivo, normalmente con rango constitucional, o en todo caso con reserva de Ley” (la cursiva es añadida).

²⁹ Barranco Avilés, María del Carmen, El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Núm. 1, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996, pp. 36 y 37

³⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimposición, Madrid, 1999, p. 356.

³¹ Afirma el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Derechos y obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 362 y 363: “En los llamados derechos-prestación se impone al Estado la obligación de actuar de forma positiva. Por lo que se refiere a los derechos-autonomía, se impone al Estado, por un lado, la abstención y, por otro, la obligación de perseguir las actividades que tienden a menoscabarlos” Y luego de una referencia al efecto respecto de los particulares, concluye: “La obligación de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales puede entrar en colisión con otras obligaciones y con otros derechos, pero su importancia es fundamental en la configuración del Estado. Es una obligación que afecta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, pero de manera principal a estos últimos”.

³² En este sentido destaca el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Derechos y obligaciones en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 181: “Así, el deber u obligación de obediencia (moral) si se positiviza se convierte en obligación jurídica de obediencia”.

En el mismo sentido se pronuncia Alexy cuando afirma que los derechos fundamentales configuran obligaciones recíprocas. Estas obligaciones, como insistentemente afirma parte de la doctrina, pueden ser de acción o de omisión, de modo que pueden imponer una prestación o una abstención³³. Pero más allá de esta clasificación de las obligaciones, y según el mismo autor, “si hay un derecho, entonces hay una obligación relativa, y si hay una obligación relativa, entonces hay un derecho”³⁴.

En definitiva, y a modo de síntesis, los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados como pretensiones morales positivizadas en el nivel constitucional de un determinado sistema jurídico que establecen derechos y obligaciones jurídicas. Por tanto, en ningún caso puede sostenerse la existencia de derechos fundamentales fuera del Derecho positivo³⁵.

2. Identificación de los derechos fundamentales.

Hasta aquí se ha precisado el concepto de derechos fundamentales. Sin embargo, esta tarea no resulta suficiente para los fines del presente trabajo. Una segunda tarea, igualmente imprescindible que la primera, consiste en identificar cuáles son los derechos fundamentales. La identificación es necesaria porque, según se anunció, en este trabajo no sólo se pretende exponer el criterio. Además, se mostrarán sus consecuencias, es decir, cómo opera al aplicarse a derechos fundamentales específicos. Por lo mismo, determinar cuáles son constituye una tarea imprescindible con miras a lo que se dirá en los Títulos III a VI del presente Capítulo.

³³ Alexy en Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 1994, Núm. 1, [citado 6 noviembre 2007], p. 38, distingue entre derechos positivos y negativos, vinculando los primeros a una constitución más socialista y el segundo a una liberal. Natarén, fundándose en análoga distinción ideológica, emplea las expresiones derechos fundamentales de libertad y de prestación en Los derechos fundamentales en el proceso penal. Primera aproximación /en/ Cienfuegos Salgado, David, y Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ríos Espinoza, Carlos (Coord.), Temas de derecho procesal de México y España [on line], [citado 9 noviembre 2007], p. 161. En el mismo sentido Llamas, Angel, Una aproximación garantista a los derechos fundamentales /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1994, Núm. 15-16 [citado 7 noviembre 2007], p. 699, quien destaca que los derechos fundamentales “han sido la expresión por un lado de los límites al poder, y superada la fase exclusivamente liberal y de sacralización de la ley, se han situado en sede constitucional en los ámbitos en los que se señalan precisamente los objetivos a seguir”. Esta distinción ha sido aquí recogida debido únicamente a la generalizada aceptación de que parece disfrutar. Aunque no es posible extenderse sobre el punto, resulta pertinente advertir que no se la comparte. Ella parece más bien una propuesta ideológica tendente a privilegiar ciertos derechos y a limitar la exigibilidad de otros, que se vinculan normalmente a las posibilidades financieras de cada Estado. Así, hay derechos tradicionalmente incluidos en el ámbito de la libertad que irrogan fuertes gastos al erario público, como es el derecho de sufragio o el derecho a la asistencia letrada. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con los derechos de inspiración socialista, seguramente nadie se atrevería a supeditar su exigibilidad a las posibilidades financieras de cada Estado.

³⁴ Alexy, Robert, Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 1994, Núm. 1, [citado 6 noviembre 2007], pp. 38 y 39.

³⁵ A esta misma consecuencia conduce la posición de Peces-Barba, que aquí se ha seguido tan cercanamente. Por lo mismo, no resulta posible coincidir con Ansuátegui Roig, quien afirma que “la esencia de la comprensión dualista no niega esa posibilidad” de admitir la existencia de derechos fura del Derecho positivo (Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Poder, ordenamiento jurídico, derechos, Dykinson, Madrid, 1997, p. 20).

Ahora bien, y como expresa Mazzarese, la identificación es un asunto que se imbrica indisolublemente al problema de la interpretación de los derechos fundamentales³⁶. De ahí que la identificación de los mismos implique, simultáneamente, una tarea de interpretación. Esta idea no puede perderse de vista. En efecto, y como se verá poco más abajo, algunos derechos fundamentales se identifican a partir de la consideración de las normas directamente estatuidas en el texto constitucional. Otros, en cambio, se identifican a partir de una cierta interpretación de esas normas directamente estatuidas.

La identificación de los derechos fundamentales permite descartar derechamente ciertas categorías de derechos que no pueden considerarse incluidos en esa expresión. Al mismo tiempo, permite clarificar cuáles derechos sí son fundamentales. Este doble juego de exclusión e inclusión permite una mejor identificación de los derechos fundamentales. De ahí que a continuación se revisen precisamente estas dos ideas.

2.1. Categorías de derechos que no son fundamentales.

De acuerdo con el significado aquí ofrecido para la expresión derechos fundamentales, hay al menos tres categorías de derechos a las que aquélla no se les puede atribuir. Ellas son la de derechos naturales, derechos del Derecho internacional y derechos constitucionales.

En efecto, no son derechos fundamentales los derechos naturales, es decir, ciertas pretensiones morales que carecen de correlato en el sistema jurídico vigente. Ello se debe a que carecen de uno de los elementos configuradores del concepto, esto es, de positivación. En consecuencia, mientras no sean recogidos por el Derecho positivo se podrá discutir si son derechos o no, pero en ningún caso se podrá sostener que tienen la calidad de derechos fundamentales³⁷.

En segundo lugar, tampoco pueden ser considerados derechos fundamentales los establecidos por el derecho internacional. Esto se debe a que dicha categoría carece de otro de los requisitos expuestos en el significado atribuido a esa expresión: ser conferidos por

³⁶ En este sentido Mazzarese, en Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 698, precisa que esos problemas “no pueden dejar de estar estrechamente conectados porque identificación e interpretación del Derecho válido son dos momentos, complementarios y simétricos, del conocimiento del Derecho”.

³⁷ En sentido exactamente inverso ver, por ejemplo, Cofré Lagos, Juan Omar, Las Reglas Óntico-Constitutivas, Fundamentos de la Persona y la Dignidad Humana /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2003, vol.15 [citado 5 Noviembre 2007]. Este autor entiende que con las expresiones derechos humanos, derechos humanos fundamentales (Ley fundamental alemana, artículo 19.2), derechos inviolables que son inherentes a la persona (Constitución Española, artículo 10.1), derechos inviolables del hombre (Constitución italiana, artículo 2), derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (Constitución chilena, artículo 5), inherentes otras similares habituales en el uso de tratados y Constituciones se alude a los derechos naturales. Luego, y mediante referencia a los derechos naturales, relaciona todas esas expresiones con los derechos fundamentales en los siguientes términos: “De la sola lectura de importantes textos jurídicos modernos (constituciones, tratados) fluye la idea de que la naturaleza humana da origen a unos derechos naturales que, jurídicamente, se los denomina “fundamentales””. Por tanto, el sistema jurídico se limitaría a reconocer derechos preexistentes.

normas de jerarquía constitucional. La única excepción a lo recién afirmado tiene lugar en los sistemas jurídicos que otorgan jerarquía constitucional a los derechos incluidos en el Derecho internacional³⁸. Los no incluidos en esta excepcional situación no pueden ser llamados derechos fundamentales³⁹.

En fin, tampoco son derechos fundamentales los conferidos por la Constitución por el solo hecho de estar expresados en ella. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, quien distingue claramente los derechos fundamentales de los derechos constitucionales, pese a que ambos se encuentran expresados en la Constitución⁴⁰. La identificación entre esta categoría de derechos, que podemos llamar constitucionales, y los fundamentales sólo es una posibilidad fáctica. En efecto, y como es evidente, ello sólo ocurrirá cuando la totalidad de los derechos concedidos por la Constitución expresen ese depósito de moralidad históricamente configurado en la modernidad. Aunque esta coincidencia total pudiera producirse en algunos casos, conceptualmente no es posible tal identificación entre derechos constitucionales y derechos fundamentales⁴¹.

³⁸ Es, por ejemplo, el caso de la Constitución de Argentina, cuyo artículo 75, número 22, expresamente otorga jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos. Más problemático es el caso de la Constitución Española, cuyo artículo 10.2 dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Se trata, como explica el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Cuadernos Bartolomé De las Casas, Núm. 17, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 10, de una cláusula de apertura del ordenamiento jurídico nacional al Derecho internacional. Además, y siempre en palabras del profesor De Asís, se trata “de un precepto de alto valor ya que sitúa a la Declaración y a otros textos internacionales como instrumentos configuradores de los criterios de validez material de nuestras normas jurídicas”. Con todo, y en lo que aquí interesa, no parece posible admitir que la disposición transcrita implique la incorporación de normas internacionales en el Derecho español con carácter de derechos fundamentales. Por tanto, y pese a su relevancia, el artículo 10.2 no produce las mismas consecuencias jurídicas ni tiene la significación conceptual del artículo 75, número 22, de la Constitución de Argentina.

³⁹ En sentido contrario parece posible citar a Aguilar Cavallo, Gonzalo, La internacionalización del Derecho Constitucional /en/ Estudios Constitucionales, Universidad de Talca [on line], 2007, año 5, Núm. 1, [citado 5 noviembre 2007]. El autor identificaría las expresiones derechos fundamentales y derechos humanos (p. 238), y reservaría esta expresión al ámbito del Derecho internacional (pp. 222 y 223). Al efecto destaca que “los Derechos Humanos deben ser un principio y refuerzo tutelar de la dignidad humana de carácter supraconstitucional” (p. 239) y que “los derechos fundamentales son la expresión de valores aceptados por toda la comunidad mundial” (p. 242).

⁴⁰ En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional español en la sentencia 160/1987, de 27 de octubre, dictada por el pleno del Tribunal, y en la que se pronuncia sobre la constitucionalidad de algunos aspectos de la regulación legislativa de la objeción de conciencia. Esta distinción se puede apreciar especialmente en el fundamento jurídico 2, en el que se analiza el significado de la expresión “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” empleado en el artículo 81.1 de la Constitución.

⁴¹ En sentido opuesto ver, por ejemplo, Durán Rivera, Willman Ruperto, La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional /en/ Ius et Praxis [on line], 2002, vol.8, Núm. 2 [citado 6 noviembre 2007], pp. y Villanueva Haro, Benito, El novísimo Código Procesal Penal y la restricción de derechos fundamentales /en/ Revista Internauta de Práctica Jurídica [on line], enero-junio 2006, Núm. 17 [citado 6 noviembre 2007]. Según Durán, p. 178, “bajo la expresión “derechos fundamentales” se designa a los derechos garantizados por la Constitución”. En idéntico sentido, Villanueva, p. 5, afirma que “en la actualidad se sostiene que bajo la expresión derechos fundamentales se designa los derechos garantizados por la Constitución”. Es también la perspectiva del mexicano Natarén, en Los derechos fundamentales en el proceso penal. Primera aproximación /en/ Cienfuegos Salgado, David, y Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ríos Espinoza, Carlos (Coord.), Temas de derecho procesal de México y España [on

Si las dos últimas categorías no pueden ser consideradas derechos fundamentales por sí solas, menos aún lo pueden ser en conjunto. Para decirlo más directamente, no puede utilizarse dicha denominación para los derechos conferidos conjuntamente por el Derecho internacional y por el Derecho constitucional de un determinado Estado, aún cuando algún autor se ha pronunciado en sentido contrario⁴². Para justificar esta posición vale lo expresado respecto de cada uno de ellos por separado.

2.2. Categorías de derechos que sí son fundamentales.

La expresión derechos fundamentales, en el sentido en que se utiliza en este trabajo, puede ser aplicada a los derechos estatuidos por al menos dos categorías de normas. En primer lugar, por las normas directamente estatuidas en la Constitución que establecen relaciones jurídicas y expresan pretensiones morales vinculadas a la dignidad humana. En segundo lugar, por las normas de precisión de esas mismas normas.

a) Normas directamente estatuidas.

Para identificar las normas constitucionales que expresan pretensiones morales en las que se establecen relaciones jurídicas es necesario partir de la noción de derecho subjetivo. Se entiende aquí por derecho subjetivo la facultad que tiene un sujeto, conferida por el sistema jurídico, para exigir de otro una determinada prestación⁴³. La correlación entre un derecho

line], [citado 9 noviembre 2007], p. 156, para quien “los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados, con los que el constituyente busca asegurar el ámbito mínimo de libertad necesario para la vigencia de la dignidad humana”. Como se puede advertir, este último autor parece añadir en algún grado una perspectiva moral para estos derechos.

⁴² En sentido contrario puede verse a Nogueira Alcalá, Humberto, Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales o humanos y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia /en/ Ius et Praxis [online], 2003, vol. 9, Núm. 1 [citado 6 noviembre 2007]. Al respecto afirma: “En este artículo utilizaremos los conceptos de derechos humanos o derechos esenciales alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados” (p. 407). E identificando esas expresiones con los derechos fundamentales, precisa: “Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, no sólo otorgan facultades a las personas y un status jurídico en un ámbito de la existencia; ; ellos tienen también una significación objetiva” (p. 408). Sin embargo, en Nogueira Alcalá, Humberto, Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales /en/ Ius et Praxis [on line], 2005, vol. 11, Núm. 2 [citado 07 Noviembre 2007], el mismo autor utiliza confusamente la expresión derechos fundamentales. Así, parece seguir una perspectiva iusnaturalista al sostener: “La condición de esenciales o fundamentales de los derechos en el Estado Constitucional implica la prevalencia de ellos sobre toda norma anterior o sobrevenida, en la medida que tales derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía”. Y luego en el mismo trabajo precisa que “ni el tratado ni la Constitución los crea”. Sin embargo, y por otra parte, parece asumir una perspectiva iuspositivista con conexiones axiológicas, pero históricamente delimitadas, al afirmar: “En nuestro ordenamiento constitucional consideramos que por derechos fundamentales o humanos puede entenderse el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado”. Adviértase el evidente uso de las ideas de Peces-Barba en la parte final del texto transcrito, lo que no es explicitado por el autor mediante la correspondiente nota al pie.

⁴³ En este mismo sentido, Squella en Introducción al Derecho, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 102, define el derecho subjetivo como la “facultad que una norma jurídica reconoce o atribuye a un sujeto de derecho para exigir de otro un determinado comportamiento que se denomina prestación”.

subjetivo y su correspondiente obligación es, en consecuencia, un elemento esencial de esta definición⁴⁴.

De acuerdo con ese punto de partida, en principio parece posible afirmar que todo derecho fundamental es un derecho subjetivo. Esta afirmación, como se puede advertir, tiene una evidente ventaja semántica⁴⁵. Sin embargo, y como señala Peces-Barba, “es un error identificar a los derechos fundamentales con la categoría de los derechos subjetivos”⁴⁶. En efecto, los derechos subjetivos pueden ser un adecuado punto de partida para identificar los derechos fundamentales, pero claramente no constituyen un idóneo punto de llegada.

Siguiendo a Alexy, esa restrictiva posición tiene “el inconveniente de que normas que se encuentran en estrecha conexión sistemática y contextual con normas de derechos fundamentales que confieren derechos subjetivos, no podrían ser ya subsumidas bajo el concepto que mejor expresa esta conexión”⁴⁷. A ello debe añadirse que se trata de normas que, pese a no conferir derechos subjetivos, se insertan sistemáticamente en epígrafes constitucionales que reciben esta denominación. Así ocurre, por ejemplo, en España⁴⁸, Colombia⁴⁹, y Perú⁵⁰, entre otros. Por tanto, para identificar los derechos fundamentales es necesario atender al conjunto de normas contenidas en los catálogos de derechos incluidos en la Constitución. Sin embargo, limitar la expresión derechos fundamentales a las normas incluidas en esos catálogos parece todavía algo restringido⁵¹.

Fuera de los catálogos de derechos, en diversos ordenamientos constitucionales es posible encontrar derechos subjetivos. Y si el punto de partida para identificar los derechos fundamentales son los derechos subjetivos incluidos en la Constitución, no resulta coherente excluirlos. En consecuencia, para identificar los derechos fundamentales es necesario considerar las normas constitucionales ubicadas fuera de los catálogos y que confieren derechos subjetivos, así como las que presentan conexión sistemática y contextual con las mismas. Por cierto para determinar si corresponde realizar este añadido es necesario analizar cada sistema constitucional en particular⁵².

⁴⁴ Así como a todo derecho subjetivo le corresponde una obligación, el profesor De Asís en *Derechos y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 177 a 181, muestra que parece posible afirmar que toda obligación tiene su correspondiente derecho subjetivo.

⁴⁵ Una identificación semejante, por la que se entiende que una norma de derechos fundamentales es aquella que confiere un derecho subjetivo, es desechada por Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 64.

⁴⁶ En este mismo sentido se pronuncia Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 344.

⁴⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 64 y 65.

⁴⁸ Título I de la Constitución Española, cuyo epígrafe es “derechos y deberes fundamentales”.

⁴⁹ Capítulo I del Título II de la Constitución de Colombia, cuyo epígrafe es “Derechos fundamentales”.

⁵⁰ Capítulo I del Título I de la Constitución de Perú, cuyo epígrafe es “Derechos fundamentales de la persona”.

⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 65.

⁵² Así, por ejemplo, en la Constitución chilena se otorgan ciertos derechos en el Capítulo II, cuyo epígrafe es “Nacionalidad y ciudadanía”. Los derechos subjetivos conferidos por las normas incluidas en este Capítulo y las que sistemática y contextualmente se relacionan con ellas también pueden comprenderse en la expresión derechos fundamentales.

Pero la identificación de los derechos fundamentales exige todavía una tarea más. Según se ha expresado a partir de la teoría originariamente dualista de Peces-Barba, los derechos fundamentales se asocian al aseguramiento de una vida digna. Por tanto, de entre las normas contenidas en los catálogos de derechos incluidos en la Constitución y, además, las que confieren derechos subjetivos y las que presentan conexión sistemática y contextual con éstas es necesario realizar una doble selección. De entre ellas sólo pueden ser denominadas derechos fundamentales, en primer lugar, las normas que fueran coherentes “con la moralidad crítica que ha elaborado el concepto de derechos fundamentales”⁵³. En segundo lugar, sólo pueden ser consideradas normas de derechos fundamentales las que establecen derechos y obligaciones jurídicos.

En definitiva, y a modo de síntesis, son derechos fundamentales (a) las normas comprendidas en las disposiciones contempladas en los catálogos de derechos incluidos en una Constitución, (b) las disposiciones excluidas de tales catálogos que confieren derechos subjetivos y (c) las normas que se relacionan contextual y sistemáticamente con estas últimas, que establecen derechos y obligaciones jurídicos y cuyo respeto asegura el disfrute de una vida humana digna. A estas normas, en cuanto se encuentran expresadas en el texto de la constitución, y a partir de lo expresado por Alexy, se les llamará normas de derechos fundamentales directamente estatuidas en el texto constitucional⁵⁴.

A lo dicho hasta aquí se le podría objetar que no conduce a la formulación de un preciso listado de derechos fundamentales. Por lo mismo, se podría añadir que la tarea de identificación de los mismos ha quedado inconclusa. A ello se podría responder que tal grado de precisión sólo se puede lograr por referencia a un determinado sistema jurídico constitucional. Eso significa que si se desea generar un listado de derechos fundamentales será necesario, previamente, definir el sistema jurídico respecto del cual se desea realizar esta tarea. Pues bien, este trabajo se vincula con un determinado sistema jurídico y a partir del mismo se analizarán ciertos derechos fundamentales. Sin embargo, por ahora sólo interesa destacar los criterios que permiten formular aquel listado, y no la formulación del mismo, que es lo que aquí se ha hecho.

b) Normas de precisión.

A estas alturas del desarrollo científico del Derecho parece existir consenso en que la aplicación del Derecho no consiste en una simple subsunción. Así lo destacan autores como Alexy⁵⁵, Tejada Gorráiz⁵⁶, o el profesor De Asís⁵⁷. Eso significa, como añade el autor

⁵³ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 324.

⁵⁴ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 66.

⁵⁵ En Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 23, Alexy sostiene que uno de los puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica jurídica contemporánea es que la aplicación de las normas jurídicas no es un simple ejercicio de subsunción.

⁵⁶ En el mismo sentido se pronuncia Tejada Gorráiz, Queralt, La crisis de la ley /en/ Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho [on line], 1999, Núm. 2 [citado 2 abril 2008], cuando sostiene que hoy en día “el

alemán, que la decisión jurídica “no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados”⁵⁸. En la base causal de esas afirmaciones se encuentra lo que Nino denomina problemas de interpretación del lenguaje jurídico⁵⁹ y defectos lógicos de los sistemas jurídicos⁶⁰, sobre los que se volverá más abajo⁶¹.

Ahora bien, que las decisiones no se sigan lógicamente o necesariamente de las normas vigentes es especialmente evidente en el caso de los derechos fundamentales. Ello se debe a que los derechos fundamentales, como expresa Barranco Avilés, son, en particular, imprecisos y frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos⁶². Aunque ello pueda no ser exacto en todos los casos, puede reconocerse como características generales de los derechos fundamentales⁶³. En cualquier caso, y siguiendo a García Figueroa, es cierto que “no existe pleno acuerdo a la hora de especificar el tipo de indeterminación que afecta a las

análisis lógico muestra que la decisión en todos los casos medianamente problemáticos no puede obtenerse exclusivamente con los medios de la lógica a partir de las normas y conceptos jurídicos que hay que presuponer. Para ello se requieren evaluaciones adicionales y, como fundamento de las mismas, conceptos empíricos”.

⁵⁷ Al respecto, afirma el profesor De Asís en De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008], sin paginación: “Que duda cabe que el llamado «método jurídico tradicional», centrado en la idea de la subsunción, no puede seguir manteniéndose sin reservas a la hora de describir la decisión judicial. Evidentemente, en toda decisión hay subsunción, pero también resulta evidente, que la determinación de la premisa normativa y de la premisa fáctica con la que realizarla, es mucho más problemática que lo que da a entender dicho método jurídico tradicional”.

⁵⁸ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 23.

⁵⁹ Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003, pp. 259 a 272.

⁶⁰ Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003, pp. 272 a 292.

⁶¹ A los problemas lingüísticos y lógicos del Derecho Alexy añade la posibilidad de resolver en contra del tenor literal de una norma jurídica en ciertos casos. Ver Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, pp. 23 y 24.

⁶² Más ampliamente, Barranco Avilés, Derechos y decisiones interpretativas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 20, explica que “las disposiciones constitucionales, especialmente las que contienen determinaciones materiales -de modo paradigmático valores superiores o derechos fundamentales- son, en particular, imprecisas, frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias”.

⁶³ En efecto, no es sólo lógicamente posible, sino fácticamente correcto sostener que existen normas de derechos fundamentales que no son principios sino reglas. Así, por ejemplo, en la Constitución chilena el artículo 19, número 7, letra c), dispone: “Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado”. Siempre por vía ejemplar, se puede citar también el artículo 15 de la Constitución argentina, que prescribe: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”.

normas sobre derechos fundamentales, pero suele afirmarse que tiene que ver con su configuración como principios (y no como reglas)”⁶⁴.

Pero afirmar que los derechos fundamentales son indeterminados y que ello se debe a que, generalmente, se formulan como principios no es suficiente. Además es necesario explicitar los efectos de todo ello. En palabras de García Fong, ese efecto consiste en que no se sabe “qué es lo que se debe con base en las normas de derecho fundamental”⁶⁵. Dicho de otro modo, la imprecisión prescriptiva de los derechos fundamentales impide saber exactamente en cada caso qué es lo mandado, prohibido o permitido por ellos.

Como se puede suponer, esta consecuencia es jurídicamente insoportable. Según se ha dicho, los derechos fundamentales se encuentran en la cúspide del sistema jurídico y regulan aspectos vinculados al disfrute de una vida digna. Eso significa que su indeterminación genera incertidumbre respecto de lo que es debido precisamente en aspectos de la máxima importancia para la vida social. Como puede suponerse, esto inevitablemente impacta sobre la definición de los comportamientos y normas del resto del sistema jurídico⁶⁶. Por ello, se trata de un problema cuya solución es ineludible.

La indeterminación de las normas de derechos fundamentales sólo puede superarse, como es evidente, mediante otras normas. En particular, mediante normas que aquí llamaremos de precisión. Cuando se habla de normas de precisión se alude a prescripciones que especifican el significado prescriptivo de un derecho fundamental. En el cumplimiento de esta tarea, es decir, en la generación de normas de precisión de los derechos fundamentales, la jurisprudencia tiene un rol insustituible. Y, como expresa Barranco Avilés, no sólo la del Tribunal Constitucional, sino también la de los tribunales ordinarios⁶⁷.

Sobre el carácter normativo de la jurisprudencia, y como expresa el profesor De Asís, el proceso de decisión judicial es un acto normativo en el que se crean dos clases de normas: el enunciado normativo fijado y la decisión. El primero de ellos, que es el que interesa en

⁶⁴ García Figueroa, Alfonso, La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho /en/ Diritto & questioni publice [on line], [citado 22 noviembre 2008], p. 206.

⁶⁵ García Fong, Gustavo, Pluralismo, Estado de Derecho y Derechos humanos /en/ Cuadernos de Estudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar [on line], 2005, Núm. 65 [citado 20 noviembre 2008], p. 70.

⁶⁶ Este aspecto es destacado por Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 356, cuando expresa que el subsistema de los derechos fundamentales “desborda sus propios límites para influir en todos y cada uno de los restantes subsistemas y en todas y cada una de las normas del Ordenamiento”.

⁶⁷ En palabras de Barranco Avilés, Derechos y decisiones interpretativas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 97, “la Constitución española, además de por el Tribunal Constitucional, es aplicada e interpretada por el legislador y por los tribunales ordinarios”. Y añade en la p. 102: “la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional español no difiere esencialmente de la que llevan a cabo los restantes tribunales”. “Efectivamente, en un contexto en el que se afirma la eficacia directa de la Constitución, los jueces encargados de controlar la legalidad del ejecutivo son, al tiempo, garantes de que la actividad de este poder sea conforme a la Constitución. Para llevar a cabo esta función, la Constitución debe ser interpretada”. “Por otra parte, los jueces y tribunales ordinarios sólo están obligados por las leyes válidas, esto es, por las leyes que no contradigan la Constitución, y ello exige la previa interpretación de ambas normas por parte de estos sujetos”.

este momento de la exposición, “no es otra cosa que el resultado de la interpretación de enunciados normativos”. Y añade: “El juez tiene que decidir siempre siguiendo un enunciado normativo general que funcione como premisa mayor del silogismo. Este enunciado puede, en algunos casos, coincidir con un único precepto, pero lo normal es que el juzgador tenga que decidir desde varias normas y construir un enunciado. Incluso cuando es una única norma, al extraer su significado, al interpretarla, estará creando un enunciado general”⁶⁸. En consecuencia, a cada una de las sentencias que conforman la jurisprudencia corresponde determinar qué es lo mandado, prohibido o permitido por los enunciados normativos.

Si a la jurisprudencia, y más precisamente a cada una de las sentencias que la integran, corresponde determinar qué es lo mandado, prohibido o permitido por los derechos fundamentales, entonces ella es fuente de las normas de precisión. Ahora bien, esas normas de precisión presentan dos características. Primero, son normas jurídicas, es decir, prescripciones de conducta a cuya infracción se asocia una consecuencia respaldada por el Derecho positivo⁶⁹. Segundo, se trata de normas de derechos fundamentales, es decir, de normas con jerarquía constitucional que expresan pretensiones morales. Para evidenciar que tienen jerarquía constitucional basta con advertir que se imponen sobre toda conducta o norma de jerarquía inferior⁷⁰. Se sabe que expresan pretensiones morales pues se limitan a especificar o precisar el significado de derechos fundamentales directamente estatuidos en la Constitución, los que por definición son pretensiones morales positivizadas.

Si la jurisprudencia es fuente de las normas de precisión y las normas de precisión son normas de derechos fundamentales, entonces la jurisprudencia es fuente de normas de derechos fundamentales. A la misma conclusión arriba, por ejemplo, Peces-Barba cuando afirma que no sólo es fuente de los derechos fundamentales la legislación, sino también la jurisprudencia de los tribunales⁷¹. En idéntico sentido se pronuncian, por ejemplo, el

⁶⁸ De Asís Roig, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 227 y 228.

⁶⁹ En la Segunda Parte de este trabajo se precisará el significado de la expresión norma jurídica.

⁷⁰ Para advertir que las normas iusfundamentales de precisión generadas por la jurisprudencia se imponen sobre cualquier otra norma del sistema jurídico de carácter infraconstitucional basta revisar, por ejemplo, cualquier sentencia del Tribunal Constitucional español en el que se haya rechazado una actuación judicial o legislativa con fundamento en una determinada norma iusfundamental de precisión. Así, en cuanto a actuaciones judiciales puede citarse, por ejemplo, la sentencia 139/2004, de 13 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una diligencia de entrada y registro porque la resolución judicial que la autorizó no se motivó ni señaló plazo para su realización. En cuanto a actuaciones legislativas puede mencionarse, por ejemplo, la sentencia 265/2007, de 20 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional declaró “la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 2 c), de los arts. 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”.

⁷¹ En este sentido, expresa Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 344 y 345, que “podemos distinguir los derechos según su forma de incorporación al Derecho positivo: por el Derecho legal (Constitución, Ley) y por el Derecho judicial (jurisprudencia de los tribunales). El primer supuesto se sitúa más en el ámbito del Derecho continental y el segundo en el Derecho anglosajón, aunque hoy en día la integración de ambos criterios es la regla más general”.

profesor Rafael De Asís⁷², Rivera Santibáñez⁷³, Alexy⁷⁴, García Figueroa⁷⁵, y Ruiz Molleda⁷⁶, entre otros, todos los cuales consideran la jurisprudencia constitucional como fuente de las normas iusfundamentales.

Lo dicho hasta aquí puede sintetizarse en dos ideas. Primero, que las normas de precisión de las normas constitucionales directamente estatuidas en el texto constitucional también expresan derechos fundamentales. Segundo, que la jurisprudencia y, más precisamente, cada sentencia que especifique el sentido de las normas directamente estatuidas, es fuente de esas normas de precisión. Sin embargo, y siguiendo una vez más al profesor De Asís, “la sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico por parte del Poder Judicial preside todo nuestro discurso, por lo que nunca deberá entenderse como promotor de la libre creación judicial”⁷⁷.

En definitiva, la jurisprudencia crea normas jurídicas de precisión de los derechos fundamentales. En cuanto normas de precisión de tales derechos, es decir, en cuanto especifican el significado prescriptivo de los derechos fundamentales, la identificación de los derechos fundamentales debe considerar estas normas. Este es el segundo y último

⁷² De Asís Roig, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 219: “A lo largo del análisis que hemos efectuado de distintos modelos de argumentación y en el esquema que acabamos de proponer se puede fácilmente observar cómo el juzgador crea o establece diferentes enunciados normativos”.

⁷³ Rivera Santibáñez en Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno /en/ Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [on line], 2006, año 4 Núm. 2 [citado 20 noviembre 2008] , pp. 585 y 586, destaca que “las resoluciones emitidas en la jurisdicción constitucional adquieren una trascendental importancia. A través de ellas se da concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos políticos y abstractos en derechos jurídicos y concretos; asimismo se desarrollan las normas generales de la Ley Fundamental, en cuyo cometido se crea Derecho extrayendo innumerables normas implícitas, no expresas, contenidas en la Constitución, que sean idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. De ahí que, en el constitucionalismo contemporáneo se ha cambiado la concepción clásica sobre la función de la Jurisdicción Constitucional, pues frente a la visión kelseniana del “legislador negativo” hoy se la concibe en la función “creadora del Derecho””.

⁷⁴ Al respecto Alexy afirma que las normas de precisión, que denomina norma iusfundamentales adscritas, se generan en los precedentes judiciales, entre otras fuentes. Para determinar qué normas pueden ser adscritas a las directamente estatuidas en el texto constitucional, Alexy afirma que se puede acudir, “por una parte, a un criterio empírico y, por otra, a uno normativo. Opta por un criterio empírico quien dice que normas adscriptas de derecho fundamental son aquéllas que la jurisprudencia y la ciencia del derecho realmente adscriben a las normas de derecho fundamental estatuidas directamente”. Ver Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 70 y 71.

⁷⁵ En este sentido García Figueroa, Alfonso, La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho /en/ Diritto & questioni publice [on line], [citado 22 noviembre 2008], p. 199, afirma que “los derechos fundamentales se concretan jurisprudencialmente”.

⁷⁶ Ruiz Molleda, en su texto En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas /en/ Justicia Viva, Instituto de Defensa Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú [on line], abril de 2006, Lima, Perú [citado 5 noviembre 2007], especialmente pp. 14 y 15, defiende las potestades del Tribunal Constitucional como creador de nuevas normas en su actividad interpretativa y ofrece algunas citas a favor de esta perspectiva.

⁷⁷ De Asís roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 234.

criterio de identificación de los derechos fundamentales, que se suma a las normas constitucionales directamente estatuidas en el texto constitucional⁷⁸.

Antes de concluir esta referencia a las normas de precisión, conviene advertir tres cosas. En primer lugar, es necesario reconocer que no se ha entregado un catálogo de derechos fundamentales de precisión. Para responder a esta crítica vale lo dicho sobre esta misma objeción al exponer lo relativo a las normas directamente estatuidas.

En segundo lugar, lo recién expuesto tiene evidente conexión con el sempiterno problema de si los jueces crean Derecho. Aunque sobre el tema se volverá en la segunda parte de este trabajo, conviene anticipar aquí al menos algunas ideas. Como sintetiza Bulygin, frente a ese problema se pueden ofrecer al menos tres respuestas distintas: una positiva, otra negativa y una tercera condicional⁷⁹. Ello se debe, en palabras del profesor De Asís, a que la respuesta “depende de la posición que se mantenga sobre el Derecho y de la concepción que se mantenga del término fuente del Derecho”⁸⁰. Pues bien, y según se ha visto hasta ahora, en este trabajo la pregunta de si los jueces crean Derecho se responde de manera afirmativa.

Por último, es necesario distinguir entre la función de crear normas iusfundamentales de precisión y la función de crear normas legisladas para precisar lo prescrito por las disposiciones iusfundamentales. Las normas iusfundamentales de precisión son creadas por la actividad jurisdiccional y, ordinariamente, por el Tribunal Constitucional. Las normas legisladas que precisan el significado de las disposiciones iusfundamentales deben ser creadas por el legislador⁸¹. Ambas funciones coinciden en que el producto de su actividad son normas de precisión de los enunciados normativos de derechos fundamentales. Sin

⁷⁸ Según se expresó poco más arriba, Alexy sugiere en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 70 y 71, que las normas de derechos fundamentales también son generadas por los consensos doctrinarios y por la argumentación jurídica. Afirmar que la fuente de tales derechos es la jurisprudencia no resulta necesariamente contrario a lo sugerido por Alexy. De hecho el autor alemán también incluye los precedentes como fuente de tales derechos. Sin embargo, estas tres clases de fuentes no lo son en un mismo sentido. La jurisprudencia, y cada una de sus sentencias, es fuente formal de las normas de precisión de las normas de derechos fundamentales directamente estatuidas. Los consensos doctrinarios y las propuestas doctrinarias fundadas en la argumentación jurídica, en cambio, sólo son propuestas de normas de derechos fundamentales de precisión.

⁷⁹ Bulygin, Eugenio, Los jueces ¿crean Derecho? /en/ Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Abril 2003, Núm. 18, [citado 2 agosto 2007], p. 7.

⁸⁰ De Asís Roig, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 90.

⁸¹ Así lo dispone el artículo 53.1 de la Constitución Española, que en lo pertinente dispone: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Con todo, se trata de una pretensión que la doctrina jurídica parece haber relativizado en algún grado. La imposibilidad práctica de cumplir absolutamente con este mandato constitucional ha conducido a diversos autores a entender que el legislador debe regular los derechos en sus aspectos fundamentales, delegando en el Gobierno y en la Administración del Estado la reglamentación de detalle, por cierto dentro de los márgenes establecidos por la ley. En este sentido puede verse, por ejemplo, Rubio Llorente, Francisco, Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial), Barcelona, España, Ariel, 1995, pp. 65 y 76; y Nogueira Alcalá, Humberto, Dogmática constitucional, Talca, Chile: Universidad de Talca, 1997, pp. 183 y 184.

embargo, divergen en que las emanadas de la actividad jurisdiccional tienen jerarquía constitucional y las emanadas del legislador tienen jerarquía legal.

3. La doble dimensión de los derechos fundamentales.

Desde hace algún tiempo la doctrina parece relativamente conteste en que resulta conveniente distinguir dos dimensiones en los derechos fundamentales. Ellas son la dimensión o faz subjetiva y la dimensión o faz objetiva. A su concisa revisión se dedican las siguientes palabras.

3.1. La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales es la que primero se identificó en el pensamiento jurídico moderno. En efecto, y al hilo de los movimientos revolucionarios francés y estadounidense, los derechos fueron blandidos como un haz de derechos a algo, como libertades y como competencias de los individuos frente al Poder. Este es, en esencia, el significado de la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales.

En efecto, y en su sentido más elemental, la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales no es más, ni menos, que el reconocimiento de su carácter de derechos subjetivos. De ahí que Tole Martínez explique la función de los derechos fundamentales como “la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o un particular (derechos de defensa)”⁸².

Por cierto no resulta posible enfrentar aquí el problema del significado de la expresión derecho subjetivo, una más de las singularmente complejas en el ámbito jurídico. Por ello se entenderá por derecho subjetivo un sistema de posiciones jurídicas que incluye derechos a algo, libertades y competencias, como sugiere Alexy. El derecho a algo es una relación triádica que incluye al titular del derecho, al destinatario del derecho y al objeto del derecho. La libertad es una relación triádica entre el titular de la libertad, un impedimento de la libertad (aquello que obstaculiza la libertad) y un objeto de la libertad (aquello que se puede o no puede realizar). Una competencia, por último, es la acción institucional (es decir, la acción que presupone reglas constitutivas) que modifica la situación jurídica de otra persona⁸³.

Junto con su carácter de derecho subjetivo se debe destacar que, en sentido subjetivo, los derechos fundamentales pueden oponerse no sólo frente al Estado, como en se entendió en su diseño primigenio. En la actualidad no existen dudas respecto de la posibilidad de oponer estos derechos también frente a particulares, bajo el denominado efecto horizontal o

⁸² Tole Martínez, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación /en/ Revista Cuestiones Constitucionales [on line], julio-diciembre 2006, Núm. 15 [citado 10 febrero 2009], p. 256.

⁸³ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Capítulo IV.

efecto entre privados. El verdadero problema de este efecto es determinar el modo en que debe configurarse el derecho en este caso.

Por tanto, y en síntesis, los derechos fundamentales son, desde su dimensión subjetiva, derechos subjetivos que los particulares pueden oponer tanto frente al Estado como frente a otros particulares.

3.2. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En su dimensión objetiva los derechos fundamentales pueden ser definidos, siguiendo al Tribunal Constitucional español, como la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política⁸⁴. Esta noción entrega un interesante punto de partida para comprender la función que cumplen los derechos fundamentales.

En efecto, y desde el punto de vista político, los derechos fundamentales constituyen un criterio de legitimidad del Poder. En este sentido, se podrá considerar legítimo al Poder que se organiza y comporta de modo que los respeta, protege y promueve, e ilegítimo al que se organiza y comporta de modo que los vulnera. Desde esta perspectiva, el Poder necesita a los derechos fundamentales para ser tenido por legítimo, es decir, para ser obedecido por la generalidad de los destinatarios de su ejercicio⁸⁵.

Desde el punto de vista jurídico, que es lo que aquí centralmente interesa, los derechos fundamentales operan como criterio de validez o de ordenación. Esto significa, como explica Peces-Barba, que “son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas, cuya raíz son los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución en el caso español”⁸⁶. En otras palabras, y siguiendo ahora a Barranco Avilés, “los derechos condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento, desde el momento en que se convierten en normas ‘superiores’ que deben ser tenidas en cuenta en cualquier acto de creación o aplicación del Derecho”⁸⁷.

⁸⁴ Insistentemente ha sostenido el Tribunal Constitucional español: “En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4)”. Ver STC 129/1989, de 17 de julio, fundamento jurídico 3.

⁸⁵ En este sentido, expresa Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 77: “La finalidad política de los derechos consiste, pues, en servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado de Derecho. Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia; se dice entonces que los derechos se convierten en criterio de legitimidad del Poder Político”.

⁸⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón. *Curso de derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 415.

⁸⁷ Barranco Avilés, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, p. 73. La autora explica que prefiere entender la función objetiva de los derechos fundamentales como criterio de ordenación y no como criterio de validez, por resultar “menos comprometida”, ya que esta última perspectiva “dependerá de la Teoría del Derecho desde la que se afronte el estudio”.

En este sentido, parece posible afirmar que los derechos fundamentales establecen exigencias a las actividades de creación e interpretación del Derecho. En efecto, en cuanto elementos estructurales básicos del ordenamiento jurídico que expresan aquellos valores sobre los cuales se edifica la convivencia social, los derechos fundamentales establecen el hacia dónde y el hasta dónde del Derecho. Y ello incluso con prescindencia de las preferencias de los propios titulares de esos derechos o de los obligados por los mismos.

De acuerdo con lo recién expresado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales algo tiene que decir respecto de la aplicación del criterio sugerido al juzgador respecto del juicio de hecho. Por lo mismo, sobre este asunto se volverá al tratar algunos de los derechos fundamentales a través de los cuales se buscará mostrar el modo en que opera ese criterio.

II. La distinción iusfundamental como criterio para la mejor decisión del juicio de hecho.

Hasta aquí se han visto tres cosas. En primer lugar se ha explicitado el concepto de derechos fundamentales. De acuerdo con la opción conceptual de este trabajo, se les entiende como aquellas pretensiones morales positivizadas en el nivel constitucional que expresan derechos y obligaciones jurídicas. En segundo lugar se ha sugerido un criterio de identificación de los derechos fundamentales. A partir del mismo se sostiene que aquéllos se encuentran tanto en disposiciones directamente estatuidas en el texto constitucional, como en normas jurisprudenciales de precisión de tales disposiciones. En tercer lugar se ha revisado concisamente la doble dimensión de los derechos fundamentales. En virtud de la misma, se ha mostrado que constituyen, simultáneamente, un sistema de valores y derechos subjetivos.

Así conceptualizados e identificados los derechos fundamentales, corresponde vincularlos con el criterio propuesto en este trabajo para la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de hecho. Según se anticipó, ese criterio es el de la distinción entre diversas categorías de derechos, atendiendo a su relación con la calidad epistemológica del proceso penal.

Ahora bien, la doctrina ha ofrecido diversos criterios para clasificar los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, y desde el punto de vista de una concepción finalista, el profesor De Asís explica que resulta posible distinguir entre derechos individuales, sociales y políticos⁸⁸. Atendiendo al objeto o bien protegido, los derechos fundamentales son clasificados por Peces-Barba en personalísimos, de sociedad, comunicación y participación,

⁸⁸ Las concepciones finalistas, explica el profesor De Asís en Modelos teóricos del Estado de Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 11 abril 2008], p. 222, subrayan “la necesidad de la consecución de determinados fines por el Derecho, con lo que aumentan las exigencias de su definición y, por ende, las de la relación entre Poder y Derecho”. De acuerdo con esta perspectiva, el profesor español precisa que se puede establecer, “aunque sea de forma polémica, que los individuales y los sociales hacen referencia a criterios de justicia, mientras que los políticos a criterios de legitimidad”.

derechos políticos y derechos de seguridad jurídica, y derechos económicos sociales y culturales⁸⁹. Mirados desde el objeto de su regulación, es en extremo reiterada la distinción entre derechos civiles y políticos, por una parte, y económicos, sociales y culturales, por otra⁹⁰. Por cierto, a éstos se pueden añadir todavía otros muchos criterios de clasificación⁹¹.

No hay dudas respecto de la utilidad de las recién citadas propuestas de clasificación. Ellas, y por cierto también muchas otras, colaboran a una mejor comprensión del fenómeno de los derechos fundamentales. En ese entendido deben ser debidamente consideradas y valoradas. Sin embargo, ninguno de los criterios de clasificación referidos ni otros habitualmente utilizados por la doctrina resulta pertinente a los fines del presente trabajo.

En efecto, de lo que a continuación se trata es de precisar la relación existente entre la afectación de los derechos fundamentales y determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y si una cierta persona es responsable del mismo. Frente a esa relación parece posible identificar al menos dos posiciones.

La primera de ellas, que es la perspectiva generalizada, sostiene que el respeto de los derechos fundamentales y la determinación del hecho y la participación son finalidades incompatibles. Esto significa que la intangibilidad de los derechos fundamentales conduce a un juicio de hecho de mala calidad, pues disminuye la posibilidad de esclarecer el hecho y la participación. Por lo mismo, un incremento de la calidad epistemológica del proceso penal conduce inevitablemente a una mayor injerencia o afectación de los derechos fundamentales. Esta perspectiva conduce a una encrucijada que puede ser formulada del siguiente modo: o se esclarecen los hechos o se respetan los derechos.

Frente a esa perspectiva que se edifica sobre la idea de contraposición, la propuesta de este trabajo sugiere la de distinción iusfundamental. De acuerdo con esta última, mientras el respeto de ciertos derechos fundamentales disminuye las posibilidades de determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y si una cierta persona ha incurrido en el mismo, el respeto de otros la incrementa. Por tanto, si bien la intangibilidad de algunos derechos perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho, la intangibilidad de otros la beneficia. En consecuencia, el esclarecimiento del hecho y la participación y el respeto de los derechos no son finalidades necesariamente incompatibles.

⁸⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, pp. 453 y siguientes.

⁹⁰ Como se sabe, esta distinción incluso ha dado lugar a dos Pactos Internacionales que, precisamente, han sido denominados a partir de dicha clasificación. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹¹ Un tratamiento sistemático de posibles clasificaciones de los derechos fundamentales puede verse, por ejemplo, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, especialmente pp. 441 a 453, en los que se presentan las propuestas de autores franceses e hispanos. También puede verse Peces-Barba Martínez, Gregorio, Derechos fundamentales. Latina, Madrid, 1980, Tema Tercero. En fin, y siempre por vía ejemplar, igualmente puede consultarse Alzaga Villamil, Oscar, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, y Rodríguez Zapata, Jorge, Derecho político español según la Constitución de 1978, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, primera reimpresión, Madrid, Noviembre de 2005, especialmente Capítulo I, apartado 4.

A la exposición de ambas perspectivas, es decir, a la edificada sobre la base de la confrontación y a la edificada sobre la base de la distinción, se dedica el presente título. Pivotando entre ambas se expondrá una propuesta formulada por Marina Gascón, cuya sintonía con la sugerida en este trabajo es notable.

1. La contraposición como perspectiva doctrinaria generalizada.

Parece posible afirmar que, en general, los autores entienden que son incompatibles el respeto de los derechos fundamentales de los individuos vinculados al proceso penal y determinar si el hecho punible efectivamente ha acaecido y que determinada persona es responsable del mismo. Entre quienes pueden ser inscritos en esta perspectiva parece posible distinguir dos grandes posiciones.

La primera de ellas, expresa o tácitamente, opone la tutela de la generalidad de los derechos fundamentales y las posibilidades de determinar si cierta persona ha incurrido en el hecho investigado. Es, por ejemplo, el caso de Vacani, quien contrapone eficiencia del proceso penal y el sistema de garantías del individuo⁹². Muñoz-Conde, por su parte, expresivamente destaca esta contraposición al afirmar que el Derecho penal se encuentra dividido entre la pretensión de averiguar la verdad y la imposibilidad de hacerlo por efecto de los derechos fundamentales⁹³. Siempre por vía ejemplar, puede citarse también a López-Fragoso, quien afirma que las garantías del ámbito procesal penal establecidas en la Constitución pueden resultar incompatibles con la pretensión de alcanzar la verdad⁹⁴. En la misma línea se inscribe Subijana, quien, en la búsqueda de armonizar el interés en descubrir la verdad y respetar los derechos de los ciudadanos, propone diversificar los efectos derivados de infringir estos derechos al obtener pruebas⁹⁵. La opinión es compartida por Zuloaga, quien

⁹² En lo pertinente, textualmente expresa Vacani en *Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos*, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007], p. 2: “Por ende la antinomia fundamental que enmarca el choque entre eficiencia y sistema de garantías en el desarrollo de las anteriores etapas del proceso judicial no es la misma de la que se enmarca en el proceso de ejecución penal”.

⁹³ Muñoz-Conde en *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000, pp. 43 y 44, expresa al respecto: “La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula ciertamente la forma y el modo en que han de practicarse este tipo de pruebas con el fin de que pueda llegarse a reconstruir lo más exactamente posible la realidad de lo sucedido. Pero la misma regulación legal puede ser a veces un obstáculo para el averiguamiento de la verdad propiamente dicha”. Y añade: “el Derecho procesal penal, como cantaba Antonio Machín, tiene su corazón dividido entre dos amores: por un lado, el Derecho penal material, del que recibe el encargo de averiguar los delitos y castigar a los culpables; por otro lado, el Derecho constitucional, que le impone determinados límites en esa actividad investigadora y enjuiciadora, inspirados en los derechos fundamentales que la misma Constitución garantiza y reconoce”.

⁹⁴ La Constitución Española de 1978, expresa López-Fragoso en *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN.*/en/ Revista Derecho y salud: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], p. 226, “interpretada por el Tribunal Constitucional, impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos”.

⁹⁵ Subijana Zunzunegui en *Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal* /en/ Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas), Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], p. 155, propone que “en la latente tensión entre la búsqueda de la verdad material, como finalidad teleológica del proceso penal, y el respeto a

sostiene que la búsqueda de la verdad es la instancia en que se manifiesta más claramente la tensión entre pretensión punitiva y tutela de derechos fundamentales⁹⁶. En una posición inequívocamente inscrita en la perspectiva que se revisa, Martínez Pérez afirma que la renuncia a la verdad material es el precio que se paga por respetar los derechos fundamentales⁹⁷. Siempre en igual sentido, Guzmán sugiere que el proceso penal debe establecer un mecanismo que permita conciliar la tutela de los derechos fundamentales del imputado con la eficacia en la persecución penal⁹⁸. En fin, y sin pretensiones de exhaustividad, Moreno Catena sostiene que el sistema jurídico ha logrado compatibilizar la salvaguarda de los derechos fundamentales con el deber de investigación y castigo de los delitos⁹⁹.

Una segunda vertiente dentro de esta perspectiva sostiene que al menos algunos derechos fundamentales obstaculizan la calidad epistemológica del proceso penal. Es el caso de González, quien tácitamente opone el respeto de los derechos relativos a la prueba con las posibilidades de alcanzar la verdad¹⁰⁰. Vidal Cueyo, por su parte, directamente afirma que

los derechos subjetivos de los ciudadanos, deben diversificarse los efectos jurídicos anudables a la obtención de fuentes de prueba, vulnerando los requisitos contenidos en la norma básica del ordenamiento jurídico, de las consecuencias predicables de la obtención realizada respetando el abanico de restricciones instituidas en la CE, pero obviando requisitos impuestos por la legislación infraconstitucional”.

⁹⁶ Zuluaga Taborda en Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio” /en/ Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT [on line], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007], sin paginación, afirma a este respecto: “El ejercicio de la acción estatal de búsqueda de la verdad, verificación de sospechas y acopio del material probatorio, es la instancia en la que mejor se expresan, en el proceso penal, las relaciones de tensión de la naturaleza fluida del poder punitivo con los imperativos axiológicos recogidos en la Constitución”.

⁹⁷ Sostiene Martínez Pérez en Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal /en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño [on line], [citado 25 noviembre 2008], p. 8, que “la renuncia a la verdad material que hace el nuevo Código Procesal Penal, es el precio que tenemos que pagar como sociedad democrática y que el estado de derecho paga por la prevalencia -y preeminencia agregaría yo- de los derechos fundamentales del hombre”.

⁹⁸ Guzmán Flujá en Vicente C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 4, expresamente establece la contraposición entre verdad y derechos al afirmar que “los términos del debate entre éxito en la persecución del delito y respeto de los derechos del acusado podrían sintetizarse diciendo que un sistema procesal penal, especialmente en lo que se refiere a la prueba, no sólo debe inspirarse en el respeto a las normas que garantizan los derechos del acusado, ni tampoco sólo en la prescripción de cuanto sea apto para descubrir “la verdad”, y en general, garantizar una eficaz persecución.; debe mirar o debe servir, más esencialmente, para establecer “disposiciones jerárquicas entre valores procesales y extraprocesales”, regulando el modo de resolver en caso de eventuales colisiones entre garantía y eficacia”.

⁹⁹ Textualmente afirma el catedrático Moreno Catena en Presente y futuro del proceso penal español /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 80: “El ordenamiento jurídico ha conseguido establecer una triple barrera de protección de los derechos fundamentales, que pretende compatibilizar su oportuna salvaguarda con otras exigencias o responsabilidades públicas, señaladamente la política criminal, es decir, el deber de investigación y castigo de los delitos”.

¹⁰⁰ En este sentido González García en El proceso penal español y la prueba ilícita /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], p. 189, manifiesta que “el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce

en el ámbito procesal penal se manifiesta una inevitable tensión entre la persecución del delito y el contenido de ciertos derechos fundamentales¹⁰¹. Seguramente en la misma posición puede inscribirse la perspectiva de Alpiñana, para quien el interés en alcanzar la verdad ha sido condicionado al respeto de ciertas reglas básicas¹⁰².

De acuerdo con lo recién expresado, no parece fácil encontrar autores que distingan entre derechos fundamentales que colaboran a determinar el hecho y la participación y derechos que perjudican esta finalidad. Esto no es de extrañar entre quienes oponen la tutela de la generalidad de los derechos y calidad epistemológica del proceso penal. Sin embargo, tampoco resulta fácil encontrar la distinción entre quienes oponen sólo algunos de esos derechos y la referida calidad epistemológica¹⁰³.

La larga cita de autores que recién se ha ofrecido en ningún caso puede considerarse exhaustiva. En cambio sí resulta posible tenerla por suficiente para demostrar lo señalado al iniciar este título. En efecto, la perspectiva de los autores citados parece confirmar que, al menos de modo general, la doctrina contrapone la eficacia en determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo y la indemnidad de los derechos fundamentales. Además, dicha contraposición se formula expresa o tácitamente, y tanto respecto de algunos de esos derechos como respecto de la generalidad de los mismos.

Esta perspectiva no sólo es errada, como se verá más abajo, sino también inconveniente. En efecto, la disyuntiva entre respeto de los derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos conduce a una dura confrontación entre ambos intereses social y jurídicamente relevantes. La consecuencia de una tal confrontación es evidente en estos tiempos en que, como se mostró en el Capítulo Preliminar, se demanda un incremento en el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Esa consecuencia consiste en una mayor presión sobre el efectivo disfrute de los derechos fundamentales, a los que genéricamente se mira como “obstáculos” para lograr la “verdad” o, más técnicamente, como limitaciones a la calidad del juicio de hecho.

limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, “la verdad no puede indagarse a cualquier precio”.

¹⁰¹ Vidal Fueyo en *Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal* [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 11, presenta esa contraposición de modo algo tácito cuando afirma: “Hay que recordar, por otro lado, que en el marco del proceso penal se pone de manifiesto, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el contenido de algunos derechos fundamentales”. Y es tácito porque con la expresión “persecución del delito” implícitamente se alude al esclarecimiento del hecho y el subsecuente castigo del culpable.

¹⁰² Albiñana i Olmos en *Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha* [on line], [citado 10 noviembre 2007], p. 20, recuerda que “la verdad material ha sido gradualmente desplazada a favor de la exigencia de que ésta se establezca por medio de un proceso legítimo, en el que sean respetadas unas reglas básicas”.

¹⁰³ Una notable excepción se encuentra en Marina Gascón, cuyo planteamiento, según se expresó, será analizado más abajo.

2. La propuesta de Marina Gascón.

En el apartado anterior se mostró que la doctrina prevaleciente considera que los derechos fundamentales constituyen un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos y la participación. Por lo mismo, un incremento en la calidad del juicio de hecho exigiría una mayor afectación de los mismos. Sin embargo, se ha dicho también que esta no es la perspectiva asumida en el presente trabajo, como se mostrará luego. En lugar de confrontar ambos extremos, aquí se postula una distinción entre derechos cuya indemnidad favorece la calidad del juicio de hecho y derechos cuya indemnidad perjudica dicha calidad. En este mismo sentido, se anticipó también que Marina Gascón presenta una propuesta semejante a la de este trabajo. Es esta sintonía lo que justifica la concisa revisión de dicha propuesta. En efecto, la clasificación de los derechos fundamentales sugerida por Marina Gascón respecto de su incidencia en el esclarecimiento de los hechos constituye un aporte a la comprensión del fenómeno de los derechos fundamentales y a los objetivos de la presente tesis que no puede ser omitida.

Marina Gascón postula un modelo que denomina cognitivista para efectuar y supervisar el juicio de hecho del razonamiento judicial¹⁰⁴. De acuerdo con dicho modelo, “la averiguación de la verdad es la finalidad principal del proceso de fijación judicial de los hechos”. Sin embargo, el proceso judicial persigue, adicionalmente, otros dos valores. Uno de ellos lo denomina estructural y el otro lo llama ideológico¹⁰⁵.

En virtud de los valores ideológicos, que son los que aquí interesa mencionar, Gascón destaca que en la averiguación de la verdad se deben preservar ciertos valores, en especial la dignidad y libertad de las personas. “Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza”. Las limitaciones y prohibiciones de prueba, el secreto procesal y la presunción de inocencia constituyen manifestaciones de la protección de aquellos valores, según expresa la autora. Gascón denomina garantías institucionales a estas reglas que protegen la dignidad y libertad de la persona¹⁰⁶.

Pues bien, al vincular esas garantías institucionales y el juicio de hecho, Gascón distingue tres clases de garantías: aquellas cuyo respeto contribuye a la averiguación de la verdad, aquellas cuyo respeto no provoca menoscabo en la averiguación de la verdad, y aquellas cuyo respeto dificulta la averiguación de la verdad¹⁰⁷. Al aplicar dicha clasificación a las limitaciones o prohibiciones de prueba, la autora distingue entre aquellas reglas cuyo

¹⁰⁴ Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], pp. 1 y 2.

¹⁰⁵ Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 14.

¹⁰⁶ Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15.

¹⁰⁷ Al respecto Gascón Abellán en Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15, textualmente afirma: “Pueden distinguirse en línea teórica tres tipos de reglas o garantías en función de su incidencia en el objetivo principal de averiguación de la verdad: garantías (institucionales) epistemológicas, si contribuyen a la averiguación de la verdad; garantías (institucionales) no epistemológicas, si al menos no producen menoscabo en la averiguación de la verdad; y garantías (institucionales) contraepistemológicas, si dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad”.

respeto coadyuva a la averiguación de la verdad, como la exclusión de la prueba obtenida bajo tortura, y otras cuyo respeto entorpece o no ayuda a ese fin, como la exclusión de prueba ilícita¹⁰⁸. Como se puede advertir, se trata de una clasificación de “garantías institucionales”, como las denomina la autora, que atienden al modo en que ellas afectan la calidad del juicio de hecho.

3. La distinción iusfundamental como criterio.

En lo que sigue se presentará la propuesta de este trabajo. Según se ha dicho, se trata de un criterio dirigido al juzgador penal, con miras a la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de hecho. Para explicar esta propuesta a continuación se analizan separadamente tres cosas.

En primer lugar se expone el criterio sugerido al juzgador penal. Este criterio ha sido mencionado con anterioridad en este trabajo¹⁰⁹. Por lo mismo, a continuación se trata de avanzar un poco más, detallando su contenido, precisando su alcance y explicitando sus consecuencias.

En segundo lugar se señala el sistema jurídico desde el cual se formula el criterio. Esto se debe, parafraseando a Alexy, a que no se trata de un criterio formulado desde una perspectiva histórico jurídica, ni desde una perspectiva teórico jurídica, sino desde la perspectiva de derechos fundamentales positivamente válidos en la actualidad¹¹⁰.

Por último se intenta demostrar la admisibilidad del criterio sugerido. Esto significa que se entregan razones tendentes a justificar la distinción entre derechos cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho y derechos cuya indemnidad perjudica dicha calidad.

Al tratamiento de cada una de estas cuestiones se dedicarán, respectivamente, los tres siguientes subapartados.

¹⁰⁸ Sobre el punto, expresa Gascón Abellán en Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007], p. 15: “dentro de las limitaciones de pruebas encontramos reglas de dos tipos. Algunas de ellas coadyuvan a la averiguación de la verdad, rechazando pruebas con bajo valor gnoseológico. El caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad “torcida”. Pero existen otras limitaciones de prueba (por ejemplo, la prohibición de prueba ilícitamente obtenida o la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas documentos que puedan afectar a la seguridad del Estado) que entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad, ya que suponen excepciones a la regla epistemológica que establece que: (iii) siempre que sea posible hacer una comprobación empírica de un hecho relevante, debe hacerse”.

¹⁰⁹ En particular el criterio ha sido mencionado en el apartado 1 del Título III del Capítulo Preliminar y en la Introducción de la presente Primera Parte.

¹¹⁰ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 28.

3.1. Contenido y alcances del criterio de la distinción iusfundamental.

a) Contenido del criterio.

El primer criterio ofrecido por este trabajo postula que los derechos fundamentales admiten clasificación desde la perspectiva de su relación con el juicio de hecho. En otras palabras, es posible establecer diversas categorías de derechos fundamentales atendiendo al modo en que inciden para determinar si el hecho efectivamente ha acaecido y que una cierta persona es responsable del mismo. Este es, en esencia, el contenido del criterio. Sin embargo, una mejor explicación del mismo sugiere desarrollar un poco más la distinción.

Por una parte, existen ciertos derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho ínsito en el razonamiento judicial. Eso significa que existe una relación directa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de esclarecer el hecho y la participación. De este modo, un mayor grado de disfrute de esta clase de derechos fundamentales aumenta las posibilidades de realizar aquella inferencia fáctica. Por el contrario, la lesión de los mismos disminuye tales posibilidades.

Por otra parte se encuentran aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad del juicio de hecho. Eso significa que existe una relación inversa entre el grado de respeto de tales derechos y las posibilidades de determinar el hecho y la participación. De acuerdo con ello, un mayor grado de disfrute de tales derechos redundaría en una disminución de las posibilidades de realizar esa inducción fáctica. Por el contrario, una restricción en el disfrute de los mismos aumenta tales posibilidades.

A partir de dicha distinción, el criterio sugiere al juzgador que rechace injerencias en los primeros y que admita un elevado grado de afectación de los segundos, cuando se trata de diligencias de investigación y de diligencias de prueba.

Como se puede advertir, esta propuesta implica restringir, incluso severamente, aquellos derechos fundamentales cuya afectación favorece la calidad del juicio de hecho. De este modo, se está autorizando al Poder, en este caso al Poder Judicial, para intervenir intensamente tales derechos. Sin embargo, y como expresa el profesor De Asís, esa injerencia no puede realizarse de manera ilimitada. Precisamente al contrario, aquélla debe estar sometida a ciertos parámetros, uno de los cuales es el contenido esencial de los derechos¹¹¹. Este contenido esencial es límite de los límites, pues limita la posibilidad de limitar¹¹².

Con miras a precisar el significado de este contenido esencial, el Tribunal Constitucional ha entregado elementos de análisis tanto positivos como negativos. Así, y en sentido positivo,

¹¹¹ En este sentido, expresa el profesor De Asís: “Interesa ahora subrayar cómo a su vez esta limitación del poder no podrá realizarse con plena libertad, sino que tendrá que estar limitada bajo ciertos parámetros. Este parece ser el significado que en nuestro Derecho tiene lo que se denomina como contenido esencial de los derechos fundamentales”. Ver De Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992,, p. 84.

¹¹² De Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 85.

ha sostenido que se entiende por contenido esencial “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos”¹¹³. En sentido negativo ha planteado que “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”¹¹⁴.

Por cierto que en el caso concreto será difícil determinar el contenido esencial de un derecho fundamental que se pretende limitar para lograr el más acertado juicio de hecho que sea posible. En ese evento el propio Tribunal Constitucional español ha sentenciado que, en caso de controversia, a él corresponde determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental¹¹⁵.

Lo dicho respecto del criterio propuesto y de las limitaciones que encuentra en el contenido esencial de los derechos resulta suficiente para referirse ahora a los ámbitos en que aquél resulta aplicable.

b) Ámbitos de incidencia del criterio.

Según se acaba de expresar, dos son los ámbitos en los que incide el criterio de la distinción iusfundamental: las diligencias de investigación y las diligencias probatorias. A continuación se explicita el modo en que ese criterio incide en cada uno de esos ámbitos.

Se entiende por diligencia de investigación toda actuación tendente a encontrar o generar medios de prueba que permitan esclarecer si se ha cometido el hecho investigado y si determinada persona es responsable del mismo. Estas actuaciones se producen fundamentalmente en la etapa de instrucción (o investigación), esto es, con anterioridad al momento en el cual se deduce acusación en contra del imputado. Ello se debe a que tales diligencias persiguen, precisamente, determinar si existe mérito para formular acusación en contra de este último. Es, por ejemplo, el caso de una diligencia de entrada y registro de un domicilio.

Pues bien, la realización de algunas diligencias de investigación implica la afectación de derechos fundamentales. Es en este escenario que se sugiere la aplicación del criterio de la distinción iusfundamental. Si el derecho que resultará afectado por la diligencia de investigación es de aquellos cuya perturbación disminuye la calidad del juicio de hecho, el

¹¹³ Sentencia 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico 8. en el fundamento jurídico 10 se complementa esa noción al explicar que se entiende “por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga el derecho”.

¹¹⁴ Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 10, en la que transcribe lo dispuesto en la sentencia 11/1981, de 8 de abril.

¹¹⁵ En este sentido se pronunció en la sentencia 112/2006, de 5 de abril, en cuyo fundamento jurídico 8 reiteró la siguiente doctrina: “No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2)”.

juez debe rechazar la actuación solicitada. Por el contrario, si se trata de un derecho cuya afectación incrementa la calidad del juicio de hecho, entonces debe admitir la actuación de investigación.

Por otra parte, se entiende por diligencia de prueba toda actuación tendente a obtener información probatoria, es decir, información tendente a determinar si ha acaecido el hecho investigado y si a determinada persona le ha correspondido participación en el mismo. Estas actuaciones se pueden realizar en cualquier momento del proceso penal. Lo habitual será que tengan lugar durante el juicio oral, aunque también se pueden producir durante etapas anteriores. Esto se debe a que es durante el juicio oral que se genera la información que ha de servir de fundamento para la decisión judicial. En esta categoría puede incluirse, por ejemplo, la declaración prestada con anterioridad al juicio por un imputado que no puede concurrir a este último.

La realización de algunas diligencias de prueba también puede afectar derechos fundamentales. En este caso nuevamente se sugiere la aplicación del criterio de la distinción iusfundamental. De acuerdo con el mismo, si la diligencia de prueba se realiza afectando derechos fundamentales cuya perturbación perjudica la calidad del juicio de hecho, el juzgador debe rechazar la actuación. Si, por el contrario, la diligencia probatoria se realiza afectando derechos fundamentales cuya perturbación favorece la calidad epistemológica del juicio de hecho, entonces debe admitir la actuación.

Por cierto este no es el único criterio que debe concurrir para decidir la admisión o rechazado de diligencias de investigación y de diligencias de prueba. Sin embargo, se debe tener a la vista como un criterio fundamental si se desea lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo a la determinación del hecho y de la participación.

3.2. Sistema jurídico de referencia.

Los derechos fundamentales son pretensiones morales positivizadas en el nivel constitucional y que generan derechos y obligaciones jurídicos. En consecuencia, y enfatizando sólo una de las características de esta concepción, no pueden serlo sino en el seno de un determinado sistema jurídico que precisamente les confiere una existencia válida¹¹⁶. Por otra parte, y según se expresó más arriba, el criterio que aquí se propone no se inscribe ni en los dominios de la historia del Derecho, ni de la Teoría jurídica, sino en el ámbito de los derechos fundamentales positivos y válidos en un determinado sistema normativo. Ambas consideraciones exigen que el criterio que se ofrezca indique el sistema jurídico desde el cual pretende ser justificado.

¹¹⁶ Aunque desde una perspectiva diversa de la sostenida en este trabajo, pero en todo caso coincidente con el énfasis que en este momento se desea expresar, Palombella afirma que “la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjetivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado”. Por tanto, advierte el autor, “es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra”. Ver Palombella, Gianluigi, *Derechos fundamentales. Materiales para una teoría /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 20 julio 2007], especialmente pp. 526 y 527.

Pues bien, en el caso de este trabajo el Derecho de referencia es el español. Esta opción se fundamenta, primero, en la notable influencia que la legislación, jurisprudencia y doctrina constitucionales españolas han generado en la reflexión de los países latinoamericanos. Y, segundo, en la calidad de las reflexiones ofrecidas por la filosofía del Derecho español, a la que probablemente sólo se le comparan la argentina y la mexicana en el concierto iberoamericano.

Con todo, es necesario advertir que esa opción no restringe la aplicación del criterio que aquí se ofrece al sistema jurídico de referencia. Parece posible admitir sin mayores dificultades que los sistemas jurídicos occidentales han tendido a uniformar progresivamente sus regulaciones y reflexiones constitucionales¹¹⁷. De este modo, aún cuando los catálogos de derechos fundamentales incluidos en las diversas Constituciones diverjan entre sí¹¹⁸, la jurisprudencia y la doctrina parecen generar coincidencias cada vez más significativas.

Consecuencia de lo dicho es que, si bien el sistema jurídico de referencia es el español, las consideraciones aquí entregadas seguramente resultan en algún grado aplicables a otros sistemas jurídicos occidentales.

3.3. Justificación del criterio.

Hasta aquí se han presentado el contenido y alcance de la distinción iusfundamental como criterio para la mejor aplicación posible del Derecho penal material en lo relativo al juicio de hecho, así como el sistema jurídico desde el cual se justificará ese criterio. En lo que sigue se trata precisamente este último aspecto, es decir, la justificación de dicho criterio. Esto significa demostrar que se trata de un criterio perfectamente coherente con la relación que realmente se produce (y no con la relación que la doctrina mayoritaria ha entendido que se produce) entre derechos fundamentales y determinación del hecho y la participación. Por tanto, y como consecuencia, se debe demostrar que se trata de un criterio perfectamente admisible.

¹¹⁷ Al respecto puede verse Rolla, Giancarlo, La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo Latinoamericano [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Aunque su objeto es las codificaciones constitucionales en América Latina, la abundante bibliografía del trabajo le permite afirmar que la concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica puede compararse con la europea e interpretarse a la luz de los mismos principios liberales y democráticos. Añade que Europa y América comparten, gracias a diversos fenómenos que explica, la concepción constitucional emanada de las revoluciones del siglo XVIII. En fin, y sin intención de profundizar más de lo necesario para los fines de este trabajo, el autor precisa que el constitucionalismo de América Latina presenta estrechas relaciones con el constitucionalismo europeo y estadounidense, aunque cuenta con peculiaridades propias.

¹¹⁸ Mazzaresse, Tecla, en Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 692, relaciona esta discrepancia con la diversidad de valores que cada catálogo constitucional encarna. Al respecto precisa que “no es unívoca la selección de valores: y lo testimonia, más allá de algunas, aun significativas, concordancias, la no equivalencia entre los derechos enumerados en catálogos de ordenamientos distintos, cuando no en su diversa configuración, en un mismo ordenamiento, respecto de ámbitos procesales distintos”.

Parece posible afirmar que la persona que no es penalmente responsable cuenta con el derecho fundamental a no ser condenado. Para estos efectos es necesario tener presente el artículo 25.1 de la Constitución Española que textualmente dispone: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Aunque de manera defectuosa, en esta disposición se consagra el principio de legalidad penal¹¹⁹. En virtud del mismo, sólo se puede ser sancionado por aquellas conductas previa y estrictamente escritas¹²⁰. Pues bien, si la persona no ha incurrido en hecho alguno o el hecho en que ha incurrido no es jurídico penalmente reprochable, el principio de legalidad penal impide que sea sancionado.

Sin embargo, el derecho de quien no es penalmente responsable no se limita a la prohibición de condenarle. Quien no ha incurrido en el hecho típico tiene derecho a gozar del derecho fundamental general a la libertad¹²¹, es decir, “la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera”¹²². Esto significa que quien no es penalmente responsable no debería ser siquiera perturbado en el disfrute de ninguno de sus derechos. De ahí que pueda añadirse que, a partir del derecho fundamental a la tipicidad, cuenta también con el derecho a no ser penalmente perseguido y, en caso de haberse iniciado, a que dicha persecución cese tan pronto como sea posible.

Desde la perspectiva del penalmente responsable, es necesario reconocer que el Derecho penal en su conjunto pretende y permite condenarlo, restringiendo sus derechos fundamentales. Así lo dispone expresamente el artículo 25.2 de la Constitución Española¹²³. Ahora bien, la doctrina parece encontrarse conteste en que los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o por bienes

¹¹⁹ En este sentido, García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 482, expresa: “El artículo 25.1 de la Constitución española, no obstante, constitucionaliza el principio de igualdad, con todas sus consecuencias”.

¹²⁰ Ver Título I del presente Capítulo.

¹²¹ La Constitución Española, al igual que otros textos constitucionales, contienen diversas manifestaciones del derecho general de libertad. Así, por ejemplo, se confiere el derecho a las libertades ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1), el derecho a no ser privado de la libertad (artículo 17.1), el derecho a la libertad de cátedra (artículo 20.1, letra c), el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20.1, letra d), y el derecho a la libertad de enseñanza (artículo 27.1), entre otros. Sin embargo, todos ellos constituyen manifestaciones del derecho fundamental general de libertad conferido en el artículo 10.1 bajo la fórmula “derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Esta perspectiva no contradice la afirmación de Aguiar De Luque, Luis, *Los límites de los derechos fundamentales* /en/ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* [on line], N°14, 1993 [citado 10 febrero 2009], p. 11, donde afirma que el principio general de libertad se encuentra expresado en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española. Y ello porque mientras el profesor De Luque alude al principio general de libertad, aquí se ha hecho referencia al derecho fundamental general de libertad.

¹²² Este es el modo en que Alexy explica el derecho general de libertad que, según el Tribunal Constitucional alemán, se expresa en el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana. Ver Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 333.

¹²³ En lo pertinente, textualmente dispone el artículo 25.2: “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

constitucionales. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, el profesor De Asís¹²⁴, Peces-Barba¹²⁵, y Aguiar De Luque¹²⁶, entre otros autores. En consecuencia, lo que justifica que el Derecho penal limite derechos fundamentales es que o bien tutela derechos fundamentales o bien tutela bienes constitucionales. Por tanto, y en definitiva, el Derecho penal pretende y permite limitar los derechos fundamentales. Sin embargo, y nuevamente en virtud del principio de tipicidad, ello sólo le debe ocurrir al penalmente responsable.

Lo recién expresado exige introducir dos advertencias. Por una parte, reconocer que el Derecho penal tutela derechos fundamentales o bienes constitucionales no implica compartir que efectivamente lo hace o que deba hacerlo. Se trata simplemente de una constatación a partir de lo expresado en la propia Constitución. Por otra parte, no es posible determinar aquí cuáles son los derechos fundamentales o los bienes constitucionales tutelados por el Derecho penal. Ello significaría ingresar en el complejo problema de la justificación del Derecho penal, lo que excede largamente las pretensiones y posibilidades de este trabajo.

En síntesis, quien no es penalmente responsable tiene el derecho fundamental a no ser condenado (e incluso a no ser penalmente perseguido). Por el contrario, al penalmente responsable se le debe condenar, lo que se traduce en limitar sus derechos fundamentales. Desde el punto de vista de los jueces este diverso tratamiento es imperativo. Ello se debe a que están obligados a resolver conforme a Derecho. Y, como expresa el profesor De Asís, la obligación que tienen los jueces de resolver conforme a Derecho es manifestación del principio de legalidad y una exigencia racional del concepto de Derecho¹²⁷.

Como se puede advertir, las consecuencias de ser calificado en una u otra situación por la sentencia judicial son extremadamente dispares. En un caso la persona debe quedar libre de toda injerencia en sus derechos fundamentales, mientras en el segundo debe quedar sometida a afectaciones ciertamente muy intensas en los mismos. Por lo mismo se debe asegurar, en el mayor grado posible, la mejor aplicación del Derecho penal material, es decir, absolver y condenar correctamente. Desde el punto de vista del juicio de hecho, esto se traduce en una correcta determinación respecto de si el sujeto ha incurrido en el hecho investigado. En consecuencia, determinar correctamente si el sujeto ha incurrido en el hecho investigado debe ser el objetivo fundamental del proceso penal. Y ello para que el

¹²⁴ De Asís Roig, Rafael, Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Debate, Madrid, 1992, pp. 83 y 84, aunque sólo habla de “ciertos bienes o intereses, que no son derechos fundamentales, pero que se consideran valiosos para la sociedad”, sin una específica referencia a su carácter constitucional.

¹²⁵ Ver Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimposición, Madrid, 1999, pp. 592 a 595. A esos dos límites Peces-Barba añade “la moralidad que se positiviza y que marca el horizonte ético del Ordenamiento, el ideal de justicia recogido por el Derecho positivo, en la norma básica material de identificación de normas, y que en el caso de nuestra Constitución son los valores superiores del artículo 1-16” (pp. 590 a 592).

¹²⁶ Aguiar De Luque, Luis, Los límites de los derechos fundamentales /en/ Revista del Centro de Estudios Constitucionales [on line], N°14, 1993 [citado 10 febrero 2009], p. 22 y 23, quien alude a “los derechos, bienes y valores constitucionales”.

¹²⁷ De Asís Roig, Rafael, El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 47; y, del mismo autor, Sobre el razonamiento judicial, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 121 y 122.

resultado del mismo asegure la tutela de los derechos fundamentales del que no es penalmente responsable y la tutela de los bienes constitucionales protegidos por el Derecho penal en el caso de quien sí es responsable.

Ahora bien, junto con considerar los derechos fundamentales y los bienes constitucionales que se tutelan mediante la más correcta determinación posible del hecho y de la participación en el mismo, es necesario atender a los derechos fundamentales que resultarán afectados como consecuencia del intento de alcanzar ese objetivo. En efecto, durante el proceso penal pueden resultar limitados diversos derechos fundamentales del imputado con la finalidad de esclarecer los hechos¹²⁸. Así, por ejemplo, la Constitución Española autoriza limitar el derecho a la libertad (artículo 17.2), a la modalidad de asistencia de abogado (artículo 17.3), a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2), al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3), a entrar y salir del territorio (artículo 19), entre otros derechos directamente estatuidos en la Constitución.

Por tanto, y como se puede advertir, en el proceso penal se produce una colisión de derechos y bienes constitucionales. De un lado están los derechos fundamentales del que no es penalmente responsable y los bienes constitucionales tutelados por el Derecho penal en el caso de quien sí es responsable. Por otra parte están los derechos fundamentales del imputado. Como es evidente, esta colisión no puede ser resuelta de cualquier manera. Debe ser resuelta del modo que mejor asegure un correcto juicio de hecho, es decir, una correcta determinación de si el sujeto ha incurrido en el hecho investigado.

La correcta determinación de si el sujeto ha incurrido en el hecho investigado exige mantener a salvo de las intervenciones del Estado aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa la calidad epistemológica del juicio de hecho. Esa misma finalidad exige, inversamente, un elevado grado de injerencia en los derechos fundamentales cuya intangibilidad perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho. Para los fines de este trabajo, tales opciones deben ser presentadas desde el punto de vista del juzgador penal. Pues bien, el juzgador penal debe rechazar las diligencias de investigación y las diligencias de prueba que lesionen los primeros y admitir ampliamente las que afecten los segundos. Este es, precisamente, el criterio sugerido en el presente trabajo.

3.4. Aplicación del criterio.

a) Una aplicación desde derechos fundamentales específicos.

Para mostrar el modo en que se aplica el criterio de la distinción iusfundamental, es decir, la relación que realmente se produce entre derechos fundamentales y esclarecimiento de los hechos y de la participación es necesario enfrentar el significado, los límites y la colisión de los derechos. Y, para ser más específicos, de los derechos fundamentales de incidencia procesal penal. Esto se debe a que, evidentemente, sólo ellos impactan en la determinación del hecho investigado y de los partícipes en el mismo.

¹²⁸ Así lo puede disponer el legislador mediante lo que Alexy denomina restricciones indirectamente constitucionales (ver Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente pp. 282 y 283).

Sin embargo, el análisis del significado, límites y colisiones no se puede realizar desde una teoría general de los derechos fundamentales del ámbito procesal penal. Ello se debe a que la relación no se produce entre el conjunto de los derechos y el esclarecimiento de los hechos y la participación. En realidad es cada derecho fundamental el que presenta una determinada relación con el esclarecimiento de los hechos, desde el punto de vista de que su intangibilidad favorece o perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho.

Para decirlo aún más claramente, sólo la comprensión singular de cada derecho fundamental de incidencia procesal penal permite determinar el modo en que éste se relaciona con las posibilidades de esclarecer el hecho y la participación. Por lo mismo, para precisar si la intangibilidad de un determinado derecho fundamental aumenta o disminuye la calidad del juicio de hecho es necesario analizar el significado, límites y colisiones del derecho específico de que se trate. Por lo mismo, en lo que sigue se analizarán derechos fundamentales singulares.

Con todo, y como puede suponerse, no resulta posible analizar aquí la totalidad de los derechos fundamentales de incidencia procesal penal incluidos en el sistema jurídico español. Aquélla constituiría una tarea no sólo inalcanzable, sino por sobre todo innecesaria desde el punto de vista de las pretensiones de este trabajo. En efecto, para justificar el criterio de la distinción iusfundamental basta con demostrar que la intangibilidad de algunos derechos incrementa la calidad del juicio de hecho, mientras que la intangibilidad de otros la perjudica. En otras palabras, no se requiere una demostración exhaustiva de la propuesta, sino sólo una justificación cualitativa de la misma.

En consecuencia, a continuación se revisarán sólo algunos derechos fundamentales del ámbito procesal penal. En particular se analizarán los siguientes: no declarar contra sí mismo, inviolabilidad del domicilio, intermediación y contradicción. Como se verá, la consideración de estos derechos será suficiente para justificar la distinción iusfundamental como criterio para la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de hecho.

Cada uno de los cuatro derechos seleccionados será analizado singularmente en cuanto a su significado, sus límites y los resultados a que conducen sus colisiones con la pretensión de esclarecer el hecho y la participación. Sin embargo, en forma previa se hace necesario exponer porqué se les considera derechos fundamentales. A ello se dedicarán las últimas palabras de este Título II.

b) Iusfundamentalidad de los derechos seleccionados.

Para exponer porqué los derechos a no declarar contra sí mismo, a la inviolabilidad del hogar, a la intermediación y a la contradicción son derechos fundamentales es necesario distinguir los derechos que han sido concedidos por normas iusfundamentales directamente estatuidas en la Constitución Española (los dos primeros) de los que no tienen esta cualidad (los dos últimos). Por ello a continuación se tratarán en primer lugar la inviolabilidad del domicilio y el no declarar contra sí mismo, y luego la intermediación y la contradicción.

La iusfundamentalidad de los derechos a no declarar contra sí mismo y de la inviolabilidad del domicilio deriva de su concesión por normas directamente estatuidas en la Constitución Española y de su ubicación entre los derechos que la misma califica de derechos fundamentales.

En efecto, mediante normas directamente estatuidas en el artículo 24 de su texto, la Constitución española incluye los derechos a no declarar contra sí mismo¹²⁹ y a no confesarse culpable¹³⁰. Aunque se trata de derechos concedidos por normas diversas, la jurisprudencia constitucional los trata como redundancias¹³¹. Esta situación no provoca problemas significativos¹³², de modo que en lo sucesivo se utilizarán indistintamente ambas fórmulas¹³³.

Del mismo modo, la inviolabilidad del domicilio ha sido directamente establecida en el texto de la Constitución española. Su artículo 18.2 dispone: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Por tanto, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ha sido conferido mediante una norma iusfundamental directamente estatuida en el texto constitucional.

Ahora bien, tanto el derecho a no declarar contra sí mismo como la inviolabilidad del domicilio se incluyen en la Sección 1 del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución española. Dicha sección se denomina De los Derechos fundamentales y de las libertades públicas. De acuerdo con Peces-Barba, , cuya definición de derechos fundamentales ha sido seguida en este trabajo, los derechos incluidos en la sección 1 son derechos fundamentales¹³⁴. Respecto de los que se encuentran en el Capítulo No tienen tal calidad

¹²⁹ Este derecho fundamental se estatuye tanto en el artículo 17.3, que dispone que la persona detenida no puede ser obligada a declarar, como en el artículo 24.2, que enuncia que todos tienen derecho a no declarar contra sí mismos. Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado que “se ha de retener que este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 100/1996, de 11 de junio, FJ 3; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5)” (sentencia 202/2000, de 24 de julio, fundamento jurídico 3). Por tanto, aunque se puede discutir si estos derechos coinciden en su contenido, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que no coinciden en lo relativo a la situación jurídica en que se encuentran sus respectivos titulares.

¹³⁰ El artículo 24.2 dispone que todos tienen derecho a no confesarse culpables.

¹³¹ En diversas sentencias del Tribunal Constitucional es posible advertir que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son tratados como un único derecho (por ejemplo, en el auto 40/2003, de 10 de febrero, fundamento jurídico 6, y en la sentencia 142/2006, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3), al utilizarse la fórmula “el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”.

¹³² Probablemente el único problema de esta redundancia sea, como expresa Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003, p. 279, la pretensión de juristas y jueces de dar un significado diverso a cada una de las disposiciones.

¹³³ No interesa evaluar aquí si las disposiciones constitucionales que confieren los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son realmente una redundancia. Para los fines de este trabajo basta con constatar que aquél es el tratamiento otorgado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹³⁴ El profesor español añade que en la sección segunda del mismo Capítulo es posible encontrar derechos que son fundamentales (la objeción de conciencia, incluido en el artículo 30.2) y otros que no son fundamentales y seguramente ni siquiera derechos humanos (el derecho de propiedad, estatuido en el artículo 33.1, y el derecho al trabajo, expresado en el artículo 35.1). Ver Peces-Barba Martínez, Gregorio, Derecho y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 194 a 196.

los derechos incluidos en la sección 2 del mismo Capítulo, pese a que el Título I de manera general se denomina De los derechos y deberes fundamentales. En consecuencia, los derechos en referencia, esto es, a no declarar contra sí mismo y a la inviolabilidad del domicilio, son derechos fundamentales. Por lo mismo, resultan del todo pertinentes para los fines de este trabajo, esto es, para relacionarlos con el juicio de hecho.

Por su parte, la iusfundamentalidad de los derechos a la intermediación y a la contradicción deriva de haber sido conferidas por normas adscritas a una norma directamente estatuida en el artículo 24 de la Constitución Española y de que ésta se encuentre entre las disposiciones que la misma Constitución califica de derechos fundamentales. En otras palabras, el carácter iusfundamental de tales derechos se explica mediante esa doble adscripción: de los derechos a la intermediación y a la contradicción en el artículo 24 de la Constitución y del artículo 24 en la Sección 1 del Capítulo Segundo del Título I de la misma Constitución.

En efecto, el derecho a la intermediación no se encuentra directamente expresado en la Constitución española. Sin embargo, se trata de un derecho incluido en el sistema jurídico español por cuanto encuentra su fuente en normas iusfundamentales creadas por el Tribunal Constitucional. En reiteradas oportunidades el máximo intérprete de la Constitución ha dispuesto que el principio de intermediación se incardina en el derecho a un proceso con todas las garantías¹³⁵. Con todo, conviene advertir que el derecho a la intermediación también ha sido adscrito por el Tribunal Constitucional al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹³⁶, aunque el alcance de este derecho es ciertamente mucho más amplio¹³⁷.

¹³⁵ En cuanto a la intermediación en general, la STC 280/2005, de 7 de noviembre, dispone que “la reiterada doctrina de este Tribunal viene poniendo de relieve que, como regla general, sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con intermediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes” (fundamento jurídico 2). La doctrina recién descrita se encuentra también en la STC 72/2001, de 26 de marzo, fundamento jurídico 3, en la STC 2/2002, de 14 de enero, fundamento jurídico 6, en la STC 12/2002, de 28 de enero, fundamento jurídico 4. El mismo tribunal ha precisado que la infracción del principio de intermediación importa lesionar el derecho fundamental al proceso con todas las garantías (STC 280/2005, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 3).

¹³⁶ En este sentido es necesario advertir que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es uniforme al momento de adscribir el principio de intermediación al proceso con todas las garantías. Así, por ejemplo, en la STC 215/2005, de 12 de septiembre, fundamento jurídico 2, la quiebra de ese principio es entendida como una lesión sobre “el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 CE o sobre las garantías constitucionales del proceso reconocidas en el art. 24.2 CE, particularmente por lo que se refiere al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a la garantía de imparcialidad”. Por cierto esta es sólo una manifestación más de la inestable jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en lo que se refiere a la adscripción de derechos fundamentales conferidos por normas iusfundamentales de precisión a las normas directamente estatuidas en la Constitución, aspecto sobre el que no es posible extenderse aquí, pero que fue demostrada en otro trabajo del autor de esta tesis. En cualquier caso, más allá de las oscilaciones adscriptivas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo expresado en las notas precedentes permite afirmar que no hay dudas de la jerarquía constitucional del principio de intermediación.

¹³⁷ Así lo explican Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra, Introducción al Derecho procesal, Colex, Madrid, 1996, pp. 259 a 261, quienes incluyen en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el derecho de acceso a la justicia, el derecho a una sentencia de fondo y el derecho a la ejecución, todo lo cual se hace sinónimo de derecho a la acción.

El derecho a un proceso con todas las garantías, por su parte, también se incluye en la Sección 1 del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución Española. En consecuencia, y de acuerdo con lo dicho por Peces-Barba respecto de los derechos incluidos en esta Sección, se trata de un derecho fundamental. Por su parte, los derechos conferidos por normas de precisión de las directamente estatuidas en el texto constitucional son también derechos fundamentales, de acuerdo con lo explicado al tratar de la identificación de los mismos. Por tanto, el principio de inmediación es un derecho fundamental expresado en una norma iusfundamental adscrita a la norma que contiene el derecho al proceso con todas las garantías, la que se encuentra directamente estatuida en el artículo 24.2 de la Constitución española.

La contradicción tampoco es un derecho expresado en una norma directamente estatuida en el texto de la Constitución española. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reiteradamente ha entendido que se trata de una exigencia implícita en el derecho fundamental a la defensa, expresado en el artículo 24.2 de la Constitución¹³⁸. Más aún, ha precisado que “el principio de contradicción es básico para el desarrollo del proceso”¹³⁹. En consecuencia, se trata de un derecho perteneciente al sistema jurídico español.

Respecto del carácter iusfundamental del derecho a la contradicción, valen aquí los argumentos entregados a propósito del derecho a la inmediación. Por tanto, la contradicción es un derecho fundamental conferido en una norma de generación jurisprudencial, adscrita a la que concede el derecho fundamental a la defensa.

¹³⁸ Sobre la adscripción del principio de contradicción al derecho fundamental a la defensa expresado en el artículo 24.2 de la Constitución española, la STC 61/2007, de 26 de marzo, fundamento jurídico 2, señala: “es doctrina de este Tribunal, tal como reflejábamos en la STC 93/2005, de 18 de abril, FJ 3 (también recogida en resoluciones más recientes, como la STC 12/2006, de 16 de enero, FJ 3), que el derecho fundamental a obtenerla tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, previsto en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes. Más concretamente, decíamos en la STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, que precisamente la preservación de los derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, “reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar porque en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen””. Sólo esta extensa transcripción permite advertir que el Tribunal Constitucional impunemente entremezcla los derechos fundamentales conferidos por las normas constitucionales directamente estatuidas. Además, el principio de contradicción es también vinculado con la noción de proceso justo, es decir, y según la fórmula de la Constitución española, con la noción de proceso con todas las garantías. El análisis de estos problemas sin duda es relevante para la delimitación de los derechos fundamentales, pero excede largamente las posibilidades de este trabajo. Por ahora basta con constatar tanto las confusas conexiones del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencial adscripción de la contradicción a la norma que estatuye el derecho fundamental a la defensa.

¹³⁹ STC 142/2006, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3. En el mismo sentido, la STC 65/2007, de 27 de marzo, fundamento jurídico 2, ha insistido en que la “contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera”. Esta doctrina es también seguida en la STC 61/2007, de 22 de marzo, fundamento jurídico 2.

c) Orden de la exposición.

En lo que sigue se aplicará la propuesta de este trabajo a los cuatro derechos fundamentales de que se viene tratando. Sin embargo, su orden será inverso al presentado hasta ahora. En efecto, en primer lugar se analizarán los derechos conferidos por normas iusfundamentales adscritas, es decir, la inmediación y la contradicción. Luego se analizarán los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a la inviolabilidad del hogar. Esta sistemática, que altera el orden de exposición que se venía siguiendo, se debe a que algunos aspectos tratados respecto de los primeros resultan útiles para la mejor comprensión de estos últimos.

III. El derecho fundamental a la inmediación.

1. Concepto y alcances de la inmediación.

Con acierto se ha dicho que, si el juzgador “ha de dictar una sentencia que esté conforme con lo que resulta en el proceso, es necesario que conozca directamente los materiales del mismo”¹⁴⁰. Este es, en esencia, el significado del derecho fundamental a la inmediación. Sin embargo, y como uniformemente ha reconocido la doctrina, una más precisa noción de ese principio exige distinguir dos dimensiones en el mismo. En efecto, el derecho fundamental a la inmediación impone al juzgador el deber de percibir por sí mismo (inmediación subjetiva) y desde la fuente directa (inmediación objetiva), la información que ha de servir de base a su decisión¹⁴¹.

¹⁴⁰ Florian, Eugene, Elementos de Derecho procesal penal (traducción de L. Prieto Castro), Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, volumen 1, p. 52.

¹⁴¹ Según Horst Schönbohn y Norbert Lösing, es posible distinguir dos dimensiones en la inmediación. En virtud de la primera, “un tribunal que debe dictar una sentencia sólo puede emitir este fallo en base a hechos y pruebas que haya percibido él mismo” y de ahí que “como principio no sea posible una práctica de las pruebas por otras personas”. En virtud de la segunda “el tribunal debe obtener la prueba de la propia fuente, de manera que por principio no puede utilizar un sustituto para las pruebas”. (Horst Schönbohn y Norbert Lösing, Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania, s.e., Caracas, 1995, página 54). Coincidiendo con esta idea de la inmediación, para Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 102, “el principio de inmediación importa que el juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba” y precisa que dicho principio “rige sólo para el juicio oral”. En la página 394 añade que el principio de inmediación implica dos cosas distintas. Por una parte, que el juzgador “debe *observar por sí mismo* (inmediación formal); en principio, no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas”. Por otra parte, que el sentenciador “debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir que no puede utilizar *equivalente probatorio alguno* (inmediación material)”, aunque existen ciertas excepciones a esta regla. Las cursivas son del autor. Castro Jofré, en Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 60, realiza la misma distinción que Roxin al sostener que el principio de inmediación “Implica, por un lado, que los integrantes del órgano judicial deben presenciar íntegramente las audiencias en que intervengan y, por otro, que el juzgador únicamente puede fundar su decisión, en base a las pruebas producidas o reproducidas en la audiencia de juicio oral”. Florian, por su parte, en Elementos de Derecho procesal penal (traducción de L. Prieto Castro), Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, volumen 1, p. 52, recoge las dos dimensiones del principio al afirmar que hay inmediación

Es necesario advertir que las dos facetas recién expresadas son sólo conceptualmente distinguibles. Ello se debe a que, en realidad, cualquier mediación de la información afecta simultáneamente ambas dimensiones del derecho fundamental en referencia. Así, por ejemplo, si en lugar de la fuente directa de la información (por ejemplo, el testigo) se presenta una fuente indirecta (por ejemplo, una declaración escrita o un testigo de referencia), ni se contará con la fuente inmediata ni ella será percibida por el juzgador. Del mismo modo, si quien recibe los medios de prueba es distinto del que juzga el caso (como ocurre si se reemplaza alguno de los jueces), este último no habrá conocido la información probatoria por sí mismo ni tampoco de fuente directa.

2. Inmediación y juicio de hecho.

Una vez precisado el significado del derecho fundamental a la inmediación, corresponde evaluar en qué categoría debe incluirse desde el punto de vista de su relación con la calidad del juicio de hecho del razonamiento judicial. Para ser más precisos, es necesario definir si el respeto de ese derecho incrementa o disminuye las posibilidades de determinar si el hecho investigado efectivamente ha ocurrido y si una cierta persona ha participado en el mismo. Como se sabe, esta inducción fáctica se construye a partir de la información probatoria disponible. Por tanto, para determinar la clase de derecho fundamental que es la inmediación respecto del juicio de hecho es necesario analizar el modo en que impacta sobre la información probatoria de que se pueda disponer.

El tratamiento de tales cuestiones recomienda estructurar el discurso que sigue en tres subapartados. En el primero se entregan algunas nociones elementales sobre la comunicación humana. En el segundo se explica la importancia del derecho fundamental a la inmediación para el juicio de hecho, aunque considerando exclusivamente su dimensión objetiva. El tercero se refiere a la importancia del mismo derecho fundamental para el juicio de hecho, pero ahora desde su dimensión subjetiva.

2.1. Algunas nociones sobre comunicación humana.

La inmediación es una exigencia relativa a la comunicación humana. La inmediación en el ámbito penal es una exigencia respecto del modo en que se comunica la información de que disponen los medios de prueba. Por tanto, una mejor comprensión del modo en que este derecho fundamental impacta sobre el juicio de hecho recomienda entregar algunas nociones sobre comunicación humana. Para evitar un alejamiento de los fines de este trabajo, tales nociones se contraerán a lo estrictamente necesario para comprender las justificaciones entregadas en los dos siguientes subapartados.

El actual estado de desarrollo de las ciencias de la comunicación permite sostener que las personas transmiten información tanto a través de lo que dicen como a través del cómo lo dicen. Esto ha llevado a la distinción entre comunicación verbal (o lenguaje verbal), que

“cuando el juez recibe directamente el material, las pruebas y todos los elementos procesales de donde ha de sacar su convicción para la sentencia”. (En fin, y en el mismo sentido, se puede citar a Chahuán Sarrás, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 288.

entrega información a través de las palabras, y comunicación no verbal (o lenguaje no verbal), que entrega información a través de la voz y el cuerpo.

Respecto de la comunicación no verbal, bastante menos estudiada que la verbal, se ha dicho que “el comportamiento es un vehículo de información, en donde las expresiones corporales del ser humano son un medio importante para comunicar emociones, experiencias, efectos, ideas, etc. El comportamiento no verbal está basado en la comunicación facial, gestual, postural, tctil (sic); en la disposición que asume el cuerpo en el espacio, en la entonación de la voz, en el ritmo, en las inflexiones del discurso, en el uso de los objetos, etc.”¹⁴².

Las áreas a través de las cuales se expresa el lenguaje no verbal son la paralingüística, la kinesia y la proxémica. La primera se refiere al comportamiento no verbal expresado en la voz, la segunda alude a la comunicación no verbal expresada a través de los movimientos del cuerpo y la tercera considera el comportamiento no verbal relacionado con el espacio personal. Todas ellas deben ser consideradas para precisar cuál es la información que desea transmitir una persona¹⁴³.

La importancia del derecho fundamental a la inmediación debe ser mensurada a la luz de estas consideraciones sobre la comunicación verbal y no verbal.

2.2. La dimensión objetiva de la inmediación y el juicio de hecho.

Según se ha dicho, el derecho fundamental a la inmediación exige que el juzgador conozca directamente y desde la fuente misma la información que servirá de base a su decisión. En ese entendido, desde la dimensión objetiva del mismo parece posible sostener que dos son sus objetivos. Ellos son impedir que en el proceso penal se agraven sus inevitables problemas epistemológicos y permitir que el juzgador reciba la totalidad de la información que proveen las fuentes de la misma. Desde la dimensión objetiva de este derecho fundamental, tales objetivos deben ser resguardados por todos los órganos del Estado. Esto es, no sólo por el juzgador penal, sino incluso por el órgano encargado de la investigación y de la persecución penal.

En cuanto al primer objetivo, el derecho fundamental a la inmediación evita que se produzcan mediaciones adicionales entre la declaración del testigo de los hechos y el juzgador. Según se ha expresado más arriba, el enjuiciamiento penal, como todo proceso judicial, se caracteriza porque el juzgador no ha presenciado los hechos que juzga. La

¹⁴² Valdés, Guadalupe, Organización y uso de los espacios educativos, /en/ Revista tecnología y comunicación educativas, Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa (ILCE), agosto-octubre de 1986, número 4, p. 40.

¹⁴³ En el mismo sentido, Elmer Alfaro García en La mediación. Una alternativa administrativa en la resolución de conflictos /en/ Rev. cienc. adm. financ. segur. soc [on line], 1997, vol. 5, Núm. 2 [citado 4 diciembre 2007], destaca que tanto la expresión vocal como la expresión corporal entregan parte importante de la información que transmite una persona. En cuanto a la vía oral señala que, “por ejemplo, el tono y timbre de la voz pueden indicar el grado de emoción del emisor, su estado de ánimo o bien su silencio puede significar mucho también”. Añade que lo mismo ocurre con las conductas corporales, “Tales como las de tipo facial, ademanes, movimientos reflejos, manera de sentarse, tipo de miradas”.

información que percibe de los hechos ya se encuentra mediada por los soportes probatorios en que la misma se encuentra. Aunque esa mediación es ineludible, resulta posible evitar que se añadan nuevas mediaciones. Esta es, precisamente, la finalidad del principio de inmediación. En efecto, su cumplimiento permite que el tribunal reciba la información acerca de los hechos directamente de quien los ha presenciado. En otras palabras, y reflejando esa ineludible mediación, el principio pretende asegurar que el tribunal perciba lo que una persona dice que los hechos fueron.

En cuanto al segundo objetivo, el principio de inmediación permite que el tribunal capture la totalidad de la información entregada por el medio de prueba. Según se ha dicho ya, ello se traduce en que el juzgador se entere de la información ofrecida por aquél a través de sus palabras (lenguaje verbal), de los tonos, énfasis y silencios de su voz, y de los gestos y expresiones de su cuerpo (lenguaje no verbal).

A lo dicho puede añadirse un tercer objetivo cuya existencia y relevancia dependerá de la configuración del respectivo sistema procesal penal. Respecto de los testigos (común, experto o perito y el propio acusado), el derecho fundamental a la inmediación permite que el tribunal les formule preguntas de manera directa. Ellas podrán ir, siempre dependiendo del sistema jurídico, desde una simple aclaración de los dichos¹⁴⁴, hasta la dirección del interrogatorio¹⁴⁵.

En síntesis, desde su dimensión objetiva, el derecho fundamental a la inmediación tiene dos objetivos esenciales. Primero, impedir que a las inevitables mediaciones existentes en el proceso penal entre los hechos y el juzgador se añadan nuevas mediaciones. Segundo, permitir que el tribunal perciba toda la información que pueda proveer la fuente de la información, sea mediante el lenguaje verbal, sea mediante el no verbal. A ellos debe añadirse un objetivo jurídica y fácticamente eventual: que el juzgador pueda realizar al testigo las preguntas que estime convenientes, en el marco de lo autorizado por el respectivo sistema jurídico.

En definitiva, la inmediación es un derecho fundamental que colabora a incrementar la calidad del juicio de hecho. Su cumplimiento disminuye las mediaciones entre la fuente y el juzgador, sea que la información se entregue a través de la comunicación verbal o a través de la comunicación no verbal. Por lo mismo, la inmediación evita distorsiones en el contenido de la información así como capturar la totalidad de la información proveída por la fuente. Consecuencia de todo esto es que el derecho fundamental a la inmediación exige, desde su dimensión objetiva, que el juzgador penal, así como cualquier otro ente público vinculado al proceso, asegure el cumplimiento de aquellos objetivos¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Es el caso del sistema procesal penal chileno. Artículos 326 y 329 del Código Procesal Penal.

¹⁴⁵ Así, por ejemplo, en el sistema procesal penal alemán el tribunal es quien primero interroga a los testigos y, sólo una vez que ha culminado esta tarea, ofrece la palabra al ministerio público y a la defensa para que hagan lo mismo. Horst Schönbohn y Norbert Lösing, *El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania*, /en/ Horst Schönbohn y Norbert Lösing (Ed.), *Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania*, s.e., Caracas, 1995, página 53.

¹⁴⁶ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, aunque de manera general para todos los derechos fundamentales y respecto de todos los poderes del Estado. En este sentido, en la sentencia 129/1989, de 17 de julio, fundamento jurídico 3, dispuso: “La significación que estos derechos adquieren dentro del orden

2.3. La dimensión subjetiva de la inmediación y el juicio de hecho.

El derecho fundamental a la inmediación no debe ser mirado sólo desde su dimensión objetiva. Una mejor comprensión del modo en que se vincula con el juicio de hecho recomienda considerar también su dimensión subjetiva. Desde esta perspectiva, se plantean al menos dos problemas de relevancia. El primero consiste en determinar quién es el titular del derecho. El segundo consiste en precisar qué papel juega en el juicio de hecho en sentido subjetivo.

a) Titularidad del derecho fundamental a la inmediación.

Cuando se pregunta por la titularidad de un derecho, se está consultando si un determinado sujeto tiene un derecho subjetivo en el respectivo sistema jurídico. Como explica Alexy, esta pregunta puede plantearse en diversas situaciones. Una de ellas se produce cuando se sabe que una norma confiere un derecho subjetivo, pero no se sabe si esa norma es aplicable a un cierto sujeto o situación. La otra situación se produce cuando se sabe que una norma es aplicable a un cierto sujeto o situación, pero no se sabe si aquella confiere un derecho subjetivo¹⁴⁷. Aquí sólo interesa esta última. Aplicando esta situación a lo que se viene tratando, el problema puede plantearse así: se sabe que la norma iusfundamental generada por el Tribunal Constitucional español que estatuye la inmediación es aplicable al proceso penal, pero es necesario elucidar si confiere derechos subjetivos. O, para ser más precisos, a quién los confiere.

La pregunta se puede enfrentar de modo más confortable si se distingue entre el imputado y quienes sostienen la pretensión punitiva. En el caso del imputado, la respuesta no parece compleja. En reiteradas ocasiones quien se encuentra sometido a persecución penal ha alegado ante el Tribunal Constitucional la infracción a su derecho fundamental a la inmediación. Frente a ello, el máximo intérprete de la Constitución española ha reconocido la existencia de dicha infracción y ha dispuesto su amparo¹⁴⁸. Por tanto, el imputado tiene un derecho subjetivo a la inmediación en el ámbito procesal penal.

constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias”.

¹⁴⁷ En palabras de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 175: “En la primera, no existe ninguna duda de que una norma *N* si es aplicable en el caso de *a*, le confiere a éste un derecho subjetivo pero, lo que es dudoso es si es aplicable en el caso de *a*, es decir, si, bajo las situaciones dadas, le confiere un derecho subjetivo”. “En cambio, la segunda situación está caracterizada por el hecho de que no existe ninguna duda acerca de que *N* es aplicable en el caso de *a* pero, se duda acerca de si *N* confiere algún derecho subjetivo”. Y añade: “La cuestión acerca de cuándo una norma jurídica confiere derechos subjetivos tiene importancia práctica, sobre todo, bajo aspectos procesales”.

¹⁴⁸ Así, y sólo a modo de ejemplo, en la STC 280/2005, de 7 de noviembre, el imputado alegó que “no puede valorarse como prueba válida de cargo la declaración del testigo presencial de los hechos emitida durante la instrucción” y que luego no concurre al juicio oral a prestar declaración (fundamento jurídico 1). Frente a esta pretensión el Tribunal Constitucional, reiterando doctrina con anterioridad citada en este trabajo, sostuvo que “como regla general, sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se

Más complejo parece dilucidar si el órgano estatal que sostiene la pretensión punitiva tiene un derecho subjetivo a la inmediación. En la actualidad la doctrina parece reconocer al Estado como titular de derechos subjetivos¹⁴⁹. Como explica el profesor De Asís, esto se encuentra especialmente consolidado en el ámbito penal¹⁵⁰. Aunque tales constataciones son sin duda importantes, una cuestión al menos parcialmente diferente es la titularidad de derechos fundamentales. Al respecto, y en lo que aquí interesa, la doctrina del Tribunal Constitucional español puede sintetizarse en tres ideas. Primero, los entes públicos no son titulares de cualquier derecho fundamental, sino sólo de algunos. Segundo, aquéllos son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero no con el mismo alcance que los particulares. Tercero, y esto es esencial, “cuando es un ente público el titular del referido derecho, el contenido de éste no es otro que el de ostentar las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso”¹⁵¹.

Lo recién expresado debe relacionarse con las normas iusfundamentales directamente estatuidas a las que se adscribe el derecho fundamental a la inmediación. Según se expresó más arriba, el Tribunal Constitucional español adscribe la inmediación a dos normas del artículo 24 de la Constitución. Ellas son la que confiere el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la que concede el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Además, se acaba de mostrar que el mismo Tribunal reconoce a los entes públicos como titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Al menos en lo relativo a “las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso”. Pues bien, la inmediación es precisamente una de las facultades inherentes a la calidad de parte en el proceso. En consecuencia, el derecho fundamental a la inmediación también tiene como titular al órgano estatal encargado de la persecución penal.

b) Función subjetiva del derecho fundamental a la inmediación.

Como se sabe, el derecho fundamental a la inmediación exige que el juzgador conozca directamente y desde la fuente misma la información que servirá de base a su decisión. También se ha dicho que este derecho se vincula con dos finalidades: impedir que se agraven los inevitables problemas epistemológicos del proceso penal y permitir que el juzgador reciba por sí mismo la información que proveen las fuentes de la misma.

Pues bien, desde su dimensión subjetiva este derecho confiere al imputado y al órgano encargado de la persecución penal un haz de facultades. De entre todas ellas merece la pena

desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia” (fundamento jurídico 2), decidiendo, a partir de este y otros razonamientos, otorgar el amparo (fallo). En el mismo sentido puede verse, siempre a modo de ejemplo, la relevante STC 167/2002, de 18 de septiembre.

¹⁴⁹ En este sentido, Molina Betancur, Carlos Mario, Álvarez Montoya, Mario Alfonso, Peláez Arango, Fernando, y Botero Chica, Luis Alfonso, en *Derecho constitucional general*, segunda edición, Universidad de Medellín, 2006, p. 43, afirman: “Al igual que una persona física, El Estado es titular de derechos y obligaciones, ejerce competencias y responde por sus actos”.

¹⁵⁰ Esta idea se expresa en la nota 126 de la p. 178 en De Asís Roig, Rafael, *Derechos y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

¹⁵¹ Las tres ideas se recogen en la STC 237/2000, de 16 de octubre, fundamentos jurídicos 2 y 3, en los que además se hace referencia a los precedentes del propio Tribunal Constitucional para justificar cada una de ellas.

destacar, por ejemplo, el derecho a exigir la invalidación de la decisión pronunciada por magistrados diversos de los que asistieron a la vista de la causa, aún cuando sólo uno de ellos haya sido sustituido¹⁵². Siempre por vía ejemplar, el derecho a la inmediación permite que las partes impidan que la declaración de un testigo sea sustituida por la lectura de sus declaraciones anteriores al juicio¹⁵³. En fin, y sin que estas referencias tengan pretensiones de exhaustividad, imputado y acusador fiscal tienen también el derecho subjetivo a exigir la invalidación de una sentencia dictada en segunda instancia por jueces que sólo han conocido la prueba rendida a través de las actas del respectivo juicio¹⁵⁴. Al menos en el caso del imputado, todas estas facultades tienen carácter de permisión y, por lo mismo, pueden ser ejercidas o no¹⁵⁵.

¹⁵² Al respecto el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho fundamental a la inmediación se quiebra cuando el juzgador unipersonal que ha conocido el caso es distinto del que dicta sentencia, del mismo modo que cuando uno o más de los integrantes del juzgador colegiado que ha visto la causa es reemplazado por terceros al momento de la decisión. Este es precisamente el caso presentado y decidido en la STC 215/2005, de 12 de septiembre. En la oportunidad el imputado alegó que la sentencia había sido dictada por un Tribunal en el que uno de sus miembros no formó parte de aquél que presenció la vista del recurso de apelación en la pieza de calificación de la quiebra, produciéndose así una lesión del principio de inmediación. Con contundencia el Tribunal Constitucional confirmó la siguiente doctrina en su fundamento jurídico 2: “La validez de esta doctrina, que enlaza con el contenido medular del derecho fundamental a una efectiva tutela judicial, no se ciñe exclusivamente al ámbito de los órganos judiciales unipersonales (en el que se sitúan los casos enjuiciados en las Sentencias anteriormente citadas), sino que es igualmente predicable de los órganos judiciales de conformación pluripersonal (como sucede en el caso ahora enjuiciado)”. Y añadió: “No es admisible, desde la perspectiva del derecho fundamental ahora considerado y de las garantías procesales que lo encarnan, el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no está en disposición de emitir un juicio con suficiente conocimiento de lo actuado y sustanciado en el procedimiento, al no haber tenido acceso a los medios de conocimiento que la propia tramitación del proceso ofrece, y ello con independencia de que otro u otros miembros integrantes del órgano juzgador hayan tenido efectivo y directo conocimiento de lo actuado, pues constituye una garantía constitucional del proceso la exigencia de que el órgano judicial que debe decidir un pleito tenga conocimiento directo de las alegaciones y pruebas practicadas en aquél” (fundamento jurídico 3). En el mismo sentido, STC 64/1993, de 1 de marzo, y STC 97/1987, de 10 de junio.

¹⁵³ En este sentido pueden citarse, por ejemplo, la STC 195/2002, de 28 de octubre, y la STC 280/2005, de 7 de noviembre. El Tribunal Constitucional ha establecido como regla general que no resulta admisible sustituir la declaración personal del testigo en el juicio oral por el registro de una declaración prestada en fase de instrucción. Por cierto el propio Tribunal ha fijado algunas excepciones a esta regla general. Sin embargo, no interesa extenderse aquí sobre las mismas.

¹⁵⁴ Este parece ser el fundamento central de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español que invalida las sentencias de segunda instancia en que no se ha percibido la información probatoria en forma directa por los jueces que la dictaron. En este sentido, la reciente STC 207/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 2, expresa: “Según la consolidada doctrina de este Tribunal, que parte de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, “la Constitución veda ex art. 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido” (STC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 9). El derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen”. En el mismo sentido pueden citarse, entre otras, la STC 15/2007, de 12 de febrero, fundamento jurídico 2, y la STC 182/2007, de 10 de septiembre, fundamento jurídico 2.

¹⁵⁵ Como puede suponerse, el ejercicio de estas permisiones está vinculado con los objetivos estratégicos del imputado. Y, como expresa George E. Bisharat, Pursuing a questionable suppression motion /en/ Rodney J. Uphoff (ed.), *Ethical problems facing the criminal defense lawyer. Practical answers to tough questions*, American Bar Association, 1995, p. 63, las decisiones estratégicas de un caso deben quedar siempre en manos del imputado y no del abogado. Como expresa el autor, ello está “based on the fundamental premise that clients are competent, and indeed should be legally entitled, to exercise authority and responsibility over matters affecting their own lives”.

Este haz de facultades, del que aquí sólo se han presentado algunas manifestaciones, incrementa la calidad del juicio de hecho. En efecto, la presentación de la decisión del caso por juzgadores diversos de los que presenciaron la vista de la causa incrementa la mediación entre los hechos y el juzgador. Ello se debe a que el magistrado que sustituye al ausente obtendrá la información no de las fuentes de la misma, sino mediatizado por los magistrados que la percibieron. En otras palabras, no sabrá lo que alguien dijo que los hechos fueron, sino lo que alguien le relata que alguien dijo que los hechos fueron. Este orden de explicaciones vale también en el caso de sustituirse al testigo por sus declaraciones anteriores al juicio o si la sentencia se dicta en segunda instancia sobre la base de las actas del juicio verificado en primera instancia.

En definitiva, la calidad epistemológica del proceso penal y, por lo mismo, del juicio de hecho del razonamiento judicial presenta una relación directa con el derecho fundamental a la inmediación. Esto no se advierte sólo desde la dimensión objetiva de ese derecho, sino también desde su dimensión subjetiva. En efecto, el haz de facultades ínsitas en el principio de inmediación y que corresponden a imputado y acusador colaboran a incrementar la calidad de ese juicio de hecho.

3. Admisibilidad de la información obtenida sin inmediación.

Según se ha visto, la recepción de medios de prueba bajo inmediación incrementa las posibilidades de determinar si efectivamente ha acaecido el hecho investigado y quién ha tenido participación en el mismo. Por tanto, la sentencia penal no se puede fundar en información probatoria recibida con infracción de ese derecho fundamental. En otras palabras, sólo debe admitir aquella información probatoria que ha sido obtenida o producida respetando el principio de inmediación.

Esa es la forma en que se aplica el criterio propuesto por este trabajo al juzgador penal al momento de determinar el material probatorio admisible y sobre el cual debe fundar su decisión cuando está involucrado el derecho fundamental a la inmediación. Ahora bien, la concurrencia de determinados intereses puede generar dudas respecto de la aplicación de esa regla en ciertos casos. A continuación se analizarán dos de ellos: la sustitución del testigo por un soporte de sus declaraciones y la confesión previa de un imputado que guarda silencio en el juicio.

3.1. La sustitución del testigo por el soporte de sus declaraciones.

Según se ha dicho, el derecho fundamental a la inmediación exige que el juzgador tome conocimiento personalmente y desde la fuente directa de la información que servirá de base a su decisión. Por tanto, la regla es que la declaración personal del testigo no puede ser sustituida por el soporte en que conste la misma. Consecuencia de ello es la inadmisibilidad constitucional de delegar la función de recibir la prueba en funcionarios subalternos del tribunal de modo que luego el juzgador sólo toma conocimiento de las actas de esa declaración, como ha ocurrido y ocurre en países Latinoamericanos que cuentan con un

proceso penal escrito¹⁵⁶. Igualmente inadmisibles es que la sentencia sea dictada por un juzgador diverso del que recibió la prueba, según ya se ha mostrado, pues en este caso el juzgador sustituto sólo conoce el soporte de las declaraciones. Esta es la regla y algunas de sus aplicaciones respecto de la posible sustitución del testigo por el soporte de sus declaraciones.

Comentario aparte merece la sustitución del testigo que se encuentra en la imposibilidad de comparecer al juicio por el registro de sus declaraciones. Aunque en este caso tampoco se cumple con el derecho fundamental a la inmediación, la doctrina y la jurisprudencia admiten la sustitución bajo ciertas condiciones. Sin embargo, curiosamente entre tales condiciones, sobre las que se volverá al tratar de la contradicción, no se considera la clase de soporte de la declaración. Esta omisión es importante, pues la forma del soporte permite advertir que el derecho fundamental a la inmediación puede ser cumplido en diversos grados. En efecto, desde esta perspectiva es posible distinguir cuatro situaciones.

Una posibilidad es que el soporte de la declaración consista en un registro escrito que no es transcripción textual de las declaraciones de un testigo. En este caso el juzgador ni siquiera cuenta con las afirmaciones vertidas por aquél. Para decirlo gráficamente, lo que en realidad tiene es lo que una persona escribió de lo que otra persona dijo que había percibido. Como se puede advertir, en este nivel no se cumplen los objetivos del principio de inmediación pues ni se evitan los problemas epistemológicos, ni el tribunal cuenta con la información entregada por el testigo, ni tiene la posibilidad de formularle preguntas.

Otra posibilidad es que el soporte de las declaraciones del testigo consista en un registro escrito que sí es transcripción textual de las afirmaciones de la persona. En este caso no se agravan los inevitables problemas epistemológicos del proceso penal y el juzgador cuenta con las palabras exactas pronunciadas por el declarante. Sin embargo, carece de los datos que se proporcionan por vías auditivas y visuales, es decir, del lenguaje no verbal comunicado a través de la voz y el cuerpo.

Una tercera opción es que el soporte en el que se encuentran las declaraciones del testigo consista en un registro sonoro. En este caso tampoco se agravan los inevitables problemas del enjuiciamiento criminal, pues no hay mediaciones adicionales entre la declaración y el tribunal. Además, el juzgador cuenta no sólo con las palabras exactas de aquél, sino también con los tonos, énfasis y silencios con que fueron pronunciadas. Por cierto en este

¹⁵⁶ Esta delegación de funciones en personal subalterno constituyó (y todavía constituye) una práctica habitual en algunos países Latinoamericanos en que rige o rigió un sistema escrito. Así lo denuncia, por ejemplo, descarnadamente González Álvarez, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line] , julio 1996, Año 8, Núm. 11 [citado 15 noviembre 2007], sin paginación, al recordar que “en el sistema escrito la recepción de la prueba se caracteriza por estar delegada en oficiales receptores de prueba (escribientes, oficinistas, secretarios), que son los que escuchan los relatos de los testigos, de los peritos, de la víctima y del acusado, y luego los traduce en una acta que el Juez firma como si hubiera estado presente, con base en la cual tomará y sustentará sus conclusiones fácticas y jurídicas sobre el caso”. En el mismo sentido puede verse Chahuán Sarrás, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 288, quien constata que en el sistema escrito “la recepción de la prueba se caracteriza por estar mediatizada y delegada en oficiales subalternos que, con posterioridad, la vierten en un acta, para que sea conocida por el juez”.

caso el registro carece de la información que puede haber sido entregada mediante gestos corporales por parte del declarante.

Por último, el soporte de la declaración del testigo puede consistir en un registro audiovisual. En este caso no se han incrementado los problemas epistemológicos y el juzgador se ha enterado de toda la información entregada por la persona, tanto mediante el lenguaje verbal como a través del no verbal. En tal evento parece posible sostener que sólo se carece de uno de los aspectos que justifican la inmediación: la posibilidad de hacer preguntas al testigo. Sin embargo, la relevancia de este aspecto siempre dependerá de la configuración del respectivo sistema procesal penal. En lo demás, no parecen existir diferencias sustantivas entre la incorporación de este registro y la declaración directa ante el juzgador del caso¹⁵⁷.

Es claro que en ninguna de estas cuatro hipótesis se respeta el derecho fundamental a la inmediación, en el sentido que aquí ha sido definido. Sin embargo, parece igualmente claro que algunos soportes permiten cumplir de mejor manera que otros los objetivos de este derecho fundamental.

En el primero de estos casos el juzgador ni siquiera cuenta con las palabras efectivamente pronunciadas por el testigo que no ha podido comparecer. Según se indicó, sólo tiene lo que una persona escribió que el testigo dijo. Por tanto, no se tiene sólo una mediación entre el hecho y el juzgador, como ocurre cuando el testigo declara ante este último. Lo que se tiene es una doble mediación, pues entre el hecho y el juzgador están la interpretación del testigo respecto de los hechos y la interpretación del que redactó el registro respecto de las declaraciones del testigo. Por lo mismo, no se cumple en grado alguno los objetivos perseguidos por el derecho fundamental a la inmediación. Todo esto torna inadmisibles tal forma de registro, sin que importen las circunstancias que podrían motivar su incorporación al juicio.

En las últimas tres situaciones tampoco se respeta plenamente el derecho fundamental a la inmediación. Sin embargo, esas clases de soporte permiten cumplir en diversos grados los objetivos perseguidos por el mismo. Por tanto, desde el punto de vista de la inmediación, el registro escrito que es transcripción literal, el registro sonoro y el registro audiovisual deben ser admitidos en juicio¹⁵⁸. Todo ello, por cierto, siempre que el testigo se encuentre en la imposibilidad de comparecer al juicio.

¹⁵⁷ Una opinión en principio contraria a lo recién señalado expresa Luis Mora Mora en La importancia del juicio oral en el proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], junio 1991, Núm. 4 [citado 15 noviembre 2007], para quien la oralidad permite al juez “apreciar otras circunstancias que no podrían ser captadas por la escritura y quizás tampoco por otros medios como el video o la grabación”.

¹⁵⁸ Parece conveniente advertir que la definitiva sustitución del testigo por ciertos soportes de su declaración exige que, además de la inmediación, se cumplan otros requisitos. Uno de ellos es la contradicción y sobre ella se tratará más abajo en este mismo Capítulo.

3.2. La confesión de un imputado que guarda silencio en el juicio.

El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo se encuentra expresado no sólo en la Constitución española, sino también en diversas Constituciones latinoamericanas y en tratados sobre derechos humanos. Aunque sobre el mismo se volverá más abajo, corresponde aquí tratarlo exclusivamente desde el punto de vista del principio de inmediación.

Puede ocurrir que el imputado no ejerza su derecho a no declarar contra sí mismo en etapas previas al juicio y que preste una testificación autoincriminatoria. Y puede que sí lo ejerza en el juicio, absteniéndose de declarar frente al juzgador. En este escenario el problema consiste en dilucidar si resulta admisible sustituir la testificación del acusado en el juicio por el registro en que conste una declaración anterior.

Frente a ese problema parece posible encontrar dos posiciones extremas. La primera de ellas, que postula una rígida aplicación del derecho fundamental a la inmediación, conduce a un rechazo de la sustitución. Ello se justifica en que la admisión del registro de una confesión en lugar de la directa testificación del acusado impide que el juzgador reciba por sí mismo y desde la fuente directa la información que servirá de base a su decisión¹⁵⁹. Como se puede advertir, este rechazo se justifica en asegurar la indemnidad del derecho fundamental a la inmediación.

En una posición exactamente inversa se encuentra la jurisprudencia constitucional estadounidense. Como se sabe, en el famoso caso *Miranda v. Arizona*¹⁶⁰ la Corte Suprema de Estados Unidos dispuso la inadmisibilidad de la declaración prestada por un imputado que se encontraba bajo custodia policial por no haber sido advertido de sus derechos. Sin embargo, la propia jurisprudencia estadounidense ha precisado que, si el imputado renuncia a sus derechos, es admisible la declaración de los agentes que han presenciado su confesión¹⁶¹.

La propuesta de esta tesis no sigue una rígida aplicación del derecho fundamental a la inmediación, ni la poco garantista posición jurisprudencial estadounidense. La admisibilidad de sustituir la testificación del acusado por un registro de su confesión depende de dos clases de consideraciones: la clase de soporte en que consta la confesión y la credibilidad de la confesión.

¹⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia Roxin, aunque sobre una justificación diferente. A partir de la regla procesal penal alemana que prohíbe leer las declaraciones prestadas en la etapa preliminar por un imputado que decide guardar silencio en el juicio, este autor afirma que se debiera concluir “la inadmisibilidad de toda producción de prueba sobre la declaración anterior”. Ver Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp.400 y 401).

¹⁶⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436(1965).

¹⁶¹ Sobre la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos respecto de la admisibilidad de la declaración de un imputado que renuncia a su derecho a no declarar contra sí mismo se volverá más abajo.

En efecto, en primer lugar es necesario considerar la clase de soporte en que consta la confesión. Al igual que en el caso del testigo que no puede comparecer al juicio, es posible distinguir cuatro situaciones. Si el soporte consiste en un registro escrito que no es transcripción textual de la confesión del imputado, no puede admitirse la sustitución. Según se expresó más arriba al tratar esta misma situación, ni se cumple con el derecho fundamental a la inmediación, ni se cumplen sus objetivos en grado alguno. Si el soporte consiste en un registro escrito que es transcripción textual de lo confesado, si se trata de un registro sonoro o si el registro es audiovisual, la sustitución es eventualmente posible. Ello se debe a que, como también se indicó más arriba, aunque no se cumple con la inmediación, sus objetivos son alcanzados en algún grado.

Sin embargo, y a diferencia de lo sostenido respecto de testigos que no pueden comparecer al juicio, el logro (en algún grado) de los objetivos del derecho fundamental a la inmediación no basta para admitir la sustitución de la declaración del imputado por el registro de una confesión previa. En efecto, y en segundo lugar, respecto de las últimas tres clases de soporte es necesario considerar la credibilidad de la confesión. Si la información proveída por la confesión es creíble, la sustitución de la declaración por cualquiera de esos soportes es admisible. Por el contrario, si la información proveída por la confesión no es creíble, debe rechazarse tal sustitución. La credibilidad de la confesión se relaciona con las condiciones bajo las cuales puede considerarse creíble una confesión. Por tanto, se volverá sobre el mismo al tratar del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, en cuyo seno se tratará precisamente este problema.

4. Inmediación y oralidad.

La oralidad es un principio estructural fundamental en la configuración de los actuales sistemas procesal penales, sean acusatorio formal o inquisitivo reformado¹⁶². Así lo expresa, por ejemplo, el profesor Moreno Catena, para quien la oralidad es uno de los caracteres más relevantes del proceso penal¹⁶³. Precisamente por ello es necesario precisar

¹⁶² Se entiende aquí por sistema procesal penal acusatorio formal aquel en que la acción penal es sostenida por un órgano integrado a la administración del Estado o extrapoder (pero en ningún caso jurisdiccional), habitualmente denominado Ministerio Público o Ministerio Fiscal, desde el inicio de la investigación o instrucción y hasta el juicio oral inclusive. Se entiende por sistema inquisitivo reformado aquel en que la investigación o instrucción es confiada a un órgano perteneciente al Poder Judicial, el que entrega los antecedentes recabados al Ministerio Público para que sostenga la acción penal en el juicio oral. Es de notar que, pese a las evidentes diferencias orgánicas entre uno y otro modelo, algunos autores los confunden bajo cualquiera de las dos denominaciones recién expresadas o bajo el nombre de sistema mixto. Es, por ejemplo, el caso de Julio B. J. Maier en *Derecho procesal penal*, tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, segunda edición, primera reimpresión, pp. 449 a 453, de Castro Jofré, Javier en *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 46; de Molinari, Luciana, *El derecho de defensa en el juicio correccional. Su necesaria vinculación con el principio de imparcialidad* [on line], [citado 7 noviembre 2007], p. 5, de José Cafferata Nores en *Proceso Penal "mixto" y sistema constitucional /en/ Nueva Doctrina Penal, 1997/A*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ver especialmente pp. 73-74 y 78-80.

¹⁶³ Textualmente expresa el profesor Moreno Catena en *Presente y futuro del proceso penal español /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 71, que el actual sistema procesal penal español "se basa, entre otros caracteres relevantes, en que la investigación oficial la lleva a efecto un órgano judicial, el juez de instrucción, que habrá de ser diferente del juez encargado del enjuiciamiento; en que aparece un órgano público que sostiene la acción

que, sin embargo, nada aporta a lo ya expresado respecto del primero desde la perspectiva del juicio de hecho. Para comprender esta afirmación es necesario tener presente dos ideas.

Por una parte, la oralidad es un principio cuyo contenido diverge totalmente de la inmediación. Según se ha visto, este último derecho fundamental responde quién y de qué fuente debe percibir la información que servirá de base a la sentencia. El principio de oralidad, en cambio, en lo que se refiere al juicio¹⁶⁴, responde cómo se presentan en el juicio las fuentes de información, cómo se introduce al juicio la información de esas fuentes y cómo se desarrolla la discusión entre acusación y defensa¹⁶⁵.

Esta precisión estaría demás si no fuera por la confusión conceptual en que incurre más de algún autor. Así, por ejemplo, Castro Cofré afirma que la oralidad consiste en que “los antecedentes acumulados en el procedimiento penal relevantes para el juicio deben exponerse verbalmente en la etapa principal, de manera que la sentencia sólo pueda fundarse en aquello que el tribunal ha escuchado, visto, en fin, percibido a través de la exposición oral”¹⁶⁶.

Por otra parte, sin oralidad no hay inmediación¹⁶⁷, mientras que puede haber oralidad sin inmediación. En efecto, sólo se puede verificar el respeto del derecho a la inmediación si en forma verbal se cumplen las referidas tres acciones constitutivas del principio de oralidad: presentación de las fuentes, introducción de la información y discusión en el juicio. Por el contrario, se puede cumplir con el principio de oralidad sin que se verifique el derecho fundamental a la inmediación. Ello ocurre, por ejemplo, si el juez que ha presenciado el juicio es distinto del que dicta sentencia¹⁶⁸.

penal, el Ministerio Fiscal, y en que la sentencia se dicta sobre la base de un juicio oral y público en donde han de practicarse las pruebas”.

¹⁶⁴ La noción que se ofrece en este punto considera la oralidad exclusivamente desde el punto de vista del juicio penal. Más ampliamente, y siguiendo a Gómez Martínez, Carlos, La grabación de la imagen y del sonido en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador [on line], [citado 19 noviembre 2007], p. 11, puede decirse que “el principio de oralidad hace referencia a la forma de los actos jurídicos que puede ser oral o escrita”.

¹⁶⁵ Esta noción de oralidad ha sido construida a partir de la definición ofrecida por Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 393 y 394. Sin embargo, el autor alemán parece recoger sólo dos de estas tres preguntas en esa definición, al expresar: “El principio de *oralidad* indica que sólo el material procesal presentado y discutido oralmente (...) puede constituir la base de la sentencia”.

¹⁶⁶ Castro Jofré, Javier, Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 53.

¹⁶⁷ Al respecto Daniel González afirma que la mejor forma de alcanzar cualquiera de las dos dimensiones de la inmediación es la oralidad (Ver González Álvarez, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], julio 1996, Año 8, Núm. 11 [citado 15 noviembre 2007]). Luis Mora, en similar sentido, sostiene que la inmediación es una consecuencia de la oralidad (Ver Mora Mora, Luis Paulino, La importancia del juicio oral en el proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], junio 1991, Núm. 4 [citado 15 noviembre 2007]).

¹⁶⁸ Esta sustitución ha sido referida ya en una nota al pie anterior. Sin embargo, no parece irrelevante señalar que sobre la misma situación también ha debido pronunciarse el Tribunal Constitucional español en las sentencias 215/2005, de 12 de septiembre, 64/1993, de 1 de marzo, y 97/1987, de 10 de junio.

Tampoco sería necesario destacar esta segunda idea si no fuera por la confusión causal en que incurren algunas sentencias del propio Tribunal Constitucional español. Así, por ejemplo, en sentencia del 2005, claramente considera la inmediación como exigencia de la oralidad al expresar que “en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”¹⁶⁹. Según se ha dicho, la relación causal es exactamente inversa, es decir, la inmediación exige la oralidad.

De acuerdo con lo recién explicado, no hay inmediación sin oralidad, de modo que esta última es un mecanismo tendente a asegurar el cumplimiento de la primera. En consecuencia, toda idea sobre el impacto de la oralidad en la calidad epistemológica del proceso penal se encuentra ya expresada en lo dicho respecto del derecho fundamental a la inmediación.

5. Inmediación y calidad del juicio de hecho.

En el presente Título III se han expuesto el significado y las limitaciones del derecho fundamental a la inmediación, así como las colisiones que se producen entre este derecho y el interés en esclarecer los hechos investigados y sus partícipes. A continuación se explicitarán las consecuencias de tales afirmaciones respecto del criterio aquí sugerido para incrementar la calidad del juicio de hecho.

Según se ha dicho, el criterio de la distinción iusfundamental sugiere al juzgador rechazar todas aquellas diligencias de investigación y aquellas diligencias de prueba que impliquen la afectación de derechos fundamentales cuya indemnidad favorece la calidad del juicio de hecho. Inversamente, se sugiere la admisión de las diligencias de investigación y de prueba que afecten derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad el juicio de hecho.

Pues bien, en el presente Título se ha mostrado que la finalidad de la inmediación es asegurar que la información probatoria recibida por el juzgador provenga de la fuente que directamente capturó los hechos. Esta finalidad se erige sobre el siguiente supuesto: a menor cantidad de intermediarios entre quien ha percibido los hechos y el llamado a enjuiciarlos, mayor será la calidad del juicio de hecho. El cumplimiento de estos fines exige el respeto de la oralidad, pues ésta es condición necesaria de la inmediación. Si todo esto es efectivo, como aquí se postula, el derecho a la inmediación es de aquellos cuya indemnidad favorece el esclarecimiento del hecho y de los partícipes. Por tanto, el juez debe rechazar la información probatoria obtenida en diligencias de prueba que han infringido este derecho fundamental.

Se ha mostrado también que el derecho fundamental a la inmediación puede ser cumplido con diversa intensidad. Pues bien, frente a un cumplimiento parcial de este derecho se ha postulado la admisión de la información probatoria proveída. Ello se debe a que en tales

¹⁶⁹ Ver sentencia 215 de 2005, de 12 de septiembre, fundamento jurídico 2. Esta errónea concepción causal no es un hecho aislado pues se encuentra también, por ejemplo, en la STC 64/1993, de 1 de marzo.

casos los objetivos de la intermediación son alcanzados en algún grado. Por supuesto que en tales casos corresponderá al juzgador evaluar la aptitud probatoria de la información proveída, pero ello nada tiene que ver con la admisión o inadmisión de diligencias probatorias.

IV. El derecho fundamental a la contradicción.

1. Significado del derecho fundamental a la contradicción.

Como explican Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra, “en el proceso moderno se ha reafirmado la idea de que la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede lograrse sino mediante la oposición entre dos ideas contrapuestas, a través del choque entre la pretensión o acusación y su antitético pensamiento, esto es, la defensa o resistencia”. Como precisan los mismos autores, esto significa que a acusador e imputado “se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de poder hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le concede al acusado su derecho a ser oído con anterioridad a la sentencia”¹⁷⁰. Este es, precisamente, el principio de contradicción.

Este principio de contradicción, elevado a la categoría de derecho fundamental en el sistema jurídico español en virtud de la ya referida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, presenta contenidos y contornos singularmente confusos. Así, por ejemplo, se le ha identificado con el conjunto de “necesidades formales” vinculadas a un efectivo ejercicio del derecho de defensa¹⁷¹, con el derecho a la bilateralidad de la audiencia¹⁷², o con del derecho a ser oído¹⁷³, situaciones que son claramente diversas entre sí. Por otra parte, se han hecho afirmaciones tan contradictorias como que el derecho de defensa es una

¹⁷⁰ Moreno Catena, Víctor, Cortés Domínguez, Valentín, y Gimeno Sendra, Vicente, Introducción al Derecho procesal, Colex, Madrid, 1996, p. 294.

¹⁷¹ Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, segunda edición, primera reimpression, p. 552. Al respecto el argentino explica que de nada sirve el derecho constitucional a ser oído si no se prevén “actividades previas y consecuencias posteriores en relación al ejercicio de este derecho” y que el “desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como *principio de contradicción*”. (Las cursivas son del autor). Por tanto, este principio sería el conjunto de aquellos presupuestos y consecuencias que complementan el derecho a ser oído, el que a su vez “es la “base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a defenderse”. Como se puede advertir, la propuesta explicativa de Maier es singularmente intrincada.

¹⁷² Carocca Pérez, Alex, Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, pp. 31 a 97, ver especialmente p. 65. De modo singularmente simple el chileno precisa que el principio del contradictorio o de la audiencia bilateral significa que “el imputado puede oponerse a las alegaciones y actuaciones de la Fiscalía”.

¹⁷³ Amenta Deu, Teresa, La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal /en/ Nueva Doctrina Penal, 2000/A, De Puerto, Buenos Aires, 2000, ver especialmente p. 46 y 47. De acuerdo con lo sugerido por esta autora española el “principio de audiencia o contradicción” es “resumido en la frase *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*”.

manifestación del principio de contradicción¹⁷⁴, y que el principio de contradicción es una manifestación del derecho de defensa¹⁷⁵.

En medio de toda esta confusión, es necesario comenzar con la siguiente aclaración: el derecho fundamental a la contradicción efectivamente se relaciona con el derecho a la defensa, expresado en el artículo 24.2 de la Constitución española. Sin embargo, esa relación no se da exclusivamente con el derecho a la defensa. Y en los casos en que se da, ella no es tan indeterminada o arbitraria como se ha visto recién.

Ante todo cabe hacer presente que el principio de contradicción es un derecho fundamental que no sólo se confiere al imputado en un proceso penal. Como se verá, se trata de un principio vinculado con la calidad epistemológica del juicio de hecho y, en consecuencia, debe entenderse conferido a todos los intervinientes en el proceso penal. Esta sola circunstancia basta para advertir que no se vincula de manera exclusiva con el derecho de defensa que constitucionalmente ha sido atribuido al imputado.

Ahora bien, y en lo que se refiere al principio de contradicción mirado desde el punto de vista del imputado, no hay duda de su relación con el derecho de defensa. Sin embargo, el modo en que se produce esta relación no puede establecerse de manera arbitraria. El derecho fundamental a la contradicción es una de las facultades ínsitas en el derecho fundamental a la defensa. En efecto, quien se defiende tiene fundamentalmente tres posibilidades. Una de ellas es aceptar la imputación. La segunda es enfrentar la imputación cuestionando directamente los hechos, las pruebas o el Derecho contenidos en la misma. La tercera opción consiste en entregar antecedentes que, sin referirse directamente a los hechos, la prueba o el Derecho incluidos en la imputación, desvirtúan esta última¹⁷⁶. Estas tres opciones son manifestaciones del derecho de defensa, pero sólo la segunda constituye propiamente una manifestación del principio de contradicción.

De acuerdo con lo recién expuesto, y siempre desde la perspectiva del imputado, el derecho fundamental a la contradicción es una vía de ejercicio del derecho de defensa que consiste en enfrentar directamente la imputación. El ejercicio de la contradicción puede recaer sobre la prueba, sobre los hechos o sobre el Derecho contenidos en dicha imputación, debiendo distinguirse en cada caso entre los objetivos y las estrategias.

Respecto de la prueba, y reiterando ideas ya citadas del profesor Rafael De Asís, los objetivos de la contradicción pueden ser ofrecer un determinado punto de vista respecto de

¹⁷⁴ En este sentido Luciana Molinari en *El derecho de defensa en el juicio correccional*. Su necesaria vinculación con el principio de imparcialidad [on line], [citado 7 noviembre 2007], p. 5 afirma que el “derecho de defensa, como emanación del principio de contradicción, representa una piedra angular del sistema acusatorio”.

¹⁷⁵ Al respecto Quiróz Santaya, Carol Elisa, *El Principio de contradicción en el proceso penal peruano* /en/ *Revista Jurídica Cajamarca* [on line], enero-marzo 2003, año IV, Núm. 10 CAJAMARCA, [citado 4 diciembre 2007], sin paginación, afirma que “el principio de contradicción es sólo una de las expresiones y piezas fundamentales del Derecho a la Defensa”.

¹⁷⁶ Esta tercera posibilidad consiste, por ejemplo, en afirmar que el imputado se encontraba en un lugar distinto de aquél en que ocurrió el hecho investigado en el momento en que se cometió el ilícito.

la eficacia probatoria¹⁷⁷, la credibilidad¹⁷⁸, la interpretación del medio de prueba o la verosimilitud de los hechos alegados. Las estrategias al efecto pueden ser la contraexamen¹⁷⁹ de las respectivas fuentes o la presentación de prueba propia. Respecto de los hechos, el objetivo de la contradicción es demostrar que el hecho investigado no ha acaecido del modo expuesto en la imputación. Para estos efectos las estrategias pueden consistir en formular alegaciones que desvirtúen ese relato, u ofrecer interpretaciones alternativas frente a la información entregada por la prueba¹⁸⁰. En cuanto al Derecho, la contradicción tiene por objetivo evitar la aplicación de las disposiciones o normas propuestas por la imputación. La estrategia consiste en ofrecer una interpretación diversa de la ofrecida por la acusación para los enunciados normativos invocados.

Ahora bien, y tal como ha resuelto el Tribunal Constitucional español, “lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción”¹⁸¹. En otras palabras, no se trata de que se haya hecho uso de las estrategias a través de las cuales opera ese derecho fundamental. Para entender respetado este derecho basta que se haya generado la posibilidad de ejercerlas.

En síntesis, el derecho fundamental a la contradicción es una de las vías de ejercicio del derecho de defensa que consiste en enfrentar directamente los fundamentos de hecho, probatorios o jurídicos de la imputación. De este modo, la contradicción integra el derecho de defensa, sin identificarse con el mismo. Por tanto, el derecho fundamental a la contradicción es también diferente del conjunto de condiciones que deben cumplirse para un efectivo ejercicio del derecho de defensa, y no debe confundirse con ellas. Esas condiciones son, fundamentalmente, la existencia de una imputación, que la imputación sea conocida por el penalmente perseguido, asistencia letrada, ser oído por el juzgador, y congruencia entre acusación y sentencia¹⁸².

¹⁷⁷ Según se expresó en el Capítulo II de esta Primera Parte, la aptitud probatoria de los medios de prueba se relaciona con la pertinencia, relevancia, necesidad y legitimidad de la información que portan.

¹⁷⁸ Según se expresó en el Capítulo II de esta Primera Parte, la credibilidad de la información probatoria se relaciona con la imparcialidad, idoneidad y fidelidad del medio de prueba que le sirve de soporte.

¹⁷⁹ El Tribunal Constitucional español ha sostenido que “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es una expresión del principio de contradicción (ver STC 142/2006, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3, y 65/2007, de 27 de marzo, fundamento jurídico 2, la que se funda en precedentes del propio Tribunal Constitucional).

¹⁸⁰ Como se sabe, la información entregada por las diversas fuentes probatorias es susceptible de diversas interpretaciones. Al respecto expresa Coloma Correa en *Vamos a contar mentiras, tralará...*, O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 46, “La realidad se puede reconstruir no sólo desde una única perspectiva sino que, al contrario, da cabida a que a partir de unos mismos hechos no discutidos puedan presentarse distintas historias explicativas. Las decisiones judiciales se construyen bajo el supuesto que cada parte que interviene en un conflicto presenta las mejores historias construidas desde su punto de vista”.

¹⁸¹ Ver sentencias 200/1996, de 3 de diciembre, fundamento jurídico 3; y 142/2006, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3.

¹⁸² Para más información respecto de lo que aquí se denomina condiciones para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa puede consultarse, por ejemplo, Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, segunda edición, primera reimpresión, pp. 553-577, y Amenta Deu, Teresa, *La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal* /en/ Nueva Doctrina Penal, 2000/A, De Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 49-53.

2. Contradicción y juicio de hecho.

2.1. El proceso como lugar de controversia.

Siguiendo a Marina Gascón, el proceso penal es un espacio de conflicto y no de cooperación¹⁸³. En otras palabras, es un lugar en el que naturalmente existe controversia entre quien sostiene la pretensión punitiva y el que se defiende de la misma¹⁸⁴. Esta constatación permite explicar que el juzgador se vea tensionado por sucesivas opciones fácticas y normativas contradictorias (o al menos divergentes) a lo largo del proceso.

En efecto, y desde una perspectiva fáctica, Michele Taruffo destaca que “[e]n el ámbito del proceso se verifican continuamente situaciones de contraste dialéctico en las cuales son realizadas varias narraciones a propósito de los hechos jurídicamente y lógicamente relevantes”. Esto significa, como explica el mismo autor, que “cada hecho, puede ser objeto de enunciados diferentes y contrastantes (es decir: a cada enunciado se puede oponer otro diferente y contradictorio)”¹⁸⁵.

Desde un punto de vista normativo, pueden existir, y normalmente existen, incompatibles opciones respecto de las normas penales materiales aplicables a los hechos enjuiciados. Así, por ejemplo, se puede discrepar respecto de si la conducta desplegada por el agente es constitutiva de robo o de hurto. Del mismo modo, pueden ofrecerse contradictorias interpretaciones en relación con el alcance de las referidas normas penales, es decir, acerca del espectro de conductas subsumibles en la prescripción normativa. Así, por ejemplo, se puede sostener simultáneamente el cumplimiento o incumplimiento del requisito de proporcionalidad en el medio utilizado para repeler un ataque en caso de legítima defensa. Por cierto no se trata de un problema de mala fe.

Mostrado que el proceso es un lugar de controversia tanto en lo fáctico como en lo jurídico, corresponde centrarse en lo primero.

Si el proceso es un lugar de conflicto en el que se presentan narraciones integradas por enunciados fácticos inconciliables que deben ser acreditados, el impacto sobre la información probatoria es inevitable. En efecto, sólo los enunciados sobre los hechos que resulten suficientemente avalados por la información probatoria, o al menos más avalados que el enunciado que se le opone, podrán justificar la decisión del juzgador. Y esto se debe a que, como dice Alex Carocca, el relato que prevalece, “teniendo en cuenta que se trata de hechos del pasado que no fueron presenciados por el juez, se logra siempre mediatizado por

¹⁸³ Gascón Abellán, Marina, Concepciones de la prueba. Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 52.

¹⁸⁴ En este mismo sentido, Calvo González en La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo) /en/ Calvo González, José (coord.), Verdad [narración], justicia, Universidad de Málaga, servicio de publicaciones, España [on line], 1998 [citado 7 diciembre 2007], p. 8, expresa: “El Proceso judicial es el desafío entre partes antagónicas acerca de la ocurrencia histórica de unos hechos, y en ningún lugar mejor que en él se puede afirmar que los hechos nunca hablan por sí mismos”.

¹⁸⁵ Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], p. 24.

terceros”¹⁸⁶. Casi está demás advertir que la presunción de inocencia introduce importantes matices a lo recién afirmado, según se vio más arriba¹⁸⁷.

En este escenario de controversia prevalecerá el relato de los hechos que resulte mejor acreditado. Por tanto, esos relatos podrían utilizar de muy diversa manera la información probatoria disponible para acreditar sus respectivos enunciados fácticos.

Así, quien sostenga un determinado relato acerca de los hechos ciertamente destacará las aptitudes de la información probatoria en orden a acreditar sus propios enunciados fácticos. Quien sostenga un relato incompatible con el del primero, seguramente relevará los defectos de idoneidad, imparcialidad o credibilidad de esa información probatoria. O, eventualmente y dependiendo de circunstancias estratégicas, intentará comprobar alguno de sus propios enunciados fácticos utilizando esa misma información probatoria.

Del mismo modo, quien esté interesado en confirmar un cierto relato (formulado a través de enunciados fácticos) probablemente extraerá de los medios de prueba que lo respalda determinada información y no otra. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con los agentes policiales al momento de interrogar al imputado, que alegaba legítima defensa, y a su cónyuge en el caso Crawford v. Washington. A la pregunta policial respecto de si la víctima tenía algo en las manos tras la agresión, la cónyuge respondió dubitativamente que no. El imputado, en cambio, no fue preguntado sobre este punto por los agentes, como acertadamente destaca la Corte Suprema en la respectiva sentencia¹⁸⁸.

Por tanto, y en definitiva, el proceso penal es un lugar de controversia en el que los medios de prueba pueden entregar información diversa dependiendo de lo que se quiera extraer de ella. Del mismo modo, la información probatoria puede presentar fortalezas y debilidades en orden a acreditar los enunciados fácticos que sustenta. Todo esto, como se verá a continuación, pone de manifiesto la relevancia del principio de contradicción.

2.2. Ventajas de la confrontación en un contexto de controversia.

Admitido, pues, que el proceso penal es un lugar de controversia, no es difícil justificar la importancia de la confrontación en el ámbito probatorio. En primer lugar, permite a las partes obtener de los medios de prueba el máximo de información en respaldo de los relatos en competencia, así como destacar sus méritos y debilidades persuasivos. En segundo lugar, y como consecuencia, incrementa la calidad de la información que es posible obtener de los medios de prueba. A continuación se revisan brevemente ambas ideas.

La relevancia de la confrontación desde la perspectiva de la información que se puede obtener de la prueba por las partes ha sido destacada por diversos autores, quienes ponen el

¹⁸⁶ Carocca, Alex, La prueba en el nuevo proceso penal /en/ El nuevo proceso penal, Cuadernos de trabajo, Universidad Diego Portales, Núm. 2, Santiago de Chile, 2000, p. 177.

¹⁸⁷ En efecto, el imputado puede optar por dedicarse sólo a desvirtuar las evidencias de la acusación o, si lo prefiere, a acreditar sus propios enunciados fácticos. Sólo en este último caso deberá aportar evidencia si desean prevalecer sobre los de la acusación. Los enunciados fácticos de esta última, en cambio, siempre deberán estar respaldados por ella si pretenden imponerse sobre los ofrecidos por el imputado.

¹⁸⁸ Caso Crawford v. Washington, No. 02-9410 (2004), apartado V, subapartado C, párrafo tercero.

acento en la idea de control recíproco. Así, por ejemplo, para Sabas Chahuán “el principio del contradictorio garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad que ellos tengan la posibilidad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones tanto sobre la prueba propia como respecto de la de los otros”¹⁸⁹. Por su parte, afirma Daniel González: “En el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que ellos tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso, apreciando la manera que las demás partes también realizan esa misma labor y luego, debe garantizarse que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones”¹⁹⁰.

Desde el punto de vista de la calidad de la información que pueden proveer los medios de prueba, la importancia de la confrontación ha sido concisamente precisada por Rodrigo Coloma. . Al efecto sostiene que la contradicción en el ámbito procesal penal se corresponde con la posibilidad propia del método científico de poner en duda cualquier hipótesis e información que la sustente¹⁹¹. La falta de contradicción, por su parte, añade el autor, genera información de mala calidad "pues no ha sido debidamente testada"¹⁹². En similar sentido se pronuncia la Corte Suprema estadounidense. Según expresa en el mismo caso *Crawford v. Washington*, el objetivo último de la cláusula de confrontación “es asegurar la credibilidad de la evidencia, por lo que es más una garantía procesal que una sustantiva”. Y añade que ella dispone “no que la evidencia es creíble, sino que la credibilidad sea valorada de una manera particular: mediante su testeo en el crisol de la contraexaminación”. Persuasivamente, la Corte concluye esta exposición afirmando que la cláusula de confrontación “refleja un juicio no sólo respecto de la conveniencia de la evidencia creíble (...), sino acerca de cómo la credibilidad puede ser mejor determinada”¹⁹³.

En definitiva, la contradicción es un mecanismo que incrementa las posibilidades de seleccionar la mejor explicación para un determinado hecho punible. Y las incrementa porque somete a evaluación cada uno de los relatos así como la información probatoria que los sustentan. En otras palabras, permite el control de cada uno de los diversos enunciados fácticos y de los elementos en que ellos se apoyan para ser acreditados. Según se ha visto, en un escenario de medios de prueba e información probatoria que pueden justificar relatos factuales incompatibles, la necesidad de testeo es fundamental.

¹⁸⁹ Chahuán Sarrás, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 291.

¹⁹⁰ González Álvarez, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line] , julio 1996, Año 8, Núm. 11 [citado 15 noviembre 2007], sin paginación.

¹⁹¹ Rodrigo Coloma en Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno /en/ Rodrigo Coloma Correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, mayo de 2003, ver especialmente cuadro ubicado en p. 10.

¹⁹² Rodrigo Coloma en Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno /en/ Rodrigo Coloma Correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, mayo de 2003, pp. 17 y 18.

¹⁹³ Caso *Crawford v. Washington*, No. 02-9410 (2004), apartado V, subapartado A, párrafo primero.

3. Admisibilidad de la información obtenida sin contradicción.

De acuerdo con lo expresado, el derecho fundamental a la contradicción es central en orden a determinar si la persona ha incurrido en el hecho investigado. En consecuencia, no parece posible admitir la incorporación de información probatoria tendente a probar que una persona ha incurrido en el hecho investigado (o que no ha incurrido en el mismo) si esa información no es sometida a contradicción. En este sentido se ha declarado expresamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹⁹⁴. Es, además, una disposición establecida por la influyente American Bar Association, de Estados Unidos, entre los estándares del juicio oral¹⁹⁵.

Igualmente, en principio no resulta posible admitir la declaración prestada con anterioridad al juicio por un testigo que luego no concurre al mismo. Esta regla sólo puede excepcionarse si se cumplen cuatro requisitos. El primero fue expresado al tratar de la inmediación y consiste en que el testigo se encuentre en la imposibilidad de presentarse al juicio oral. El segundo consiste en que se cuente con una declaración formalmente prestada por el testigo y de la cual haya quedado registro. El tercero es que esta declaración se haya obtenido bajo contradicción, es decir, dando a las partes la posibilidad de interrogarlo y contrainterrogarlo. El último requisito es que aquella declaración se incorpore al juicio mediante su lectura o reproducción.

¹⁹⁴ Reiterando su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional español dispuso en la sentencia 94/2002, de 22 de abril, lo siguiente: “Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada Jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo los correlativos actos de investigación en los que las preguntas a las partes han de formularse a través del Juez de Instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4)”.

¹⁹⁵ Así lo ha establecido la American Bar Association respecto de las declaraciones anteriores, según puede advertirse en ABA standards for criminal justice. Discovery and trial by jury, third edition, United States of America, 1996. Al respecto expresa dicho colegio de abogados que “the court may order a deposition taken to perpetuate the testimony of a prospective material witness if the court finds that there is reason for believe that he witness will be unable to be present and to testify at trial because of serious illness or other comparable serious reason, and that it is necessary to take the witness’s deposition to prevent a failure of justice”. Y añade: “the court should make provision for de defendant to be present at the taking of the deposition and should make such other provisions as are necessary to preserve the defendant’s right to confrontation of witnesses”. Y concluye estableciendo que una declaración así obtenida “may be introduced in evidence at trial”.

Pero esta regla tiene aplicaciones todavía más estrictas. No es posible admitir como información probatoria, por ejemplo, los datos entregados a los teléfonos de emergencia policial sin confrontación de quien los ha proveído. Ni siquiera es admisible introducir la información probatoria entregada a un psicólogo u otro especialista por un menor de edad sexualmente abusado si no se ha dado, con los debidos resguardos, la oportunidad de contraexamen del menor. En fin, y más ampliamente, no cabe aceptar la distinción entre declaraciones testimoniales y no testimoniales para admitir la información proveída por esta última categoría sin previa contradicción¹⁹⁶.

En este punto conviene distinguir claramente dos situaciones del todo diversas. Una cosa es el uso de información no sometida a contradicción para determinar en juicio qué persona ha incurrido en el hecho investigado. Otra cosa es el uso de información no sometida a contradicción para desarrollar diligencias de investigación tendentes a determinar quién ha incurrido en el hecho investigado. La primera situación es inadmisibles pues la decisión judicial debe fundarse en información de buena calidad. Y, según se ha expresado, el procedimiento para determinar la calidad de la información que servirá de base a la decisión judicial es la contradicción. Por el contrario, el uso de información no sometida a contradicción para desarrollar investigaciones tendentes a determinar quién ha incurrido en el hecho investigado sí es admisible. Eso se debe a que la calidad de esa información se mide por su aptitud para conducir hacia antecedentes que permitan esclarecer el hecho y la participación, sin más limitación que el respeto de los derechos fundamentales.

4. Contradicción y calidad del juicio de hecho.

Según se ha señalado con insistencia, el criterio de la distinción iusfundamental propone que el juez niegue lugar a las diligencias de investigación y a las diligencias de prueba cuya realización exija perturbar el disfrute de derechos fundamentales cuya intangibilidad incrementa la calidad del juicio de hecho. Inversamente, este criterio le sugiere aceptar aquellas actuaciones de investigación y de prueba cuya realización perturbe derechos fundamentales cuya indemnidad disminuye la calidad el juicio de hecho.

Para aplicar este criterio al principio de contradicción, conviene recordar que el proceso penal no es un lugar de colaboración, sino de controversia. Esto tiene implicaciones tanto fácticas como probatorias. En efecto, y por una parte, significa que al juzgador se le presentan relatos fácticos incompatibles respecto de los hechos investigados, así como de los partícipes en el mismo. Por otra parte, significa que las partes (o intervinientes)

¹⁹⁶ Esta es la distinción propuesta por la Corte Suprema de Estados Unidos en la sentencia *Crawford v. Washington*, No. 02-9410 (2004), y que el voto de minoría cuestiona debido a su insuficiente desarrollo. Esta vaguedad ha llevado a la doctrina a pronunciarse sobre el tema. Así, por ejemplo, Robert Calhoun en *Confrontation Clause analysis after Crawford v. Washington* [on line], [citado 30 noviembre 2007], pp. 3 y 7, ofrece ejemplos que permiten considerar testimoniales sólo las declaraciones que incriminan directamente a una persona en particular. Por tanto, no tendrían tal calidad las afirmaciones de quien pide ayuda sin responsabilizar a nadie en particular. Del mismo modo, probablemente las declaraciones relativas al crimen (no al partícipe) no se deberían considerar testimonio. En la misma perspectiva, cita una sentencia de la Corte Suprema del Estado de California, que determinó que una llamada de un tercero a los servicios de emergencia (no la víctima) que daba la patente y describía el vehículo desde el cual se habían realizado los disparos no constituía una declaración testimonial.

presentan medios de prueba diferentes, extraen de éstos diversa información probatoria y ofrecen incompatibles interpretaciones respecto le la aptitud persuasiva de esta última.

En ese escenario, el principio de contradicción se erige en un importante mecanismo de testeo de la credibilidad de los hechos defendidos por las partes. Por lo mismo, se trata de un mecanismo tendente a incrementar la calidad del juicio de hecho. Esta afirmación se sustenta en el siguiente supuesto: el esclarecimiento de los hechos y de la participación resulta mejor asegurada en el crisol de la contradicción que en el desempeño de un solitario e incontrovertido investigador acucioso.

En consecuencia, el respeto del derecho fundamental a la contradicción favorece el esclarecimiento del hecho y de los partícipes. Por tanto, el juez debe rechazar la información probatoria obtenida en diligencias de prueba que han infringido este principio iusfundamental. Por el contrario, debe admitir aquella información probatoria que ha sido obtenida con pleno respeto del mismo.

Por último, conviene reiterar aquí una precisión nada insignificante. El derecho fundamental a la contradicción es una exigencia dirigida a las diligencias de prueba. Por tanto, no se relaciona con las diligencias de investigación. De esta precisión deriva la posibilidad de rechazar la información probatoria que proviene de las primeras si no se han obtenido bajo contradicción. Y deriva también la posibilidad de admitir el resultado de las diligencias de investigación que se han producido sin respetar este principio.

V. El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

1. Significado del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo.

Según se ha visto, el carácter iusfundamental del derecho a no declarar contra sí mismo es indiscutible. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de determinar su significado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español presenta serias dificultades al relacionar ese derecho fundamental con otras situaciones jurídicas¹⁹⁷, como guardar silencio¹⁹⁸. Del mismo modo, parece existir cierta confusión entre el no declarar contra sí

¹⁹⁷ Se utiliza aquí la expresión situaciones jurídicas como una forma de advertir que no colaborar en la propia incriminación y guardar silencio sólo son derechos fundamentales si pueden considerarse pretensiones morales expresadas en una norma de derecho positivo.

¹⁹⁸ La jurisprudencia constitucional no mantiene una doctrina coherente respecto de la relación entre los derechos a no declarar contra sí mismo, al silencio y a no autoincriminarse. Por una parte, diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español permiten inferir que el derecho a guardar silencio constituye una manifestación del derecho a no declarar contra sí mismo. Así, por ejemplo, la STC 142/2006, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3, insiste en que el coimputado “a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que *puede callar parcial o totalmente* en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”. (La cursiva es nuestra). La misma doctrina puede encontrarse en la STC 30/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico 4. En sentido exactamente inverso sostiene que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable es uno de los componentes del derecho a guardar silencio. En efecto, la STC 127/2000, de 16 de mayo, fundamento jurídico 4, expresa que “ciertamente, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no

mismo y otros derechos relacionados con el mismo, como no declarar bajo juramento, no colaborar en la propia incriminación y utilizar al imputado como “objeto de prueba”. En consecuencia, se hace necesario proponer un significado útil y convenientemente justificado que, además, eche luz sobre la relación entre todas estas situaciones jurídicas.

Pues bien, parece posible afirmar que el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo es de carácter permisivo. Además, se trata de un derecho conferido a quien se imputa la participación en un hecho aparentemente delictivo. En consecuencia, la prescripción ínsita en este derecho podría expresarse así: se permite al imputado no declarar contra sí mismo.

Esta permisión, a su turno, comprendería tres facultades perfectamente compatibles entre sí, aunque alternativas entre ellas. La primera es guardar silencio. Si el imputado renuncia a esa facultad, las otras dos opciones son declarar en su favor y confesar¹⁹⁹. El silencio puede considerarse la faz pasiva del derecho a no declarar contra sí mismo. Que el imputado pueda declarar en su favor, por su parte, constituye la faz activa del mismo derecho. La posibilidad de confesar, por último, se opone a la permisión de no declarar contra sí mismo y expresa una renuncia a la misma²⁰⁰. En lo que sigue se analizará concisamente cada una de estas tres facultades.

contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH Saunders, de 8 de febrero de 1996, § 68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable”. Como se puede advertir, en esa misma sentencia el Tribunal Constitucional parece identificar los derechos a no declarar contra sí mismo y a no colaborar en la propia incriminación. En fin, incluso parece identificar, como si fueran sinónimos, el derecho al silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo. Al respecto la STC 202/2000, de 24 de julio, expresa en su fundamento jurídico 3 que “no consta que el derecho a no ser obligado a declarar en el momento de la detención no fuese garantizado a la recurrente. En efecto, nada se indica en la demanda, ni se desprende tampoco de las actuaciones, acerca de la existencia de impedimento alguno a la recurrente para ejercitar su derecho a guardar silencio en aquel momento, porque se hubiese visto forzada o coaccionada a declarar ante los agentes de la autoridad (STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4)”.

¹⁹⁹ Binder en *Introducción al Derecho procesal penal*, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 1999, pp. 181 y 182, expresa que el imputado tiene el derecho al silencio, el derecho a declarar lo que desee y la facultad de confesar, pero que esta última “es personalísima, se funda exclusivamente en la voluntad del imputado”. En similar sentido, aunque sin incluir la opción del silencio, Carlos Enrique Edwards en *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132, sostiene que el imputado tiene tanto “la posibilidad de alegar su inocencia o de atenuar su responsabilidad penal”, como el “derecho a admitir que ha cometido el delito”.

²⁰⁰ Las expresiones “faz activa” y “faz pasiva” son utilizadas por Zapata García, *La prueba ilícita*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 88. La autora identifica la primera con ser oído y la segunda con guardar silencio. Sin embargo, la expresión ser oído es más amplia que el solo derecho a prestar declaración, de modo que no se puede seguir a la autora en este punto. En efecto, y como expresa Castro Jofré, Javier, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 199, ser oído comprende formular alegaciones, prestar declaración y presentar pruebas, entre otras. Por todo ello, si bien se ha mantenido la distinción entre faz activa y faz pasiva sugerida por Zapata García, aquí se ha empleado con un significado diverso del propuesto por ella.

1.1. La facultad de guardar silencio.

No parece difícil suscribir que en lo más nuclear del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo parece encontrarse el derecho a guardar silencio, como plantea Quispe²⁰¹. Por lo demás, así se puede inferir de la identificación entre ambos derechos propuesta por cierta parte de la doctrina²⁰², aún cuando no sea posible compartir esta identificación. En efecto, a quien se le permite no declarar contra sí mismo se le está permitiendo, ante todo, guardar silencio. Más aún, se puede afirmar que esta facultad constituye el modo más elemental de evitar una declaración en contra de sí mismo.

La posibilidad de guardar silencio, no declarar o permanecer callado, todas expresiones sinónimas, implica dos cosas. Por una parte, se traduce en la prohibición de forzar o coaccionar la declaración del imputado, quien siempre debe conservar la libertad de ejercer la facultad de no declarar²⁰³. Por otra parte, implica la imposibilidad de penalizar el silencio del imputado, es decir, la prohibición de obtener conclusión alguna en su perjuicio a partir del ejercicio del derecho a permanecer callado²⁰⁴.

²⁰¹ Quispe Farfán en El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú, Tesis de Postgrado presentada en la Escuela de Postgrado de la Universidad Mayor de San Marcos, Perú [on line], 2002 [citado 13 diciembre 2007], pp. 22 y 23, utiliza como sinónimas las expresiones no declarar contra sí mismo y no incriminarse. Y añade en la p. 56: “El derecho a guardar silencio se encuentra comprendido dentro de la cláusula de no incriminación”.

²⁰² Así, por ejemplo, Carocca Pérez, Alex, en Garantía constitucional de la defensa procesal, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 477 y 478 hace sinónimos los derechos a no declarar contra sí mismo y al silencio. La misma identificación realiza Cabedo Mallol, Vicente. Los derechos del detenido, del acusado-imputado y del condenado en la Constitución Española de 1978, CC. [on line], marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 [citado 10 diciembre 2007], p. 7, quien al explicar el “derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, mediante extracto de una sentencia del Tribunal Constitucional español, concluye: “Queda así configurado el derecho fundamental a guardar silencio”.

²⁰³ González Ayala en Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999, p. 88, expresa que este derecho impone “el deber de no obligar, de no compeler al detenido a declarar”. Por su parte la sentencia del Tribunal Constitucional 202/2000, fundamento jurídico 3, expresa: “no consta que el derecho a no ser obligado a declarar en el momento de la detención no fuese garantizado a la recurrente. En efecto, nada se indica en la demanda, ni se desprende tampoco de las actuaciones, acerca de la existencia de impedimento alguno a la recurrente para ejercitar su derecho a guardar silencio en aquel momento, porque se hubiese visto forzada o coaccionada a declarar ante los agentes de la autoridad (STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4)”.

²⁰⁴ En este sentido Franco Cordero en Procedimiento penal, Tomo I, Temis, Bogotá, 2000, p. 214, destaca que “el silencio no significa nada para los fines de la decisión”. Por su parte Alberto M. Binder en Introducción al Derecho procesal penal, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 1999, p. 181, afirma que “del silencio del imputado, de su negativa a declarar o de su mentira no se pueden extraer argumentos *a contrario sensu*”. A su turno la STC 202/2000, de 24 de julio, expresa en su fundamento jurídico 3: “el objeto del presente recurso de amparo se ciñe a determinar si la condena recaída en la instancia, y ratificada en casación, ha podido vulnerar el derecho de la recurrente a no declarar (art. 17.3 CE) y, en relación con ello, a la presunción de inocencia (24.2 CE), enervada, no sobre la base de prueba directa, sino en virtud de inferencia derivada de su negativa a declarar, penalizándose así el ejercicio de su derecho a guardar silencio”.

1.2. Las facultades de declarar en su favor y confesar. El problema del juramento.

La facultad de guardar silencio es una permisión establecida a favor del propio imputado. En consecuencia, se trata de una posibilidad esencialmente renunciabile²⁰⁵. Eso significa que, si lo desea, el imputado puede prestar declaración. Ahora bien, el imputado que presta declaración puede hacerlo en uno de dos sentidos: para formular enunciados que le favorezcan o para confesar. Según se expresó, estas facultades expresan, respectivamente, la faz activa del derecho a no declarar contra sí mismo y una renuncia a este mismo derecho.

Las facultades de declarar en su favor o de confesar obligan a relacionar el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo con la posibilidad de no declarar bajo juramento. En particular se trata de determinar si existe alguna relación necesaria entre aquellas facultades y el no declarar bajo juramento. Pues bien, y pese a la confusión de algunos autores²⁰⁶, la respuesta es no. En efecto, el Derecho comparado muestra que se trata de derechos de consagración independiente el uno del otro. De este modo, se puede conferir el derecho a no declarar contra sí mismo y concederse o no concederse el derecho a declarar sin prestar juramento.

Así, por ejemplo, la Constitución de Estados Unidos confiere el derecho a no ser testigo contra sí mismo²⁰⁷. A partir de ello la Corte Suprema de ese país ha prescrito que el imputado que desea declarar tiene el derecho de hacerlo bajo juramento²⁰⁸, más que por considerársele testigo²⁰⁹, para conferirle una credibilidad semejante a la de un testigo²¹⁰. De este modo, tiene el derecho a no declarar, pero también el derecho y el deber de hacerlo bajo juramento si renuncia al silencio. En consecuencia, si toma esta última opción está obligado a decir la verdad o a sufrir las consecuencias jurídicas de faltar a la misma. Esto se

²⁰⁵ Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, Derecho procesal penal chileno, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 85 y 86. En el mismo sentido, Camps Zeller, José Luis, La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 144.

²⁰⁶ En este error incurre, por ejemplo, Nogueira Alcalá, Humberto, La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line]. diciembre 2002, Vol. 13 [citado 06 Abril 2008], p. 182, cuando expresa: “Prohibir la obligación de prestar juramento a los presuntos culpables obedece a un principio admitido hoy en todas las legislaciones y por la mayoría de los tratadistas, según los cuales no se puede exigir al inculcado en que colabore en su perjuicio o que preste auxilio para que se le persiga en su delito”.

²⁰⁷ Textualmente la quinta enmienda a la Constitución de Estados Unidos expresa que “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”. Pese a su lejanía semántica con la disposición del artículo 24.2 de la Constitución española que confiere el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, su afinidad prescriptiva es evidente.

²⁰⁸ La Corte Suprema de Estados Unidos ha afirmado que declarar bajo juramento es un derecho del imputado. Ver *Rack v. Arkansas*, 483 U.S. 44.

²⁰⁹ Para Quispe Farfán en El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú, Tesis de Postgrado presentada en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú [on line], 2002 [citado 13 diciembre 2007], el fundamento de que el imputado declare bajo juramento en el sistema penal estadounidense se encuentra en que se le considera testigo. Al respecto textualmente expresa en la p. 58 que “en el sistema norteamericano el procesado acude como testigo”.

²¹⁰ Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, Derecho procesal penal chileno, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 82.

debe a que, como explica Rita A. Fry, el bajo el sistema estadounidense el imputado no tiene el derecho de cometer perjurio²¹¹.

Por el contrario, y siguiendo la tradición europea continental, el sistema jurídico español permite al imputado permanecer callado y, en caso de renunciar a ese derecho, declarar sin prestar juramento²¹². Esto significa que no le resulta exigible decir la verdad²¹³, de modo que algunos afirman que puede declarar a su favor incluso falsamente²¹⁴. Más allá de este debate, es evidente que bajo el sistema jurídico español coexisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no declarar bajo juramento.

En síntesis tanto declarar bajo juramento como no declarar bajo juramento tendrán la calidad de derechos, y particularmente de derechos fundamentales, sólo si el respectivo sistema jurídico así lo determina en las condiciones que más arriba se han explicado al definir la expresión derechos fundamentales. Por lo demás, en cualquier evento su tratamiento jurídico es independiente del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo²¹⁵.

1.3. No declarar contra sí mismo y no colaborar en la propia incriminación.

Con lo dicho hasta aquí se ha esclarecido la relación existente entre el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y las facultades de guardar silencio, declarar a favor de sí

²¹¹ “The Sixth amendment guarantees each defendat the right to testify in their own behalf, and only the defendant can waive that right”. “However, a defendant’s right to testify does not include the right to commit perjury”, expresa Rita A. Fry, *Calling defense witnesses: Whose case is this anyway?* /en/ Rodney J. Uphoff (ed.), *Ethical problems facing the riminal defense lawyer. Practical answers to tough questions*, American Bar Association, 1995, p. 76.

²¹² Artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²¹³ En este sentido, expresa Binder, Alberto M., en *Introducción al Derecho procesal penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, segunda edición, junio de 1999 p. 181 que “se puede decir que el imputado no tiene el deber de declarar la verdad. Es decir, sea que declare la verdad o que oculte información, no estará haciendo otra cosa que ejercer su derecho a la propia defensa y de ninguna manera incumpliendo un deber”. Sin embargo, como expresa Franco Cordero, en *Procedimiento Penal, Tomo I*, Temis, Bogotá, 2000, p. 214, en ciertos casos el imputado podrá ser penalizado por ese silencio (como en el caso del secuestrador que no declara el lugar en que se encuentra el secuestrado y éste perece de inanición), o por esa falsa declaración (por ejemplo, cuando comete calumnia).

²¹⁴ Estas afirmaciones conducen al debate acerca del derecho a mentir que tendría el imputado, cuestión que en todo caso excede los intereses del presente trabajo. Una descripción del estado del debate acerca de este tema puede encontrarse en Quispe Farfán, Fany Soledad, *El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú*, Tesis de Postgrado presentada en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú [on line], 2002 [citado 13 diciembre 2007], especialmente en el Capítulo 3.

²¹⁵ Incluso el derecho a no declarar bajo juramento es independiente del derecho a guardar silencio. En este sentido Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno, tomo II, Jurídica de Chile*, Santiago de Chile, 2005, destacan que la Constitución chilena en el artículo 19, número 7, expresa: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio” (p. 79 y 80). Esta disposición es perfectamente armónica con el art. 320 del Código de Procedimiento penal (de corte inquisitivo y recientemente derogado), que disponía que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento, pero que el juez le exhortará a decir la verdad y le advertirá que “debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere”. A partir de esa y otras disposiciones los autores concluyen que “bajo este Código, nunca se concibió como una alternativa legítima para el imputado la de guardar silencio” (p. 80).

mismo y confesar. Además, se ha mostrado la autonomía existente entre aquellas permisiones y el declarar (o no declarar) bajo juramento. Corresponde, por último, determinar cuál es la relación existente entre el derecho a no declarar contra sí mismo y el no colaborar en la propia incriminación.

Colaborar importa prestar cualquier tipo de asistencia o apoyo. De acuerdo con ello, el derecho a no declarar sería sólo uno de los modos a través de los cuales se puede colaborar en la propia incriminación²¹⁶. Otros modos de colaborar se darían, por ejemplo, forzando al imputado a constituirse en “objeto de prueba”²¹⁷, o a entregar antecedentes que lo incriminen. De este modo, no declarar contra sí mismo presenta un significado más restringido que el no colaborar en la propia incriminación. En consecuencia, el primero constituiría una especie o manifestación de este último.

Así esclarecido el problema conceptual, conviene reiterar que aquí sólo se abordará el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. Por tanto, se excluyen del análisis que sigue el más amplio no colaborar a la propia incriminación y el constitutivamente distinto no declarar bajo juramento.

2. No declarar contra sí mismo y juicio de hecho.

2.1. Fundamento del derecho a no declarar contra sí mismo.

Parece relativamente extendido en la doctrina, sea española²¹⁸, argentina²¹⁹, chilena²²⁰, o italiana²²¹, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español²²², afirmar

²¹⁶ Con todo, debe advertirse que el Tribunal Constitucional español ha adscrito el derecho a no autoincriminarse a la norma que concede el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. De este modo se infiere una norma de significado más amplio (la que confiere el derecho a no colaborar en la propia incriminación) a partir de una norma de contenido más restringido (la que concede el derecho a no declarar contra sí mismo). Ver sentencias 18/2005, de 1 de febrero, fundamento jurídico 2, y 68/2006, de 13 de marzo, fundamento jurídico 4.

²¹⁷ El imputado actúa como “objeto de prueba” y no como “sujeto de prueba” cuando se le somete a actuaciones de investigación que, sin dañar su integridad física o síquica, permiten obtener información acerca del hecho investigado. Es, por ejemplo, el caso de muestras de sangre o cabello, reconocimiento de personas, o medición de hálito alcohólico. Para algunos autores estas acciones no estarían incluidas en el derecho a no declarar contra sí mismo, de modo que constituirían mecanismos legítimos de investigación. Ver, por ejemplo, Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 1999, pp. 183 y 184.

²¹⁸ Al efecto puede citarse, por vía ejemplar, a Armenta Deu, Teresa, *La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal /en/ Nueva Doctrina penal, 2000/A*, pp. 43 a 74, p. 51, quien expresa que “los derechos a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa”.

²¹⁹ Alberto M. Biner en *Introducción al derecho procesal penal*, p. 181, afirma al efecto: “Ahora bien, una manifestación privilegiada de ese derecho a defenderse es el derecho a declarar, es decir, el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada”.

²²⁰ Carocca Pérez en *Garantía constitucional de la defensa penal*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 477 y 478, sostiene: “Una de las manifestaciones más claras e importantes, en primer lugar de la defensa misma en el proceso penal (...) es el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo”. En igual sentido, sostiene Zapata García, *La prueba ilícita*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 88, que “el derecho a no declarar en contra de uno mismo (...) es manifestación viva del derecho a defensa”. En fin, la misma opinión vierte Medina Schulz, Gonzalo, *La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio*

que el derecho a no declarar contra sí mismo²²³ es una manifestación del derecho de defensa. Desde esta perspectiva el primero de ellos constituiría una garantía tendente a hacer efectivo el segundo. En otras palabras, el derecho a no declarar contra sí mismo se justificaría en la necesidad de entregar al imputado una herramienta para su defensa.

La tríada de facultades ínsitas en el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo demuestran que esta perspectiva no es admisible. En efecto, y por una parte, es efectivo que del ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo puede resultar la defensa del imputado²²⁴. Sin embargo, y por otra parte, es también posible que del ejercicio de ese derecho resulte una autoincriminación. Más aún, y respecto de esto último, parece posible afirmar que el imputado no sólo tiene derecho a defenderse, sino también tiene derecho a autoincriminarse²²⁵. Lo recién expresado no debe provocar confusiones entre las facultades incluidas en el derecho a no declarar contra sí mismo y los resultados del proceso penal. En efecto, no necesariamente existe correlación entre declarar a su favor y evitar la condena²²⁶, como tampoco entre confesar y provocar la condena²²⁷.

Más allá de estas reflexiones sobre la conexión entre las facultades del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y los resultados del proceso penal, parece evidente que ese derecho no puede justificarse en el derecho fundamental a la defensa.

/en/ Rodrigo Coloma correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 37, quien explicita que la declaración es tanto un ejercicio del derecho de defensa como un medio de prueba.

²²¹ Eugene Florian en Elementos de Derecho procesal penal (traducción de L. Prieto Castro), Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, vol.I, p. 181, afirma que el interrogatorio puede adoptar la forma de medio de prueba y, simultáneamente, medio de defensa. En cuanto a esto último, precisa que “el inculpado busca con su declaración defenderse y exculparse”.

²²² Ver, por ejemplo, las sentencias 142/2006, fundamento jurídico 3 (“el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo es una “garantía instrumental del más amplio derecho de defensa”); y 57/2002, fundamento jurídico 4, (el “derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (...)es una garantía instrumental del más amplio derecho a la defensa”). Demostrando una vez más la inestabilidad de la doctrina constitucional, en la sentencia 202/2000, fundamento jurídico 3, el Tribunal parece afirmar que se puede analizar “el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa”.

²²³ Se utiliza aquí la expresión derecho y no el término derecho fundamental para aludir a no declarar contra sí mismo porque éste no necesariamente presenta jerarquía constitucional en todos los sistemas jurídicos de los autores citados en las notas precedentes.

²²⁴ Se entiende aquí por defensa la acción en virtud de la cual se aboga a favor de un interés, como afirma Castro Jofré, Javier, Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 197).

²²⁵ Al respecto Carlos Enrique Edwards en Garantías constitucionales en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132, recuerda que los tratados confieren al imputado el derecho a confesar. Y precisa: “Su fundamento radica en que si bien el imputado goza del derecho de defensa es decir, de la posibilidad de alegar su inocencia o atenuar su responsabilidad penal, también tiene la posibilidad de admitir que ha cometido el delito”.

²²⁶ La confesión constituye una forma bastante evidente de autoincriminación. Sin embargo, incluso ella puede ser empleada como un medio de defensa, en el sentido de provocar una disminución o la exención de la sanción penal. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de ciertas instituciones jurídicas tendentes a favorecer la colaboración del imputado en la persecución penal de determinados delitos.

²²⁷ En efecto, aunque el imputado realice afirmaciones tendentes a la defensa de sus pretensiones, puede ocurrir que en definitiva no logre ese objetivo.

Parece más correcto afirmar que el derecho a no declarar contra sí mismo es un mecanismo tendente a asegurar la indemnidad del imputado frente a coacciones para lograr su confesión. En otras palabras, se trataría de una garantía de la integridad física y síquica de la persona sometida a persecución penal. En efecto, en la Constitución española este derecho enlaza “con el reconocimiento del principio de la dignidad inherente a todo ser humano que proscribe la utilización de torturas y tratos inhumanos o degradantes para arrancar una declaración no deseada”²²⁸. Por lo demás, los “tratados internacionales subordinan la validez de esa confesión a un cierto y preciso presupuesto: que no haya mediado cualquier tipo de coacción que vicie la voluntad del imputado”²²⁹.

A su turno, el evitar coacciones tendentes a lograr la confesión del individuo pretende asegurar que su declaración sea libre²³⁰. Es decir, que tenga la efectiva posibilidad de decidir si desea declarar o no. De este modo, la justificación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo se encuentra en la tutela de la libre declaración del imputado. Es posible afirmar que ésta se ha prestado libremente si su otorgamiento o contenido se han producido sin violencia, intimidación u otra forma de coacción. En caso contrario la declaración no puede considerarse libremente prestada.

El nexo entre el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y la posibilidad de determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado debe analizarse a la luz de esas consideraciones. La veracidad del contenido de una declaración obtenida con violencia, intimidación u otra forma de coacción es al menos sospechosa. Por el contrario, el contenido de una declaración prestada sin esas formas de presión en principio puede considerarse verídica. Por tanto, la calidad epistemológica de la declaración del imputado está subordinada a que su otorgamiento se haya realizado libremente.

2.2. Admisibilidad de la declaración del imputado como prueba de cargo.

Al justificar el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo en la libre declaración del imputado y no en el derecho a la defensa se produce un cambio de paradigma. Los problemas concretos derivados del ejercicio de aquel derecho fundamental pueden no ser resueltos del modo entendido desde la otra perspectiva. Para mostrar las consecuencias de esta justificación se analizarán dos situaciones.

La primera se refiere a las garantías que deben rodear la declaración del imputado para que exista un efectivo disfrute del derecho a no declarar contra sí mismo. Esas garantías son la

²²⁸ González Ayala, María Dolores, Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999, p. 88.

²²⁹ Carlos Enrique Edwards, Garantías constitucionales en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 132 y 133. En el mismo sentido, Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, Derecho procesal penal chileno, Tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 234, afirman: “El derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento”. De aquí surge la garantía del imputado “a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” (art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 g) CADH”.

²³⁰ Interpretando la legislación procesal penal italiana, Franco Cordero, Procedimiento Penal, Tomo I, Temis, Bogotá, 2000, pp. 207 y 208, afirma que en el interrogatorio al imputado se “prohíbe todo expediente que disminuya la libertad moral o que modifique la interioridad síquica, aún cuando el examinado consienta en ello”.

información de derechos, la asistencia letrada y la presencia judicial. Es interesante notar el divergente tratamiento que cada una de ellas recibe por parte del Tribunal Constitucional español y de la Corte Suprema de Estados Unidos. Por tanto, y antes de exponer la perspectiva de estas líneas, se expondrá concisamente la posición de esos órganos jurisdiccionales.

La segunda situación se refiere a la introducción al juicio oral de las declaraciones prestadas con anterioridad al juicio oral por un imputado que ha decidido guardar silencio durante el mismo. Este problema se relaciona no sólo con el derecho fundamental a no colaborar en la propia incriminación, sino también con el derecho fundamental a la inmediación. Por tanto, lo que a continuación se diga a propósito del imputado que se encuentra en dicha situación complementa lo señalado a propósito de la inmediación sobre este mismo caso.

a) Las garantías de la libre declaración.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, es necesario distinguir dos situaciones. Si el imputado se encuentra en libertad, la declaración es admisible aún cuando no se le hubiere informado de sus derechos ni hubiere contado con asistencia letrada. Ello se debe, como expresa el mismo órgano jurisdiccional, a que se trata de garantías que tutelan el derecho a la libertad de la persona²³¹. Y como el sujeto se encuentra en libertad, carece de relevancia la omisión de tales derechos.

Por otra parte, la declaración del detenido sólo es válida si se cumplen tres requisitos copulativos²³². El primero es que la persona haya sido advertida de sus derechos como imputado, en particular a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada²³³. El

²³¹ Al respecto véase sentencia del Tribunal Constitucional español 208/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 2, el que por lo demás cuenta con abundante cita de jurisprudencia en el mismo sentido.

²³² A estas exigencias debe añadirse que, en condiciones extraordinarias como la tortura, es necesario que además existan garantías materiales de la libre declaración. Al respecto merece ser citada la posición asumida por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 7 de 2004, de 9 de febrero, en cuyo fundamento jurídico 8, dispuso: “Así, pues, el cumplimiento de las garantías formales legalmente previstas -que en circunstancias normales permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración sin mayores indagaciones, como anteriormente se señaló-, en las presentes circunstancias excepcionales, no puede llevarnos a la misma conclusión. En tales circunstancias, hubiera sido necesario eliminar la sospecha de falta de libertad (en la declaración judicial) mediante algún tipo de actuación del órgano judicial, orientada a obtener garantías materiales de la existencia de la misma, es decir, de la no influencia anímica de las torturas y malos tratos en ese momento posterior (por ejemplo: retrasar suficientemente la toma de declaración; permitir la entrevista previa con los Abogados o recabar algún tipo de informe médico o psicológico adicional sobre ese extremo concreto)”.

²³³ La información de derechos es un derecho fundamental estatuido en el artículo 17.3 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional ha sentenciado que esta información de derechos incluye el no declarar contra sí mismo y la asistencia letrada, pero que el imputado puede declarar si renuncia a guardar silencio (STC 224/2002, de 25 de noviembre, fundamento jurídico 3). Con todo, y como tantas veces, es necesario reconocer cierta confusión en la doctrina del Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el derecho del imputado a ser informado de sus derechos. Así, por ejemplo, en la sentencia 127/2000, de 16 de mayo, fundamento jurídico 4, letra b), los relaciona con los derechos fundamentales al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

segundo es la intermediación, es decir, que la declaración se preste en presencia judicial²³⁴. El tercero es que la persona efectivamente cuente con asistencia letrada²³⁵, aunque esto no necesariamente implica la libre designación del abogado²³⁶. La falta de cualquiera de estas exigencias impide utilizar como prueba de cargo el contenido de esa declaración. Dicha inadmisibilidad se extiende a las pruebas derivadas de esa declaración, siempre que exista lo que el Tribunal Constitucional ha denominado “conexión de antijuridicidad”²³⁷.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera inadmisibles la declaración del detenido que se ha prestado sin información de derechos, o ante la policía, o sin presencia de abogado defensor. La declaración de quien se encuentra en libertad, por el contrario, no requiere gozar de ninguno de esos derechos fundamentales.

La Corte Suprema de Estados Unidos, por su parte, distingue dos situaciones similares a las expuestas para el caso español. Si el imputado está bajo custodia policial, la confesión sólo puede prestarse previa información de sus derechos al silencio y a la asistencia letrada. Sin embargo, la persona puede renunciar a ambos derechos y, por tanto, declarar sin que esté presente un abogado defensor. Si el imputado no está bajo custodia, la declaración es perfectamente admisible sin información de derechos ni asistencia letrada²³⁸.

²³⁴ Sobre el significado y alcance constitucional de la igualdad se volverá en el Capítulo III de la Segunda Parte de este trabajo.

²³⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado que la asistencia letrada, junto con otras garantías formales, constituye un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y que su respeto permite afirmar la "espontaneidad y voluntariedad de la declaración (STC 8 de 2000, de 17 de enero, fundamento jurídico 3. Sin embargo, también ha restringido significativamente el alcance de este derecho al disponer que “sólo es constitucionalmente imprescindible en la detención y en la prueba sumarial anticipada” (STC 208/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 2, la que se funda en los precedentes del propio Tribunal).

²³⁶ Al respecto el Tribunal Constitucional español ha sentenciado que el derecho a la asistencia letrada “es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable, lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa” (STC 339/2005, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 5, con abundante referencia a sus propios precedentes). Sin embargo, el mismo órgano jurisdiccional ha precisado que no cabe “afirmar que la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho), forme parte del contenido esencial del derecho fundamental” (STC 7 de 2004, de 9 de febrero, fundamento jurídico 6). Complementando esa idea, reiteradamente el máximo intérprete de la Constitución Española ha sostenido: “La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación” (Ver STC 196 de 1987, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 5, y 7 de 2004., de 9 de febrero, fundamento jurídico 6).

²³⁷ La doctrina de la conexión de antijuridicidad elaborada por el Tribunal Constitucional español puede advertirse, por ejemplo, en las sentencias 81/1998, de 2 de abril, fundamento jurídico 4, 49/1999, de 5 de abril, fundamento jurídico 14, y 136/2000, de 29 de mayo, fundamento jurídico 6, entre otras. En lo esencial, se afirma que para ordenar la exclusión de una prueba obtenida válidamente, pero que deriva de otra prueba obtenida en forma ilícita es necesario analizar si entre la primera y esta última existe no sólo una relación causal natural, sino también la referida conexión de antijuridicidad.

²³⁸ En el reciente caso *Yarborough v. Alvarado*, N° 02-1684, y que fuera sentenciado por la Corte Suprema de Estados Unidos el 1 de junio de 2004, se recoge precisamente esta distinción. Con cita del famoso caso

En consecuencia, si el imputado no se encuentra bajo custodia, su declaración es válida aunque se realice sin información de derechos, ante la policía y sin asistencia letrada. Si el imputado se encuentra bajo custodia, su declaración sólo es válida si ha sido informado de sus derechos. En el caso que los haya renunciado su declaración ante la policía y sin asistencia letrada es perfectamente admisible y, en consecuencia, puede ser utilizada en juicio. En el evento que no los haya renunciado, su declaración es inadmisibile.

Hasta aquí la exposición de las doctrinas sentadas por el Tribunal Constitucional español y por la Corte Suprema de Estados Unidos.

Pues bien, no resulta posible compartir íntegramente ni la propuesta española, ni la propuesta estadounidense. Sin embargo, ambas entregan interesantes elementos para la construcción que aquí se propondrá. Según se ha expresado, el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo tiene por finalidad asegurar que la declaración del imputado se preste en forma voluntaria. Desde esta perspectiva deben analizarse las garantías de la declaración prestada sin información de derechos, ante la policía o ante el juez para determinar si la declaración prestada por el imputado es admisible.

No parece difícil coincidir con la distinción básica propuesta por el Tribunal Constitucional español y por la jurisprudencia de la Corte estadounidense. Si del contexto es posible inferir que el imputado cuenta con la suficiente libertad para interrumpir su declaración y marcharse, no es necesario establecer ningún tipo de resguardo para asegurar esa libertad²³⁹. Por tanto, no se requiere información de derechos, asistencia letrada ni presencia judicial. Por el contrario, si de las circunstancias es posible inferir que el imputado carece de libertad para declarar o no hacerlo, es necesario establecer determinadas garantías que restablezcan esa libertad. Para explicar cuáles son esas garantías resulta conveniente distinguir si el imputado se encuentra ante la policía o en presencia judicial.

Si el imputado se encuentra ante la policía, es necesario atender a las circunstancias fácticas en que se presta la declaración. Así, por ejemplo, puede considerarse perfectamente válida la declaración prestada a agentes policiales por el imputado en su propio domicilio, en un lugar libremente elegido por él y, más en general, en cualquier lugar público. Por el contrario, no puede estimarse voluntaria la declaración prestada cuando el sujeto se encuentra formalmente detenido y, aunque no lo esté, cuando se encuentra en un espacio de

Miranda v. Arizona, la sentencia del 2004 expresa en su apartado II: "custodial interrogation" meant "questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way". Y precisa que "Miranda itself held that preinterrogation warnings are required in the context of custodial interrogations given "the compulsion inherent in custodial Surroundings".". De acuerdo con esta doctrina, y analizando las circunstancias concurrentes, la Corte Suprema concluye, por 5 votos contra 4, que el imputado no se encontraba bajo custodia al momento de prestar declaración. En consecuencia, no resultaba constitucionalmente exigido, conforme al caso Miranda, advertirle de sus derechos con anterioridad a la declaración.

²³⁹ El criterio de "sentirse libre para marcharse" (feel free to leave) en cualquier momento de la declaración es destacado en reiteradas oportunidades por la sentencia del caso Yarborough v. Alvarado, N° 02-1684, apartado II.

dominio policial, como vehículos o unidades policiales²⁴⁰. Por tanto, y siguiendo ahora la regulación procesal penal canadiense, la línea que separa la exigibilidad de la inexigibilidad de los referidos derechos se encuentra en el grado de libertad de que dispone el imputado. Y esa libertad resulta tanto del contexto de constricciones psicológicas, como de la situación de control sobre una persona derivado de una exigencia con consecuencias legales, y que le hagan percibir que carece de efectiva posibilidad de elección²⁴¹.

En lo demás no es posible compartir la perspectiva jurisprudencial estadounidense. Sin duda la información de derechos pretende asegurar la libre declaración del imputado²⁴², aunque también advertir a los agentes policiales sobre esta libertad. Sin embargo, cuando el imputado está ante los agentes policiales bajo condiciones que limitan su libertad de movimiento, esa sola información de derechos no asegura la voluntariedad de su declaración²⁴³. En ese evento, sólo la asistencia del abogado defensor restablece la libre declaración del imputado cuando éste se encuentra ante la policía y bajo circunstancias que coartan su libre declaración. Esta presencia incluso torna innecesario advertirle de su derecho a no declarar contra sí mismo. Para decirlo más claramente, esta advertencia, que es una garantía formal de la libre declaración, se torna innecesaria frente a una asistencia letrada que asegura materialmente el disfrute del derecho a no declarar contra sí mismo.

Como se puede advertir, lo recién expresado se distancia también de las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional español. La información de derechos y la asistencia letrada ya no serían requisitos copulativos para la validez de la declaración del imputado.

Corresponde precisar ahora qué ocurre si el imputado se encuentra en presencia judicial. Para responder esta pregunta es necesario determinar si se trata de un sistema procesal penal inquisitivo reformado o de uno acusatorio formal. Al efecto debe recordarse que en el

²⁴⁰ Estas conclusiones contradicen lo resuelto en el caso *Yarborough v. Alvarado*. En efecto, el voto de mayoría concluye que el sujeto no se hallaba bajo custodia, pese a encontrarse declarando en una unidad policial. Y ello fundado en que, pese a encontrarse en dicho recinto, el sujeto jamás habría carecido de la libertad de marcharse. La propuesta de este trabajo sostiene que, con independencia de posibles suposiciones, se debe entender que el sujeto carece de dicha libertad siempre que se encuentre en una unidad policial.

²⁴¹ En efecto, y como explica Kent Roach, *Canadá /en/ Craig M. Bradley (ed.), criminal procedure. A worldwide study*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1999, p. 67, en el Derecho procesal penal canadiense el estado de detención ha sido interpretado en sentido amplio. Al respecto, expresa el autor: “Detention has been interpreted broadly, to include not only deprivation of liberty by physical constraint, but also the assumption of control over a person by a demand with significant legal consequences that would otherwise impede access to counsel and psychological compulsion in the form of a reasonable perception of a lack of freedom of choice”.

²⁴² Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 90 y 91 expresan: “En general, esas advertencias están concebidas como salvaguardias para la prevención de abusos en los métodos de interrogación y procuran que la renuncia del derecho al silencio sea conciente e informada”. En sentido diverso, es decir, aludiendo al derecho a la defensa y no a la libre declaración, Camps Zeller, José Luis, *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pp. 143 y 144.

²⁴³ En el mismo sentido, Carlos Enrique Edwards en *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 136 y 137, sostiene que los que rechazan la declaración del imputado en este caso afirman que “no hay verdadera libertad para declarar; la policía no actúa con imparcialidad; y la práctica indica que suele ser fuente de nulidades”.

primero la persecución penal en la etapa de investigación ha sido entregada a un órgano judicial, habitualmente denominado juez instructor. En el segundo esa tarea ha sido confiada a un órgano separado del Poder Judicial, habitualmente denominado Ministerio Público fiscal, mientras la fiscalización de la legalidad de las actuaciones verificadas durante la investigación se han mantenido en un órgano judicial, que aquí será llamado juez de control de garantías.

Pues bien, en el caso del sistema inquisitivo reformado la declaración prestada por el imputado ante el juez instructor sólo puede considerarse válida si aquél cuenta con asistencia letrada. Al igual que en la declaración ante la policía, la sola información de derechos no basta para asegurar la libre declaración. Ello se debe a que en la etapa de investigación o instrucción el órgano judicial se encuentra comprometido con el éxito de la persecución penal²⁴⁴.

En el caso del sistema acusatorio formal lo recién expresado es aplicable a las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público fiscal. La validez de la declaración de derechos no pasa por la información de derechos, sino por la asistencia letrada. Ello se debe a que no basta una garantía formal como la información de derechos. En un contexto que coarta la libre declaración, es necesario entregar al imputado garantías materiales, como la presencia de su abogado defensor. Distinto es el caso si la declaración del imputado se presta ante el juez de control de garantías. En este caso se trata de un órgano judicial que no está comprometido con la persecución penal. Por tanto, la libre declaración del imputado no sólo resulta asegurada con la presencia del abogado defensor. En presencia de un juez institucionalmente autónomo del resultado de la persecución penal, esta libertad es también suficientemente garantizada si el imputado es informado de su derecho a no declarar contra sí mismo.

b) Incorporación de declaraciones del imputado al juicio.

Respecto de la admisibilidad de declaraciones prestadas por un imputado con anterioridad al juicio y que ha decidido hacer uso de su derecho al silencio durante este último, es necesario distinguir dos problemas. Por una parte está el problema de la declaración misma y, por otra, el del soporte de la declaración.

²⁴⁴ Evidentemente esta justificación no constituye un juicio respecto de la calidad personal de quienes operan como jueces de instrucción. Más bien se trata de una observación relativa a las consecuencias de un determinado diseño jurídico institucional del órgano de investigación. En efecto, el juez instructor se encuentra inevitablemente comprometido con el resultado de su propia investigación. En cuanto órgano encargado de investigar y tomar decisiones jurisdiccionales a partir de los resultados de la instrucción, en algún grado le son aplicables las críticas dirigidas al juez del sistema inquisitivo. Al respecto, resulta interesante transcribir lo que en este sentido se objetaba ya en el mensaje del Código de Procedimiento Penal de Chile de 1894: “Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario” (Código de Procedimiento Penal de Chile, mensaje presidencial del 31 de diciembre de 1894).

A partir de lo expresado en estas líneas no parece difícil resolver el primer problema. La declaración prestada libremente por el imputado es válida. Una vez prestada válidamente, ella ya se encuentra a disposición de terceros en soportes distintos del propio imputado. Ahora bien, el silencio de este último en el juicio oral es un legítimo ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo en dicha etapa procesal. Sin embargo, ese silencio sólo alcanza al propio imputado en cuanto soporte, pero no alcanza ni a la información ni a otros soportes en que ésta pueda estar disponible. En consecuencia, la información puede incorporarse al juicio oral mediante esos otros soportes, aún cuando el imputado haya decidido guardar silencio²⁴⁵.

En cuanto al segundo problema, es necesario atender a la clase de soporte en que consta la declaración del imputado. Ese soporte puede ser material o personal.

En el caso de un soporte material, se deben seguir las distinciones realizadas más arriba, a propósito de la sustitución en juicio de un testigo que no puede comparecer al juicio oral, por el registro de sus declaraciones. De acuerdo con ellas, si el soporte es un registro escrito que no constituye transcripción literal de lo expresado por el imputado, la sustitución es inadmisibile. Por el contrario, la incorporación al juicio oral es perfectamente admisible si se trata de un registro escrito de carácter literal, de un registro auditivo o de un registro audiovisual.

Cuando se habla de soportes personales en realidad se está hablando de la testificación de referencia. En efecto, el soporte de la información entregada por el imputado es un tercero, el que puede ser un agente público (habitualmente un funcionario policial) o un particular. Respecto del reemplazo de la testificación del imputado que hace uso de su derecho al silencio en el juicio por la declaración de un agente público que ha presenciado su confesión previa, algunos la admiten²⁴⁶, mientras otros la rechazan²⁴⁷. Si el declarante es un particular, es posible hallar autores que la admiten en reemplazo de la testificación del imputado²⁴⁸, aunque por cierto la solución es discutible.

²⁴⁵ Aunque sin justificarla, a la misma conclusión llegan Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 92. En sentido exactamente inverso, Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 401.

²⁴⁶ Aunque bajo ciertas condiciones, Muñoz López, Juan Angel, *Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio*, [on line], 2002 [citado 10 diciembre 2007], sin paginación, admite la testificación de referencia en este caso. En particular señala que la sustitución de la testificación del imputado por la de un testigo de sus dichos anteriores procede en dos casos. Primero, cuando el imputado lo solicita expresamente. Segundo, cuando esa declaración anterior ha sido prestada previa información de sus derechos, incluido el derecho a guardar silencio, y la declaración es presenciada o recomendada por el defensor.

²⁴⁷ Roxin rechaza reemplazar la testificación personal del imputado en el juicio por la declaración de un testigo de sus dichos precedentes. Al respecto expresa en *Derecho procesal penal*, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 401, que “sería más consecuente que de la prohibición de valoración se concluyera la inadmisibilidad de toda producción de prueba sobre la declaración anterior”.

²⁴⁸ Justificando esta perspectiva, Juan Angel Muñoz López en *Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio*, [on line], 2002 [citado 10 diciembre 2007], sin paginación, expresa: “Lo que los particulares hagan en el normal desenvolvimiento de sus vidas, dentro del ámbito de las normas jurídicas que regulan la convivencia en sociedad, no puede ser sometido al código de conducta que regula el ejercicio del ius puniendi

Sin embargo, para resolver este problema no parece conveniente atender a la calidad de la persona que opera como soporte de la información supuestamente proveída por el imputado. Para determinar si la declaración de este último puede ser reemplazada por un soporte personal es necesario no perder de vista la justificación última del derecho a no declarar contra sí mismo. Según se ha dicho, su fundamento se encuentra en la necesidad de resguardar la libre declaración del imputado.

Consecuencia de lo dicho es que la admisibilidad del soporte personal, sea un funcionario policial, un particular o cualquier otra persona, dependerá de las condiciones en que se haya obtenido esa declaración. Si la declaración del imputado se obtuvo bajo condiciones que permitan suponer que fue prestada libremente, el soporte personal de las mismas debe ser admitido. Por el contrario, si esa testificación se obtuvo bajo condiciones que no permitan suponer tal libertad, el agente policial o el particular deben ser rechazados. La distinción entre una situación y otra está determinada por las garantías de la libre declaración y que fueran explicadas poco más arriba. Por tanto, la concurrencia o ausencia de tales garantías determinará si la declaración prestada por el imputado con anterioridad al juicio y que ha decidido guardar silencio en el mismo puede ser reemplazada por la testificación de un tercero.

3. No declarar contra sí mismo y calidad del juicio de hecho.

Lo dicho respecto de la relación entre el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y el juicio de hecho recomienda explicitar cómo impacta el respeto del primero en la calidad del segundo. Al respecto conviene recordar que ese derecho incluye una tríada de facultades para su titular: guardar silencio, confesar y declarar en su favor. Por tanto, lo que a continuación se expresa resulta aplicable a cada una de las tres facultades ínsitas en el no declarar contra sí mismo.

Para comprender el significado del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo respecto de la calidad del juicio de hecho es necesario explicitar el supuesto sobre el cual se edifica ese significado. Pues bien, el supuesto sobre el cual se edifica esta posición es el siguiente: se presume que quien declara libremente lo hace de manera veraz, es decir, en la conciencia de estar expresando aquello que realmente percibieron sus sentidos. A la inversa, se presume que quien no declara libremente no lo hace de manera veraz, es decir, lo hace en la conciencia de estar expresando algo distinto de lo que sus sentidos percibieron.

estatal. Es decir, lo que es exigible a los agentes del estado en materia de persecución penal y respeto de garantías individuales no lo es también a los simples particulares, quienes sólo deben actuar dentro del ámbito lícito del ejercicio de sus respectivos derechos. Es por ello que éstos pueden válidamente declarar en juicio dando cuenta de los dichos de un acusado aquí no existen restricciones pues no existe el deber de advertir al acusado de su derecho a guardar silencio. Da lo mismo que se trate de quien accidentalmente escucha al inculcado hablar de sus fechorías, o que sea un copartícipe que declara respecto del quehacer delictual de otro hechor". En el mismo sentido y con similares argumentos se pronuncia Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 206 y 207, aunque recalca que frente a violaciones graves a los derechos humanos la prueba no debería ser admitida.

Por otra parte, se ha dicho que el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo es un mecanismo de protección de la libre declaración del imputado. Además, se ha precisado que ese derecho fundamental sólo se satisface si se reúnen una serie de requisitos que aseguren de manera efectiva aquella libertad. Esos requisitos son la información de derechos, la asistencia letrada y la presencia judicial. Con todo, para determinar el modo en que cada uno de ellos interviene para asegurar aquella libre declaración depende de diversas circunstancias fácticas que no resulta necesario reiterar aquí. Lo importante es que sólo si se cumplen tales requisitos existe un efectivo disfrute del derecho a no declarar contra sí mismo y, como consecuencia, una declaración libre por parte del imputado.

De acuerdo con lo expresado, el efectivo disfrute del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo incrementa la calidad del juicio de hecho. Por el contrario, la vulneración de este derecho disminuye la calidad del mismo. En consecuencia, el juzgador debe rechazar los resultados de las diligencias de investigación y de las diligencias de prueba realizadas con infracción del derecho a no declarar contra sí mismo. Por el contrario, debe admitir los resultados de tales diligencias si se han realizado con observancia de este derecho fundamental.

VI. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

1. Concepto y alcances de la inviolabilidad del domicilio.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio fue estatuido en algunos de los primeros instrumentos contemporáneos de derechos²⁴⁹, y en la generalidad de los tratados de derechos humanos²⁵⁰. Sin embargo, para comprender su significado es necesario tener presente qué se debe entender por domicilio. Y, en consecuencia, la relación jurídica que existe entre el titular de este derecho fundamental y el lugar que constitucionalmente se considera domicilio.

Pues bien, existe consenso doctrinario y jurisprudencial al momento de determinar qué se debe entender por domicilio en el contexto del derecho fundamental en análisis. En cuanto objeto de esta protección constitucional, el domicilio ha sido definido como el ámbito espacial apto para el desarrollo de la vida privada²⁵¹, es decir, en el que existe posibilidad de excluir a terceros²⁵², con independencia de su carácter mueble o inmueble²⁵³.

²⁴⁹ Así, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio se incluyó ya en la Constitución francesa de 1791 y en la Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, también de 1791.

²⁵⁰ La inviolabilidad del domicilio se estatuye, por ejemplo, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en el artículo 8º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, y en el artículo 11 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

²⁵¹ El Tribunal Constitucional español, confirmando sus precedentes, en la sentencia 209/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 2, ha afirmado: “Y procede también recordar que el sustento de estas dos calificaciones de ciertos espacios como domicilio se encuentra en la definición de domicilio inviolable en el sentido del art. 18.2 CE, muy consolidada en nuestra jurisprudencia, como “espacio en el cual el individuo

En este sentido, la cantidad de lugares a que alude la expresión domicilio es más amplia en su significado constitucional que en su significado civil²⁵⁴. En efecto, el primero incluye, siguiendo a Vicente Martínez, las habitaciones de los hoteles²⁵⁵, posadas, casas de huéspedes, pensiones, y cualquier otro en que la persona tenga su residencia aún temporal o accidental²⁵⁶. Se pueden añadir a esta lista la cabaña que se arrienda con fines vacacionales, el interior de una tienda de campaña y, en general, todo espacio en el que se puedan desarrollar actividades íntimas con posibilidad de excluir a otros. Evidentemente, la mayoría de estos lugares no puede considerarse domicilio desde el punto de vista civil²⁵⁷.

vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; también, entre otras, SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 4; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2)”.

²⁵² Explicando el significado del derecho a la inviolabilidad del domicilio el Tribunal Constitucional español expresa en el fundamento jurídico 3 de la sentencia 22 de 2003, de 10 de febrero: “De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”. Aunque no resulta posible extenderse aquí sobre el punto, merece la pena destacar que esta cita no implica afirmar que el derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar tiene como sujeto pasivo exclusivamente al Estado. Como expresa Gianluigi Palombella en *Derechos fundamentales. Materiales para una teoría* /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 20 julio 2007], p. 549, “En buena lógica, la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia no puede ser considerada meramente un derecho subjetivo «público», esto es, frente al Estado, sino que tendría que contemplarse como un derecho con virtualidad en la esfera privada. Buen número de las llamadas «libertades» no pueden reducirse a su status dieciochesco y por ello en el plano jurídico parece más apropiado concebirlas según se presentan luego en la realidad, esto es, como la elección de un bien, cuya reconducción estipulativa a una única, estrecha y exclusiva correlatividad (derecho frente al Estado, pero no frente a los particulares; derecho a una abstención, pero no a una prestación, etc.) siempre resulta parcial y algo reduccionista”.

²⁵³ Sobre este último aspecto, la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional de España 10/2002, de 17 de enero, fundamento jurídico 7, dispone que lo fundamental para determinar el sentido de la expresión domicilio utilizado por la Constitución española es su destino o uso, de modo que, en principio, es irrelevante, entre otros aspectos, su carácter mueble o inmueble”.

²⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncian tanto el argentino Burgos como la Corte Constitucional de Colombia. El primero destaca en *Curso de Derecho constitucional*, segunda edición corregida, Virtudes, Buenos Aires, 2005, p. 198, que el “domicilio protegido constitucionalmente tiene un alcance más amplio que el domicilio regulado por el Código Civil. Coincide más bien con el concepto que utiliza el derecho penal, abarcando toda morada destinada a la habitación y desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada”. La Corte colombiana, por su parte, afirma en su sentencia C-519/07: “3.2. La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así, más que un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad”.

²⁵⁵ La inclusión de las habitaciones de hoteles en la noción constitucional de domicilio se sostiene, entre otros, por Vásquez López, José Enrique, *De Napoleón y de la interpretación de las leyes: Un primer acercamiento al tema de la inviolabilidad del domicilio* /en/ Cuad. med. forense [on line], 2002, Núm. 27 [citado 21 enero 2008], p. 94, y la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional español 10/2002, de 17 de enero, fundamento jurídico 8.

²⁵⁶ Martínez Pardo, Vicente, *La entrada y registro domiciliario* /en/ Revista Internauta de práctica Jurídica [on line], septiembre-diciembre 1999, Núm. 3 [citado 9 febrero 2008], sin paginación.

²⁵⁷ En el caso de las personas físicas el artículo 40 del Código civil español concibe al domicilio como la “residencia habitual”. De ahí que Enar Álvarez en *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex

Por otra parte, el espacio físico a que alude la noción constitucional de domicilio normalmente es más estrecho que el espacio físico que se puede considerar domicilio desde el punto de vista civil. En efecto, el término domicilio utilizado por la Constitución no puede aplicarse, al menos no plenamente, a aquellas áreas en que no existe la posibilidad de excluir a terceros. Así ocurre, por ejemplo, con el antejardín de una vivienda si éste carece de muros o si sólo cuenta con una empalizada. Lo mismo puede decirse de las terrazas o los balcones de un departamento si carecen de cierros que impidan apreciar lo que ocurre en ellos. Esto se debe a que se trata de lugares en que no es posible excluir a terceros a voluntad²⁵⁸.

Como se puede apreciar, el constitucional concepto de domicilio siempre se refiere a un espacio físico, un lugar. Pero este lugar debe ser apto para que en él se puedan desarrollar actividades personales o familiares, incluso de carácter íntimo. Y, además, debe contar con la posibilidad física y jurídica de excluir a terceros.

Todo lo dicho permite inferir que las nociones de propietario de un inmueble y titular del derecho fundamental a la intimidad no presentan una conexión necesaria. Así se desprende en forma evidente de los ejemplos incluidos en la noción constitucional de domicilio más arriba indicados. Así lo han sentenciado también en forma expresa la Corte Suprema de Estados Unidos²⁵⁹ y el Tribunal constitucional español²⁶⁰. En fin, en el mismo sentido se pronuncian autores como Alejandro Silva²⁶¹ o Eugenio Evans²⁶².

2. Inviolabilidad del domicilio y juicio de hecho.

2.1. Fundamento del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Nova, Madrid, 2005, p. 203, considere que domicilio y residencia habitual son expresiones sinónimas. Como se puede advertir, esta noción no resulta pertinente al significado atribuido por el Derecho Constitucional a la misma expresión

²⁵⁸ Por cierto que esta enumeración presenta problemas en casos especiales. Por ejemplo, podrían considerarse hogar los vehículos que al mismo tiempo pueden ser utilizados como vivienda, como casas rodante o coches abandonados. Y lo mismo en la extraordinaria situación de ascensores que se encuentran al servicio de una única vivienda.

²⁵⁹ Sobre esta distinción entre la calidad de ocupante de un domicilio y la de propietario del mismo, expresa la Corte Suprema de Estados Unidos en la sentencia *Georgia v. Randolph*, No. 04-1067 (2006), en II, A: "Consistent with our prior understanding that Fourth Amendment rights are not limited by the law of property, cf. *Katz v. United States*, 389 U. S. 347, 352-353 (1967), we explained that the third party's "common authority" is not synonymous with a technical property interest".

²⁶⁰ Para el Tribunal Constitucional de España es irrelevante el tipo de título jurídico que habilita el uso del lugar que constitucionalmente puede considerarse domicilio o incluso siquiera la existencia del mismo, como se advierte en la sentencia de pleno 10/2002, fundamento jurídico 7.

²⁶¹ Alejandro Silva Bascuñán en *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 2006, p. 201, expresa: "El hogar, por su esencia, no exige la relación de dominio sobre el bien en que se ejerce la actividad o forma de vida que se realiza en él; la relación puede ser por cualquier motivo o título".

²⁶² Evans Espiñeira en *La Constitución explicada*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, en la p. 41 así lo expresa tácitamente al afirmar: "La inviolabilidad del hogar es la garantía en cuya virtud ninguna persona, esté investida o no de autoridad, puede ingresar a un recinto privado sin autorización de su dueño, poseedor o tenedor".

Para comprender la significación epistemológica del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito procesal penal es necesario analizar su finalidad. Algunos autores relacionan ese derecho fundamental con la vida privada, mientras otros lo hacen con la intimidad. Sin embargo, todos señalan que el primero tiene por finalidad tutelar alguno de estos últimos bienes jurídicos²⁶³. De este modo, existe coincidencia en la finalidad tuitiva o cautelar de ese derecho fundamental. No obstante, si se reconoce diferencia conceptual entre las expresiones vida privada e intimidad, no está claramente definido el objeto de tutela. De ahí la necesidad de precisar estas expresiones y de explicitar cuál de ellas es objeto de protección.

Para efectos de este trabajo se entiende por vida privada (o privacidad) el ámbito de aspectos de la vida que una persona desea sustraer del conocimiento público o general. La intimidad, por su parte, tendrá un sentido más estrecho, aludiendo a aquellos ámbitos de la vida de una persona que la misma no desea poner en conocimiento de terceros o que, eventualmente, sólo desea compartir con personas determinadas²⁶⁴. Evidentemente los ámbitos público, privado e íntimo son esencialmente mutables debido a que, como expresa Jorge Malem, se trata de conceptos normativos²⁶⁵. Esta precisión permite afirmar que mientras el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución española protege la intimidad, la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 cautela la vida privada²⁶⁶.

Ahora bien, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cautela la vida privada en un doble sentido. Por una parte, asegura la autonomía del sujeto para comportarse del modo que desee en un determinado ámbito espacial, aún cuando no pertenezcan a la

²⁶³ Entre los que afirman que la inviolabilidad del hogar protege la vida privada puede citarse a Martínez de Vallejo Fuster, Blanca, La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line] 1993, Núm. 13 [citado 27 noviembre 2007], ver especialmente pp. 197 a 199. Entre los que sostienen que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad se encuentra, por ejemplo, Molina Guaita, Hernán, Derecho constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006, p. 216.

²⁶⁴ En similar sentido, Ríos Labbé, Sebastián, La protección civil del derecho a la intimidad, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 3, para quien la función de la intimidad es “permitir a la persona reservar un ámbito de su vida para sí mismo –ser dejado tranquilo- con el fin de vivir de una manera grata –disfrutar de la vida-, libre de perturbaciones o injerencia de terceros sobre sus hábitos y costumbres, sus actividades cotidianas, su reposo, su propio cuerpo, su imagen, en fin, sobre su persona toda”.

²⁶⁵ Para Jorge Malem, Privacidad y mapa genético /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho [on line], abril de 1995, Núm. 2 [citado 24 diciembre 2007], pp. 170 y 171, que “la noción de privacidad sea normativa explica por qué determinadas acciones que en un momento determinado pertenecían al ámbito de lo público puedan pasar institucionalmente al ámbito de lo privado, y viceversa”.

²⁶⁶ En este sentido se pronuncia Blanca Martínez de Vallejo Fuster en La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line] 1993, Núm. 13 [citado 27 noviembre 2007], p. 199, cuando afirma que “el derecho a la intimidad del art. 18.1 de 1978 tiene como objeto de protección a la «intimidad» en su significado estricto señalado, mientras que el derecho al honor, al nombre, a la imagen, a la inviolabilidad del domicilio, o al secreto de las comunicaciones serían múltiples y específicas manifestaciones de la privacidad”. La conexión entre inviolabilidad del domicilio y vida privada junto a la distinción entre esta última e intimidad permiten desechar la perspectiva de Molina Guaita, Hernán, Derecho constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006, p. 216, para quién la inviolabilidad del hogar es una libertad que se inscribe en la esfera de la intimidad.

intimidad²⁶⁷. Por otra parte, tutela que los comportamientos desplegados en ese ámbito espacial queden fuera del conocimiento de terceros. De este modo, la inviolabilidad del hogar pretende evitar que los particulares o el Estado atenten contra aquella autonomía o tomen conocimiento de estos comportamientos²⁶⁸.

En ese mismo sentido, el derecho a la inviolabilidad del domicilio ha sido calificado como “ineludible corolario de la libertad personal”²⁶⁹. En efecto, de nada sirve conferir libertad a un sujeto si al mismo tiempo no se le asegura un espacio específico en el cual ejercer esa libertad. En otras palabras, un lugar en el cual decidir las conductas que desea realizar y el modo en que desea realizarlas, con total autonomía y libre del conocimiento de terceros.

En consecuencia, en el domicilio la persona despliega probablemente con máxima libertad sus planes de vida. Es el lugar de la verdad de un sujeto, de sus decisiones más personales, de las acciones que no desea entregar al conocimiento público. Por lo mismo, y en lo que interesa a la posibilidad de determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado, es el lugar en el que ciertamente se encuentran evidencias, huellas y rastros, de las opciones y conductas de una persona. Pero el domicilio es también el lugar de convivencia con terceros a los que se admite compartir ese espacio de vida privada. Por lo mismo, también es el lugar de las evidencias que hablan acerca de la verdad, de las decisiones y acciones de ese sujeto, en sus relaciones con tales terceros.

De acuerdo con lo dicho, la afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio produce uno de dos efectos. Por una parte, permite que terceros (particulares o el Estado) se inmiscuyan en las opciones conductuales del titular de ese derecho. Por otra parte, coloca a esos terceros en condiciones de tomar conocimiento de conductas que el mismo titular desea excluir del dominio público. Como puede suponerse, es este último aspecto el que presenta especial relación con la calidad del juicio de hecho del proceso penal.

Cuando los agentes de la persecución penal ingresan al domicilio de una persona están tomando conocimiento de las conductas privadas del mismo, sean individuales o sean en relación con terceros. En otras palabras, del ámbito de decisiones y acciones que el sujeto desea mantener fuera del conocimiento general. En consecuencia, y desde un punto de vista exclusivamente epistemológico, la afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad

²⁶⁷ Con acierto explica Benjamín Burgos en *Curso de Derecho constitucional*, segunda edición corregida, Virtudes, Buenos Aires, 2005, p. 197, que “no se ha de creer que en la intimidad [privacidad, diríamos aquí] se aloje y proteja únicamente a las acciones que de ninguna manera se exteriorizan al público”, sino también aquellas que podría realizar frente a terceros.

²⁶⁸ En el mismo sentido, Jorge Malem, *Privacidad y mapa genético /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [on line], abril de 1995, Núm. 2 [citado 24 diciembre 2007], p. 171, expresa: “La noción de privacidad es bifronte. Hace referencia, por una parte, a las acciones «privadas» de los hombres, es decir, a aquellas que deben estar libres de interferencias del Estado o de terceros, y por la otra, está vinculada a la posibilidad de no dar a conocer información personal”.

²⁶⁹ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 2006, p. 200. en el mismo sentido, para Benjamín Burgos, *Curso de Derecho constitucional*, segunda edición corregida, Virtudes, Buenos Aires, 2005, p. 189, “aparece de manifiesto que estos derechos [a la intimidad y a la privacidad] integran el concepto de libertad”.

del hogar incrementa las posibilidades de determinar si efectivamente el hecho investigado ha acaecido y si una cierta persona ha incurrido en el mismo.

2.2. Admisibilidad de diligencias y pruebas vinculadas con la inviolabilidad del domicilio.

La Constitución española ha dispuesto en el artículo 18.2 que no se pueden realizar entradas o registros en el domicilio, a menos que exista consentimiento del titular, resolución judicial o delito flagrante. Como se sabe, es discutible que el domicilio pueda ser afectado justificadamente sólo en esos casos²⁷⁰. Sin embargo, no interesa analizar aquí la posible existencia de causales adicionales a las estatuidas en el texto constitucional que, desde la perspectiva procesal penal, autorizan lesionar válidamente el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Desde esa premisa, que evita tomar posición respecto del carácter taxativo o no taxativo de las causales expresadas en el artículo 18.2 de la Constitución española, resulta posible centrarse en lo que aquí interesa. Esto es, en primer lugar, proponer un criterio conforme al cual el juez debe autorizar o rechazar la práctica de diligencias que importen afectar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar, formular un criterio que permita determinar la admisibilidad de prueba obtenida en una entrada y registro admitida por uno de los ocupantes y resistida por otro.

a) Algunas premisas.

Una adecuada comprensión de los criterios recién referidos y que se ofrecerán en este trabajo exige reiterar aquí tres ideas. La primera de ellas es que la más correcta aplicación posible del Derecho penal material exige, en primer lugar, resolver de la mejor manera posible el juicio de hecho. Como se recordará, este juicio de hecho consiste en determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado. En otras palabras, la más correcta aplicación posible del Derecho penal material impone responder del mejor modo posible si el hecho investigado ha acaecido y si el imputado ha incurrido en el hecho investigado.

En segundo lugar, para determinar si el hecho investigado ha acaecido y si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado es necesario incrementar la calidad del juicio de hecho ínsito en el enjuiciamiento penal. Bajo el paradigma procesal penal prevaeciente, para cumplir esta finalidad es imprescindible contar con información probatoria, es decir, con medios de prueba que contengan información que permita determinar si una cierta persona ha incurrido en el hecho investigado.

Por último, el domicilio es el espacio en el que cada sujeto puede disfrutar plenamente de su vida privada. Es el lugar en el que el sujeto despliega en plenitud sus planes de vida, con exclusión del conocimiento o interferencias de terceros. Es, por lo mismo, el lugar en el que

²⁷⁰ Al respecto ver el trabajo de Bouzat, Andrés, Cantaro, Alejandro S., y Navarro, Pablo E., El fundamento jurídico de un derecho de necesidad /en/ Discusiones [on line], 2007, Núm. 7 [citado 13 enero 2008], especialmente pp. 13 a 15, en el que muestran la admisibilidad del estado de necesidad como causal de justificación para afectar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

pueden encontrarse rastros y huellas de las decisiones y acciones del sujeto. En consecuencia, frente a determinados hechos punibles, es un lugar privilegiado para el hallazgo de pruebas tendentes a determinar si el sujeto ha incurrido en el hecho investigado.

Convenientemente reiteradas esas tres ideas es posible formular un criterio para la autorización de diligencias de investigación que afecten el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como un criterio de admisibilidad de prueba obtenida en una entrada y registro admitida por un co-ocupante, pero resistida por otro co-ocupante.

b) Autorización judicial para diligencias de investigación.

De acuerdo con el citado artículo 18.2 de la Constitución española, la autorización judicial es una de las vías para legitimar una diligencia de investigación domiciliaria. Pues bien, y en cuanto al criterio de autorización de tales diligencias, el juzgador penal debe aprobar todas las solicitadas por el órgano de persecución penal siempre que se cumplan dos requisitos. El primero de ellos puede ser llamado subjetivo o personal y el segundo puede ser denominado objetivo o material.

El requisito subjetivo consiste en que el titular del domicilio tenga la calidad de imputado respecto de un hecho punible actualmente sometido a investigación penal. El problema de este requisito consiste en determinar el momento desde el cual una persona adquiere la calidad de imputado. Como se sabe, no existe uniformidad doctrinaria para responder este problema conceptual. Así, de acuerdo con Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes, hay imputación “desde que recaen sobre una persona sospechas de la realización de un acto punible”²⁷¹. Por su parte, siguiendo a Del Olmo se puede afirmar que se es imputado desde que se atribuye, más o menos fundadamente, la comisión de un hecho punible a una persona determinada²⁷². En fin, y sin ánimo de exhaustividad, Camps Zeller afirma que el imputado es “el interviniente a quien durante un procedimiento penal, se le atribuyen uno o más hechos punibles”²⁷³.

De entre las posiciones expuestas parece conveniente admitir aquella que otorga la calidad de imputado lo más pronto posible. Parece posible afirmar que es el caso de la ofrecida por Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes. Más allá de los autores que respalden esta perspectiva, lo importante es su justificación. Desde ese momento el sujeto debe disfrutar de la totalidad de los derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa la calidad del juicio de hecho del proceso penal y que le permitan enfrentar la persecución. Sin embargo, y al mismo tiempo, desde ese mismo momento el sujeto debe admitir un debilitamiento de los derechos fundamentales cuya afectación permite incrementar la calidad del juicio de hecho del proceso penal. Por tanto, y como se puede apreciar, la calidad de imputado

²⁷¹ Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, y Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, Derecho procesal penal, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1989, p. 112. Estos autores distinguen ese primer estadio de la imputación penal, de la imputación formal propia del proceso penal.

²⁷² Del Olmo Del Olmo, José Antonio, Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal, Trivum, Madrid, 1999, p. 23.

²⁷³ Camps Zeller, José Luis, La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, nota al pie 3 de la página 5.

provoca dos efectos instantáneos y simultáneos sobre los derechos fundamentales del mismo.

Por su parte, el requisito objetivo o material consiste en que en virtud de cualquier clase de antecedente sea posible suponer que se puede hallar prueba relativa al hecho punible en el domicilio del imputado. En otras palabras, basta el más mínimo indicio, la más ligera suposición o la más simple de las inferencias. De acuerdo con esta perspectiva, cualquier clase de antecedente que relacione el hecho investigado con el domicilio del imputado permite dar por cumplido este segundo requisito.

Las exigencias recién expuestas son copulativas. Por lo mismo, sólo si concurren tanto el requisito subjetivo como el objetivo será posible que el juzgador apruebe una diligencia de investigación que afecte el domicilio de una persona. Si falla cualquiera de ellos, es decir, si el sujeto no adquiere la calidad de imputado en el sentido que aquí se ha indicado o si no hay ninguna clase de antecedente que relacione el hecho punible con el domicilio de aquél, el juzgador deberá rechazar la diligencia solicitada por el órgano de persecución penal.

c) Admisibilidad de prueba ilícita.

Una prueba sólo puede ser obtenida válidamente si se ha afectado la inviolabilidad del domicilio de un modo constitucionalmente admisible. Según se recordó más arriba, en principio ello sólo ocurre si el registro es consentido por el titular, si es autorizado por una resolución judicial o si deriva de un delito flagrante. Sin embargo, y siguiendo a Joshua Dressler, es necesario distinguir el alcance de la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, del remedio establecido en caso de vulnerarse este derecho. Ese remedio fue establecido por la jurisprudencia estadounidense desde 1914 para los tribunales federales y desde 1961 para los estatales²⁷⁴, solución que luego ha sido seguida por legislaciones o jurisprudencias de otras latitudes.

La regla de exclusión constituye una conquista en materia de protección de los derechos fundamentales, y en particular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. De ahí que lo que a continuación se diga en ningún caso puede considerarse una objeción a la misma. En efecto, aquí no se defiende la admisibilidad de prueba obtenida de manera inconstitucional. Sin embargo, sí se propone criterios que tiendan a interpretar del modo más amplio posible la primera de esas tres causales de afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es decir, del consentimiento del titular de este derecho. Como se verá, esto implica una clara oposición a algunas de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de España, la corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional español.

²⁷⁴ Al respecto explica Joshua Dressler en *Understanding criminal procedure*, second edition, Matthew Bender, New York, 1997, p. 73: “The issue of the scope of the Fourth Amendment (...) must be distinguished from the matter of the remedy for a Fourth Amendment violation. Y explica, respecto de ese remedio: “Since 1914 in federal criminal proceedings, and since 1961 in state criminal trials, the Fourth Amendment remedy has been the so-called “exclusionary rule””.

Ahora bien, para exponer la propuesta de este trabajo respecto del modo en que debe ser entendido el consentimiento del titular para efectos de un registro es necesario analizar separadamente dos cosas. Por una parte, quién es titular de un domicilio. Por otra parte, quién debe prestar el consentimiento.

Se ha dicho ya que el titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar no necesariamente es el dueño del bien mueble o inmueble sobre el cual se ejerce ese derecho. Precizando esa idea, debe considerarse titular a cualquier ocupante de un domicilio que cuenta con la facultad de admitir o negar el ingreso de terceros al mismo. En esta situación se encuentra cualquiera de las personas que habita el lugar, como por ejemplo el dueño o arrendatario, su cónyuge o conviviente, los hijos, padres, demás parientes o amigos que vivan con esa persona. Por el contrario, no son titulares los ocupantes que no cuentan con la posibilidad de admitir o rechazar el ingreso de terceros al domicilio con autonomía de la voluntad del titular. Es, por ejemplo, el caso de las personas que prestan servicios en el hogar y de quienes se encuentran de visita en el mismo.

Precisado quién es titular del derecho fundamental a la intimidad, corresponde resolver qué ocupantes pueden consentir una entrada al domicilio con miras a la válida obtención de pruebas. De acuerdo con lo recién expuesto, sobre un mismo lugar o espacio físico pueden existir varios titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio. El problema, por tanto, formulado en términos más precisos, consiste en determinar si cualquiera de ellos puede admitir el ingreso de terceros al mismo para efectos de un registro. En este caso hay que distinguir al menos dos situaciones.

El escenario no resulta complejo si quien presta el consentimiento para el ingreso al domicilio es el propio imputado. Ello se debe a que en este evento es la misma persona la que consiente la entrada y la que verá afectada su vida privada con miras a la persecución penal. Por tanto, la diligencia de investigación es perfectamente válida y, en consecuencia, también lo son las pruebas obtenidas.

Las dudas surgen cuando el consentimiento es otorgado por un titular distinto del imputado. Frente a esta situación es posible encontrar a lo menos tres perspectivas jurisprudenciales diversas. En un extremo se encuentra la posición asumida por el Tribunal Supremo de España en la sentencia de 14 de noviembre de 2000. En ella declara personalísimo el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, como consecuencia de ello, dispone que ninguno de los que habita el hogar representa a los demás²⁷⁵.

En sentido claramente opuesto se pronuncia la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Georgia v. Randolph*, 04-1067, de 22 de marzo de 2006. Confirmando sus precedentes, dispone que el consentimiento puede ser prestado por un ocupante que comparte, o se pueda presumir que comparte, común autoridad sobre el área que también utiliza un co-

²⁷⁵ En el fundamento jurídico 1 de la referida sentencia el Tribunal Supremo español expresa que “la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio comprende, por separado, a cada uno de los componentes del matrimonio y, en su caso, a cada uno de los que forman la pareja de hecho y el ejercicio del mismo es personalísimo sin que exista posibilidad de que, en esta materia como en otras, uno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro”.

ocupante penalmente perseguido y que más tarde objeta el uso de la prueba así obtenida²⁷⁶. Sin embargo, si este último se encuentra presente y rechaza el ingreso al domicilio, el consentimiento de otro ocupante no es suficiente y el ingreso es inválido respecto de aquél²⁷⁷.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 22/2003, de 10 de febrero, ofrece una perspectiva que puede considerarse intermedia frente a las dos anteriores. En ella el órgano jurisdiccional considera inválida la autorización dada por un ocupante que se encuentra en contraposición de intereses con otro ocupante penalmente perseguido, como es el caso de quien concurrirá al procedimiento penal con las partes acusadoras²⁷⁸. Por el contrario, la considera válida si no existe esa contraposición²⁷⁹. Como se puede advertir, y a diferencia de lo expresado en el caso *Georgia v. Randolph*, no se requiere una oposición expresa por parte del ocupante penalmente perseguido, sino que basta la contraposición de intereses.

Ninguna de estas tres perspectivas puede ser totalmente compartida. La posición asumida por el Tribunal Supremo conduce a indeseables resultados. Si la inviolabilidad del hogar es un derecho personalísimo, sería necesario determinar la identidad de cada uno de los ocupantes del domicilio y solicitar la aquiescencia conjunta de todos ellos para cumplir con el requisito del consentimiento. De este modo el consentimiento del titular se tornaría inaplicable como vía constitucionalmente legítima para registrar un domicilio.

²⁷⁶ En el párrafo que precede al apartado I de la citada sentencia, se expresa textualmente: "The Fourth Amendment recognizes a valid warrantless entry and search of premises when police obtain the voluntary consent of an occupant who shares, or is reasonably believed to share, authority over the area in common with a co-occupant who later objects to the use of evidence so obtained". Con esto se reitera la doctrina expresada en los casos *Illinois v. Rodriguez*, 497 U. S. 177 (1990), en que el co-ocupante imputado estaba durmiente en el domicilio cuyo registro fue autorizado por otro ocupante; y *United States v. Matlock*, 415 U. S. 164 (1974), en el que el co-ocupante imputado no estaba presente en el domicilio al momento en que otro ocupante autorizó el ingreso.

²⁷⁷ Al respecto dispone la sentencia *Georgia v. Randolph* No. 04-1067 (2006): "We hold that, in the circumstances here at issue, a physically present co-occupant's stated refusal to permit entry prevails, rendering the warrantless search unreasonable and invalid as to him".

²⁷⁸ En la sentencia 22/2003, de 10 de febrero, fundamento jurídico 8, el máximo intérprete de la Constitución española expresa que "el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa". Precisa que esto es especialmente cierto si quien dio la autorización y el imputado eran cónyuges separados de hecho que ocupaban habitaciones diversas en el mismo domicilio.

²⁷⁹ En la misma sentencia 22/2003, de 10 de febrero, fundamento jurídico 7, el Tribunal Constitucional dispone: "Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes". Y añade: "De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelarla vida privada del titular del derecho".

Las doctrinas de la Corte Suprema y del Tribunal constitucional deben ser igualmente rechazadas. Las decisiones de ambos órganos jurisdiccionales recaen sobre situaciones en las que existe divergencia de posiciones (caso Georgia v. Randolph) o de intereses (sentencia 22/2003) entre co-ocupantes. Además, en ambas decisiones se privilegia la posición o el interés del ocupante penalmente perseguido, que expresa o supuestamente rechaza el allanamiento, en desmedro de otro ocupante. De este modo, se coloca en desventaja la posición del ocupante sobre el que no existe imputación penal (caso Georgia v. Randolph) o el interés de la víctima del ocupante penalmente perseguido (sentencia 22/2003). Por ello, se hace necesario buscar un criterio diferente para determinar quién puede otorgar válidamente el consentimiento para ingresar a un domicilio.

Con independencia de las respuestas jurisprudenciales recién citadas, parece posible formular dos soluciones divergentes. En virtud de la primera de ellas se podría sostener que sólo el imputado puede consentir el registro de su domicilio. Por lo mismo, ninguna validez tendría el consentimiento prestado por cualquier otro ocupante del mismo. La justificación sería relativamente simple: sólo puede autorizar el registro aquella persona cuya vida privada se desea exponer al escrutinio de los órganos de persecución penal. En otras palabras, si la inviolabilidad del hogar pretende asegurar la vida privada de una persona, sólo ésta puede consentir el registro del primero con miras a exponer diversos aspectos de esta última

No puede desconocerse la coherencia interna de esa posición. Sin embargo, ella considera sólo una de las variables que concurren para resolver el problema: la vida privada del imputado. Excluye totalmente otras variables, como la voluntad de los co-ocupantes del mismo domicilio y el interés en determinar si efectivamente el hecho investigado ha acaecido y si una cierta persona ha incurrido en el mismo. Y parece posible afirmar que la mejor justificación será aquella que compatibilice la mayor cantidad de variables que concurren para resolver quién puede autorizar un registro. Por ello, conviene revisar una segunda opción, que es, además, la propuesta interpretativa de este trabajo.

Según se expresó al definir quién es titular del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, cada uno de ellos disfruta de igual posibilidad de admitir o rechazar la entrada de terceros al domicilio, así como el registro del mismo. Y ninguno de los ocupantes disfruta de un mejor derecho por sobre otro ocupante para determinar quién puede ingresar al domicilio común y quién no. Por lo mismo, en principio la voluntad de cualquiera de los co-ocupantes es tan valiosa como la del ocupante imputado²⁸⁰. Por tanto, la sola consideración de voluntades contrapuestas no permite inclinar la balanza ni a favor ni en contra de del registro.

Pero la balanza sí resulta inclinada si a ello se añade el interés en determinar si la persona ha incurrido en el hecho investigado. La afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio incrementa la calidad del juicio de hecho del proceso penal.

²⁸⁰ De esta afirmación parece posible excluir un caso. Puede ocurrir que entre los co-ocupantes del domicilio existan jerarquías socialmente aceptadas, como las que hay entre padres e hijos menores de edad. Como puede suponerse, en este excepcional caso las voluntades de los co-ocupantes no tendrán igual validez. Así lo sugiere la citada sentencia del caso Georgia v. Randolph, No. 04-1067 (2006), apartado IIII.

Por lo mismo, su disfrute debe admitir restricciones significativas. De acuerdo con todo lo dicho, si uno o más de los ocupantes consiente el registro frente a la expresa (caso *Georgia v. Randolph*) o supuesta (sentencia 22/2003, de 10 de febrero) negativa del co-ocupante imputado, el registro puede realizarse válidamente.

3. Inviolabilidad del domicilio y calidad del juicio de hecho.

Expuesto el significado del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sus limitaciones y su colisión con el esclarecimiento del hecho investigado y de la participación, corresponde explicitar el modo en que el respeto de ese derecho incide en la calidad del juicio de hecho.

El supuesto de base de lo que a continuación se dirá al respecto es el siguiente. Se presume que el lugar en el que el individuo puede realizar actividades propias de la vida privada con exclusión de terceros es un lugar singularmente privilegiado desde el punto de vista del hallazgo de evidencias sobre las acciones de ese individuo. El domicilio es, precisamente, ese lugar. Si esto es correcto, como aquí se postula, entonces las diligencias de investigación y las diligencias probatorias que recaen sobre el domicilio entregan información respecto de las actividades y acciones realizadas por el ocupante del mismo.

Lo recién expresado permite advertir que la indemnidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio perjudica la calidad epistemológica del juicio de hecho. Por el contrario, su afectación favorece la calidad epistemológica del mismo.

Las consecuencias de estas afirmaciones respecto de la relación entre inviolabilidad del domicilio y calidad del juicio de hecho son evidentes. El juez debe admitir ampliamente la realización de las diligencias de investigación y de las diligencias probatorias que recaigan sobre aquél. Para estos efectos le deberá bastar el más mínimo indicio o la más ligera sospecha de que en un determinado domicilio existen antecedentes que permitirán arrojar luz respecto del hecho investigado o de la participación en el mismo.

Conviene advertir que esta posición no puede entenderse como una aceptación de la prueba que proviene de una entrada y registro ilícitas. En este trabajo se reconoce y valora la autorización judicial como un mecanismo esencial para la tutela del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, se reconoce también que un incremento en la calidad del juicio de hecho exige que el juez se incline a favor de permitir su afectación cada vez que se le presente algún antecedente, por mínimo que éste sea.

Segunda Parte.
Derechos fundamentales y juicio de Derecho.

Introducción.

La Primera Parte de este trabajo ha pretendido ofrecer al juzgador penal un criterio para la mejor aplicación del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de hecho. Según se mostró, ese criterio consiste en establecer una distinción entre aquellos derechos fundamentales cuya intangibilidad favorece la calidad del juicio de hecho y aquellos cuya intangibilidad perjudica la calidad de este juicio. Por lo mismo, se trata de un criterio que se construye desde los derechos fundamentales. Con ello se ha pretendido mostrar que los derechos algo importante tienen que decir respecto del esclarecimiento del hecho investigado y de la participación en el mismo. Y, en especial, que ese algo difiere de la perspectiva doctrinaria mayoritaria.

La presente Segunda Parte también quiere ofrecer al juzgador penal un criterio para la mejor aplicación posible del Derecho penal material, pero ahora en lo relativo al juicio de Derecho. Este criterio consiste en el sometimiento al precedente, sujeción que viene exigida por los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad jurídica y a la racionalidad. Por lo mismo, y al igual que en el caso anterior, se trata de un criterio edificado desde los derechos fundamentales. Por lo mismo, nuevamente los derechos fundamentales tienen algo importante que decir respecto de la reprochabilidad jurídico penal de un hecho punible. Esta es, pues, la idea esencial de la Segunda Parte de este trabajo.

Una mejor exposición del referido criterio recomienda enfatizar previamente tres cosas. En primer lugar, es necesario recordar que el juicio de Derecho consiste en determinar el material normativo aplicable a los hechos fijados¹, para definir si éstos son jurídico penalmente reprochables. En efecto, el proceso a través del cual se determina el material normativo aplicable permite precisar qué normas son aplicables al caso. A su turno, una definición respecto de las normas aplicables viabiliza el juicio de reprochabilidad jurídico penal del hecho fijado, es decir, si éste es jurídico penalmente reprochable.

En segundo lugar, la sumisión al precedente que aquí se postula presenta un contenido polifacético. En efecto, dependiendo de las circunstancias, esos precedentes pueden provenir de alguna de las siguientes fuentes: de tribunales superiores, del mismo juzgador (autoprecedente) o de una innovación del propio juzgador a la que esté dispuesto a someterse en iguales casos futuros (precedente hipotético). De acuerdo con esta propuesta, el juzgador deberá acudir a una de esas fuentes sólo si falta el proveído por la fuente anterior al momento de determinar la norma penal material aplicable al caso.

¹ Como se puede advertir, esta explicación del juicio de hecho difiere ligeramente de la expresada en el Capítulo Preliminar. En efecto, en éste se sostuvo que el juicio de hecho consiste en precisar el material normativo a aplicar para determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. Sin embargo, las consideraciones ofrecidas en el Capítulo II de la Primera Parte permiten especificar que ese “hecho” son los hechos fijados, que es el resultado del juicio de hecho.

Ahora bien, y según se verá en el Capítulo III, la sumisión al precedente no es el único criterio que debe concurrir para lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Sin embargo, se trata de una exigencia especialmente debatida por los juristas españoles en los últimos años. Por añadidura, se trata de un requisito que ha encontrado importantes resistencias por parte del Tribunal Constitucional². Por lo mismo, el sometimiento al precedente no sólo constituye un criterio relevante para un más correcto juicio de Derecho. Además, se trata de una propuesta cuyo análisis resulta singularmente interesante en el contexto jurídico español.

En tercer lugar, corresponde precisar que el criterio de sumisión al precedente se aplica sobre los hechos fijados³. En esto se puede advertir una diferencia con el criterio tendente a la mejor aplicación del Derecho penal material en lo relativo al juicio de hecho. En ese caso la propuesta de distinguir entre derechos fundamentales cuya indemnidad incrementa o disminuye las posibilidades de determinar si efectivamente el hecho ha acaecido y si una determinada persona ha participado en el mismo se aplica sobre los hechos alegados. De ahí que en adelante en lugar de hablar de hechos investigados o alegados, en lo que sigue se hablará de hechos fijados.

Todas estas consideraciones permiten advertir que la exposición del criterio referido exige clarificar dos cosas en forma previa. Por una parte, y desde el punto de vista metalingüístico, es necesario precisar qué significa afirmar que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. Este es, precisamente, el objeto del Capítulo I. Por otra parte, y desde la perspectiva deontológica, se debe explicitar cómo se determina el material normativo aplicable, que es el que permite precisar si el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. A enfrentar este problema se dedica el Capítulo II. Sobre la base de tales clarificaciones, y a partir de las propuestas formuladas por el profesor Rafael De Asís, en el Capítulo III se desarrolla el mandato de sumisión al precedente como uno de los criterios que permiten lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material en lo relativo al juicio de Derecho.

² Para una revisión de los planteamientos del Tribunal Constitucional respecto del sometimiento de los jueces al precedente, véase De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, especialmente pp. 264 a 272; De Asís Roig, Rafael, *Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario* /en/ *Revista de Derecho Constitucional*, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008]; y De Asís Roig, Rafael, *Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial* /en/ *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], pp. 913-928, especialmente p. 923. En este último trabajo el profesor De Asís destaca que la jurisprudencia del Tribunal constitucional español ha relacionado el valor de los enunciados normativos con la igualdad en la aplicación de la ley. En este sentido, el profesor español destaca que para el máximo intérprete de la Constitución es necesario analizar cuatro requisitos para saber si existe igualdad en la aplicación de la ley. Ellos son los siguientes: que se trate del mismo órgano jurisdiccional, que sean supuestos de hecho sustancialmente idénticos, que se trate de una jurisprudencia cierta y consolidada (aunque su contravención no constituye por sí sólo una lesión al derecho fundamental a la igualdad) y que se produzca una diferencia de trato arbitraria. Todo esto permite sostener, como se ha hecho en lo principal de este texto, que el sometimiento al precedente encuentra severas resistencias por parte del Tribunal Constitucional español.

³ Respecto del significado de la expresión hechos fijados, que ha sido tomada del profesor De Asís, véase el Título I del Capítulo II de la Primera Parte.

Capítulo I.

La dimensión metalingüística del problema normativo.

Para aclarar qué significa afirmar que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable el presente Capítulo se vertebra en torno a cuatro Títulos. En el primero de ellos se muestran las opciones conceptuales, alternativas entre sí, a través de las cuales se puede responder este problema, explicitándose la elegida en este trabajo. Los dos Títulos siguientes desarrollan el significado de la opción conceptual elegida. Al efecto se centran en las expresiones norma y aplicabilidad, respectivamente. El Título IV, por último, opera como síntesis y conclusión de lo expuesto en el presente Capítulo.

I. Reprochabilidad como derivación.

En el presente Capítulo se intenta responder qué significa que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. Las perspectivas frente a este problema metalingüístico son al menos dos. Una de ellas es que el hecho fijado es reprochable jurídico penalmente cuando así lo ha definido el sentenciador del caso. La otra se puede expresar diciendo que el hecho sólo puede ser así calificado cuando hay sujeción del juzgador a la ley⁴ o, para ser más precisos, cuando el juzgador deriva el reproche de las normas pertinentes del sistema jurídico penal⁵.

Por demasiadas razones la primera de esas opciones no puede ser aceptada. En primer lugar, y de acuerdo con Rodríguez y Sucar, porque este significado identifica sentencia final y sentencia correcta, pese a que se trata de situaciones diversas e independientes⁶. En

⁴ Esta afirmación ha sido construida considerando lo expuesto por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley (redacción provisional)* [on line], [citado 13 septiembre 2007], ver especialmente pp. 1 y 2.

⁵ Esta definición ha sido formulada a partir de las ideas vertidas por Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/ Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], especialmente pp. 403, 409 y 410.

⁶ En este sentido, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, *Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/ Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], p. 409, expresan: “Muchas veces se confunde el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no pueden, a partir de cierta instancia, ser revisadas como consecuencia del principio de cosa juzgada, con el hecho de que ellas son siempre correctas, esto es, que los órganos no se equivocan en sus decisiones. Es evidente que éstos son conceptos distintos y lógicamente

segundo lugar, y siguiendo ahora a Barranco Avilés, porque este planteamiento contradice la aspiración de certeza y previsibilidad que caracteriza al Derecho⁷. En fin, esta perspectiva no puede ser admitida porque dificulta el enjuiciamiento normativo de las decisiones judiciales, pese a que ello no sólo es fácticamente posible⁸, sino además eventualmente necesario⁹. Tales objeciones impiden que este significado satisfaga la exigencia de lograr la más correcta aplicación posible del Derecho penal material, que se traduce en evitar la persecución y condena del inocente y en sancionar al culpable en el grado debido.

La segunda opción, que entiende que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable cuando el reproche se deriva de las normas pertinentes del sistema jurídico, es preferible porque supera las objeciones recién expresadas. En efecto, por una parte permite distinguir claramente sentencia final y sentencia correcta. Por otra parte, es perfectamente compatible con el establecimiento de ciertas exigencias al modo en que el juzgador debe realizar el juicio de Derecho. Del igual modo, y por lo mismo, viabiliza una evaluación de la decisión adoptada desde el punto de vista de su corrección normativa. Por tanto, se muestra coherente con la exigencia de lograr la más correcta aplicación posible del Derecho penal material.

Ahora bien, que el reproche se derive de las normas del sistema no significa sostener que existe una única solución correcta para cada caso. En efecto, frente a muchos casos queda un margen más o menos amplio para la discrecionalidad del juzgador. Pero esto, a su vez, no importa un regreso a aquello de que el hecho es jurídico penalmente reprochable cuando así lo ha decidido el sentenciador. Se trata, nuevamente, de encaminarse en la idea de mejor aplicación posible del Derecho penal material. En otras palabras, se trata de aceptar que la calidad de las razones que se ofrezcan permite afirmar que ciertas decisiones resultan más correctas que otras.

independientes. En este sentido, las decisiones de los órganos creadores o aplicadores de normas jurídicas no son revisables a partir de cierta instancia, pues en algún punto debe finalizar la disputa para que el derecho pueda cumplir su función de dirimir conflictos”.

⁷ En este sentido se expresa Barranco Avilés en *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 19 y 20, cuando afirma que la referida perspectiva “resulta incoherente con el modo en el que se concibe la función judicial y contradice la aspiración de previsibilidad y certeza que históricamente ha sido asociada al Derecho. Con ello, si se cumpliera que realmente los jueces no actúan sometidos a pautas, se haría necesario formular éstas y reorganizar la administración de justicia para aproximar el funcionamiento real del Derecho al ideal jurídico tal y como permanece anclado en nuestra cultura desde el surgimiento del Estado moderno”.

⁸ Como expresa Gabriel Tosto en *Derecho y economía /en/ Hologramática*, [on line], 2006, año III, Núm. 4Vol. 3 [citado 13 septiembre 2007], sin paginación, son inválidos (incorrectos, diríamos nosotros), “aquellos pronunciamientos que muestran una inobservancia o errónea aplicación del derecho. Esto es, errores que constituyen el desconocimiento de un principio, una norma, una regla o una definición de carácter institucional, sea que el error verse sobre el contenido, existencia, validez, vigencia o aplicabilidad, lo que se sintetiza en el núcleo de significado de la expresión violación del derecho”. Por tanto, la evaluación es perfectamente posible desde que resulta viable contrastar la decisión con el respectivo sistema jurídico.

⁹ La posibilidad de que los juristas y otros operadores jurídicos evalúen la corrección de las decisiones judiciales es eventualmente necesaria, en el sentido que puede constituir una oportunidad para el perfeccionamiento de las mismas, desde la perspectiva de su mayor afinidad con las exigencias prescriptivas del sistema jurídico.

Como se puede advertir, la afirmación de base es que el reproche deriva de las normas pertinentes del sistema. Esta afirmación se construye a partir de dos elementos: norma y pertinencia. Por tanto, corresponde clarificar a continuación cuál es el significado de cada uno de esos elementos, y en consecuencia, de la afirmación misma.

II. El concepto de norma.

La expresión norma o, para ser más precisos, norma jurídica se utiliza con equívoco significado por los operadores del sistema jurídico. En particular ocurre que se la confunde con otros términos, tales como enunciado normativo, disposición o formulación normativa. Corresponde, en consecuencia, clarificar el significado y las relaciones de todas y cada una de estas expresiones.

1. Enunciado normativo, disposición y formulación normativa.

El profesor De Asís define la expresión enunciado normativo de manera general, es decir, para cualquier ámbito del sistema jurídico, al expresar que es “el resultante del acto normativo, consistente en una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa”¹⁰. Cabe advertir que, aunque la expresión enunciado normativo es también empleada en otros sentidos¹¹, en este trabajo se seguirá el significado propuesto por el profesor De Asís.

Ahora bien, la definición de enunciado normativo que se busca debe ser aplicada al Derecho penal. En consecuencia, la definición ofrecida debe ser especificada precisamente para dicho ámbito. Pues bien, en el Derecho penal material el principio de legalidad exige que la cadena de expresiones del lenguaje natural a que alude la definición del profesor De Asís sea escrita y formulada por el legislador¹². En consecuencia, un enunciado normativo

¹⁰ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 36.

¹¹ Sobre los otros sentidos en que se puede utilizar la expresión enunciado normativo puede verse, por ejemplo, Navarro, Pablo E., *Enunciados jurídicos y proposiciones normativas /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2000, Núm. 12 [citado 2 agosto 2007], especialmente pp. 121 a 123; Bulygin, Eugenio, *El papel de la verdad en el discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 79; y Rodríguez, Jorge L., *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 88.

¹² La exigencia de reserva legal para la formulación de delitos y penas parece unánime en la doctrina actual, como lo confirman, entre otros autores, el chileno Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 566, el argentino Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1996, p. 18, el colombiano Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, Temis, Bogotá (Colombia), 1982, p. 56, o el italiano Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, p. 34. Además, y como destacan los dos últimos, se trata de una garantía construida por la tradición jurídica ilustrada. Por cierto el principio de legalidad penal no debe confundirse con el de legalidad procesal penal, que impone “realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha

penal puede ser definido como el resultado de un acto normativo, consistente en una cadena de expresiones del lenguaje natural formuladas por escrito y por el legislador, gramaticalmente correcta y completa¹³.

Así precisado el sentido de la expresión enunciado normativo, corresponde relacionarla con los vocablos disposición y formulación normativa. En cuanto al primero, se debe aclarar que en este trabajo el término disposición se utilizará como sinónimo de enunciado normativo. Tal identificación se justifica en que diversos autores confieren a esta última el mismo significado que aquí se ha dado a la primera. Es, por ejemplo, el caso de Chiassoni¹⁴ y de Alexy¹⁵, quienes además utilizan indistintamente ambas expresiones. Del mismo modo, el vocablo formulación normativa también se empleará como sinónimo de enunciado normativo. Al igual que en el caso anterior, una tal identificación se justifica en que varios autores emplean la expresión formulación normativa precisamente en el sentido que aquí se ha dado al término enunciado normativo. Al efecto es posible citar, por ejemplo, a Zuleta¹⁶, Navarro¹⁷, y Rodríguez y Sucar¹⁸.

cometido un hecho punible” y “formular la acusación cuando después de la investigación sigue existiendo esa sospecha vehemente” (Roxin, Claus, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, segunda reimpresión, 2003, p. 89).

¹³ Como se puede advertir, entre las expresiones enunciado normativo y enunciado normativo penal existe una relación de género a especie. Ahora bien, en adelante el término enunciado normativo habitualmente será empleado en su significado más restringido, esto es, en el sentido de enunciado normativo de Derecho penal. Sin perjuicio de ello, y dependiendo del contexto, también podrá ser utilizada para aludir a cualquier ámbito del sistema jurídico.

¹⁴ Pierluigi Chiassoni en Notas para un análisis silogístico del discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], pp. 55 y 56, afirma: “Por «enunciados normativos» (o brevemente: «disposiciones») entiendo la subclase de los enunciados jurídicos que, en un contexto espacio-temporal determinado, han sido formulados por autoridades normativas: por órganos competentes para producir normas, o reglas, jurídicas”.

¹⁵ Alexy utiliza las expresiones disposición iusfundamental o disposición de derechos fundamentales, como es evidente, para el nivel constitucional. Sin embargo, ella es perfectamente aplicable en el sentido que aquí se ha dado al término disposición. Al efecto expresa en teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 62, que disposiciones iusfundamentales son “enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental”. Y añade en la p. 64 que utilizará el término más frecuente “disposición de derecho fundamental” en lugar de la expresión “algo pesada” “enunciado normativo de derecho fundamental”.

¹⁶ Hugo Zuleta en La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista /en/ Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del Derecho [on line], octubre 2005, Núm. 23 [citado 24 agosto 2007], p. 65 expresa que las formulaciones normativas “son oraciones susceptibles de diversas interpretaciones, habida cuenta de la vaguedad y ambigüedad características del lenguaje ordinario”. Y propone como ejemplos “las siguientes formulaciones normativas: a) Si alguien mata a otro debe ser castigado con prisión perpetua; b) Los menores de edad no deben ser castigados”.

¹⁷ Para Navarro, Pablo E., Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], p. 244, con la expresión Formulación normativa “se designa a entidades lingüísticas utilizadas para indicar lo que debe o puede hacerse en determinados casos”.

¹⁸ Para Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/ Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], p. 407, una formulación normativa “es un enunciado que ha sido comprendido como normativo (es decir como uso prescriptivo del lenguaje) pero del cual no se sabe todavía exactamente qué es lo que norma o prescribe). En otras palabras, se conoce su fuerza pero no su sentido”.

Consecuencia de todo lo dicho en este apartado es que en lo sucesivo las expresiones enunciado normativo, disposición y formulación normativa serán perfectamente intercambiables, sea que se utilicen en sentido genérico para cualquier ámbito del Derecho, o específicamente para aludir al ámbito penal material.

2. Norma, enunciado normativo e interpretación.

Siguiendo a Bulygin, la norma jurídica puede ser definida como una prescripción utilizada para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta o acción en determinadas circunstancias¹⁹. Pese a sus evidentes bondades, esta definición, como puede advertirse, no clarifica en modo alguno la relación entre norma y enunciado normativo. Por tanto, y aunque más abajo se retomará el significado sugerido por Bulygin, el precisar esta relación exige considerar otro tipo de nociones.

Ahora en palabras de Navarro, una “manera usual de identificar a las normas jurídicas consiste en establecer el significado de una determinada formulación normativa”²⁰. Pues bien, para establecer AL MENOS UN significado INICIAL es posible acudir a las modalidades deónticas, como las de mandato, prohibición y permisión²¹. De este modo la disposición, muchas veces expresada de modo no deóntico²², es dotada de significado prescriptivo o, en otras palabras, se le interpreta. En consecuencia, como afirman entre otros el profesor De Asís²³, Alchourrón²⁴, Moreso²⁵, Guastini²⁶, Rodríguez²⁷, y el propio

¹⁹ Para Bulygin, Eugenio, Los jueces ¿crean Derecho? /en/ Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Abril 2003, Núm. 18, [citado 2 agosto 2007], p. 11, las normas “pueden ser caracterizadas como expresiones usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta o acción en determinadas circunstancias”. En el mismo sentido se pronuncia Huerta Ochoa, Carla, La jurisprudencia como técnica /en/ Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie [on line], mayo-agosto 1999, año XXXII, Núm. 95 [citado 27 septiembre 2007], p. 399, para quien una norma “es una regla que establece una conducta como obligatoria, prohibida o permitida, ésta se caracteriza por un operador deóntico (que corresponden a lo obligatorio, prohibido y permitido)”.

²⁰ Navarro, Pablo E., Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], p. 244.

²¹ El uso de las modalidades deónticas es propuesto por Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 52.

²² Como expresa Bulygin, Eugenio, El papel de la verdad en el discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 79, “es importante tener presente que las normas pueden también ser formuladas mediante otros recursos lingüísticos (imperativos, oraciones en futuro indicativo: vgr. “El que matare a otro será penado...”)” y no sólo mediante oraciones deónticas.

²³ En palabras del profesor De Asís, la norma puede ser conceptualizada como “el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución de un acto normativo”. Y añade: “Desde esta descripción del fenómeno normativo, lo que tradicionalmente (en el lenguaje común de los juristas) se ha entendido como norma sería el enunciado normativo, mientras que la norma (en la terminología de Mendonca) estaría cercana a lo que se ha denominado como proposición normativa”. De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 36 y 37. En similar sentido se expresa en De Asís Roig, Rafael, El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, p. 33, donde expresa: “En este sentido, el enunciado normativo es un conjunto de expresiones del lenguaje en el que se expresa el Derecho gramaticalmente correcto mientras que la norma (la regla en este caso) es el significado del enunciado”.

²⁴ “Por “norma” interpreto el significado que pueda atribuirse a una expresión lingüística, no la propia expresión lingüística”, afirma Carlos Alchourrón en Sobre Derecho y lógica /en/ Isonomía: Revista de Teoría

Navarro²⁸, una norma es el resultado de la interpretación de un enunciado normativo o de la interpretación conjunta de varios enunciados normativos. Invirtiendo la relación entre ambos términos, y siguiendo a autores como Alexy²⁹, Bulygin³⁰ y Moreso³¹, es posible afirmar que un enunciado normativo es el modo en que se expresa una norma.

En este punto parece conveniente explicitar las relaciones entre disposición y norma, por una parte, y entre interpretación y norma, por otra. En cuanto a lo primero, es evidente que no resulta posible identificar ambos términos. En efecto, una disposición puede expresar simultáneamente varias normas, del mismo modo que una sola norma se puede expresar a través de distintas disposiciones³² o mediante la relación entre varias disposiciones³³. Por

y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 20.

²⁵ Moreso, Juan José, Guastini sobre la ponderación /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2002, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], p. 228.

²⁶ Según Guastini, se puede denominar “norma” al “contenido significativo” de una disposición y “no a la disposición misma”. Guastini, Ricardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 101.

²⁷ Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/ Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], p. 407, afirman: “Cuando el intérprete adjudica significado a una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas a sus términos componentes, ella se transforma en una norma”. Y añade: “La norma jurídica es entonces un enunciado al que se ha fijado un cierto significado a partir de una o a varias formulaciones normativas o que es posible formular a partir de la reconstrucción realizada a partir de una o varias formulaciones normativas”.

²⁸ En este mismo sentido, expresa Navarro que una “manera usual de identificar a las normas jurídicas consiste en establecer el significado de una determinada formulación normativa”. Navarro, Pablo E., Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], p. 244.

²⁹ Alexy, Robert, en teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 51.

³⁰ Bulygin, Eugenio, El papel de la verdad en el discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 79.

³¹ Para Juan José Moreso en Guastini sobre la ponderación /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2002, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], p. 228 una disposición es el texto de los documentos legislativos a través de los cuales se expresa una norma. Con todo, debe advertirse que la propuesta de Moreso no puede aplicarse al término disposición en sentido general, sino sólo en el ámbito penal material. En efecto, respecto del conjunto del sistema jurídico las normas pueden expresarse por vías no escritas (contrariamente a lo sugerido por Moreso al utilizar la palabra “texto”) y puede provenir de fuentes distintas del legislador (contrariamente a lo sugerido por Moreso al utilizar la expresión “documento legislativo”).

³² Sobre el punto Alexy afirma en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 51 que “la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos”.

³³ Al respecto en Guastini sobre la ponderación /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2002, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], p. 228, Moreso sostiene que “no se da una relación biunívoca entre disposición y norma, dado que, por ejemplo, una disposición puede expresar una pluralidad de normas y una sola norma puede ser expresada por varias disposiciones”. En el mismo sentido, Pablo E. Navarro, expresa en Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], p. 244, que “una misma formulación puede expresar más de una norma y una misma norma puede estar expresada en varias formulaciones”. En la misma línea, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/

otra parte, y como lúcidamente explica el profesor De Asís, “un enunciado normativo puede dar lugar a una norma, pero ésta, a su vez, a través de un acto normativo puede constituirse en enunciado normativo que sucesivamente dé lugar a otra norma”³⁴.

En cuanto a lo segundo, esto es, en cuanto a la relación entre norma e interpretación, parece posible afirmar que la interpretación cumple una doble función en la relación entre enunciado normativo y norma³⁵. Como actividad, la interpretación es la operación intelectual a través de la cual se dota de significado a un enunciado normativo o, en otras palabras, se generan normas a partir de un enunciado normativo. Dicho más gráficamente, es el puente que conduce desde una disposición hacia una norma. Como resultado, la interpretación es el significado del enunciado normativo, es decir, la norma generada a partir del enunciado normativo³⁶. Bajo esta última acepción, ambas expresiones se identifican totalmente, es decir, se hacen sinónimas.

Lo dicho basta para comprender las relaciones entre enunciado normativo, interpretación y norma. Por otra parte, es suficiente para confirmar que lo que se aplica al caso no es la disposición, sino la norma. Por último, permite contar con un contexto idóneo para precisar la relevancia de la interpretación en la más correcta aplicación posible del Derecho penal material, aunque sobre esto último se volverá más abajo.

Al comienzo de este apartado se afirmó que una norma puede ser definida como una prescripción utilizada para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta o acción en determinadas circunstancias. Luego se precisó que las normas jurídicas se expresan a través de enunciados normativos, esto es, a través de disposiciones o formulaciones normativas.

Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], p. 407, expresan que “es posible que con más de una formulación normativa, según el significado que se les adjudique y la relación que se admita entre ellas, pueda obtenerse sólo una norma o que de una formulación normativa se extraiga más de una norma”.

³⁴ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 38.

³⁵ La distinción que a continuación se ofrece sigue la sugerida por el profesor De Asís, quien en la obra de Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpression, Madrid, 1999, p. 569, expresa: “En el ámbito jurídico, cuando se habla de interpretación se puede estar haciendo referencia tanto a una serie de actividades cuanto al resultado de las mismas”. En el mismo sentido puede citarse a Tosto, Gabriel, *Los Jueces y la Ley Laboral* /en/ GL. [on line], agosto 2004, vol. 10, Núm. 2 [citado 27 Septiembre 2007], p. 189. El autor argentino define la interpretación actividad como “la operación intelectual que los decisores hacen respecto del texto legislativo” y la interpretación resultado como “el producto formulado o resultado de aquella actividad interpretativa”. Debe advertirse que, en todo caso, la doctrina parece conteste en que la distinción fue formulada por Giovanni Tarello, como expresamente reconocen Chiassoni, Pierluigi, *Notas para un análisis silogístico del discurso judicial* /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], p. 58 y Velluzzi, Vito, *Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil?*, traducción de Amalia Amaya /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 21-I [citado 27 septiembre 2007], p. 67, nota 8; e implícitamente por Gianformaggio, Leticia, *Racionalidad práctica y teoría de la argumentación*, traducción de Juan Antonio Pérez Lledó /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1987, Núm. 4 [citado 27 septiembre 2007], p. 90, nota 10.

³⁶ En este mismo sentido expresa el profesor De Asís en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, nota al pie 45 de la página 37: “Frente a la concepción clásica de la norma que ve a ésta como dato, la visión que mantenemos la contemplamos como resultado”.

Por tanto, y a modo de síntesis, una norma es una prescripción de la conducta humana que se expresa a través de enunciados normativos. Estas precisiones permiten afirmar que lo que en realidad denota el caso no es un enunciado normativo, sino la norma que en ella se expresa.

III. Aplicabilidad interna y externa de la norma.

El punto de partida de este Capítulo es que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable cuando el reproche se deriva de las normas pertinentes del sistema. Para comprender esta afirmación se ha precisado ya el significado de la expresión norma jurídica. En lo que sigue se trata de aclarar qué se entiende por norma pertinente del sistema. Para estos efectos se utilizará una interesante distinción formulada por Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, que ha sido seguida por Comanducci³⁷. Según estos autores, para determinar si una norma debe ser aplicada a un hecho es necesario, primero, determinar el ámbito de aplicación de dicha norma y, segundo, decidir si la misma debe ser efectivamente aplicada³⁸.

De acuerdo con esta concepción, el reproche se deriva de las normas pertinentes del sistema jurídico penal si se cumplen dos requisitos. Primero, que el hecho fijado sea denotado o regulado por una norma de Derecho penal material³⁹. Es decir, y en palabras de Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, que la norma sea internamente aplicable⁴⁰. Segundo, que del sistema jurídico se derive la exigencia de utilizar esa norma en los hechos fijados⁴¹. Otra vez en palabras de aquellos cuatro autores, esto significa que la norma sea externamente aplicable⁴². A precisar el sentido de estas ideas se dedicarán los siguientes apartados.

1. Condiciones de la aplicabilidad interna de una norma.

Para explicar cuándo una norma es internamente aplicable al hecho fijado, es decir, cuándo es éste denotado por una norma de Derecho penal material, es necesario precisar las relaciones que existen entre hecho fijado, caso individual, caso genérico y norma, desde el

³⁷ Ver Comanducci, Paolo, *Constitución y Teoría del Derecho*, Fontanara, México, 2007.

³⁸ Para Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar la expresión aplicable tiene dos significados que deben ser claramente distinguidos, pues “aplicar una norma a un caso encubre dos actividades diferentes: por una parte, la interpretación de las formulaciones normativas a efectos de fijar el alcance de una norma, y por otra parte la decisión de usar una cierta norma para resolver un determinado caso”. Ver Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, *El alcance de las normas jurídicas* [on line], [citado 13 septiembre 2007], pp. 3 y 4.

³⁹ En este sentido afirma Comanducci en *Constitución y Teoría del Derecho*, Fontanara, México, 2007, p. 97: “Una norma es internamente aplicable si regula el caso al cual se aplica”.

⁴⁰ Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, *El alcance de las normas jurídicas* [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 4.

⁴¹ Según Comanducci, *Constitución y Teoría del Derecho*, Fontanara, México, 2007, p. 97, una norma “es externamente aplicable si existe otra norma jurídica que obliga al juez a aplicarla”.

⁴² Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, *El alcance de las normas jurídicas* [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 4.

punto de vista de la aplicación del Derecho, así como indicar el sentido de algunas de estas expresiones.

Un hecho fijado es una especie dentro de lo que los autores denominan caso individual⁴³ o caso concreto⁴⁴. Por tanto, es recomendable comenzar explicando el significado de estas dos últimas expresiones, sinónimas entre sí. Los términos caso individual o caso concreto aluden a la reconstrucción de un acontecimiento acaecido en un momento y en un lugar determinados a partir de sus elementos relevantes, así considerados desde la perspectiva de su evaluación jurídica⁴⁵.

El hecho fijado participa de esa definición, con el añadido que se trata de un acontecimiento que se encuentra actualmente sometido a persecución penal. De acuerdo con esta explicación, todo hecho fijado es un caso individual, aunque no todo caso individual es un hecho fijado. En efecto, no sólo existen otras modalidades de hechos sometidos a enjuiciamiento⁴⁶, sino también hechos reales judicialmente resueltos⁴⁷, y hechos ficticios debidamente contextualizados⁴⁸, todos los cuales pueden constituir casos individuales o concretos. Por tanto, el hecho fijado es un tipo o especie de caso individual actualmente sometido a persecución penal. Además, no se debe olvidar que el hecho fijado es el hecho establecido por el juzgador del caso⁴⁹. En consecuencia, y en síntesis, el hecho fijado es el hecho establecido judicialmente bajo la forma de caso individual o concreto y actualmente sometido a persecución penal.

El término caso genérico, por su parte, constituye la abstracción de acontecimientos reales construida a partir de ciertos elementos comunes cuya concurrencia permite distinguirlo de otros casos genéricos⁵⁰. Ahora bien, el caso genérico presenta importantes relaciones con el

⁴³ Así, por ejemplo, Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 17 y 18; Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 50 y 52, entre otras; Basterra, Marcela I., El problema de las lagunas en el Derecho [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 10; y Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 6.

⁴⁴ Así, por ejemplo, Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 58 y 59.

⁴⁵ La definición se ha formulado con cierta libertad a partir de las nociones entregadas por Carlos Alchourrón en Sobre Derecho y lógica /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 17 y 18; y Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], pp. 6 y 7.

⁴⁶ Por ejemplo, el hecho judicial de carácter civil por el que María reclama a Juan el pago de la renta de alquiler de la casa K correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo del presente año.

⁴⁷ Por ejemplo, el homicidio de John Lennon o la muerte de Marilyn Monroe.

⁴⁸ Todo hecho ficticio que entregue información casuística, tales como identificación de partícipes, lugar, día, hora y sucesos concretos, que permita presentarlo como único, puede considerarse un ejemplo de caso individual ficticio.

⁴⁹ Ver Capítulo II de la Primera Parte.

⁵⁰ Esta definición sigue de cerca la propuesta de Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado

caso individual. En efecto, cada caso individual debe pertenecer a un caso genérico y sólo a uno de ellos⁵¹. Además, todos los casos individuales que presenten los elementos distintivos de un caso genérico podrán recibir la denominación de este último⁵².

En fin, las normas jurídicas de Derecho penal material se relacionan con los casos genéricos y se pueden relacionar con los casos individuales. Habitualmente se afirma que toda norma jurídica de Derecho penal material regula un caso genérico, es decir, describe los elementos que lo distinguen de cualquier otro caso genérico⁵³. Por otra parte, la consideración jurídica de los casos individuales implica determinar si ellos son denotados por alguna norma jurídica de Derecho penal material⁵⁴. En consecuencia, y en cuanto el hecho fijado constituye un tipo de caso individual, su consideración jurídica implica determinar si el mismo es denotado por una norma de Derecho penal material.

De acuerdo con estas precisiones, el hecho fijado (que es un tipo de caso individual) es denotado por una norma jurídica de Derecho penal material sólo si ese hecho puede ser subsumido en un caso genérico y este último se inscribe en el ámbito de regulación de una norma jurídica de Derecho penal material. Si se da esta correlación entre hecho fijado, caso genérico y norma de Derecho penal material se puede afirmar que el primero es denotado por una norma de Derecho penal material. En otras palabras, esa norma será internamente aplicable al hecho.

Esta correlación entre hecho fijado, caso genérico y norma de Derecho penal material y la correspondiente denotación del primero por esta última es imprescindible para afirmar que

2 agosto 2007], p. 17, para quien un caso genérico “es una mera descripción de ciertas propiedades de un conjunto de acontecimientos”. Y ha considerado también la propuesta de Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 7, para quienes “Un caso genérico es una propiedad usada para clasificar los elementos de un determinado universo del discurso (y también, la clase formada mediante esa propiedad)”.

⁵¹ Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 18 y 19.

⁵² Así, por ejemplo, el robo a Juan, el robo a José y el robo a María constituyen casos individuales que presentan los elementos distintivos del caso genérico de robo. Por supuesto cada caso individual puede presentar particularidades que eventualmente configuren una nueva abstracción derivada de un caso genérico más general. Así, por ejemplo, puede que los robos a Juan y José sean con violencia, mientras el robo a María sea por sorpresa. Si estos elementos (la violencia y la sorpresa) resultan relevantes en cualquier sentido, pueden conducir a la configuración de nuevos casos genéricos.

⁵³ Sin embargo, una norma puede regular no sólo uno, sino varios casos genéricos. Eso dependerá de la interpretación que se haga de la disposición a través de la cual se expresa la misma. Para comprender esta posibilidad basta con atender a la noción de normas iusfundamentales adscritas expuesta por Alexy en su Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente pp. 66 a 73. Aunque se trata de una afirmación formulada para el nivel iusfundamental, es perfectamente aplicable al nivel legal. Así, por ejemplo, la norma que sanciona la conducción de vehículos en estado de ebriedad comprenderá no sólo el caso genérico de conducción de automóviles, sino también el caso genérico de motocicletas, e incluso probablemente el caso genérico de bicicletas a las que se ha añadido algún sistema automotor.

⁵⁴ Estas dos ideas han sido expuestas por Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 7, quienes afirman que “las normas jurídicas generales regulan casos genéricos, al correlacionar una propiedad con una determinada solución normativa mientras que las normas son aplicables a casos individuales”.

el hecho fijado es reprochado por las normas pertinentes del sistema. En otras palabras, la aplicación interna de la norma es condición necesaria para afirmar que el hecho es reprochado jurídico penalmente. Sin embargo, según ya se ha advertido, no es condición suficiente. Además es necesario que la norma sea externamente aplicable, asunto que se analizará de inmediato.

2. Condiciones de la aplicabilidad externa de una norma.

Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar explican la noción de aplicabilidad externa mediante la indeterminada expresión “fuerza institucional del Derecho”⁵⁵. Y especifican que ello se relaciona con el deber de utilizar la norma internamente aplicable⁵⁶. Ahora bien, aunque ofrecidas por los autores de la distinción entre aplicabilidad interna y externa que aquí se ha seguido, estas fórmulas no parecen iluminar lo suficiente el concepto que ahora se analiza.

Lo recién expresado muestra que la noción de aplicabilidad externa debe ser precisada. La aplicabilidad externa de una norma dice relación con el conjunto de condiciones que deben concurrir para que la norma pueda ser utilizada en el caso concreto. Por tanto, y por una parte, sin duda incluye la competencia del juzgador en el sentido de órgano competente. Por otra parte, a esta dimensión, que se llamará orgánica, debe añadirse la dimensión procedimental. Desde esta perspectiva procedimental una norma es externamente aplicable si ha sido utilizada en el curso de un proceso tramitado de acuerdo con las exigencias establecidas por el respectivo sistema jurídico. Esas exigencias derivan, evidentemente, del conjunto de reglas y principios establecidos por las diversas fuentes del Derecho de ese sistema jurídico.

En síntesis, una norma es externamente aplicable sólo si es invocada por un juez competente en el marco de un proceso tramitado conforme a Derecho. En otras palabras, lo es si su imposición viene exigida por las reglas orgánicas y procedimentales del respectivo sistema jurídico⁵⁷. Como se sabe, el conjunto de estas normas configura el Derecho procesal penal, de modo que la aplicabilidad externa de una norma, para decirlo del modo más simple posible, depende del conjunto de reglas y principios establecidos por las diversas fuentes del Derecho procesal penal.

⁵⁵ Sobre el punto, afirman Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 3: “La decisión de aplicar una regla a un caso particular presupone que se ha identificado qué casos regula la norma en cuestión y se ha determinado la fuerza institucional de esa norma para justificar la decisión”.

⁵⁶ “A efectos de evitar confusiones entre los diferentes conceptos de aplicabilidad, diremos que las normas que tienen que ser utilizadas para justificar una decisión institucional son externamente aplicables”, explican Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007], p. 4.

⁵⁷ Por cierto cada una de las afirmaciones sobre competencia y procedimiento acarrea una serie de problemas conceptuales y jurídicos que, sin embargo, exceden las pretensiones de este trabajo.

IV. Reproche, derivación y aplicabilidad.

Todo lo dicho permite responder la duda metalingüística con que ha comenzado el presente Capítulo. Desde un punto de vista normativo, para decidir si un sujeto debe ser penalmente perseguido o no debe serlo, si la persecución penal en su contra debe continuar o interrumpirse, o si debe ser absuelto o condenado, es necesario determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. Por su parte, el hecho es jurídico penalmente reprochable si el reproche se deriva de las normas pertinentes del sistema. Las normas pertinentes del sistema, a su vez, son aquellas normas de Derecho penal material aplicables tanto internamente (es decir, que denotan el caso) como externamente (es decir, que deben imponerse porque hay una norma que confiere competencia al juzgador y porque así se ha resuelto en un proceso penal tramitado conforme a Derecho).

Con esto queda resuelta la duda metalingüística y corresponde pasar al problema deontológico. Según se anunció, éste consiste en precisar cómo se determina el material normativo aplicable, que es el que permite dilucidar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. Al tratamiento de dicha cuestión se dedica el siguiente Capítulo.

Capítulo II.

Dimensión deontológica del juicio de Derecho.

El juicio de derecho consiste en determinar si el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. El hecho puede ser así calificado cuando el reproche deriva de las normas pertinentes del sistema jurídico penal material. De acuerdo con lo expuesto en el Capítulo precedente, tales normas son obtenidas como resultado de la interpretación de uno o más enunciados normativos de Derecho penal material. Y, por añadidura, sólo pueden considerarse pertinentes si son aplicables tanto internamente (es decir, denotan el caso) como externamente (es decir, su imposición viene exigida por el sistema jurídico).

Ahora bien, y como expresa el profesor De Asís, se puede pensar “que existen casos en los que la premisa mayor se encuentra en una manera incuestionable y clara en el Ordenamiento, de tal forma que lo único que deba hacer el juzgador es encontrarla y aplicarla a los hechos en cuestión”. Sin embargo, añade inmediatamente, “no cabe afirmar que éstos sean los casos más numerosos en el Derecho”¹. Ello se debe a que, para determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable, es necesario realizar diversas tareas. Además, cada una de esas tareas puede conducir a respuestas diferentes.

Estas advertencias recomiendan tratar separadamente dos asuntos en el presente capítulo. En primer lugar conviene revisar el conjunto de tareas a través de las cuales el juzgador llega a determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. En otras palabras, lo que se analiza es el camino a través del cual el razonamiento judicial arriba a una decisión respecto del juicio de derecho (Título I). El punto de partida de estas ideas se encuentra en las distinciones y propuestas del profesor De Asís y, sobre ese cimiento, se añaden algunas consideraciones.

En segundo lugar se explicitarán las situaciones ínsitas en dichas tareas que pueden condicionar la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de Derecho. Al efecto se mostrará que en cada una de esas tareas hay circunstancias que condicionan el determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable (Título II). Como se verá, esto se debe a que cada una de ellas incide en el proceso de selección de la norma aplicable al hecho fijado. Es en este punto que se debe prestar especial atención, pues el criterio que se ofrece al juzgador pretende precisamente atenuar la incidencia de dichas circunstancias.

¹ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 161.

Al igual que en el Capítulo II de la Primera Parte, corresponde insertar aquí dos precisiones. Primero, el presente Capítulo no tiene carácter prescriptivo ni descriptivo. No ofrece un modelo de deber ser ni ilustra cómo se produce el razonamiento judicial en lo relativo al juicio de Derecho. Nuevamente se trata de un supuesto de trabajo, de una expectativa respecto de cómo se determina o, para ser más precisos, cómo se supone que se determina por parte del juzgador si el hecho es jurídico penalmente reprochable.

Segundo, ni el razonamiento judicial ni el proceso de selección de la norma aplicable se producen de la estructurada manera que se expone. Precisamente al contrario, ciertamente se trata de fenómenos inevitablemente entrelazados. Sin embargo, esa pedagógica opción discursiva no sólo permite una mejor comprensión del proceso tendente a determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. Además facilita la comprensión de la propuesta que se formula para incrementar la calidad del juicio de Derecho, así como su incidencia en las diversas tareas conducentes a precisar si el hecho es jurídico penalmente reprochable.

A esas dos precisiones corresponde añadir todavía una idea más. La teoría de la argumentación ha seguido una interesante distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, inicialmente explicitada por Hans Reichenbach². Como se sabe, el primero se refiere al momento en el cual el juzgador debe tomar la decisión respecto del caso y atiende al conjunto de circunstancias realmente consideradas por aquél. El segundo dice relación con el momento en el cual el juzgador debe expresar las razones de su decisión y atiende a las que ha manifestado o debería manifestar en la misma de acuerdo con el método exigido por la ciencia³. Ahora bien, el conjunto de tareas a través de las cuales el juzgador llega a determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable pueden tener incidencia en alguno de esos dos contextos, pues ambos son relevantes⁴. Por lo mismo, en adelante se explicitará a cuál de ellos corresponde la tarea que en cada caso se analice.

I. Las tareas del razonamiento judicial en el juicio de Derecho.

Nuevamente siguiendo a Rafael De Asís, en el juicio de Derecho resulta posible distinguir dos tareas, las que denomina elección de la norma y fijación de la norma. La elección de la norma, explica el profesor español, consiste en que “el juzgador elige el material normativo

² Así lo expresan, por ejemplo, Nettel, Ana Laura, La distinción entre contexto de descubrimiento y justificación y la racionalidad de la decisión judicial /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 1996, Núm 5 [citado 3 mayo 2009], p. 109; y Rivera, Silvia, en La filosofía de la ciencia: sus temas, rumbos y alternativas, sin paginación.

³ Al respecto expresa el profesor De Asís en “En el primer caso se trata de destacar las razones realmente utilizadas por el juez y que, en principio, sirven para justificar su decisión; en el segundo, se trata de señalar las razones que el juez ha manifestado o debería manifestar en la justificación de su decisión”.

⁴ El método científico desdeña el contexto de descubrimiento y otorga validez exclusivamente al de justificación. Sin embargo, y como expresa Gabriel Amos Bello, el contexto de descubrimiento también incide en la generación de conocimiento. Ver Bello, Gabriel Amos, Racionalidad del contexto de descubrimiento y lógica de la generación de hipótesis [on line], [citado 3 mayo 2009], quien dedica todo su artículo precisamente a justificar esa idea.

desde el que va a analizar los hechos fijados”. La fijación de la norma, por su parte, “es el proceso a través del cual se dota de sentido al enunciado o conjunto de enunciados normativos elegidos o creados, a la vez que se justifica el por qué de su posible aplicación al caso en cuestión”⁵. Coloma parece inscribirse en esta misma línea al distinguir entre la selección de la norma (debemos entender que se refiere al enunciado normativo) y su interpretación⁶. Y lo mismo puede decirse de Navarro, aunque el mismo se haya pronunciado en sentido aparentemente contradictorio en alguna oportunidad⁷.

Pese a que en lo esencial se coincide con el contenido de la propuesta del profesor De Asís, aquí se ha optado por modificar la terminología sugerida. En primer lugar se habla de identificación de enunciados normativos en lugar de selección de normas. Ello se debe a que lo primero que hace el juzgador en el juicio de Derecho es precisar cuál o cuáles enunciados son aplicables al caso, y que, como se verá, aquí se denominan competentes. De este modo, la expresión elección quedaría para el momento en el que el juzgador debe elegir entre diversas interpretaciones de uno o más enunciados normativos previamente identificados.

En segundo lugar se habla de interpretación de enunciados normativos en lugar de fijación de la norma. Ello se debe a que la segunda tarea del razonamiento judicial consiste precisamente en interpretar los enunciados normativos aplicables. Desde el punto de vista de este trabajo, la argumentación, que junto con la interpretación conforman la fijación de la norma en la exposición del profesor De Asís, es sólo una de las variables que aquí se considera. En efecto, procedimiento, justificación de la interpretación y criterios de interpretación constituyen la tríada de variables que incide en la mejor interpretación posible de los enunciados normativos de Derecho penal material que se consideran competentes. Por lo mismo, la exposición de cada una de esas variables resulta relevante para los fines de este trabajo.

Pese a lo recién expresado, parece conveniente advertir que el distanciamiento respecto de la propuesta del profesor De Asís es esencialmente semántico. En ese entendido, a continuación se tratará sobre cada una de esas dos tareas del razonamiento judicial en el juicio de Derecho, esto es, la identificación de enunciados normativos y la interpretación de enunciados normativos. Por último, y en lo inmediato basta destacar que esas operaciones son sólo conceptualmente diversas, pues se imbrican inseparablemente. En efecto, se

⁵ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 103.

⁶ Coloma habla de la selección de reglas o principios y de la determinación de su significado. Ver Coloma Correa, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tralará...*, O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 29.

⁷ Pablo Navarro en *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho* /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], p. 262, precisa que “normalmente se sostiene que primero identificamos una norma jurídica y luego, tratamos de interpretar su sentido”. En un sentido divergente puede citarse al propio Navarro, junto con Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Suar, German, *El alcance de las normas jurídicas* [on line], [citado 13 septiembre 2007], sin número de página, quienes sostienen que “aplicar una norma a un caso encubre dos actividades diferentes: por una parte, la interpretación de las formulaciones normativas a efectos de fijar el alcance de una norma, y por otra parte la decisión de usar una cierta norma para resolver un determinado caso”.

identifica porque se interpreta⁸, o, en palabras de Zuleta, seleccionar (identificar, se diría aquí) consiste en interpretar”⁹.

1. Identificación de enunciados normativos.

Lo que Rafael De Asís llama elección de la norma, y que aquí se ha denominado identificación del enunciado normativo, se realiza mediante la subsunción de los hechos fijados en tales enunciados. Esta tarea consiste, como expresa el profesor español, en “determinar qué enunciados normativos pueden tener relación con esos hechos, o lo que es igual, en qué enunciados normativos podrían ser subsumidos los hechos fijados”¹⁰.

La identificación de los enunciados normativos que pueden competir para ser aplicados al caso es un proceso conformado por tres etapas sucesivas. En primer lugar se deben proponer las disposiciones candidatas a dicha identificación. A continuación es necesario evaluar si los enunciados normativos propuestos se encuentran vigentes en el respectivo sistema jurídico. Por último, se debe evaluar si los enunciados vigentes en el sistema jurídico tienen una existencia válida.

La primera de esas etapas, es decir, la proposición de los enunciados normativos aplicables al caso, corresponde al contexto de descubrimiento. En efecto, en este momento las partes o intervinientes sugieren al juzgador (o este mismo sugiere) las disposiciones que pueden calificar jurídico penalmente el hecho fijado. Sin embargo, y al mismo tiempo, esas sugerencias pueden ser consideradas por el juzgador penal al momento de expresar la disposición que en definitiva será aplicable. Por lo mismo, eventualmente pueden integrar el contexto de justificación.

Las otras dos etapas, esto es, las evaluaciones de vigencia y de validez, corresponden tanto al contexto de descubrimiento como al de justificación. En efecto, y por una parte, los intervinientes pueden sugerir al juzgador una decisión respecto de la vigencia y de la validez de las disposiciones propuestas. Esto forma parte del contexto de descubrimiento. Sin embargo, y por otra parte, esas mismas sugerencias pueden integrar el contexto de justificación si en definitiva son consideradas por el juzgador en su decisión sobre vigencia y validez.

⁸ Recogiendo la simultaneidad de procedimientos, Guarinoni sostiene que la interpretación incluye la valoración, la que a su vez condiciona tanto la selección de las normas a interpretar como la elección de alguno de los significados posibles de las mismas. Guarinoni, Ricardo Víctor, Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 3 septiembre 2007], p. 547.

⁹ Esta imbricación se advierte en Zuleta, para quien seleccionar una premisa normativa consiste “en interpretar su sentido” (Zuleta, Hugo, La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista /en/ Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del Derecho [on line], octubre 2005, Núm. 23 [citado 24 agosto 2007], p. 65. Esta referencia es perfectamente aplicable a las dos operaciones normativas aquí señaladas, en el entendido que la expresión “seleccionar” utilizada por Zuleta se refiere a lo que en este trabajo se denomina identificar.

¹⁰ De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 103.

Ahora bien, sólo los enunciados normativos que cumplen las condiciones derivadas de esas tres etapas, es decir, que son propuestos, vigentes y válidos, pueden ser llamados competentes. En otras palabras, la proposición de disposiciones, su evaluación de vigencia y su evaluación de validez durante el proceso penal (primera tarea del razonamiento judicial en el juicio de Derecho) delimitan el universo de enunciados normativos que deberán ser interpretados (segunda tarea del razonamiento judicial en el juicio de Derecho). En lo que sigue se expondrá el significado y el modo en que se cumplen cada una de esas tres etapas.

1.1. Proposición de enunciados normativos.

El proceso de identificación de los enunciados normativos penales competentes se inicia con su proposición. Proponer un enunciado normativo consiste en sugerir su aplicación al caso sometido a la decisión judicial. Ahora bien, para saber a quién corresponde la proposición de las disposiciones aplicables al caso es necesario considerar el estadio en que se encuentre el proceso penal. Al efecto es necesario distinguir dos momentos: el que precede al inicio de la persecución penal¹¹ y el que va desde el inicio de la persecución y hasta el momento de la deliberación judicial del caso¹².

Previo al inicio de la persecución penal, el enunciado normativo debe ser propuesto por el órgano de persecución penal¹³. En efecto, una vez informado de hechos sindicados como delictivos, este órgano debe evaluar si aquéllos presentan tal carácter o no. Una respuesta afirmativa implica que dicho órgano tentativamente, es decir, en principio, los ha asociado a una determinada disposición¹⁴. Si el sistema jurídico lo permite, en este mismo estadio

¹¹ Para estos efectos se entiende por inicio de la persecución penal el momento en que el órgano estatal encargado de la persecución penal se pronuncia respecto de si ejercerá la acción penal.

¹² La deliberación judicial del caso se inicia una vez cerrado el debate de los intervinientes, es decir, una vez concluida la etapa habitualmente conocida como juicio oral o plenario.

¹³ La calificación jurídica debe ser inicialmente propuesta por el órgano de persecución penal, con dos excepciones. Primero, que el sistema jurídico prevea que ciertas acciones penales sólo pueden ser iniciadas por el ofendido (como en el caso de los delitos habitualmente llamados “de acción privada”) o que dependan de instancia privada (como en el caso de los delitos habitualmente llamados “previa instancia particular”). Es, por ejemplo, el caso del Código Procesal Penal de Argentina, ley 23.984, de 1991, ver especialmente los artículos 5°, 6° y 7°. Segundo, que el respectivo sistema jurídico admita que la acción penal también sea sostenida por un particular, habitualmente llamado querellante, y que a éste se le permita iniciar su ejercicio aún antes que al órgano estatal de persecución penal incluyendo una calificación jurídica de los hechos. Es, por ejemplo, el caso del Código Procesal Penal de Chile, ley 19.696, de 2000, ver especialmente los artículos 111, 112 y 172.

¹⁴ Formular una propuesta respecto del enunciado normativo aplicable por parte del órgano de persecución penal en forma previa al inicio de la investigación criminal es lógicamente inevitable si estima que los hechos de que ha sido informado revisten carácter delictivo. Para estos efectos resulta irrelevante si la persecución penal ha sido entregada al propio juzgador, como ocurría en Chile con el Código de Procedimiento Penal de 1894 y derogado en forma territorialmente progresiva entre el 2000 y el 2005 (ver especialmente el mensaje que precede a su articulado y el artículo 91), a un integrante del poder judicial distinto del juzgador del caso, como ocurre actualmente en España, que entrega la instrucción del sumario a un juez instructor (ver especialmente los artículos 299, que explica qué es el sumario, y 303, que se refiere precisamente al juez instructor, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o a un órgano independiente autónomo o extrapoder, como es el caso del Ministerio Público en varios países Latinoamericanos (ver al respecto Mauricio Duce en Problemas en torno a la reconfiguración del Ministerio Público en América Latina [on line], [citado 22 agosto

procesal un persecutor penal privado, habitualmente llamado querellante, también podrá expresar una formulación normativa para el caso¹⁵. Si en cualquier sentido difiere de la del órgano de persecución, se contará con una segunda propuesta de disposición aplicable.

Una vez iniciada la persecución penal y antes de la deliberación judicial del caso los enunciados normativos propuestos tanto por el órgano de persecución penal como por el querellante pueden ser modificados¹⁶. En algunos sistemas jurídicos ello puede ocurrir incluso durante la etapa de rendición de pruebas ante el juzgador del caso, habitualmente denominada juicio oral o plenario. Si durante cualquier momento de desarrollo del proceso el imputado relaciona el hecho con una disposición diversa de las anteriores¹, se contará con una nueva propuesta de disposición aplicable¹⁷. Pero también puede ocurrir que el juzgador penal sugiera a los intervinientes la calificación jurídica del hecho fijado, como expresamente se permite en algunos sistemas jurídicos¹⁸.

Por tanto, y en definitiva, la proposición de enunciados normativos es una actividad que incumbe principalmente a las partes en el proceso, aunque también al juzgador¹⁹. Por lo mismo, todos estos enunciados normativos inciden en la determinación de los que serán competentes para resolver el caso.

1.2. Evaluación de vigencia de los enunciados normativos.

La segunda etapa en el proceso de identificación de los enunciados normativos penales competentes consiste en evaluar su vigencia en el sistema jurídico conforme al cual aquél debe ser resuelto. Tomando una idea de Alf Ross, al efecto es necesario atender a la ideología normativa prevaleciente en el mismo²⁰. Esa ideología determinará las fuentes del

2007], especialmente pp. 3 y 4). Una cuestión diferente es si esa propuesta debe ser explicitada o exteriorizada en ese mismo momento, es decir, previo al inicio de la investigación criminal

¹⁵ Es, por ejemplo, el caso del Código Procesal Penal de Chile, artículos 111 y 113.

¹⁶ Así ocurre, sólo por vía ejemplar, en España y en Chile. En efecto, en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que al cierre del sumario el acusador califique jurídicamente los hechos (artículos 649 y 650) y luego expresamente permite modificar dicha calificación una vez practicadas las diligencias de la prueba (artículo 732). En Chile, por su parte, el Ministerio Público fiscal al momento de formular cargos en contra del imputado puede vincular los hechos con una determinada disposición (artículo 229 del Código Procesal Penal) y sugerir una diferente al momento de presentar la acusación (artículo 259, letra b), del mismo Código).

¹⁷ Que el imputado relacione el hecho con una disposición diversa de las señaladas por quienes sostienen la acción penal es sólo una posibilidad. Como alternativa puede, por ejemplo, presentar una coartada, es decir, colocarse en la imposibilidad lógica de haber participado en el hecho. En tal caso no requerirá proponer calificación jurídica alguna para el mismo.

¹⁸ Así ocurre, por ejemplo, con el Código Procesal Penal de Chile. Su artículo 341 se coloca en el caso que durante el juicio oral el tribunal estime que los hechos pueden ser denotados por una disposición distinta de las señaladas por las partes. En este evento el órgano judicial debe así manifestarlo a las mismas para que, si lo estiman, modifiquen los enunciados que han propuesto.

¹⁹ En este sentido se pronuncia el profesor Rafael De Asís cuando expresa: “En cualquier caso, conviene hacer en este punto una aclaración. Cuando hablamos de elección del material normativo tendremos que ser conscientes de que en ocasiones la misma se establece, básicamente, por parte de aquellos que acceden al proceso. De ahí que tal vez sea mejor hablar de marco normativo”. De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 103.

²⁰ En realidad Alf Ross no utiliza la expresión sistema jurídico, sino que alude a la “ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en su calidad de tales” (Sobre el derecho y

Derecho, es decir, de cada una de las disposiciones que lo conforman. Así, aquélla puede definir, por ejemplo, que “pertenecen al sistema jurídico las normas²¹ que han sido dictadas siguiendo cierto procedimiento”, o que sean justas, o que hayan sido inferidas de lo que previamente ha sido resuelto por otros tribunales”²².

De acuerdo con esta concepción, evaluar si el enunciado normativo penal material que se ha propuesto está vigente consiste en evaluar si ese enunciado normativo produce efectos jurídicos. En otras palabras, se trata de precisar si integra o ha integrado el sistema jurídico en condiciones de regir los hechos fijados. En un momento se mostrará la distancia que existe entre las evaluaciones de vigencia y validez. Por ahora basta enfatizar que una disposición puede considerarse vigente pese a su invalidez, de modo que mientras ésta no sea declarada, aquélla continúa produciendo todos sus efectos²³.

Ahora bien, la evaluación de vigencia no sólo es realizada por los intervinientes. A diferencia de lo que ocurre con la proposición de formulaciones normativas, el órgano jurisdiccional cumple aquí una labor central. En efecto, en caso de controversia entre los intervinientes, a éste corresponde determinar si el enunciado normativo en algún grado o sentido irradia sus efectos en el sistema jurídico. Por tanto, mediante la evaluación de vigencia, tanto los intervinientes como el órgano jurisdiccional inciden en la identificación de las disposiciones competentes. Sin embargo, sólo este último determina cuáles pueden considerarse efectivamente vigentes.

1.3. Evaluación de validez.

El tercer requisito de un enunciado normativo de Derecho penal material para ser considerado competente es su validez. Por tanto, además de propuesto y vigente, debe ser válido. Para comprender este aspecto, conviene tratar separadamente tres asuntos: significado de la validez de un enunciado normativo, distinción respecto de la vigencia, y a quién corresponde evaluar la validez.

a) La validez y su evaluación.

La validez de un enunciado normativo de Derecho penal material se refiere a la conformidad del mismo enunciado con las normas que determinan su pertenencia al sistema jurídico. En otras palabras, la validez se refiere a que la disposición no contraviene las normas que determinan si dicha disposición puede integrar un determinado sistema jurídico. Esas normas son, principalmente, las expresadas en disposiciones de la

la justicia, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, quinta edición, Buenos Aires, abril de 1994, pp. 73 y 74. Sin embargo, la idea puede perfectamente ser aplicada al sistema jurídico en su conjunto.

²¹ En este caso la expresión “norma” debe entenderse en el sentido de disposición.

²² Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], pp. 29 y 30.

²³ En el mismo sentido, Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Inconstitucionalidad y derogación /en/ Análisi e Diritto [on line], 2000 [citado 3 septiembre 2007], p. 154, afirman que “las normas inconstitucionales muchas veces producen efectos jurídicos, al menos en tanto su inconstitucionalidad no haya sido declarada por un órgano del Estado”. Para efectos de este trabajo basta constatar este fenómeno, pues explicarlo excede sus posibilidades.

Constitución. Por lo mismo, la evaluación de validez de un enunciado normativo consiste en determinar su conformidad o no contravención con normas constitucionales y en especial con los derechos fundamentales²⁴.

Ahora bien, la conformidad o no contravención debe presentarse tanto al momento de la creación de la disposición de Derecho penal material, como al momento en que se invoca su aplicación. Una mejor explicación de esta idea recomienda tratar separadamente esos dos momentos de la evaluación de validez.

En cuanto al momento de la creación, para evaluar la validez de una disposición de Derecho penal material es necesario analizar dos cosas. La primera de ellas consiste en determinar si aquella fue generada por el órgano competente y respetando los procedimientos para su elaboración. Esto es lo que se denomina evaluación de validez formal. Así, por ejemplo, el decreto legislativo que ha sido creado por el Gobierno sin previa delegación de atribuciones por el Parlamento, contiene enunciados normativos formalmente inválidos por contravenir las normas constitucionales relativas al procedimiento para la creación de decretos legislativos²⁵.

Lo segundo que se debe determinar es si al momento en que se sancionó el texto definitivo de la disposición de Derecho penal material ésta presentaba alguna contradicción con el contenido sustantivo de normas superiores a la misma. Esto es lo que se denomina evaluación de validez material. Así, por ejemplo, el enunciado normativo que sanciona un determinado delito no militar con la pena de muerte es materialmente inválido por contravenir la norma iusfundamental que abolió la pena de muerte, con la sola excepción de los delitos militares en tiempos de guerra²⁶.

En cuanto al momento en que se invoca la aplicación de la disposición de Derecho penal material, sólo es necesario evaluar su validez material. Esto significa que se debe determinar si en ese momento presenta alguna discrepancia con el contenido de normas superiores a la misma. Este análisis es necesario porque puede ocurrir que a una disposición de Derecho penal material creada válidamente le sobrevenga inconstitucionalidad. Este sería el caso de las disposiciones que imponen la pena de muerte para delitos no militares y que fueron creadas con anterioridad a la vigencia de la norma constitucional que, según se mostró poco más arriba, prohíbe imponer dicha pena en estos casos. Conviene explicitar que no corresponde una evaluación de validez formal al momento de invocar la aplicación

²⁴ A esta evaluación de validez constitucional se refiere implícitamente el profesor Peces-Barba. Al respecto expresa en Peces-Barba Martínez, Gregorio, Con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimposición, Madrid, 1999, pp. 414 y 415, que los derechos fundamentales presentan tanto una dimensión objetiva como una dimensión subjetiva. En virtud de la primera, que es la que en este momento interesa, los derechos fundamentales “son una prolongación de la norma básica material de identificación de normas”. Esta afirmación es perfectamente aplicable al conjunto de las normas constitucionales. En consecuencia, todo enunciado normativo de Derecho penal material debe respetar las normas constitucionales para considerarse “identificadas”, es decir, válidas.

²⁵ Al respecto ver especialmente los artículos 82 y 85 de la Constitución Española.

²⁶ Al respecto ver el artículo 15.1 de la Constitución Española.

de la disposición de Derecho penal material, porque esta última sólo se puede realizar en el momento en el que se creó la norma.

En definitiva, parece posible afirmar que mientras la evaluación relativa al momento de la creación de la disposición mira al pasado, la evaluación correspondiente al momento en que se invoca la aplicación de la norma mira al presente²⁷.

b) Vigencia y validez.

Así esclarecido el aspecto conceptual, resulta posible explicitar porqué no deben confundirse vigencia y validez. En principio parece posible admitir que el resultado de la evaluación de vigencia de un enunciado normativo es indiciario del resultado de la evaluación de validez del mismo. Esto significa que un enunciado normativo declarado vigente se presenta como aparentemente válido. Sin embargo, ello no impide cuestionar la regularidad de una disposición desde los parámetros formales y materiales de su validez²⁸. Por tanto, y en síntesis, una disposición vigente puede tenerse por válida mientras no se haya declarado lo contrario, pero puede en cualquier momento cuestionarse su validez.

Esa distinción puede explicarse a partir de la naturaleza de cada una de ellas. Según se ha visto, la validez constituye un juicio estrictamente jurídico conforme al cual se analiza la disposición desde parámetros normativos relativos a su creación y subsistencia. La vigencia, en cambio, constituye un juicio esencialmente fáctico que analiza si en los hechos el enunciado normativo se encuentra en condiciones de ser considerado obligatorio²⁹. Por tanto, mientras desde la vigencia se pregunta si un enunciado produce o ha producido efectos jurídicos, desde la validez se pregunta si debe continuar haciéndolo.

Un ejemplo seguramente permitirá comprender de mejor manera la diferencia entre vigencia y validez. Ese ejemplo se puede encontrar en los regímenes de facto que intermitentemente derrocan los gobiernos democráticos de Latinoamérica. Tales regímenes, por ejemplo una Junta militar, dictan diversos textos normativos, especialmente en el

²⁷ Alejandro Silva en su Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 1997, p. 123, distingue también entre invalidez formal y material. Al respecto afirma que “la oposición de todo acto o norma que genere efectos jurídicos puede provenir ya del atropello al marco institucional, si interviene autoridad mal constituida o incompetente o fuera de su ámbito o sin sujeción a las formas y requisitos que deben rodear su gestión, ya de la pugna sustancial de la actividad o regla con el ideal constitucional o con el estatuto fundamental de derechos y obligaciones de los gobernados. En el primer orden de situaciones, se dice que la inconstitucionalidad es de forma, en el segundo, que es de fondo”. Lo que este autor denomina inconstitucionalidad de fondo es lo que en este trabajo se ha llamado invalidez material.

²⁸ En el mismo sentido parece pronunciarse Daniela Accatino en La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2000, Vol. 11 [citado 22 agosto 2007], p. 41. A su juicio la distinción entre vigencia y validez supone una comprensión diferente tanto de la tarea del juez como de la tarea del jurista, que pueden asumir una perspectiva crítica respecto de la presunta regularidad de los actos del poder.

²⁹ En este sentido parece pronunciarse Alf Ross al afirmar que un sistema jurídico (y por tanto cada una de sus normas, añadiríamos) “puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales”. Recalando el carácter fáctico de la vigencia, añade: “Esta aptitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias” (Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, quinta edición, Buenos Aires, abril de 1994, p. 34).

ámbito penal material, que formal y materialmente contravienen la respectiva Constitución. Por lo mismo, tales textos normativos claramente son inválidos. Sin embargo, normalmente ocurre que los operadores jurídicos (incluidos los jueces) consideran que tales normas se encuentran vigentes y las aplican.

Esta clara distinción entre vigencia y validez se corresponde con el diverso alcance de instituciones tan fundamentales como la derogación y la nulidad, respectivamente³⁰. En efecto, mientras la nulidad o anulabilidad procede respecto de enunciados normativos vigentes, pero inválidos, la derogación procede respecto de enunciados normativos vigentes y, al menos aparentemente, válidos.

Es necesario advertir que el sentido en que aquí se utilizan las expresiones vigencia y validez difiere tanto de la propuesta por Ferrajoli, como de la sugerida por Guastini. Lo que Ferrajoli entiende por vigencia, que hace sinónimo de existencia, se refiere a validez formal. La expresión validez, por su parte, la utiliza en el sentido de validez sustancial, esto es, de los contenidos³¹. Para Guastini una “norma jurídica empieza a existir –o lo que es lo mismo, una norma jurídica adquiere existencia jurídica- cuando es creada de conformidad con (al menos) algunas de las normas sobre la producción jurídica”. “La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de la validez, pero no de la existencia jurídica”³².

No resulta posible coincidir con esas perspectivas, pues la vigencia no se asocia de manera necesaria al cumplimiento de condiciones de validez formal. En efecto, se ha mostrado ya que resulta perfectamente posible encontrar enunciados normativos vigentes que, sin embargo, no han sido generados por los órganos competentes ni en la forma prescrita por el sistema jurídico. Así ocurre, según se dijo, en el caso de enunciados dictados por gobiernos de facto³³. Esta posibilidad ha sido incluso jurídicamente reconocida en algunas

³⁰ Siguiendo a Squella, la nulidad o anulabilidad opera cuando una disposición no satisface los requerimientos formales y materiales establecidos para su producción. Por tanto, cumple la función de impedir cambios irregulares en el sistema jurídico. En cambio, y siempre de acuerdo con este autor, la derogación cumple la función de renovación o cambio regular en el sistema jurídico. Ver Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho, Jurídica de Chile*, Santiago de Chile, 2000, p. 237.

³¹ En este sentido Ferrajoli expresa en *Juspositivismo crítico y democracia constitucional* /en/ Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2002, Núm. 16 [citado 13 julio 2007], que “el derecho positivo disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus significados y, por lo tanto, de sus contenidos, con normas sustanciales de grado sobre-ordenado a ellas” (Isonomía, 2002, pp. 7 y 8). Y, haciendo sinónimas las expresiones existencia y vigencia por oposición a la idea de validez, Ferrajoli precisa que “con el traspaso al estado constitucional de derecho, la existencia o vigencia de las normas se disocian a su vez de su validez” (pp. 10 y 11).

³² Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, noviembre de 1999, p. 311.

³³ Es, por ejemplo, el caso de, al menos, las primeras disposiciones dictadas en tiempos de gobiernos que asumen el poder político de facto. Los enunciados normativos generados por tales regímenes de hecho producen efectos jurídicos, como lo muestran no lejanas experiencias dictatoriales Latinoamericanas.

constituciones Latinoamericanas, las que establecen la posibilidad de excluir normas vigentes que no han sido creadas de manera formalmente válida³⁴.

c) El órgano jurisdiccional y la evaluación de validez.

En la evaluación de validez de las disposiciones de Derecho penal material intervienen tanto las partes como un órgano jurisdiccional. En efecto, corresponde ante todo a las primeras formular objeciones a los enunciados propuestos y vigentes. Son ellas las primeras interesadas en excluir alguna disposición que pueda perjudicar los intereses generales (órgano encargado de la persecución penal) o el interés del imputado (abogado defensor). Si nada dicen al respecto, los enunciados normativos propuestos y vigentes se presumen válidos, según ya se expresó.

Sin embargo, es un órgano jurisdiccional el principal responsable de la evaluación de validez de las disposiciones de Derecho penal material que eventualmente pueden aplicarse al caso. Dependiendo del sistema jurídico de que se trate, ese órgano puede ser el juzgador penal del caso o un tribunal especialmente facultado al efecto, como el Tribunal Constitucional³⁵. En cualquiera de estos dos escenarios, el órgano jurisdiccional tiene aquí un rol decisivo. La disputa respecto de la validez o invalidez de una determinada formulación normativa deberá ser resuelta por aquél. De ahí que resulte posible afirmar que mientras las partes sugieren decisiones sobre la validez de un enunciado normativo, al tribunal corresponde disponer al respecto.

En suma, al evaluar la validez de una disposición de Derecho penal material, tanto los intervinientes como el órgano jurisdiccional inciden en la identificación de los enunciados normativos competentes. Sin embargo, sólo a este último corresponde un rol decisivo, determinando cuáles son válidos y cuáles no lo son.

2. Interpretación de enunciados normativos.

Según se expresó más arriba, para que el juzgador determine si un hecho es jurídico penalmente reprochable es necesario que se realicen dos tareas sucesivas. La primera consiste en identificar los enunciados normativos de Derecho penal material competentes. Esta identificación delimita el universo de disposiciones aplicables al caso, pues sólo pueden competir al efecto las que han sido propuestas, se encuentran vigentes y han sido consideradas válidas.

³⁴ Así, por ejemplo, la Constitución de Bolivia dispone en su artículo 120, número 6, en relación con el artículo 31, que el Tribunal Constitucional es competente para conocer los recursos de nulidad interpuestos en contra de actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la ley. Como se puede advertir, tales faltas aluden a aspectos de validez formal y no a la pertenencia del fruto de esa actuación (por ejemplo, una disposición) al sistema jurídico. En similar sentido, la Constitución de Chile prescribe en su artículo 7° que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, y que es nula toda contravención a este mandato. Lo que implícitamente se expresa aquí es que las disposiciones que se incorporan al sistema jurídico (vigentes) sin cumplir tales exigencias (invalidez formal) deben ser anuladas.

³⁵ Este es, por ejemplo, el caso en el sistema jurídico español, como expresamente lo dispone el artículo 161.1, letra a), de la Constitución española.

La segunda tarea consiste en interpretar esas disposiciones y equivale a lo que el profesor De Asís denomina fijación de la norma. De acuerdo con lo explicado al exponer los conceptos de enunciado normativo y de norma, la norma que se ha de aplicar al caso se encuentra en el universo de disposiciones penales materiales competentes. Esta afirmación recomienda recordar dos ideas expresadas en dicha oportunidad. Primero, que el enunciado normativo es el modo en que se expresa una norma. Segundo, que la interpretación como proceso es el modo de identificar las normas expresadas en un enunciado normativo y que la interpretación como resultado es la norma misma. Estas ideas permiten coincidir con el profesor De Asís cuando afirma que antes de la interpretación no es posible utilizar correctamente la expresión norma jurídica. Por lo mismo, puede considerarse que la interpretación es la principal tarea del operador jurídico³⁶.

En lo que sigue se expondrán las diversas dimensiones desde las cuales puede ser explicada la tarea de interpretación de enunciados normativos. Al efecto se expondrá, en primer lugar, el procedimiento a través del cual se pueden reconocer la o las normas que se expresan en el o los enunciados normativos identificados. A continuación se analizará el problema de la justificación desde el punto de vista de a quién y por qué le corresponde interpretar. Por último, se revisarán concisamente los criterios que justifican la tarea interpretativa.

Este análisis permitirá advertir que la tarea de interpretar los enunciados normativos en competencia se mueve tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación. En efecto, y por una parte, la interpretación puede ser sugerida por las partes o intervinientes en el proceso penal. Estos antecedentes, en cuanto pueden incidir en la decisión del juzgador, forman parte del conjunto de razones que el juzgador realmente considera para tomar su decisión. Por otra parte, si esas propuestas son en definitiva consideradas por el juez en la decisión interpretativa, integrarán el contexto de justificación.

2.1. El procedimiento de interpretación.

Una primera dimensión desde la cual se puede analizar la interpretación de enunciados normativos puede ser calificada de procedimental. Con ella se alude al método o a la actuación a través de la cual se pueden identificar las normas expresadas en los enunciados normativos.

Pues bien, y de acuerdo con lo sugerido por Alexy, el reconocimiento de la o las normas expresadas en el o los enunciados normativos se debe realizar mediante el uso de las modalidades deónticas³⁷, que aquí también serán llamadas operadores deónticos³⁸. En

³⁶ En este sentido, expresa el profesor De Asís en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 177: “La interpretación es una actividad fundamental en el Derecho, hasta el punto que cabe afirmar que es la principal tarea del operador jurídico. En la descripción del fenómeno normativo que llevamos a cabo en las primeras páginas del libro destacábamos ya ese valor. Antes de la interpretación no era posible hablar correctamente de norma”.

³⁷ Al respecto afirma Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 52: “Por ello, es aconsejable no buscar los criterios para la identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo sino en el de la norma. Un criterio tal puede formularse con la ayuda de las modalidades deónticas”.

efecto, y según se indicó más arriba, toda norma es una prescripción utilizada para ordenar, prohibir o permitir una cierta conducta o acción en determinadas circunstancias³⁹. En consecuencia, no indica que tal cosa es el caso, sino que tal cosa debe ser el caso. Por tanto, mientras un enunciado normativo se puede expresar descriptiva o prescriptivamente, una norma siempre ha de expresarse en forma prescriptiva. De ahí la utilidad de las modalidades deónticas.

En efecto, las modalidades deónticas permiten la identificación de la prescripción, es decir, de la norma que se expresa en ese enunciado. Especial simpleza y utilidad ofrecen las de mandato, prohibición o permisión. El procedimiento, por tanto, comienza con el uso de tales modalidades deónticas, para identificar así las normas directamente estatuidas en los enunciados de Derecho penal material⁴⁰. A continuación se debe ajustar la disposición sólo en aquello que sea semántica o sintácticamente necesario para que sea comprensible para los hablantes de la misma lengua.

Al intentar aplicar el procedimiento recién expuesto a los enunciados normativos se pueden producir fundamentalmente cuatro situaciones, dependiendo de la relación entre enunciado normativo y norma:

a) En el enunciado normativo se expresa una única norma: por ejemplo, el enunciado “El que mate a otro será castigado penalmente” expresa la norma “Se manda castigar penalmente al que mate a otro”.

b) En el enunciado normativo se expresan dos o más normas: por ejemplo, “El privado de razón y el menor de edad están exentos de responsabilidad penal” expresa las normas “Se manda que el privado de razón esté exento de responsabilidad penal” y “Se manda que el menor de edad esté exento de responsabilidad penal”.

c) Dos o más enunciados normativos expresan una única norma: por ejemplo, los enunciados normativos “El que mate a otro será castigado penalmente” y “El menor de edad está exento de responsabilidad penal” expresa la norma “Se manda que el menor de edad que mate a otro esté exento de responsabilidad penal”.

d) Dos o más enunciados normativos expresan dos o más normas: por ejemplo, los enunciados normativos “El que mate a otro será castigado penalmente” y “El privado de razón y el menor de edad están exentos de responsabilidad penal” expresa las normas “Se manda que el privado de razón que mate a otro esté exento de responsabilidad penal” y “Se manda que el menor de edad que mate a otro esté exento de responsabilidad penal”.

³⁸ Las expresiones modalidad deóntica y operador deóntico son también utilizadas como sinónimas, por ejemplo, por Alarcón Cabrera, Carlos, Las lógicas deónticas en Georg H. Von Wright /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 17 enero 2009].

³⁹ Bulygin, Eugenio, Los jueces ¿crean Derecho? /en/ Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Abril 2003, Núm. 18, [citado 2 agosto 2007], p. 11.

⁴⁰ Este procedimiento y denominación sigue la propuesta de Alexy, formulada en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente pp. 63 a 66.

Cada una de esas cuatro situaciones presenta diversos grados de complejidad desde el punto de vista de la interpretación como actividad y como resultado. Por añadidura, no se puede afirmar que las normas inferidas en los ejemplos b), c) y d) han sido directamente estatuidas por los enunciados normativos incluidos en los respectivos ejemplos. En realidad en ellos no sólo se han aplicado las modalidades deónticas ni sólo se han realizado las adaptaciones semánticas y sintácticas consecuentemente exigidas por el uso correcto del lenguaje. Además se han tomado algunas opciones interpretativas. Aunque todo ello es efectivo, en esta etapa de descripción de la interpretación basta con advertir sobre tales problemas.

2.2. Justificación de la interpretación.

Cuando se habla de justificar la interpretación se está hablando del conjunto de razones que se entregan para afirmar que una cierta norma se expresa en determinados enunciados normativos. En lo que sigue la expresión justificar se utilizará indistintamente con el término motivar, aún cuando esta última haya sido objetada por algún autor⁴¹.

Pues bien, y comenzando por lo más elemental, la interpretación de los enunciados normativos corresponde ante todo a las partes. En efecto, no basta que propongan al órgano jurisdiccional las disposiciones de Derecho penal material que consideran aplicables al caso. Además deben explicitar las normas que se expresan en ellas, es decir, el significado de las mismas. Algo similar acaece si el juzgador desecha esas disposiciones y sugiere una diversa, pues los intervinientes deberán proceder a la interpretación de esta última.

El juzgador, por su parte, puede tener un rol pasivo o uno activo en la interpretación de los enunciados normativos. Será pasivo si admite la norma propuesta por alguna de las partes, pues en este caso no formulará su propia interpretación, sino que suscribirá alguna de las sugeridas. Su rol será activo si desecha las normas propuestas por cualquiera de los intervinientes, pues en este caso deberá formular su propia interpretación de la disposición competente.

Ahora bien, una cosa es precisar quiénes deben interpretar, pero una muy distinta es precisar porqué deben hacerlo. Como se sabe, justificar la decisión es una obligación habitualmente impuesta por el respectivo sistema jurídico sobre los órganos jurisdiccionales⁴². En el caso español dicha obligación es, por añadidura, una exigencia constitucional vinculada a los principios de un Estado de Derecho y al sometimiento a la

⁴¹ Gary Salinas, Carlos Malaver, La justificación de las decisiones judiciales: en el contexto de descubrimiento o en el contexto de justificación. A propósito de una sentencia emitida por la Corte Suprema del Perú [on line], [citado 19 enero 2009], p. 4, nota al pie 4, ha sostenido que “la palabra técnica y correcta para evitar confusiones es “justificar”; que significa dar razones correctas o buenas, ya que la palabra motivación es ambigua y hace alusión [tanto] a las motivaciones (psicológicas, antropológicas, etc.) como a las causas de la decisión judicial”. Conviene advertir que no compartimos esta posición. Por el contrario, y siguiendo al profesor De Asís, El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, p. 29, “dado el significado que tiene la motivación, no parece posible hablar de motivación no racional”.

⁴² En este sentido, expresa Rafael De Asís en El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15 y 16: “La obligación de motivar las decisiones judiciales, presente en prácticamente la totalidad de ordenamientos jurídicos, permite describir los argumentos con los que los jueces manifiestan apoyar sus decisiones”.

ley por parte del Poder Judicial, como expresamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional⁴³. Por lo demás, y siempre de acuerdo con el máximo intérprete de la Constitución Española, constituye una obligación reforzada cuando la decisión afecta derechos fundamentales sustantivos⁴⁴. Por cierto la obligación de justificar de que se viene tratando no se refiere tanto al acto de decidir que pesa sobre el juzgador, sino más bien al contenido mismo de la decisión⁴⁵.

Casi está demás advertir que la obligación de exteriorizar es complemento ineludible de la ya referida obligación de justificar. En efecto, la expresión de las razones constituye el único modo de saber si la decisión se ha justificado y los argumentos que le han servido de sustento. Por tanto, aunque conceptual y lógicamente son cosas diversas, sólo la exteriorización permite verificar la existencia y contenido de la motivación⁴⁶.

Esta obligación judicial de justificar la decisión provoca evidentes consecuencias sobre las partes acusadora y defensora. Ellas no sólo proponen enunciados normativos aplicables al caso, sino también una determinada interpretación de los mismos. Esas propuestas se

⁴³ Sobre la obligación constitucional de justificar las decisiones judiciales, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en la STC 35/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico 3, “que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1); y, por otro lado, y trascendiendo desde la esfera individual a la colectiva, “la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3)” (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4)”.

⁴⁴ En efecto, si la decisión judicial afecta un derecho fundamental sustantivo, el máximo intérprete de la Constitución Española ha exigido una motivación reforzada. Al respecto dispuso en la STC 79/2007, de 16 de abril, fundamento jurídico 3, que “este Tribunal ha reiterado que la ausencia de fundamentación de las resoluciones que restringen derechos fundamentales vulnera el propio derecho fundamental sustantivo y no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el estudio de las carencias o los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o la continuidad de la prisión provisional excede de la ordinaria obligación de motivar las resoluciones judiciales para introducirse en la más rigurosa de motivar aquéllas que limitan el derecho a la libertad (SSTC 142/2002, de 17 de junio, FJ 2; 99/2005, de 18 de abril, FJ 3; 179/2005, de 4 de julio, FJ 2; y 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 2); esto es, aparece en este ámbito un deber reforzado de motivación que viene impuesto por la incorporación de un derecho fundamental sustantivo, que sólo podrá estimarse salvaguardado si la resolución judicial que lo restringe está debidamente razonada (STC 12/2007, de 15 de enero, FJ 2)”.

⁴⁵ Sobre la distinción entre acto de decidir y contenido de la decisión, Sánchez y Seleme, *Justificación sin verdad /en/ Análisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line]*, 2001, Núm XII [citado 6 octubre 2007], p. 285, recuerdan que con “la expresión “decisión judicial” se suele hacer referencia tanto al acto de decidir como al contenido de la decisión”. Sin embargo, en este trabajo no interesa tanto justificar si un determinado órgano jurisdiccional puede ejecutar el acto de decidir. Como se ha visto, lo que aquí interesa es más bien ofrecer algunos aportes a la justificación del contenido de la decisión.

⁴⁶ Como expresa Rafael De Asís en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 75 y 76, la tarea de aplicar el Derecho exige manifestar las razones de la decisión “para favorecer la eficacia del Derecho a través del conocimiento de su significado proyectado en casos concretos”. A su turno, añade el profesor español, la “exigencia de motivación trae consigo como requisito imprescindible la necesidad de hacer pública la regla utilizada”.

transforman en una verdadera disputa de significados cuando la interpretación recae sobre el o los mismos enunciados normativos⁴⁷. Sin embargo, la decisión respecto de cuál interpretación, es decir, respecto de cuál norma prevalece no corresponde a las partes, sino al juzgador. En consecuencia, tanto el rol del abogado encargado de la persecución penal como el del abogado defensor se traducen en ofrecer al juzgador buenas razones para inclinarse a favor de alguna de ellas⁴⁸.

2.3. Criterios de interpretación de enunciados normativos.

Para explicar el modo en que se produce (o se supone que se produce) la interpretación de enunciados normativos no sólo se debe considerar el procedimiento y la justificación. Además, y como tercera dimensión, se debe atender a los criterios conforme a los cuales aquélla se realiza. Sin embargo, y como puede suponerse, no interesa hacer aquí un extenso desarrollo de cada uno de los criterios de interpretación de enunciados normativos. Lejos de ello, sólo se persigue ofrecer una concisa referencia que permita su identificación con miras a lo que sobre los mismos se dirá en el Título II de este mismo Capítulo.

Cuando se habla de criterios de interpretación se apunta a las reglas⁴⁹ que coadyuvan a precisar las normas que se expresan en los enunciados normativos⁵⁰. Los criterios

⁴⁷ La posibilidad de disputa respecto del significado de un mismo enunciado por las partes se produce cada vez que existe coincidencia sustantiva respecto de los hechos fijados. Es, por ejemplo, lo que acaeció en el caso *Kyllo v. United States*, No. 99-8508, decidido el 11 de junio de 2001 por la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso el persecutor penal y la defensa coincidieron en que la policía utilizó un visor termal para detectar la temperatura de las paredes de una vivienda. También coincidieron en que el caso debía analizarse a la luz del derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar, estatuido en la Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos. Sin embargo, mientras una posición afirmó que esos hechos no vulneraban la inviolabilidad del domicilio, la otra sostuvo que se lesionaba este derecho fundamental. En definitiva la Corte Suprema se inclinó por esta última interpretación del referido precepto.

⁴⁸ Afirmar que el rol de los abogados es intentar persuadir al juzgador de la interpretación sostenida no es ideológicamente neutral. Para comprender esta idea parece recomendable citar a Coloma Correa, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tralará...*, O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], pp. 42 y 43. El autor chileno distingue entre el abogado como auxiliar de la administración de justicia y el abogado como defensor de los intereses de su cliente. En el primer modelo se trata de “un abogado funcionario –o según comúnmente se dice servidor de la justicia y colaborador de su administración– que debe desplegar todos sus esfuerzos en la clarificación del problema que les atañe, independientemente de que ello sea o no favorable a sus clientes”. El segundo modelo de abogado, por su parte, “está irremisiblemente amarrado con una meta del proceso: ¡su cliente debe quedar satisfecho!, ya sea obteniendo la indemnización más suculenta posible, siendo absuelto de todo cargo o bien obteniendo cualquier otro beneficio o liberación de carga”. Se trata, sin duda, de una muy interesante presentación de los modelos de abogados actualmente concebibles. Pese a ello, conviene advertir que no parece posible coincidir del todo con la dicotomía sugerida por Coloma, ni con las adscripciones a ciertas opciones ideológicas de Estado representadas por los diversos modelos de abogado.

⁴⁹ Aquí se utiliza la expresión reglas de interpretación, pese a que no son reglas. En efecto, y como acertadamente recalca Alexy en *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 235, “las distintas formas de argumentos no son en realidad reglas. No indican qué deba hacerse o que haya que tratar de alcanzar condicionada o incondicionalmente. Por otro lado, son más que simples puntos de vista o líneas de investigación. Como mejor cabe designarlas, para usar un concepto de Perelman, es como esquemas de argumentos (schemes d’arguments) 87. Se trata de esquemas de enunciados de una forma determinada, a partir de los cuales se sigue lógicamente un enunciado de forma determinada, o bien dicho enunciado puede

seguramente más conocidos son el gramatical⁵¹, también llamado semántico⁵², el histórico⁵³, el sistemático⁵⁴, y el lógico⁵⁵, también denominado ideológico⁵⁶. Corresponde advertir que estos criterios de interpretación de enunciados normativos, aquí sólo enumerados⁵⁷, no son los únicos empleados actualmente, como se verá de inmediato.

En efecto, a esos métodos de interpretación es posible añadir todavía otros más incluidos en algunos ordenamientos jurídicos nacionales. Así, por ejemplo, en el caso español, el Código

ser fundamentado de acuerdo con una regla presupuesta. Por esta razón se les designa como «formas de argumentos»”.

⁵⁰ Para Squella, *Introducción al Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 408, los criterios o métodos de interpretación son “los distintos medios de que dispone el intérprete para establecer el o los posibles sentidos de la ley interpretada”. En palabras de Solís Vásquez, Luis Alberto, *Razonamiento judicial* [on line], [citado 19 enero 2009], p. 4: “Los métodos de interpretación son parámetros, criterios que debe tomar el Juez al momento de resolver”.

⁵¹ Sobre esta regla de interpretación, explica el profesor De Asís, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 187: “El criterio de interpretación gramatical exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras”. Y precisa en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 94, que este criterio “exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. La interpretación literal exige obtener «el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o, en el caso en el que sea constatable un tal uso, en el uso especial del lenguaje de quien habla»”. A juicio de Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 73, “desde su concepto estricto, no se habla de interpretación cuando los enunciados normativos se dotan de sentido de acuerdo con el tenor literal de sus palabras. Desde esta concepción, sólo existe la interpretación cuando se trata de extraer consecuencias no explicitadas en los textos, esto es, cuando aparece como “interpretación extensiva” o “interpretación restrictiva”.

⁵² Ver, por ejemplo, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 226.

⁵³ El profesor De Asís explica el método histórico en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 197 y 198, afirmando que atiende a antecedentes históricos y legislativos. El primero de ellos se refiere a las circunstancias que rodean bien la creación o bien la aplicación actual de la disposición. El segundo atiende a la voluntad del autor de la disposición, por lo que el profesor De Asís denomina criterio de la voluntad o psicológico a este aspecto.

⁵⁴ Barranco Avilés en *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 80, afirma que existe cierto consenso en que consiste en interpretar la disposición “en relación con el contexto”. Por su parte el profesor De Asís, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 188, en el criterio sistemático “las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el Ordenamiento”. Y complementa en *La decisión judicial desde el ordenamiento*, p. 95: “El criterio sistemático funciona como criterio guía y como criterio límite. En el primer sentido, el sistema jurídico sirve de inspiración en la atribución del significado a la norma; en el segundo el sistema sirve de límite de las opciones interpretativas posibles”.

⁵⁵ Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de Derecho civil*, tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, séptima edición, septiembre de 2005, p. 174, definen el criterio lógico como aquél que “busca la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes”.

⁵⁶ Ver, por ejemplo, Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 82.

⁵⁷ Sin perjuicio de ello, un análisis singularmente interesante del significado, relaciones y condicionantes de estos métodos puede encontrarse, por ejemplo, en De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, especialmente Capítulo III. Desde la perspectiva del Derecho civil puede consultarse también Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de Derecho civil*, tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, séptima edición, septiembre de 2005, especialmente pp. 171 a 199.

Civil agrega el criterio de la realidad social⁵⁸. El sistema jurídico chileno, por su parte, incluye al espíritu general de la legislación y a la equidad natural entre las reglas de interpretación⁵⁹.

La doctrina, a su turno, ha sugerido otros criterios de interpretación del Derecho penal material. Así, por ejemplo, el profesor Rafael De Asís descompone o interpreta el significado de los criterios de interpretación incluidos en el Código Civil español lo que, en realidad, parece conducir a la generación de nuevas reglas de interpretación⁶⁰. El argentino Gabriel Hernán Di Giulio, a su turno, identifica como criterios de interpretación del Derecho penal material el principio de legalidad penal, el principio de culpabilidad, el principio de reserva, el estado de inocencia, la pauta de restricción interpretativa, la prohibición de analogía y la interpretación progresiva⁶¹. El peruano Landa Arroyo, por su parte, afirma que los enunciados penales deben ser interpretados a la luz de las disposiciones constitucionales⁶², aún cuando reconoce las limitaciones de esta propuesta⁶³.

⁵⁸ El artículo 3.1. del Código Civil español contempla los cuatro criterios aportados por Savigny y adiciona el de la realidad social y el finalista y teleológico en los siguientes términos: “Las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. De acuerdo con Rafael De Asís, el criterio de la realidad social “exige que la interpretación se haga atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento”. El profesor español explica el criterio finalista y teleológico expresando que consiste en “la exigencia de que la interpretación atienda al espíritu y finalidad de las normas. Se trata de un criterio que está relacionado, al menos, con el de la voluntad, con el histórico estricto y con el sistemático”. De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 203 y 198, respectivamente.

⁵⁹ En el artículo 24 del Código Civil chileno puede leerse la siguiente disposición: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. Squella afirma que con la referencia al espíritu general de la legislación se está aludiendo a los principios generales del Derecho, aunque reconoce que esta interpretación no es unánime en la doctrina chilena. El autor explica que la expresión “equidad” claramente limitada con el adjetivo “natural” es más amplia que la anterior, pues no se encuentra circunscrita a un ordenamiento jurídico determinado. Destaca que no se puede entender por tal “la opinión individual y puramente subjetiva del juez al momento de fundar su fallo”, pero que inevitablemente hablar de “equidad, quiérase o no, es hablar del sentido de lo justo que se forma el juzgador frente a un caso dado”. (Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho, Jurídica de Chile*, Santiago de Chile, 2000, pp. 416 y 417).

⁶⁰ Al respecto ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Capítulo III, especialmente apartado 2.

⁶¹ Di Giulio, Gabriel Hernán, *La interpretación*, pp. 11 y 12.

⁶² Al respecto Landa Arroyo, César, *Interpretación constitucional y derecho penal /en/ Anuario de Derecho penal [on line], 2005 [citado 27 enero 2009], p. 103*, expresa que “si bien es cierto que el juez está sometido a la ley (principio de legalidad), es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución (principio de constitucionalidad). Es decir, realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto en la medida en que debe considerar, junto con las razones de la ley, sobre todo, las razones de la Constitución”. En similar sentido se pronuncia el profesor De Asís en *El juez y la motivación en el Derecho*, p. 84, donde expresa: “los derechos se convierten en límite de las opciones interpretativas posibles, lo que significa que sólo estarán justificadas y podrán ser utilizadas aquellas reglas y enunciados cuyo significado literal no es contradictorio con el de los derechos”.

⁶³ Sobre los problemas de utilizar la Constitución para la interpretación del Derecho penal, expresa Landa Arroyo, César, *Interpretación constitucional y derecho penal /en/ Anuario de Derecho penal [on line], 2005 [citado 27 enero 2009], p. 82*: “A pesar de estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica termina por caer en su propia crítica, en la medida en que no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa de este, aunque más compleja para la

La jurisprudencia, por último, también ha utilizado criterios de interpretación diversos de los expresados precedentemente. Es, por ejemplo, el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ha empleado como criterio considerar si la tecnología para la investigación policial cuya constitucionalidad se debate se encuentra en el uso público general⁶⁴. En la misma situación se encuentra el Tribunal Constitucional chileno, que ha empleado la comparación entre diversos sistemas jurídicos para determinar el significado de un enunciado normativo nacional⁶⁵. El Tribunal Constitucional boliviano, por último y siempre por vía ejemplar, ha considerado que la interpretación del Derecho penal material debe someterse a los constitucionales principios de legalidad, seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad⁶⁶.

En definitiva, y según se ha mostrado, tanto las legislaciones como la doctrina y la jurisprudencia han acogido criterios de interpretación que permitan transitar desde el enunciado normativo a la norma. Ahora bien, y más allá de cuáles sean los criterios de interpretación que se mencione, en realidad se está aludiendo a argumentos para la interpretación de enunciados normativos. En otras palabras, cuando se habla de reglas o

interpretación hermenéutica. De ahí que no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea”.

⁶⁴ Ver caso *Kyllo v. United States*, No. 99-8508 (2001), resuelto por estrecha votación por la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso el voto de mayoría concluyó sentenciando que si el Gobierno utiliza un aparato que no está en el uso público general para explorar detalles del hogar que no serían conocibles previamente sin una entrada física, la vigilancia es una pesquisa y es presuntamente irrazonable sin una autorización judicial. El voto de minoría, por su parte, consideró que el criterio es perverso, desde que las limitaciones a la privacidad irán creciendo a medida que los equipos de intrusión se encuentren más disponibles.

⁶⁵ Ver la sentencia del Tribunal Constitucional chileno rol 288 de 1998, sobre incremento al impuesto al cigarrillo. En el caso el gobierno de Centroizquierda proponía incrementar el impuesto en un 5%, con lo que el precio final de una cajetilla de cigarros, actualmente constituida en un 70% por tributos, pasaría a un 75%. La oposición de Derecha presentó requerimiento ante el Tribunal Constitucional afirmando que este incremento atentaba contra la libre iniciativa económica de las empresas tabacaleras, pues se les dificultaría realizar su negocio. Entre los elementos utilizados para interpretar esta norma el TC acudió a legislación comparada, afirmando que el tabaco tiene un elevado porcentaje de impuesto sobre su precio final en todos los países. Argentina 70%, Brasil 75%, Costa Rica 75%, Bélgica 75%, Dinamarca 84%, Francia 75%, Grecia 73%, Gran Bretaña 78%, etcétera. Tras esa comparación, el Tribunal Constitucional chileno concluyó que tales montos impositivos no han perjudicado la iniciativa económica de las empresas tabacaleras, por lo que el incremento tributario no atenta contra la disposición constitucional que expresa el derecho a la libre iniciativa económica.

⁶⁶ Al respecto la sentencia 0497/2007-R, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional de Bolivia ha dispuesto en su fundamento jurídico III.1, mediante transcripción de la sentencia constitucional 1846/2004-R de 30 de noviembre, lo siguiente: “Si bien la interpretación de la legalidad ordinaria debe ser labor de la jurisdicción común, corresponde a la justicia constitucional verificar si en esa labor interpretativa no se han quebrantado los principios constitucionales informadores del ordenamiento jurídico, entre ellos, los de legalidad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad, jerarquía normativa y debido proceso; principios a los que se hallan vinculados todos los operadores jurídicos de la nación; dado que compete a la jurisdicción constitucional otorgar la protección requerida, a través de las acciones de tutela establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución, ante violaciones a los derechos y garantías constitucionales, ocasionadas por una interpretación que tenga su origen en la jurisdicción ordinaria, que vulnere principios y valores constitucionales”.

criterios de interpretación de enunciados normativos en realidad se está hablando de argumentos para la interpretación de los mismos⁶⁷.

II. Limitaciones implícitas en las tareas vinculadas al juicio de Derecho.

Hasta aquí se ha cumplido con exponer del modo más conciso posible las etapas del juicio de Derecho ínsito en el razonamiento judicial. Según se expresó, esas etapas consisten en identificar los enunciados normativos aplicables al caso, lo que implica tres tareas, y en interpretar tales enunciados normativos, lo que se ha analizado desde tres perspectivas.

A partir de tales consideraciones, el presente Título tiene por finalidad identificar los problemas que puede implicar el cumplimiento de cada una de esas dos etapas. Al efecto, y con la finalidad de facilitar la exposición que sigue, se expondrán separadamente los problemas vinculados con cada una de ellas. Sin embargo, corresponde advertir una vez más que la exposición de estas limitaciones inevitablemente importa la segmentación de una realidad compleja, de un entramado de situaciones que condicionan la identificación e interpretación de enunciados normativos.

1. Limitaciones implícitas en la identificación de enunciados normativos.

Como se verá de inmediato, las decisiones sobre proposición, pertenencia y validez de los enunciados normativos condicionan la mejor aplicación posible del Derecho penal material en lo que se refiere al juicio de Derecho. Seguramente esas limitaciones en algún grado son comunes a cada una de esas tres tareas. Sin embargo, y siempre con miras a ofrecer una exposición mejor articulada, en lo que sigue se revisarán separada y sucesivamente cada una de ellas.

1.1. Limitaciones relacionadas con la proposición de enunciados normativos.

a) El problema de la proposición de enunciados normativos.

Según se expresó más arriba, dependiendo del estadio del proceso penal, la proposición de enunciados normativos corresponde sólo a las partes o, junto con ellas, al juzgador. En cualquier caso, esta proposición de disposiciones inevitablemente implica dejar de lado otras posiblemente aplicables a los hechos, pero inconciliables con la preferida. Dependiendo del sistema jurídico de que se trate, esta elección delimita cerrando de manera absoluta el universo de disposiciones penales materiales aplicables al caso o condicionando severamente su amplitud.

La determinación absoluta se puede producir en diversos casos. Así ocurre, por ejemplo, si quien propone el enunciado normativo es el órgano de persecución penal y decide no

⁶⁷ “Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones”, explica Alexy en Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 226.

perseverar en la persecución por razones de política criminal. En este evento no se podrá aplicar el Derecho penal material, pese a que el hecho podía revestir carácter delictivo⁶⁸. El universo de disposiciones aplicables también está determinado por las propuestas de los intervinientes en aquellos sistemas jurídicos en los que sólo éstas pueden ser aplicadas por el juzgador⁶⁹. En este caso las propuestas de las partes podrían excluir enunciados normativos aplicables a los hechos fijados o incluir otros que no lo son.

En otras ocasiones, en cambio, el universo de formulaciones normativas de Derecho penal material aplicables no está determinada, pero sí intensamente condicionada por las propuestas de los intervinientes. Se trata de aquellos sistemas jurídicos en que, además de los enunciados normativos sugeridos por éstos, el juzgador puede aplicar los que permiten calificar el hecho en el marco de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate⁷⁰. En este caso la incorrecta inclusión o exclusión de enunciados normativos no determina, pero sí condiciona la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Adviértase que tras los enunciados normativos propuestos tanto por las partes como por el juzgador hay valoraciones implícitas o explícitas de esos enunciados respecto de los hechos fijados. En otras palabras, lo que se produce es una interpretación más o menos conciente de cada uno de esos enunciados, sea por quien los propone, sea por quien los evalúa, en orden a determinar si las normas expresadas por ellos pueden ser aplicadas a los hechos fijados. Por tanto, las limitaciones derivadas de la proposición de enunciados normativos se

⁶⁸ En algunos sistemas jurídicos el órgano de persecución penal se encuentra legalmente habilitado para no iniciar o suspender la persecución respecto de ciertas categorías de delitos, cuando concurren razones de política criminal. Así ocurre, por ejemplo, en Colombia y en Chile. En lo que aquí interesa, el artículo 324 del Código Procesal Penal colombiano faculta a la Fiscalía General de la Nación para aplicar el principio de oportunidad respecto de delitos cuya pena máxima no exceda de seis años de privación de libertad. También en lo que aquí importa, el artículo 170 del Código Procesal Penal chileno permite al Ministerio Público optar por el principio de oportunidad si el grado mínimo de la pena asignada al delito no excede de 341 días de privación de libertad. Como se puede advertir, en casos como estos la proposición del enunciado normativo aplicable queda en manos de los órganos de persecución penal. Además, si tras dicha calificación opta por la oportunidad, está cerrando la puerta al Derecho penal material.

⁶⁹ Es, por ejemplo, el caso del sistema procesal penal chileno, que impide al juzgador imponer una calificación jurídica distinta de la propuesta por los intervinientes. Sólo podrá aplicar una disposición diferente de las propuestas si durante el juicio oral así lo señala, indicando la formulación normativa que propone.

⁷⁰ Este es, por ejemplo, el caso del sistema jurídico español. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de España rol 120/2005, de 10 de mayo, reiteró su jurisprudencia en lo relativo a este punto. Al respecto sostuvo que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por 'cosa' no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica”. Pero, y a diferencia de aquellos sistemas en que el juez está absolutamente determinado por las disposiciones propuestas por los intervinientes, el Tribunal precisa que “la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso”.

encuentran íntimamente conectadas con las relativas a la interpretación de los mismos, asunto este último sobre el cual se volverá más abajo.

Con todo, resulta posible advertir desde ya que la proposición de disposiciones por las partes o intervinientes puede generar un fuerte impacto en la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Ello se debe a que la exclusión de ciertos enunciados normativos puede dejar fuera del universo de disposiciones penales materiales aplicables las que en realidad sí eran pertinentes al caso. Y ello incluso antes del inicio de las dos siguientes etapas del proceso de identificación de disposiciones, esto es, de las evaluaciones de pertenencia y de validez.

b) Proposición de disposiciones y precedente.

Afirmar que las partes o el juzgador pueden producir la exclusión de disposiciones pertinentes genera al menos dos preguntas de relevancia para el presente trabajo. La primera de ellas se refiere a cómo saber si se está excluyendo una disposición pertinente. La segunda inquiere respecto del modo en que se puede evitar esta errónea exclusión. Pese a su diversidad, ambas preguntas encuentran una misma respuesta: la sumisión al precedente.

Para comprender esta respuesta es necesario reiterar que la proposición de disposiciones se sustenta en una determinada interpretación más o menos conciente de las mismas. A su turno, el precedente genera una determinada manera de interpretar disposiciones. En consecuencia, en él se puede encontrar un referente para determinar si se está excluyendo una disposición pertinente. Y, por lo mismo, constituye un criterio relevante para evitar esa errónea exclusión.

Por cierto no es posible extenderse aquí sobre el significado, justificación y problemas del precedente. Sobre ello se tratará más latamente poco más abajo, en el Capítulo III. Sin embargo, lo dicho basta para explicitar, al menos preliminarmente, la relación existente entre la proposición de disposiciones y la sumisión al precedente como criterio para la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de Derecho.

1.2. Limitaciones relacionadas con la evaluación de vigencia de enunciados normativos.

a) Los problemas de la evaluación de la vigencia de disposiciones.

La evaluación de vigencia de los enunciados normativos propuestos presenta al menos tres clases de problemas a la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

El primero deriva del carácter inevitablemente mutable Del Derecho, el que se encuentra en permanente evolución⁷¹. Al respecto es necesario determinar si las disposiciones propuestas

⁷¹ En este sentido, Alchourrón destaca “la naturaleza dinámica del derecho”, pues el “sistema recibe continuamente suplementos que actualizan parte de su contenido”. Ver Alchourrón, Carlos, *Sobre Derecho y lógica*, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 13. En el mismo sentido, Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, quinta edición, Buenos Aires, abril de 1994, p. 73.

han iniciado su vigencia y se encuentran subsistentes, pues, salvo lo que se dirá respecto del tercer problema, sólo en ese caso serán aplicables. Esta definición se relaciona con las normas de creación y derogación de enunciados normativos de Derecho penal, es decir, con las normas relativas a su vigencia temporal.

El segundo problema deriva de la coexistencia de varios sistemas jurídicos cuyas normas pueden conducir a resultados inconciliables entre sí⁷². En este caso se trata de evaluar si las disposiciones propuestas forman parte del sistema jurídico en que el caso debe resolverse, o si integran un sistema jurídico distinto, pues, salvo lo que se dirá a propósito del tercer problema, sólo en el primer evento serán aplicables. Esta definición exige atender a dos clases de enunciados normativos, relativos a la vigencia territorial del Derecho. De un lado, a las que de cualquier modo tienen o pueden tener una aplicación extraterritorial. De otro lado, a las que pretenden solucionar las colisiones de normas en el espacio.

El tercer problema de vigencia deriva de la aplicabilidad de disposiciones que ni temporal ni territorialmente se encuentran vigentes en el respectivo sistema jurídico, pero que igualmente pueden ser aplicados a los hechos fijados. En este caso se trata de determinar tanto la procedencia de la retroactividad o ultraactividad de formulaciones normativas penales, como la comunicabilidad de enunciados normativos de diversos sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, las disposiciones de vigencia temporal se ven alteradas por la norma (en ocasiones de jerarquía constitucional) que impone la aplicación de la norma penal más favorable al imputado⁷³. También por vía ejemplar, un determinado sistema jurídico puede abrirse a normas pertenecientes a otro sistema jurídico con normas de remisión más o menos generales⁷⁴. Por tanto, el análisis de pertenencia abarca aspectos que exceden los problemas de vigencia temporal y territorial, al menos en su sentido más estricto⁷⁵.

⁷² Jesús Escandón, Curso de Introducción al Derecho, Universidad de Concepción, Chile, abril de 2008, p. 338, denomina “problemas de conflictos de normas en el espacio”, o “problemas de territorialidad y extraterritorialidad del Derecho”.

⁷³ Así, por ejemplo, el artículo 19, número 3, inciso séptimo, de la Constitución chilena dispone: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

⁷⁴ Así, por ejemplo, la Constitución de Argentina señala en su artículo 75, número 22, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, a todos los cuales confiere jerarquía constitucional. Aunque con una remisión mediata, también puede citarse como ejemplo la Constitución Española, pues en su artículo 10.2 dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁷⁵ En el sentido aquí dado al término vigencia parecen entender la expresión “pertenencia” Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Inconstitucionalidad y derogación /en/ Análisis e Diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line], 2000 [citado 3 septiembre 2007], p. 158. Al respecto advierten que “el conjunto de las normas que los órganos de aplicación deben tomar en cuenta para justificar sus decisiones, no es extensionalmente equivalente al conjunto de las normas pertenecientes al sistema jurídico. En efecto, puede ocurrir que exista la obligación, impuesta por normas del sistema, de aplicar otras normas que no pertenecen a él”. Y ejemplifican luego del siguiente modo: “Sin embargo, a menudo los jueces tienen que decidir controversias utilizando normas que ya no son parte de sus sistemas jurídicos, por ejemplo, en casos de ultraactividad de normas penales más benignas. Estas normas han sido derogadas pero retienen su aplicabilidad para ciertas situaciones”.

De este modo, si ninguno de los intervinientes ni el juzgador plantea dudas de vigencia o este último carece de potestades al efecto, no habrá decisión judicial al respecto. Como consecuencia, el universo de disposiciones penales materiales que se entienden vigentes coincidirá con el universo de las propuestas. Por tanto, una actitud pasiva de los intervinientes y del juzgador en este nivel de evaluación no tendrá ninguna incidencia adicional en la determinación de los enunciados normativos aplicables al caso.

Por el contrario, si cualquiera de los intervinientes o el juzgador expresa dudas respecto de la vigencia de un enunciado normativo, una decisión judicial es ineludible⁷⁶. Una de las opciones del órgano jurisdiccional es confirmar que la disposición cuestionada forma parte del respectivo sistema jurídico. En este caso, el universo de enunciados normativos de Derecho penal material pertenecientes también coincidirá con el de los propuestos. La otra opción del órgano jurisdiccional es declarar que la disposición objetada no integra el sistema jurídico. En dicho evento se produce la reducción del ámbito de enunciados normativos de Derecho penal material aplicables al caso.

Evidentemente este nivel de evaluación condiciona o determina la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Por una parte, una actitud pasiva de los intervinientes o del juzgador así como una confirmación judicial de vigencia puede significar la aplicación al caso de disposiciones penales materiales que en realidad no forman parte del respectivo sistema jurídico. Por otra parte, una declaración judicial de no pertenencia puede implicar la exclusión de enunciados normativos de derecho penal material que en realidad sí eran aplicables al caso.

Todas estas decisiones se construyen sobre la base de la interpretación de los enunciados normativos que concurren a determinar si los enunciados normativos propuestos se encuentran vigentes. Este aspecto, como puede suponerse, genera nuevas dificultades a al logro de la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

b) Evaluación de vigencia y precedente.

Según se ha mostrado, la evaluación de vigencia puede provocar serios problemas a la mejor realización posible del juicio de Derecho. Y ello se puede producir tanto porque se consideran vigentes normas que en realidad no lo están, como porque se consideran no vigentes normas que sí lo están. En ambos casos se atenta contra la correcta calificación jurídico penal del hecho fijado, pues erróneamente se excluyen o incluyen normas de Derecho penal material.

⁷⁶ Esto se debe al principio de inexcusabilidad, que obliga a los jueces a resolver todos los casos que sean sometidos a su conocimiento, dentro del ámbito de su competencia. Como lúcidamente destaca Carlos Alchourrón, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 13, la consecuencia de este principio es que, “pese a que cada juez está obligado a resolver sólo los casos que caen dentro de su competencia, se supone que la competencia de todos los jueces, tomados en conjunto, es exhaustiva. De modo que se supone que para todos y cada uno de los casos existe un juez con competencia y con la obligación de brindar una solución”.

Al igual que en la proposición de disposiciones, frente a lo recién expresado surgen dos preguntas de relevancia para los fines de este trabajo. La primera de ellas se refiere a cómo determinar si se ha declarado erróneamente vigente o no vigente una determinada disposición de Derecho penal material. La segunda consiste en cómo evitar que se produzca ese error.

También al igual que en la proposición de disposiciones, la solución a este problema se encuentra en el precedente. Se trata de un criterio útil frente a cualquiera de los tres problemas que puede presentar la evaluación de vigencia. En efecto, la consideración del precedente permite saber si la disposición está vigente pese a los cambios en el sistema jurídico, a la coexistencia de otros sistemas jurídicos, y a las dudas generadas por la retroactividad o ultraactividad de normas del mismo sistema jurídico o por la comunicabilidad de normas de otros sistemas jurídicos.

En todos los casos el precedente constituye un criterio que ofrece respuesta para determinar si la disposición se encuentra vigente o si, por el contrario, su vigencia ha cesado por cualquiera de los tres órdenes de razones expuestos. Conviene insistir que no resulta posible extenderse aquí sobre este criterio, bastando por ahora explicitar la conexión existente entre evaluación de vigencia y precedente. Un análisis pormenorizado del significado mismo y del modo en que opera se ofrecerá en el Capítulo III de la presente Segunda Parte.

1.3. Limitaciones relacionadas con la evaluación de validez de enunciados normativos.

a) Los problemas de la evaluación de validez de disposiciones.

La mejor aplicación posible del Derecho penal material también está condicionada por la evaluación de validez de los enunciados normativos propuestos y considerados vigentes. Para comprender esta afirmación es necesario revisar, previamente, las dos situaciones que se pueden generar en el contexto de la evaluación de validez.

Si ninguno de los intervinientes ni el juzgador plantea dudas de validez o este último carece de potestades al efecto, no habrá decisión judicial respecto de este problema. Como consecuencia, el universo de disposiciones penales materiales válidas coincidirá con el universo de las propuestas y vigentes. Por tanto, en nada se modificará la definición del universo de disposiciones competentes para el caso. El mismo resultado se produce si se rechaza toda objeción a la validez de una formulación normativa por parte del órgano llamado a resolver tal planteamiento.

Enteramente distinto es el efecto si el órgano jurisdiccional declara la invalidez solicitada por cualquiera de los intervinientes o por el juzgador del caso. Al igual que en la declaración de no vigencia del enunciado normativo, en este caso se produce la exclusión de alguna o algunas de las disposiciones penales materiales sugeridas. De este modo, el universo de enunciados normativos válidos será inferior al universo de los propuestos para ser aplicados al caso.

Como se puede advertir, las diversas decisiones en este ámbito también determinan la mejor aplicación posible del Derecho penal material. La inactividad de las partes o una

judicial confirmación de validez puede conducir a la aplicación al caso de enunciados normativos que en realidad no son válidos. Del mismo modo, la judicial declaración de invalidez puede excluir el enunciado normativo pertinente del universo de disposiciones aplicables.

Al igual que en el caso de la proposición y evaluación de vigencia, las referidas decisiones implican una interpretación de los enunciados normativos que concurren a determinar si los enunciados normativos propuestos son válidos. Por tanto, nuevamente, y sin posibilidad de evitarlo, se producen aquí los problemas que genera toda interpretación y que serán revisados poco más abajo.

b) Evaluación de validez y precedente.

La evaluación de validez de las disposiciones de Derecho penal material que han sido propuestas y declaradas vigentes constituye una etapa en la que también se pueden provocar importantes problemas para la correcta calificación jurídico penal del hecho fijado. Ello se debe a que se puede declarar la invalidez de normas que en realidad son válidas o, a la inversa, se puede declarar la validez de normas que no lo son.

Como en el caso de las dos etapas anteriores, dos son los problemas que se deben resolver en este escenario. El primero consiste en precisar cómo se determina si la disposición es válida o inválida. El segundo, en cómo evitar una errónea declaración de validez de una disposición inválida o la invalidez de una disposición válida.

Una vez más el precedente constituye un útil criterio para resolver estos problemas. Ello se debe a que la consideración del modo en que se ha resuelto (o en que se está dispuesto a resolver) tales asuntos permite determinar cómo deben ser ellos resueltos en el momento actual. Además, de este modo se evitará la errónea consideración de una cierta disposición como válida o como inválida. Estas concisas precisiones respecto de la vinculación entre evaluación de validez y precedente serán complementadas cuando se vuelva sobre este último como criterio para la más correcta aplicación posible del Derecho penal en lo relativo al juicio de Derecho.

2. Limitaciones implícitas en la interpretación de enunciados normativos.

Hasta aquí se han explicitado una serie de situaciones que condicionan la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo que se refiere al proceso de identificación de los enunciados normativos competentes para determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable. En lo que sigue corresponde revisar la misma clase de limitaciones, pero ahora en lo relativo a la interpretación de tales enunciados normativos. Al efecto el discurso que sigue se vertebra en torno a tres subapartados. En ellos se explican, sucesivamente, el carácter normativo de la interpretación, las causas de ese carácter y sus consecuencias.

2.1. El carácter normativo de la interpretación.

En cuanto al carácter de la interpretación, el profesor De Asís sintetiza con extrema precisión el estado de la cuestión. Al respecto afirma que la “interpretación en el Derecho,

cuando es llevada a cabo por determinados operadores jurídicos, posee una función normativa y no meramente recognoscitiva”⁷⁷. Esto significa, en palabras de Ferrajoli, que la interpretación “siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados”⁷⁸.

Por tanto, la interpretación como resultado es una actividad de carácter normativo y no meramente recognoscitivo. Como se verá luego, este carácter también alcanza a la interpretación como actividad. Y se extiende no sólo a las normas que podrían conformar la deducción jurídica de un razonamiento jurídico, sino también a las que eventualmente integren el fallo, conclusión o silogismo práctico del mismo⁷⁹. Por tanto, interpretar siempre es establecer⁸⁰ y en ningún caso desentrañar, como erróneamente han sugerido algunos autores⁸¹.

Ahora bien, afirmar que la interpretación es constitutiva no significa admitir que cualquier interpretación es admisible. Sin embargo, y al mismo tiempo, rechazar la admisibilidad de cualquier interpretación tampoco significa sostener que existe una única interpretación correcta. En efecto, existen ciertos criterios que permiten evaluar las diversas interpretaciones posibles de un enunciado normativo y distinguir cuáles son incorrectas,

⁷⁷ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 178.

⁷⁸ Sobre el mismo punto, el autor italiano insiste en que “por muy perfeccionado que esté el sistema de garantías penales, la verificación jurídica de los presupuestos legales de la pena nunca puede ser absolutamente cierta y objetiva”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, pp. 37 y 38.

⁷⁹ En este sentido se pronuncia Mazzarese, pero aludiendo específicamente a las decisiones judiciales. En una sentencia, expresa el autor, “tiene naturaleza no declarativa sino constitutiva tanto la conclusión (la parte dispositiva), porque es el resultado de una deliberación (por parte de un órgano competente) y no de una mera deducción lógica, como las premisas, tanto la jurídica como la fáctica, porque una y otra son el resultado, no de un proceso meramente cognoscitivo de los hechos objeto de la controversia y/o (re)cognoscitivo de las normas a aplicar para su resolución, sino, por el contrario, de un complejo proceso decisorio y valorativo”. Mazzarese, Tecla, *Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], p. 709.

⁸⁰ Así lo señalaba ya Hans Kelsen en su *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, segunda edición, México, 1993, p. 349, al sostener que, para que un órgano aplique el Derecho, “tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas.

⁸¹ Aunque, como expresa Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, pp. 37 y 38, el carácter constitutivo de la interpretación es actualmente pacífica, todavía resulta posible encontrar algunas voces extraviadas. Es el caso de, por ejemplo, el chileno Pablo Rodríguez en su obra *Teoría de la interpretación jurídica*, p. 47, y del argentino Luis Sarmiento en su obra *Introducción al Derecho*, p. 179, para quienes interpretar consiste en “desentrañar” o “descubrir” el sentido de una norma. Con todo, más objetable parece la situación del primero, no sólo por tratarse de una obra supuestamente especializada, sino por su escasa antigüedad (1992) frente a la del primero (1984). Ver Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, octubre de 1992, p. 47; y Sarmiento García, Luis E., *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 179.

cuales admisibles y cuáles preferibles. Sobre estas ideas se volverá en el Capítulo III, al explicar el criterio sugerido al juzgador en lo relativo al juicio de Derecho.

En lo que interesa a este momento de la exposición, y mostrado el carácter normativo (o constitutivo, en palabras de Ferrajoli) y no meramente reconocitivo (o declarativo, en palabras de Ferrajoli⁸²) de la interpretación, corresponde precisar las causas de dicho carácter.

2.2. Causas del carácter normativo de la interpretación.

La interpretación tiene un carácter normativo debido esencialmente a tres razones: las características del lenguaje jurídico, el compromiso del operador jurídico con el resultado de la interpretación, y la inevitable aplicación de criterios valorativos al interpretar. A su concisa consideración se dedicarán las siguientes palabras.

a) La indeterminación de los enunciados normativos.

Que la interpretación sea constitutiva y no meramente declarativa se debe, en primer lugar, a la indeterminación de los enunciados normativos, lo que para el profesor De Asís es una característica del lenguaje jurídico⁸³. Corresponde advertir que, para efectos de este trabajo, la indeterminación se refiere a los problemas lingüísticos y lógicos del Derecho, y no a la insuficiente motivación de las normas respecto de las decisiones judiciales⁸⁴. Como se sabe, la indeterminación lógica alude a lagunas⁸⁵, antinomias⁸⁶ y redundancias⁸⁷, mientras la indeterminación lingüística resulta de problemas de vaguedad⁸⁸ o de ambigüedad⁸⁹.

⁸² Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998, pp. 37 y 38.

⁸³ En este sentido expresa el profesor De Asís: “El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado, sino que además se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos que requieren en muchos casos de interpretación”. De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 180.

⁸⁴ Al respecto Ródenas En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 65 y 66, recalca que son tres los significados que habitualmente se atribuyen a la expresión “indeterminación del Derecho”. Primero, como indeterminación causal de las decisiones judiciales, es decir, en el sentido de insuficiente fuerza motivadora de las normas respecto de las sentencias. Segundo, indeterminación por defectos lógicos, esto es, porque no resulta posible precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones. Y tercero, indeterminación lingüística, que consiste en que “puede haber casos en los que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa”.

⁸⁵ En palabras de Alchourrón, las lagunas normativas “surgen de la ausencia en el sistema de una norma general que permita deducir consecuencias normativas para un cierto caso genérico”. Por cierto, como destaca el mismo autor, las lagunas o problemas de completitud, al igual que las antinomias y redundancias, son relativos a un conjunto de normas y a un conjunto de casos. Ver Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 19.

⁸⁶ Las antinomias atentan contra la pretensión de coherencia del sistema jurídico. Sobre la noción de coherencia, el profesor Rafael de Asís expresa en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 28, que ésta implica “la ausencia de normas contradictorias o

Ahora bien, el carácter indeterminado de los enunciados normativos exige interpretarlos. Según se expresó, esa interpretación se puede analizar desde las tres dimensiones más arriba indicadas, a saber, el procedimiento, la justificación y los criterios de interpretación. Sin embargo, desde cada una de esas dimensiones la interpretación puede conducir a la formulación de normas divergentes.

En efecto, y en cuanto al procedimiento, la posibilidad de elección entre diversas normas se produce en al menos cuatro casos. En primer lugar, cada vez que se duda respecto de la modalidad deóntica a utilizar frente a un determinado enunciado normativo⁹⁰. En segundo lugar, cuando la semántica o sintáctica del enunciado genera dudas respecto de la norma

incompatibles, o, al menos, la presencia de criterios para solucionar la posible presencia de normas contradictorias”.

⁸⁷ Las redundancias se producen, como explica Nino en *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003, p. 279, porque dos normas se refieren a los mismos casos y proponen la misma solución. De acuerdo con Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, quinta edición, abril de 1994, p. 128, su importancia radica en que los juristas se niegan a admitir la existencia de normas superfluas y, por tanto, intentan otorgarles campos de aplicación diferentes. Al respecto afirma: “En la redacción de las leyes, donde se requiere mayor cuidado, se busca evitar decir más de lo necesario. Se da por presupuesto que una ley no tiene redundancias y una coincidencia aparente de dos normas, por lo tanto, lleva a interpretar a una de ellas de manera tal que la aparente redundancia desaparezca”. Precisamente a este problema se refiere la exigencia establecida por el Tribunal Constitucional chileno en su sentencia 46 de 1987, de 21 de diciembre, considerando 40, en la que impone que la interpretación debe evitar que quede sin efecto alguna de las disposiciones de la Constitución. Textualmente sentenció: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”.

⁸⁸ En palabras de Squella, la vaguedad consiste en “términos respecto de los cuales se ignora dónde termina el campo de su aplicación”. Como consecuencia de ello, añade el autor, hay casos claramente denotados por la expresión y otros claramente excluidos del mismo. “Pero, entre unos y otros, queda una zona bastante extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, tenemos dudas de si es o no adecuado cubrirlos con tales palabras”. (Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 386). Es interesante destacar, como expresan Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, German, *El alcance de las normas jurídicas* [on line], [citado 13 septiembre 2007], la vaguedad no es sólo “consecuencia de nuestras limitaciones epistémicas”, “sino también a su necesidad de emplear palabras de clase como herramientas de comunicación”. Ahora bien, como consecuencia de este defecto lingüístico del Derecho las disposiciones pueden ser consideradas sobreincluyentes o subincluyentes por diversos intérpretes. Esto les llevaría, respectivamente, a restringir o extender su ámbito de aplicación, generando cada uno de ellos normas de diversa extensión.

⁸⁹ La ambigüedad puede originarse en problemas semánticos, sintácticos o pragmáticos del enunciado normativo. La ambigüedad semántica consiste en que alguna o algunas de las palabras del enunciado normativo tienen dos o más significados. La ambigüedad sintáctica se produce porque el tenor de la disposición en su conjunto es susceptible de dos o más significados. La ambigüedad pragmática, por último, se genera cuando existen dudas respecto del carácter, por ejemplo, prohibitivo, permisivo o imperativo, de la disposición. Ver Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003, pp. 260 a 264; y Ródenas, Ángeles, *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 66 y 67.

⁹⁰ Así, por ejemplo, es dudoso si el siguiente enunciado normativo expresa un mandato o una permisón: “Se reconoce la libertad de enseñanza” (artículo 27.1 de la Constitución Española).

expresada en él⁹¹. En tercer lugar, cuando se duda respecto del modo en que deben distribuirse las expresiones utilizadas en un enunciado normativo para identificar las dos o más normas expresadas en él⁹². Por último, siempre que se deben relacionar dos o más enunciados normativos que expresan normas de contenido incompatible⁹³.

Respecto de la justificación, la posibilidad de elección entre diversas normas se produce cada vez que resulta posible dar buenas razones para dos o más normas divergentes a partir de los mismos enunciados normativos. Como puede suponerse, en este caso la disputa normalmente no se producirá respecto de la norma directamente estatuida en el enunciado. Por el contrario, la divergencia recaerá sobre los posibles significados de ese enunciado que no han sido directamente expresados en el mismo⁹⁴.

En cuanto a los criterios de interpretación, la posibilidad de elegir entre diversos criterios se debe a lo menos a tres razones. La primera de ellas es que no está claro cuáles ni cuántos son los que pueden ser utilizados por los operadores jurídicos⁹⁵, según se mostró más arriba. Suponiendo que se conociera cuáles son, el segundo problema es que habitualmente

⁹¹ Así, por ejemplo, no está claro cuál es la norma expresada en el siguiente enunciado: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio” (artículo 19, número 7, letra f) de la Constitución chilena). Una norma posible sería: “Se prohíbe que en las causas criminales se obligue al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, pero se permite obligarlo si no lo hace bajo juramento”. Otra norma posible sería: “Se prohíbe que en las causas criminales se obligue al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, pero se permite obligarlo a declarar bajo juramento sobre hecho ajeno”.

⁹² Así, por ejemplo, el siguiente enunciado expresa más de una norma: “Se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere substraído” (artículo 443 del Código Penal chileno). En este caso no queda claro si la parte final que dice “si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere substraído” es aplicable sólo en caso de robo en sitio no destinado a la habitación o también al caso de robo en bienes nacionales de uso público.

⁹³ El profesor Rafael De Asís en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 181, expone un ejemplo a partir del cual se muestra la posibilidad de concluir diversas normas a partir de la contradicción entre dos o más enunciados normativos. El ejemplo es el siguiente: “Imaginemos un sistema compuesto por dos normas. La norma A dice: Juan debe trabajar todos los días de la semana de diez a dieciocho horas. La norma B señala: Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja. En un momento posterior se crea otra norma C en la que puede leerse: Juan puede tomar alcohol los sábados entre las diez y las dieciocho horas”. Como se puede advertir, a partir de estos enunciados normativos resulta posible inferir al menos tres normas. La primera excluye parcialmente del ordenamiento jurídico la disposición A y se podría expresar así: “Se prohíbe a Juan trabajar los sábados”. La segunda excluye parcialmente del ordenamiento jurídico la disposición B y sería del siguiente tenor: “Se permite a Juan beber en el trabajo los días sábado”. La tercera excluye totalmente del ordenamiento jurídico la disposición C y se expresaría del siguiente modo: “Se prohíbe a Juan beber alcohol mientras trabaja, incluyendo los días sábado”. El ejemplo citado conduce al profesor De Asís a concluir que “la existencia de contradicciones entre normas en una visión del Derecho como sistema no puede reducirse al examen aislado de las normas, lo que hace mucho más compleja su solución y acrecienta la importancia de la interpretación y de la señalización de criterios para la producción de normas”.

⁹⁴ En el mismo sentido, aunque para el nivel iusfundamental, se pronuncia Robert Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 70.

⁹⁵ En este sentido, Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 71.

no existe una ordenación jerárquica entre todos ellos⁹⁶, de modo que tampoco se sabe cuál se debe utilizar en un caso determinado⁹⁷. Si existiera tal jerarquía, entonces el problema se reconduciría a determinar el significado de cada uno de esos criterios de interpretación, pues sobre este aspecto tampoco existe consenso⁹⁸.

De acuerdo con lo recién explicado, la indeterminación de las formulaciones normativas justifica la posibilidad de expresar varias normas, divergentes e incluso discrepantes entre sí, a partir de una misma disposición. Además, los problemas lingüísticos y lógicos del sistema jurídico y las diversas dimensiones desde las cuales se puede analizar la interpretación existen con prescindencia de la voluntad de los intervinientes y del juzgador. Por tanto, esos problemas condicionan la interpretación como resultado con independencia de la intencionalidad de cualquiera de ellos. En otras palabras, eventualmente los más asépticos y calificados intérpretes pueden discrepar respecto de la o las normas expresadas en un determinado enunciado normativo⁹⁹.

La indeterminación del lenguaje jurídico no es, pese a todo lo dicho, un problema necesariamente insalvable. El precedente permite limitar, a veces del todo, a veces

⁹⁶ Precisamente el profesor Rafael De Asís en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 96, advierte que uno de los problemas de los criterios de interpretación es la “inexistencia de una jerarquización entre los criterios, salvo excepciones contadas propias de determinados subsistemas normativos”.

⁹⁷ En palabras de Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 70, “los métodos no son vinculantes para el intérprete, que puede optar por utilizar uno u otro de entre los distintos criterios”. En el mismo sentido Cueto Rúa, *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación* /en/ *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 1998, Núm. 21-II [citado 2 octubre 2007], afirma en *Doxa*, 1998, p. 112, que los métodos de interpretación “pueden llevar a resultados similares o, lo que es más común, pueden llevar a diferentes resultados. Si ello es así, como lo muestra la experiencia cotidiana de los Tribunales, surge el delicado problema de la selección del método interpretativo a aplicar para la resolución de la controversia. Si los métodos llevan a diferentes resultados, el juez no sólo enfrenta la dificultad de identificar el Derecho aplicable. Debe, además, elegir el método de interpretación a aplicar en el caso”. Al respecto el profesor De Asís destaca en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 96, la “posible incompatibilidad entre los resultados obtenidos mediante la utilización de varios criterios dirigidos al mismo enunciado”. En el mismo sentido, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpression, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 24, afirma: “Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes”.

⁹⁸ Al respecto el profesor De Asís en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 95, afirma que es necesario “interpretar su significado al no ser este unívoco”. En el mismo sentido, Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpression, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 25, explica que la indeterminación de los propios métodos de interpretación pueden conducir a resultados discrepantes. Sobre el punto expresa: “Una regla como «interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo» puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión”. En fin, en el mismo sentido, Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 71.

⁹⁹ En este mismo sentido se pronuncia Ezquiaga en *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley (redacción provisional)* [on line], [citado 13 septiembre 2007], sin paginación, al afirmar que “la práctica judicial muestra que hay casos que pueden ser resueltos correctamente, desde el punto de vista de la sujeción del juez a la ley, pero de modo diferente, es decir en sentidos no coincidentes. Piénsese en los supuestos de indeterminación del lenguaje, de antinomia, de laguna jurídica o de significados *prima facie* valorados por el juez como insatisfactorios o injustos”.

parcialmente, el significado de las disposiciones de Derecho penal material aplicables al caso. En efecto, la incertidumbre respecto del modo en que éste debe ser interpretado, sea porque se generan dudas en el procedimiento de interpretación, en los argumentos a acoger o en el criterio de interpretación a aplicar, pueden resolverse atendiendo al precedente. En efecto, en el precedente se puede encontrar desde ya el significado que se debe atribuir a una disposición, cualquiera sea la causa de la incertidumbre.

En este punto conviene incluir una precisión que también resulta aplicable a cada una de las tres etapas de la tarea de identificar las disposiciones pertinentes. Según se verá más abajo, la invocación de un determinado precedente también implica una valoración. De ahí que su uso como criterio de interpretación seguramente no resuelve todos los problemas vinculados a la más correcta aplicación posible del Derecho penal material. Sin embargo, al menos establece una exigencia de justificar porqué identificar o interpretar (o porqué no hacerlo) en el sentido expresado en una decisión anterior que ha sido invocada o que se esté dispuesto a sostener en una decisión futura que se pueda invocar.

En definitiva, la indeterminación de los enunciados normativos puede incidir en la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Ello se debe a que esa indeterminación permite que tanto los intervinientes como el juzgador formulen normas inadecuadas a partir del universo de disposiciones competentes. Frente a ello, el precedente se erige como un saludable criterio de interpretación que impone la obligación de resolver en el modo en que se ha hecho con anterioridad o en el modo en que se esté dispuesto a hacerlo en el futuro. O, al menos, de justificar en el caso de separarse de esa interpretación.

b) El compromiso con el resultado de la interpretación.

Como expresa el profesor De Asís: “Ante un problema jurídico cada operador puede dar una interpretación a un texto enfrentada con la de los restantes”¹⁰⁰. Esto se debe a que cada intérprete puede presentar una intención más o menos conciente en orden a derivar ciertas normas de una o varias formulaciones normativas. Esta es una segunda razón por la cual la interpretación tiene un carácter normativo y no meramente reconocitivo.

Parece posible sostener que ese grado de intencionalidad tiene una relación directa con la intensidad de los efectos de la interpretación sobre el intérprete. Así, mientras mayor sea el impacto de esos efectos sobre quien interpreta, probablemente se estará más proclive a obtener una determinada norma como fruto de la interpretación. Por el contrario, mientras menor sea la intensidad de esos efectos sobre el intérprete, seguramente será menor la intencionalidad de obtener una determinada norma a partir del enunciado normativo.

Ahora bien, cuando se trata de aplicar el Derecho a un caso penal, la determinación de las normas expresadas en el universo de enunciados normativos competentes corresponde en exclusiva a intervinientes y juzgador¹⁰¹. Por cierto, el grado de intencionalidad al realizar la

¹⁰⁰ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 181.

¹⁰¹ Parafraseando a Alf Ross, las normas sugeridas por los intervinientes pueden ser consideradas como predicciones, en el sentido de que bajo determinadas condiciones los tribunales las considerarán como base

interpretación es diferente en cada uno de ellos. Así, la imparcialidad del juzgador es tutelada tanto mediante instrumentos internacionales¹⁰² como en los propios sistemas jurídicos nacionales¹⁰³, pues unos y otros incluyen disposiciones tendentes a asegurarla. El órgano de persecución penal, por su parte, por lo general está obligado a respetar el principio de objetividad en sus actuaciones¹⁰⁴. Por el contrario, normalmente querellante e imputado no resultan exigidos por esa clase de regulaciones¹⁰⁵.

Estas constataciones en modo alguno implican legitimar ciertas propuestas interpretativas y deslegitimar otras, ni lo pretenden. Tampoco importan afirmar, como lo hace Alan M. Dershowitz, que en realidad “nadie busca la justicia” cuando enfrenta un proceso penal¹⁰⁶.

para sus sentencias. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, quinta edición, buenos Aires, abril de 1994, p. 105.

¹⁰² En este sentido pueden citarse a modo de ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰³ Así, y sólo por vía ejemplar, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 55/2007, de 12 de marzo, afirmó que es doctrina reiterada del mismo que una de las exigencias inherentes al derecho fundamental al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) es la imparcialidad judicial. Añadió que es posible distinguir entre la imparcialidad subjetiva, “que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes”, y la imparcialidad objetiva, “es decir, referida al objeto del proceso” (fundamento jurídico 4). De este modo, la imparcialidad del juzgador es, en la terminología propuesta por Alexy en su teoría de los derechos fundamentales, una norma iusfundamental adscrita. Y, según se mostró en el Capítulo III de la Segunda Parte, en consecuencia de jerarquía constitucional.

¹⁰⁴ El principio de objetividad es recogido, por ejemplo, en los artículos 54 y 55 del Código Procesal Penal de Paraguay y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Chile, ley 19.640, artículos 1° y 3°. Sin embargo, no existe coincidencia respecto del alcance específico de este principio. Así, con una perspectiva más amplia, el español Moreno Catena en *Presente y futuro del proceso penal español* /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 72, afirma: “El Ministerio Fiscal debe actuar de acuerdo con los principios de legalidad e *imparcialidad*, de modo que habrá de promover el proceso penal siempre que considere que se han producido unos hechos delictivos, instando su represión, y al propio tiempo pidiendo que se ponga fin al procedimiento respecto de quien considere inocente, o solicitando su absolución al final de juicio”. en el mismo sentido se pronuncia el argentino José Cafferata, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, segunda edición actualizada, Del Puerto, buenos Aires, 1998, p. 72, para quien este principio impone a los integrantes del órgano de persecución penal “procurar la verdad sobre la acusación que preparan o sostienen”. En consecuencia, incluso pueden solicitar el sobreesamiento del caso, la absolución del acusado y deducir recursos a favor de éste. El chileno Duce, en cambio, sostiene una perspectiva más estrecha. Así, en *El Ministerio Público en la reforma procesal penal* /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, *Nuevo proceso penal*, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000, pp. 397 y 398, rechaza asimilarlo al principio de imparcialidad judicial o a un ideal abstracto, y promueve asociarlo a la realización de deberes determinados y concretos, como no ocultar prueba, verificar hipótesis favorables al imputado si le es solicitado por la defensa y evitar la vulneración de las reglas del juego limpio. Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, y otros, *Nuevo proceso penal*, Conosur, Santiago de Chile, octubre de 2000.

¹⁰⁵ En el específico caso del imputado, las regulaciones legislativas se orientan precisamente en un sentido inverso. En efecto, los derechos habitualmente consagrados en su favor le permiten guardar silencio, no declarar contra sí mismo y no colaborar en la propia incriminación. Así lo disponen, por ejemplo, el artículo 24.2 de la Constitución Española y el artículo 19, número 7, de la Constitución de Chile.

¹⁰⁶ En la introducción de su libro *The best defense*, Vintage Books, New York, 1983, p. XVI, Alan M. Dershowitz exponía una vieja historia sobre un abogado que había ganado un gran caso para su cliente, por lo que le había enviado el siguiente telegrama: “La justicia ha prevalecido”. El cliente rápidamente le respondió con otro telegrama: “Apele inmediatamente”. Aunque a partir de una historia graciosa, Dershowitz formula

En primer lugar, porque las características del lenguaje jurídico y la inevitable valoración implícita en la interpretación legitiman desde ya cada una de esas propuestas. Segundo, porque también el juzgador y el órgano de persecución penal, es decir, los órganos legalmente sometidos a reglas de imparcialidad y objetividad, pueden contar con razones no jurídicas para preferir determinadas interpretaciones¹⁰⁷. Por lo mismo, sólo se trata de constataciones que permiten confirmar que la interpretación incide en la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

En definitiva, el compromiso con los resultados de la interpretación puede conducir a cualquiera de los intervinientes y al propio juzgador a expresar discrepantes normas a partir de los enunciados normativos competentes. Más aún, las circunstancias que condicionen sus preferencias respecto del resultado de la interpretación pueden conducirles a elegir normas erróneas. De acuerdo con lo postulado en este trabajo, eso significa que se ha elegido una norma incorrecta, o una admisible en lugar de una preferible.

c) Las valoraciones en la actividad interpretativa.

La interpretación es constitutiva no sólo por el compromiso de los intervinientes con el resultado de la misma y con la indeterminación de las formulaciones normativas. Dicho carácter es consecuencia, en tercer lugar, de las inevitables valoraciones implícitas en la actividad interpretativa.

Esta característica de la interpretación ha sido especialmente trabajada por el profesor De Asís, quien se pronuncia sobre ella en los siguientes términos: “Otra de las notas específicas de la interpretación jurídica guarda relación con la propia actividad interpretativa, en el sentido de que en ella se da entrada a la valoración. Es decir, a pesar de que puedan ser descritos criterios y mecanismos jurídicos interpretativos, a la hora de interpretar aparecen también las valoraciones del intérprete, que tiene que elegir entre posibles significados, y está condicionado por el momento jurídico”¹⁰⁸.

La valoración en la actividad interpretativa es inevitable por múltiples razones. Entre ellas puede citarse, por ejemplo, la concepción que mantenga el intérprete sobre el Derecho¹⁰⁹, la

una conclusión que no puede ser compartida, al menos no de modo general: “The story underlines an important point about the realities of our legal system: nobody really wants justice. Winning is “the only thing” to most participants in the criminal justice system –just as it is to professional athletes”.

¹⁰⁷ Como expresa Coloma, los jueces pueden preferir ciertos discursos (y ciertas interpretaciones, se podría especificar) por “circunstancias tan variadas como lo son las experiencias previas de los jueces, las creencias arraigadas en la comunidad de los abogados o las expectativas que se pretende sean satisfechas por los jueces al momento de adoptar una decisión”. Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ Rev. derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], p. 29. Similar afirmación desliza Zuleta al sostener que en el proceso de interpretación los jueces pueden ser guiados por consideraciones de diversa índole. Zuleta, Hugo, La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista /en/ Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del Derecho [on line], octubre 2005, Núm. 23 [citado 24 agosto 2007], p. 65.

¹⁰⁸ De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 182.

¹⁰⁹ Sobre el punto, afirma el profesor De Asís Roig, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos

lógica desde la cual se justifica la interpretación del enunciado normativo¹¹⁰, la complejidad de los asuntos sobre los cuales debe recaer la decisión¹¹¹, la inexistencia de enunciados normativos en los que el caso pueda ser subsumido¹¹², o la posibilidad de resolver contra enunciado normativo expreso en casos especiales¹¹³.

Constatar que las valoraciones son inevitables en la actividad interpretativa no resuelve, sino que sólo presenta el problema. En efecto, y en palabras de Alexy, ahora la cuestión se reconduce a esclarecer “dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones”¹¹⁴. No está demás anticipar que precisamente el segundo de esos problemas es en algún grado enfrentado con la propuesta que se desarrolla en el siguiente Capítulo.

fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 573: “El proceso interpretativo es claramente valorativo y en él hay presencia de opciones ideológicas, muchas de las cuales parten de la forma en la que se concibe lo jurídico”.

¹¹⁰ Como explica Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p.11: “La justificación de la conclusión es siempre una cuestión relativa ya que depende de las premisas consideradas. No obstante, lógicas diferentes pueden proporcionar diferentes clases de justificación. Un razonamiento inválido puede ser presentado como válido a través de un análisis lógico diferente de los enunciados involucrados, o desde la perspectiva de una lógica diferente”.

¹¹¹ “La presencia de valoraciones en la decisión aumenta con la complejidad de los asuntos sobre los que se decida, así como con las posibilidades de elección en la determinación de las distintas decisiones y su justificación o fundamentación. En este sentido, la valoración será más relevante en los casos difíciles y menos en los fáciles”, afirma el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 223. Y ejemplifica en los siguientes términos (pp. 223 y 224): “Así, por ejemplo, el examen de la posible arbitrariedad de los poderes públicos exige apreciar si ha habido o no discriminación y si ésta carece o no de justificación. Otro ejemplo puede ser tomado de la reflexión ofrecida por de Alonso García al analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre. Se trata de un caso de pornografía relacionada con una determinada publicación, en el que el Tribunal Constitucional señala que la moral pública puede limitar los derechos fundamentales. Como indica el autor, la determinación de lo que sea la moral pública le corresponde al Tribunal en este caso. Y esto se constituye en una decisión en la que hay claramente presencia de valoraciones y con una fuerza tan relevante como para limitar derechos fundamentales”.

¹¹² En este sentido expresa el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 161: “Por otro lado, la utilización de una única norma puede dar lugar al empleo de técnicas no deductivas que serán tenidas en cuenta más adelante. En efecto, puede pensarse que para la resolución de un caso se utilice una norma que no se refiere directamente a él, sino indirectamente. En este caso se resuelve interpretando de determinada manera el precepto en cuestión y dando lugar a un enunciado no explícito en el Ordenamiento”.

¹¹³ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, pp. 23 y 24. Corresponde advertir que Alexy no menciona esta situación como causa de la valoración en la actividad interpretativa. Lo hace al explicar porqué la decisión jurídica no se sigue necesariamente de los enunciados normativos que deben suponerse vigentes y de los enunciados fácticos que deben tenerse por probados. Sin embargo, la inexistencia de enunciado normativo perfectamente puede considerarse causa de de la valoración en la interpretación.

¹¹⁴ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 28.

Por último, conviene hacer presente que la valoración está inevitablemente ligada a las dos causas del carácter normativo de la interpretación. En efecto, el compromiso de los operadores jurídicos con los resultados de su interpretación y la indeterminación de los enunciados normativos inciden en la valoración que realiza el intérprete de las diversas normas vinculadas con uno o más enunciados normativos. Sin embargo, y al mismo tiempo, la valoración constituye una causa de que la interpretación sea constitutiva perfectamente independiente de aquéllas.

2.3. La posible derrotabilidad de la interpretación como resultado.

Reconocer que la interpretación es normativa y no meramente reconocitiva tiene como consecuencia la posible derrotabilidad de la interpretación como resultado, es decir, de las normas que resultan de la interpretación como actividad. Esto se debe a las causas del referido carácter normativo, esto es, a las características del lenguaje jurídico, al compromiso del operador jurídico con el resultado de la interpretación, y a la inevitable aplicación de criterios valorativos al interpretar.

Por cierto afirmar la posible derrotabilidad de la interpretación como resultado no pretende tomar posición respecto de las perspectivas que sostienen la derrotabilidad como una cualidad de las disposiciones¹¹⁵, del Derecho¹¹⁶, de las normas¹¹⁷ o incluso de ciertos aspectos de estas últimas u otras circunstancias¹¹⁸. Esta discusión, singularmente intensa en los últimos años entre algunos filósofos del Derecho, en realidad es colateral al interés del presente subapartado. De lo que se trata en este momento es de constatar la derrotabilidad de la interpretación como resultado y de precisar su impacto en la más correcta aplicación posible del Derecho penal material.

Como señalan diversos autores, una norma es derrotable en el sentido que su aplicación se encuentra condicionada a la ausencia de circunstancias excepcionales implícitas, es decir,

¹¹⁵ Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 23 y 24, quien en todo caso también alude a la derrotabilidad de las normas.

¹¹⁶ Bayón, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], ver especialmente pp. 96 y 97.

¹¹⁷ Navarro, Pablo E., y Rodríguez, Jorge L., Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm. 13 [citado 2 agosto 2007], p. 62 y 63; Ródenas, Ángeles, En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 64; y Rodríguez, Jorge L., El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del derecho /en/ Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line], 2002-2003 [citado 13 septiembre 2007], p. 283 (aunque el autor también habla de la derrotabilidad del Derecho en la p. 282).

¹¹⁸ Una apretada síntesis con referencias se puede consultar en el texto de Bayón, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 94.

que no necesariamente han sido expresadas por el legislador¹¹⁹. En otras palabras, la derrotabilidad implica que el contenido prescriptivo de las normas expresadas en las formulaciones normativas depende de la identificación y procedencia de excepciones implícitas. De acuerdo con ello, la identificación de las excepciones y la admisión de su procedencia determinan la no aplicación de la norma establecida. Por el contrario, la inexistencia de excepciones o la afirmación de su improcedencia permite su aplicación al caso¹²⁰.

Conviene advertir que la derrotabilidad implica realizar dos niveles de análisis. En efecto, como explica Ródenas, ella puede provenir tanto de la inaplicabilidad de la prescripción en sí por aplicación de excepciones o por la existencia de casos no alcanzados por la misma, como de la inaplicabilidad de los compromisos o juicios de prevalencia de las razones que subyacen a las normas (ejemplo, por ser inconstitucional dicho juicio de prevalencia)¹²¹. Por tanto, la derrotabilidad resulta de la necesidad de establecer nuevas relaciones de prioridad entre una norma y sus excepciones implícitas frente a cada hecho fijado.

En este punto del discurso parece conveniente introducir una precisión. Como expresa Bayón, afirmar que todas las normas (es decir, el resultado de la interpretación) son derrotables implica sostener que el Derecho es globalmente indeterminado y esto “es un precio demasiado elevado para una teoría sensata del razonamiento jurídico”¹²². Por el contrario, “parece difícil negar que hay como mínimo algunos casos paradigmáticos de colisión en los que la relación de prioridad resulta indiscutiblemente clara”¹²³ o casos que se pueden considerar “incuestionablemente claros”¹²⁴. Por tanto, y nuevamente citando a Bayón, “la derrotabilidad es una propiedad posible del derecho (o de parte de él) que

¹¹⁹ En este sentido, explica Alchourrón en *Sobre Derecho y lógica*, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], p. 23: “Un condicional derrotable también puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas”. Explicando el mismo concepto, Navarro en *Enunciados jurídicos y proposiciones normativas* /en/ *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2000, Núm. 12 [citado 2 agosto 2007], p. 9, señala que “a menudo se sostiene que, dado que el legislador no puede prever las infinitas circunstancias que deparará el futuro, las regulaciones normativas están abiertas a excepciones que derrotan la calificación propuesta por la autoridad normativa”.

¹²⁰ Aunque un tanto rudimentaria, puede resultar ilustrativa la sistemática ofrecida por Iturralde en su trabajo *Iturralde, Victoria, Justificación judicial: Validez material y razones* /en/ *Analisi e Diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica* [on line], 2004 [citado 8 octubre 2007], respecto de las razones que pueden concurrir para determinar qué norma (es decir, que resultado de la interpretación de disposiciones) es aplicable en cada caso.

¹²¹ Esta explicación de Ródenas, aquí apretadamente sintetizada, puede verse en Ródenas, Ángeles, *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas* /en/ *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], especialmente en páginas 74 a 76.

¹²² Bayón, Juan Carlos, *Sobre el razonamiento jurídico*, /en/ *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 55.

¹²³ Bayón, Juan Carlos, *Sobre el razonamiento jurídico*, /en/ *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 54.

¹²⁴ Bayón, Juan Carlos, *Sobre el razonamiento jurídico*, /en/ *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], p. 59.

desempeña un papel real en nuestras prácticas jurídicas, si bien más modesto que el que a veces se le atribuye”¹²⁵.

La precisión introducida por Bayón permite afirmar que la derrotabilidad de la interpretación como resultado no es una consecuencia necesaria, sino sólo posible del carácter normativo de la interpretación. En efecto, y por una parte, existen casos en los que resulta “incuestionablemente claro” si el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. Por otra parte, existen casos en los que las causas del carácter normativo de la interpretación como resultado impiden una clara decisión respecto de la reprochabilidad jurídico penal del hecho fijado.

En definitiva, el carácter constitutivo de la interpretación condiciona la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Ello se debe a que las causas de ese carácter (compromiso del operador jurídico con el resultado de la interpretación, características del lenguaje jurídico, e inevitable aplicación de criterios valorativos al interpretar) pueden provocar la justificación de discrepantes e incompatibles normas frente a un caso determinado.

Pese a lo recién expresado respecto de la derrotabilidad de la interpretación como resultado, y en palabras del profesor De Asís, es “engañoso defender, sin matices, la existencia de una única interpretación correcta en el ámbito jurídico”, y, sin embargo no lo es “la defensa de la existencia de interpretaciones incorrectas”¹²⁶. Esta lúcida precisión del autor español coloca el problema de la derrotabilidad en el lugar que le corresponde. En efecto, no resulta admisible que la derrotabilidad signifique la absoluta indeterminación de los posibles significados de una disposición.

En este sentido parece posible afirmar, nuevamente siguiendo al profesor de Asís, que la decisión interpretativa debe presentarse como racional, es decir, coherente con los valores y normas del sistema jurídico¹²⁷. Esta exigencia de racionalidad permite distinguir al menos dos clases de normas. Algunas normas resultantes de la interpretación de enunciados normativos podrían considerarse derechamente incorrectas. Otras, en cambio, se podrían considerar admisibles, es decir, coherentes con el universo de valores y normas del sistema jurídico.

¹²⁵ Bayón, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 96 y 97.

¹²⁶ De Asís Roig, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 571.

¹²⁷ Al respecto expresa el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 214: “En efecto, como venimos subrayando, independientemente de que la creación de normas o la decisión jurídica sea un acto de voluntad, en los Ordenamientos modernos se exige que éste se presente como racional, o lo que es igual, como coherente con los valores y normas que presiden el sistema jurídico. Independientemente de que la creación de normas o la decisión jurídica sea un acto de voluntad, los ciudadanos esperan que éste sea susceptible de explicación racional; demandan y esperan una actuación coherente con los postulados básicos del sistema”.

Por otra parte, entre las interpretaciones admisibles parece posible distinguir aquellas que son simplemente admisibles de aquellas que son realmente preferibles. Sin embargo, esa elección no queda entregada a la arbitrariedad, ni a una absoluta derrotabilidad de las normas jurídicas. Este trabajo reconoce que existen criterios que permiten justificar la preferencia de algunas normas por sobre otras, sin que ello signifique sostener la existencia de una única respuesta correcta¹²⁸.

En el Capítulo siguiente se presentará uno de los criterios que colabora a seleccionar la norma preferible de entre aquellas que se pueden considerar admisibles. Según se anticipó más arriba, este criterio, que por cierto concurre con otros, es el del sometimiento al precedente.

¹²⁸ Esos criterios han sido sistemáticamente desarrollados en De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

Capítulo III.
La sumisión al precedente.
Un criterio para la mejor decisión del juicio de Derecho.

Hasta este momento la segunda parte del presente trabajo se ha dedicado a esclarecer dos cosas. En primer lugar, qué significa afirmar que el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable (Capítulo I). En segundo lugar, cómo se determina el material jurídico aplicable al hecho fijado, con miras a precisar si este último es jurídico penalmente reprochable (Capítulo II).

Pues bien, no se debe perder de vista que el conjunto de esta tesis pretende explicitar algunos aspectos de la relación existente entre la mejor aplicación posible del Derecho penal material y los derechos fundamentales. Así se expresó en la Introducción de esta tesis. Así se ha mostrado también en la Primera Parte de la misma, relativa al juicio de hecho del razonamiento judicial. En fin, lo mismo se anunció en la Introducción a la presente Segunda Parte, centrada en el juicio de Derecho del razonamiento judicial.

En ese contexto, en lo que sigue se sugerirá al juzgador un segundo criterio tendente a la mejor aplicación posible del Derecho penal material. En particular se mostrará que los derechos fundamentales no sólo tienen algo que decir respecto de cómo incrementar la calidad epistemológica del juicio de hecho. También tienen algo que decir respecto del juicio de Derecho y, en particular, respecto de cómo alcanzar la más correcta calificación jurídico penal posible del hecho fijado.

Como se verá de inmediato, esa más correcta calificación jurídico penal del hecho fijado sólo se puede lograr si la decisión judicial cumple un conjunto de exigencias. Estas exigencias han sido lúcidamente identificadas y expuestas por Rafael De Asís en su reciente obra *El juez y la motivación en el Derecho*¹, y constituyen los requisitos de una motivación judicial correcta. Pues bien, el punto de partida de la referida propuesta se encuentra precisamente en las ideas expuestas en dicha obra.

Ahora bien, y siguiendo al profesor De Asís, todas esas exigencias deben concurrir para que una decisión judicial pueda ser calificada de correcta. Sin embargo, aquí sólo se profundizará en una de ellas: la sumisión del juzgador penal al precedente. Dicha elección no significa que esta exigencia es la única o la más importante para que una decisión judicial pueda ser considerada correcta (según la terminología empleada por De Asís) o la

¹ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 31 a 33.

mejor aplicación posible del Derecho penal material (según la terminología empleada en este trabajo). Con todo, se trata de una de las exigencias que seguramente presenta mayor discusión en el debate jurídico y legislativo de los últimos años en España.

Lo recién expresado permite advertir que la originalidad de esta propuesta no se encuentra en el criterio sugerido de sumisión al precedente. Tal originalidad se encuentra más bien en la profundización de las justificaciones de dicho criterio que se construyen desde los derechos fundamentales. En este sentido, lo expuesto en las siguientes páginas puede considerarse una propuesta enraizada en las ideas del profesor De Asís y que, a partir de ellas, pretende ofrecer frutos adicionales.

Para exponer el mandato de sumisión al precedente como criterio *sinne qua non* (y en ningún caso *per quam*) de la mejor aplicación posible del Derecho penal material, el presente Capítulo se vertebra en cinco Títulos. El primero es el más amplio y en él se expone la completa y sofisticada propuesta del profesor De Asís para lo que él denomina una motivación judicial correcta y que aquí se consideran requisitos de la mejor aplicación posible del Derecho penal material. En los Títulos II y III se presentan, sucesivamente, el contenido del criterio ofrecido al juzgador y su justificación. El Título siguiente se dedica a presentar y confrontar las objeciones dirigidas al referido criterio. El Título V, por último, explicita el enlace del mandato de sumisión al precedente con la mejor aplicación posible del Derecho penal material.

I. La propuesta del profesor De Asís.

En su reciente trabajo *El juez y la motivación en el Derecho* el profesor De Asís ha ofrecido una notable sistemática de las clases de motivación que pueden fundar la decisión judicial. Al respecto distingue entre motivación suficiente, motivación completa y motivación correcta, las que vincula, respectivamente a la Teoría del Derecho (positivista), a la Ciencia del Derecho (o más bien a una Teoría de la técnica de la motivación judicial) y a la Teoría de la Justicia². En lo que sigue se presentarán brevemente las dos primeras, para mostrar luego las condiciones que deben cumplirse para estar en presencia de la tercera. Esta clasificación supone una cierta concepción del Derecho, lo que también impone ciertas exigencias mínimas a toda motivación judicial. Por ello se comenzará precisamente por este último asunto.

1. Exigencias mínimas de la motivación judicial.

El profesor De Asís construye un concepto del Derecho a partir de tres notas esenciales: que es un sistema normativo, que tiene el respaldo del poder político y que cumple una función de control social. A partir de cada uno de estos elementos surgen una serie de exigencias que denomina “rasgos de lo jurídico”³. Además, el Derecho “necesita de órganos que tengan como principal misión la de establecer normas, y de órganos que

² De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 31 a 33.

³ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 38 y 39.

tengan como principal misión la de aplicar normas”⁴. En esta última situación se encuentra el Poder Judicial.

En este momento sólo interesa revisar los rasgos vinculados con la tercera nota del Derecho, es decir, los relacionados con el Derecho como mecanismo de control social. Al respecto parece conveniente revisar esos rasgos aplicados al Derecho en general y a los jueces en particular de manera separada.

“Los rasgos de lo jurídico derivados de la función de control social, conectan necesariamente el problema del concepto de Derecho con el de su eficacia”, explica el profesor De Asís. A su vez, complementa el autor español, resulta posible distinguir entre eficacia técnica y eficacia real. La primera implica que el Derecho se configure de modo que pueda constituir una herramienta útil de control social. La eficacia real implica que el Derecho efectivamente cumple con su función de control social⁵. Ahora bien, para que el Derecho sea técnicamente eficaz es necesario que cumpla ciertas exigencias. Entre ellas deben destacarse especialmente el de la publicidad de las normas y decisiones y la de prohibición de la arbitrariedad.

El poder judicial, como se sabe, es uno de los principales órganos normativos⁶. Cada uno de los integrantes del Poder judicial, por su parte, es decir, cada uno de los jueces, “interpreta, aplica, crea, decide”⁷. Sin embargo, el cumplimiento de esas tareas no es una actividad mecánica, sino que siempre existe un margen de valoración. En consecuencia, la motivación, es decir, “la manifestación de esa decisión y de sus referentes resulta obligada para favorecer la eficacia del Derecho a través del conocimiento de su significado proyectado en casos concretos”⁸.

En síntesis, el juez debe cumplir tanto con el principio de publicidad, como con el principio de no arbitrariedad. El primero le exige exteriorizar no sólo la decisión, sino también la regla (norma) en que apoya su decisión. El segundo le impone que esa norma sea formulada de manera correcta desde el punto de vista de los cánones de la lengua en que se expresa el Derecho⁹. Si se cumplen tales requisitos la decisión judicial puede considerarse motivada. Por lo mismo, las dos exigencias son comunes a las tres clases de motivación judicial que se analizarán de inmediato.

⁴ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 74.

⁵ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 42 y 43.

⁶ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 50.

⁷ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 57.

⁸ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 75.

⁹ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 75 y 76. El profesor De Asís precisa este punto del siguiente modo: “Con carácter básico esta exigencia implica dar publicidad a las razones que permiten fundamentar esta decisión y hacerlo de forma inteligible. En este sentido, podemos entender que una decisión está motivada cuando se apoya en reglas inteligibles, esto es, cuando puede deducirse de una regla formulada de manera correcta según los cánones de la lengua en la que el Derecho se expresa”.

2. Exigencias de la motivación judicial suficiente.

El profesor De Asís denomina motivación judicial suficiente a la motivación válida. En otras palabras, la motivación de una decisión judicial es suficiente si en su explicación o justificación presenta una serie de elementos que permiten que sea considerada válida. Esas exigencias de validez dependen de cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, esas exigencias presentan también ciertos mínimos que se deducen de la comprensión que se tiene del fenómeno jurídico y de la racionalidad ínsita en toda motivación¹⁰.

Para que la motivación judicial pueda considerarse suficiente es necesario que cumpla cinco exigencias. Dos de ellas constituyen exigencias propias de toda motivación, según ya se ha expresado. La una es que se exterioricen la decisión y la norma en que la misma se apoya. La otra es que la norma sea correcta desde el punto de vista de los cánones de la lengua en que se expresa el Derecho, lo que implica la posibilidad de atribuir significado a la misma.

Las otras tres exigencias son propias de la motivación válida o suficiente. Por una parte, la decisión debe ser dictada por el órgano competente. Por otra parte, la norma en que se apoya la decisión parte de la información que ha sido determinada y arriba a unas conclusiones o consecuencias concretas. En otras palabras, la motivación debe descansar sobre un modelo de argumentación integrado por tres elementos: los datos de los que se parte, la conclusión a la que se arriba y la norma que permite explicar el paso de los datos a la conclusión. Esto es lo que el profesor De Asís denomina argumento principal. Por último, esa norma no debe ser contradictoria con alguna norma de jerarquía superior, es decir, con el significado atribuido a enunciados normativos a los que la regla se subordina¹¹.

En suma, la motivación judicial suficiente es aquella que cumple tanto las exigencias propias de toda motivación (publicidad y no arbitrariedad) como las específicamente vinculadas a una motivación válida (órgano competente, argumento principal y norma que funda la decisión no contradictoria con normas superiores, el que en adelante será aquí denominado principio de jerarquía).

3. Exigencias de la motivación judicial completa.

De acuerdo con el profesor De Asís, la motivación judicial completa es la racionalmente correcta. Dicho de otro modo, la motivación es completa si la explicación o justificación

¹⁰ “Llamaré motivación judicial suficiente a la motivación que es considerada como válida, esto es, al conjunto de elementos presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que esta sea considerada como válida. Obviamente, la validez de una motivación depende de cada Ordenamiento jurídico (esto es de las exigencias que cada sistema jurídico impone), si bien es posible identificar una serie de rasgos o exigencias que se deducen de la propia comprensión del fenómeno jurídico, esto es, del concepto de Derecho que se maneja y del mínimo de racionalidad que se deduce de la motivación”. De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 31.

¹¹ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, especialmente pp. 77 a 79, y 83 a 85.

de la decisión judicial presenta una serie de elementos que permiten calificar como racionalmente correcta una decisión válida. Esta definición pende de una cierta idea de racionalidad jurídica, lo que a su turno se conecta con la Teoría de la Ciencia del Derecho¹². Es necesario advertir que esta clase de motivación también tiene como referente al respectivo sistema jurídico, pues añade la exigencia de racionalidad a la motivación válida.

La motivación completa es aquella que cumple lo que el profesor De Asís denomina criterio de explicitación o de manifestación. Este criterio de explicitación o manifestación exige que el juzgador exprese los enunciados normativos, las normas que relacionan los datos con la conclusión, los criterios de interpretación que conducen de los enunciados normativos a las normas y los criterios de justificación de la decisión. Estos cuatro elementos, cuya exteriorización permite dar por cumplido el criterio de explicitación o manifestación, conforman el argumento respaldo¹³. Este último equivale a la justificación externa en la argumentación jurídica.

Como se puede advertir, uno de los cuatro elementos recién mencionados es la expresión de la norma que conduce de los datos con que se cuenta a la conclusión. Sin embargo, ella ya había sido incluida entre las exigencias de la motivación suficiente. Por tanto, la motivación completa en realidad sólo añade tres exigencias a las señaladas respecto de toda motivación y a las referidas en la motivación válida.

En consecuencia, y recapitulando, las ocho exigencias de la motivación completa son las siguientes:

- a) Dos exigencias provienen de toda motivación: principio de publicidad y principio de no arbitrariedad.
- b) Tres exigencias provienen de la motivación suficiente: órgano competente, argumento principal y principio de jerarquía.
- c) Tres exigencias son propias de la motivación completa. Una de ellas es la indicación de el o los enunciados normativos cuya interpretación permite inferir la norma aplicada en el argumento principal. La segunda es la manifestación de los criterios interpretativos utilizados para inferir la norma expresada en el o los enunciados normativos. La tercera y última es la expresión de los criterios de justificación de la norma, cuando ésta no se ha originado en un enunciado normativo válido¹⁴.

4. Exigencias de la motivación judicial correcta.

¹² Afirma el profesor De Asís, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 31: "llamaré motivación judicial completa a la motivación racionalmente correcta, esto es, al conjunto de elementos que necesariamente deben aparecer en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que esta pueda ser considerada como racionalmente correcta". La idea se reitera y complementa en la p. 87.

¹³ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 87 y 88.

¹⁴ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 99 y 100.

El profesor De Asís define la motivación judicial correcta como aquella que es éticamente correcta. Eso significa que la decisión judicial es correcta si su explicación o justificación reúne una serie de elementos que permiten calificarla de éticamente correcta. Esta clase de motivación se asocia a una determinada concepción respecto de la corrección moral del Derecho¹⁵. En consecuencia, se vincula con la Teoría de la Justicia, aunque sin desligarse de la Teoría del Derecho ni de la Ciencia del Derecho.

Como destaca el profesor De Asís, “referirse a criterios de corrección en el ámbito de la motivación judicial implica manejar una concepción del Derecho justo, esto es, asignar una serie de fines al Derecho”. Esos fines son, según precisa, la independencia moral, la autonomía pública y privada, la libertad, la igualdad y la solidaridad¹⁶.

Ahora bien, el profesor De Asís erige un modelo de motivación correcta sobre la noción de “motivación aceptable”. La motivación aceptable, por su parte, tiene dos planos: el de la aceptabilidad racional, predominantemente procedimental, y el de la aceptabilidad propiamente tal, predominantemente sustantiva. Cada uno de esos planos establece exigencias a la motivación judicial para que pueda ser considerada correcta.

La aceptabilidad racional incluye tres grandes criterios de corrección de la decisión judicial. El primero es el de la no refutación y consiste en que no sean desvirtuados los elementos sobre los cuales se construye la decisión (enunciados normativos, criterios de interpretación, criterios de justificación y normas). El segundo es el del respeto al precedente y exige mantener en el caso actual igual a un caso anterior los elementos sobre los cuales se erigió la decisión de este último, o justificar el cambio. El tercer criterio derivado de la aceptabilidad racional es el de saturación y “exige considerar como más correcta aquella motivación que tenga en cuenta el mayor número de criterios interpretativos, justificativos y de corrección”¹⁷.

La aceptabilidad en sentido estricto, por su parte, incluye dos criterios de corrección de la decisión judicial. El primero es un criterio de interpretación de los enunciados normativos e impone elegir el significado semántico en los casos en que ésta no plantee dudas y el significado mayoritariamente aceptado por la comunidad en los demás casos¹⁸. El segundo criterio se refiere a quien emite la decisión y exige que se trate de un órgano legítimo¹⁹.

En síntesis, la motivación correcta es aquella que se orienta al logro de determinados fines. Para conseguirlos, debe cumplir con cinco exigencias, adicionales a las ocho derivadas de

¹⁵ Al respecto, sostiene el profesor De Asís, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 131 y 132: “entenderé por motivación judicial correcta el conjunto de elementos que deben estar presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial para que esta pueda ser considerada como éticamente correcta. Y así, como lo éticamente correcto es también susceptible de polémica, este concepto de motivación correcta se asocia a una manera de entender la idea de corrección moral del Derecho, esto es a una teoría de la justicia”.

¹⁶ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 133.

¹⁷ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 137 y 138.

¹⁸ En los casos en que corresponda elegir la interpretación mayoritariamente aceptada el significado semántico opera como límite negativo, es decir, establece lo que el enunciado no puede decir. De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 138 y 139.

¹⁹ De Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 139.

toda motivación, de la motivación suficiente y de la motivación completa. Esos cinco criterios son el de no refutación, respeto del precedente, saturación, interpretación semántica o mayoritaria, y órgano judicial legítimo.

II. Contenido de la propuesta.

El profesor De Asís ha ofrecido una acertada carta de navegación hacia una motivación judicial correcta. De esa carta de navegación, dos elementos deben ser especialmente destacados con miras al discurso que sigue.

El primero es que se habla de corrección en el sentido que la decisión se orienta al logro de determinados fines. Desde el punto de vista de este trabajo, esos fines fueron explicitados en el Capítulo preliminar y conviene recordarlos ahora. Por una parte se trata de asegurar, en el mayor grado posible, evitar la persecución penal, hacerla cesar o impedir la aplicación del Derecho penal material respecto de quien no ha incurrido en el hecho punible. Por otra parte se trata de asegurar la aplicación del Derecho penal material, pero en el grado estrictamente debido, de quien sí ha incurrido en el hecho punible.

El segundo elemento ofrecido por el profesor De Asís es el conjunto de criterios cuya observancia incrementa las posibilidades de una decisión judicial correcta. O, para ser más precisos, un conjunto de criterios que no son suficientes, pero sí necesarios para una motivación judicial correcta y que, en caso de abandono, seguramente conducirían a una decisión judicial incorrecta. Según se ha dicho, todas esas exigencias deben concurrir para que se esté en presencia de una motivación judicial correcta.

Pues bien, de entre los criterios indicados por el profesor De Asís, aquí se desarrollará sólo uno: la sumisión al precedente. En lo que sigue se explicará el contenido de esta propuesta. Para esos efectos la exposición se vertebrará en torno a cinco apartados. En el primero de ellos, y a modo de introducción, se responderá si los tribunales están sometidos al precedente. En el segundo se distinguirán los diversos sentidos en que se puede utilizar la expresión precedente y se precisará a cuál de ellos se extiende el deber de sumisión. El siguiente apartado, que puede considerarse continuación del anterior, especifica qué parte del precedente resulta imperativo. En el cuarto se revisan las condiciones jurídicas que viabilizan la sumisión al precedente. El último apartado indica cuáles son los casos en que es admisible apartarse del precedente.

Por último, y antes de concluir este preámbulo, conviene precisar desde qué sistema jurídico se plantea la propuesta de sumisión al precedente. Al igual que en el Capítulo III de la Primera Parte, el Derecho de referencia es el español. Pese a ello, y según se podrá advertir, resulta perfectamente posible aplicarla de manera general a los ordenamientos pertenecientes a la tradición Europea Continental.

1. La sumisión al precedente, una propuesta dirigida al juzgador.

La sumisión al precedente puede ser analizada desde diversas perspectivas. Así, por ejemplo, el profesor De Asís explica que este problema puede ser considerado tanto desde

un plano descriptivo, como desde un plano prescriptivo. En sentido descriptivo se pregunta si de hecho se sigue el precedente en el sistema jurídico español. En sentido prescriptivo se pregunta si se debe seguir el precedente en el sistema jurídico español²⁰. Desde esta última perspectiva, parece posible encontrar al menos dos respuestas, que aquí serán denominadas empírica y normativa²¹.

La posición empírica atiende a la respuesta dada por los operadores jurídicos. En este sentido, parece posible afirmar que la doctrina, los Tribunales y el legislador coinciden en rechazar que el Derecho imponga la obligación de sumisión al precedente. En cuanto a la doctrina, se trata de una posición sostenida expresamente por algunos autores, como el argentino Legare y el chileno Rivera²². Los tribunales que integran el Poder Judicial español, por su parte, también entienden que no están jurídicamente sometidos al precedente. Así se puede desprender claramente, por ejemplo, de una formal intervención del Presidente del Tribunal Supremo ante el rey²³. Al menos parcialmente, en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, como en detalle lo ha

²⁰ Al respecto, afirma el profesor De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008: “Pues bien, en la temática del precedente, pueden distinguirse dos aspectos que poseen una perspectiva diferente. Uno de ellos, que se desenvuelve en el plano descriptivo, vendría a referirse a si de hecho se sigue o no el precedente; el otro, que se desenvuelve en el plano prescriptivo, vendría a tratar el problema de si debería obligarse a seguirse y cómo”.

²¹ Las expresiones empírica y normativa han sido tomadas de Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 70 y 71, aunque no responden exactamente al sentido en que las utiliza el autor alemán.

²² Tomando una clara posición al respecto, Legare, Santiago, Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos [on line], [citado 10 mayo 2009] sostiene que “en el civil law, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida por la constitución como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica”. En igual sentido, Rivero Ortega, Ricardo, Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho /en/ Revista de Administración Pública [on line], 2002, Núm. 157 [citado 6 febrero 2009], p. 96, expresa que “a nuestro juicio, en nuestro Derecho el precedente sólo tiene en principio un valor informativo, tanto para el órgano judicial como para las partes en el proceso: éstas pueden invocarlo y tenerlo en cuenta a la hora de estimar las posibilidades de éxito de sus pretensiones; aquél debe manejarlo a la hora de resolver, bien aceptándolo como válido y aplicable al caso, bien rechazándolo con un razonamiento suficiente que explique el apartamiento del anterior criterio”. Insistiendo en la misma idea, ahora conjuntamente con Rivera, Legare afirma que la sumisión al precedente “no existe, como principio general o, como se suele decir, “formal”, en los sistemas jurídicos “continentales” o “civilistas”, donde, a lo sumo, la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre” (ver Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], pp. 109 y 110).

²³ Así, por ejemplo, en la apertura del año judicial del 2005, celebrada el día 13 de septiembre, el discurso del Presidente del Tribunal Supremo se denominó «Jurisprudencia vinculante: Una necesidad del Estado de Derecho». Recuerda Magro Servet en Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, año XXIX, Editorial La Ley, que “el Excmo. Sr. D. Francisco HERNANDO comenzó su intervención el pasado 13 de septiembre de 2005 ante Su Majestad El Rey señalando que debía destacar el papel clave que debe jugar nuestro Tribunal Supremo ante el hecho no infrecuente de la aparición de Sentencias contradictorias precedentes de los distintos Juzgados y Tribunales para hechos sustancialmente idénticos y para los que el derecho objetivo aplicable resulta ser también el mismo”.

mostrado el profesor De Asís²⁴. En fin, a igual conclusión parecen conducir ciertas iniciativas legislativas que precisamente pretenden establecer mecanismos para uniformar la jurisprudencia²⁵. Todo esto conduce a afirmar que, desde una perspectiva empírica, en los sistemas Europeos continentales en general y en el Derecho español en particular no existe el mandato de sumisión al precedente²⁶.

La posición normativa no considera la respuesta de los operadores jurídicos, sino el Derecho vigente. Desde esta última parece posible afirmar que se cuenta con buenas razones para entender que dicho sometimiento viene exigido por el ordenamiento jurídico español. En otras palabras, resulta perfectamente posible sostener conforme a Derecho la existencia del mandato de sumisión al precedente. Al respecto es necesario reconocer que no existe ninguna norma directamente estatuida en las leyes o en la Constitución que lo imponga. Sin embargo, y contrariamente a lo sostenido por Nieva, tampoco es necesario introducirla al Derecho legislado español²⁷. El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional cuentan con las herramientas para generar la sumisión al precedente a partir de lo estatuido

²⁴ Ver De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, especialmente p. 264 y siguientes, De Asís Roig, Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], especialmente p. 923 y siguientes, y De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008].

²⁵ Una manifestación singularmente destacable entre estas iniciativas es el proyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo se orienta esencialmente a la unificación de la jurisprudencia. Al respecto ver, por ejemplo, Molins García-Atance, Juan, Los recursos de casación y en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil /en/ Diario La Ley, Núm. 6345, Sección Doctrina, 24 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley.

²⁶ Pero no sólo la perspectiva empírica permite arribar a esa conclusión. En los hechos, es decir, desde una perspectiva descriptiva, quienes pertenecen a la familia jurídica Europeo Continental no se sienten obligados por el precedente. En este sentido, expresa Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 6: “En nuestra cultura jurídica, más que por nuestras normas, existe la convicción de que el sistema del precedente no se encuentra autorizado. Los tribunales tienen la convicción de que los asuntos que les toca conocer pueden ser resueltos del modo que mejor les parezca, sin tener ninguna obligación de ser coherentes con fallos emitidos por otros tribunales sobre otros casos análogos, ni siquiera con fallos emitidos por el propio tribunal sobre tales casos”. En el mismo sentido, Pilonieta Pinilla, Eduardo, Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano [on line], [citado 10 mayo 2009], afirma que “en la actualidad muchos juristas se niegan a abandonar el imaginario que limita al Juez como un simple instrumentador de la ley y a la jurisprudencia como un criterio auxiliar que no lo obliga necesariamente al momento de decidir sobre un asunto en particular”.

²⁷ Según Nieva Fenoll, La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la unificación de doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho /en/ Diario La Ley, Núm. 6393, Sección Doctrina, 4 ene. 2006, año XXVII, Editorial La Ley, “en los sistemas de *civil law* el Tribunal Supremo pertenece sin ninguna clase de vacilaciones, ni históricas ni dogmáticas, al Poder judicial, y por tanto sí debe ocuparse de esa justicia, puesto que si pudiera realizar fallos de contenido vinculante y con vocación de generalidad, estaría usurpando la labor del Poder legislativo”. En consecuencia, añade el autor, “si el Tribunal Supremo pasa a desempeñar funciones que interfieren con la labor legislativa desempeñada en exclusiva por las Cortes Generales, habría que reformar la Constitución”.

por el Derecho vigente²⁸. Así se mostrará poco más abajo en este mismo Capítulo. En consecuencia, y desde una perspectiva normativa, resulta posible anticipar que en el Derecho español sí existe el mandato de sumisión al precedente.

Como se puede suponer, cada una de esas perspectivas conduce a ciertas consecuencias. Si se opta por la respuesta empírica, la sumisión al precedente sólo podría ser impuesta mediante una norma emanada del legislador. Si se opta por la respuesta normativa, la sumisión al precedente puede ser introducida desde la práctica jurisprudencial del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional. Esta última es la posición asumida en este trabajo. De ahí que la propuesta de sumisión al precedente no se dirige al legislador, sino al juzgador y, específicamente, al juzgador penal.

2. Concepto y clases de precedente. El alcance de la sumisión.

Según se expresó en el Capítulo Preliminar, la propuesta que aquí se formula al juzgador penal en lo relativo al juicio de Derecho está integrado por dos reglas. En virtud de la primera se propone que el juzgador penal se someta al precedente al momento de interpretar los enunciados normativos de Derecho penal material eventualmente aplicables a los hechos fijados, siempre que los hechos fijados en el precedente sean iguales a los del caso actualmente sometido a su decisión. A falta de precedente, se postula que el juzgador penal debe formular un precedente hipotético al que esté dispuesto a someterse a futuro en todos los casos cuyos hechos fijados sean iguales a los hechos fijados en el caso actualmente sometido a su decisión, y aplicarlo en este último²⁹.

Sin embargo, y como se puede apreciar, una propuesta como esta presenta un muy elevado nivel de indeterminación. En consecuencia, para que pueda ser considerada seriamente es imprescindible precisar en extremo el significado de la misma. Para estos efectos parece conveniente explicitar en qué sentido se utiliza esta expresión, los sentidos en que se utiliza y respecto de cuál de ellos procede la sumisión.

2.1. Concepto de precedente.

Para efectos de este trabajo se entenderá por precedente la sentencia anterior que contiene una decisión interpretativa dada a uno o más enunciados normativos³⁰. Como se puede

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia el profesor De Asís en *Jueces y normas*. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 155, cuando afirma que “existen razones en este punto para justificar no sólo el mantenimiento del precedente en sentido vertical sino también en sentido horizontal, esto es, defender la existencia de resolver tal y como ha hecho en circunstancias semejantes un tribunal superior”. Precisa que la sumisión al precedente es una “obligación que además, tendría que ser controlada bien por el Tribunal constitucional, bien por una instancia judicial”.

²⁹ Esta formulación es transcripción de la expuesta en el Capítulo Preliminar, aunque con un añadido: la expresión “hechos” utilizada en este último es aquí reemplazada por “hechos fijados”, de conformidad con lo aprendido en el Capítulo II de la Primera Parte.

³⁰ Esta definición ha sido construida a partir de lo expresado por De Asís, por Legare y Rivera, y por Ramírez. Del profesor español se ha considerado la definición que ofrece sobre el principio de universalización, en la p. 203 de su obra *Jueces y normas*. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, donde explica que ese principio exige “que el enunciado se interprete dando un significado que estemos dispuestos a mantener en el futuro para circunstancias idénticas”. De Santiago Legarre y Julio César Rivera,

advertir, el mandato de sumisión no constituye un elemento que integre el concepto. En consecuencia, la noción de precedente implica una decisión interpretativa anterior y no una decisión interpretativa anterior de carácter vinculante³¹. Con esto se está sosteniendo una posición distinta de la expresada, por ejemplo, por Legare y Rivera. Para estos *autores* la expresión precedente debe reservarse para las decisiones de los tribunales cuya observancia es obligatoria en casos futuros³².

Esta opción se justifica en que la expresión precedente no debe ser utilizada en un sentido demasiado alejado de los consensos prevalecientes. Pues bien, y tomando como referencia el sistema de Common Law de Estados Unidos, es posible distinguir entre precedentes vinculantes y precedentes persuasivos. Como en un momento se volverá sobre esta distinción, por ahora basta destacar que la sumisión de los jueces sólo opera respecto de los primeros.

2.2. Clases de precedente y alcance de la sumisión.

Pese a su utilidad, la definición ofrecida en el anterior subapartado puede ser considerada el punto de partida, pero de ninguna manera el punto de llegada de la clarificación que aquí se pretende. Ello se debe a que la expresión precedente es ambigua. En efecto, quien la emplea puede estar haciendo referencia a lo menos a cinco objetos diferentes. A falta de consensos doctrinarios respecto del modo en que ellos deben ser denominados, esos cinco elementos aquí serán llamados precedente vertical vinculante, precedente vertical persuasivo, precedente horizontal, autprecedente y precedente hipotético.

por su parte, se han considerado las siguientes ideas expuestas en *Naturaleza y dimensiones del stare decisis* /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], pp. 109 y 110: “La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes –o, simplemente, los “precedentes”–, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante”. De Ramírez, por último, en *La rebelión de los jueces. La jurisprudencia es vinculante para el juez?* [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 3, se ha tomado lo siguiente: “La doctrina del precedente parte de la obligación en que se halla un tribunal de resolver un caso del mismo modo que lo hizo al decidir con anterioridad otro caso cuyos hechos relevantes eran similares”.

³¹ La expresión “decisión interpretativa”, central en el desarrollo del presente Capítulo, coincide semántica y conceptualmente con la empleada por Barranco Avilés, María del Carmen, en *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

³² El carácter vinculante, como elemento esencial del precedente, es sostenido, por ejemplo, por Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, *Naturaleza y dimensiones del stare decisis* /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], quienes en la p. 112, afirman: “En este contexto, pensamos que la palabra “precedente” debería reservarse para el common law, pues en sentido estricto preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (in point) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera. Y esta pregunta solo se da, como vimos, en el common law”. En el mismo sentido parece pronunciarse Gascón Abellán, Marina, *Igualdad y respeto al precedente* /en/ *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 212, quien explica que “cuando se habla de precedente se suele hacer alusión a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos de observar la doctrina establecida por los tribunales superiores”.

a) Clases de precedente.

Con la expresión precedente vertical vinculante se está haciendo referencia a las sentencias que contienen decisiones interpretativas adoptadas por un órgano jurisdiccional recursivamente superior al que actualmente debe resolver el caso³³. Es recursivamente superior aquel que tiene competencia para conocer de recursos que se puedan deducir en contra del órgano jurisdiccional que actualmente debe sentenciar el caso. En este trabajo se postula que el juzgador penal debe estar sometido a este tipo de precedente³⁴.

Bajo la fórmula precedente vertical persuasivo se alude a las sentencias que contienen decisiones interpretativas anteriores de un órgano jurisdiccional que es jerárquicamente, pero no recursivamente superior a aquél que debe resolver el caso. Es jerárquicamente superior porque se encuentra en una grada equivalente a la del tribunal que puede conocer de los recursos deducidos en contra del que debe decidir el caso. Sin embargo, no es recursivamente superior porque carece de potestades para conocer de los recursos que se pueden deducir en contra de este último. En este trabajo se afirma que el juzgador penal no debe someterse a estos precedentes, aunque resulta conveniente que los considere³⁵.

Con la expresión precedente horizontal se alude aquí a las sentencias que contienen decisiones interpretativas anteriores emanadas de tribunales diversos del que actualmente debe resolver el caso y cuya jerarquía es igual o inferior a la de este último. En general parece posible sostener que se encuentran en esta situación todos los tribunales que no generan precedentes verticales, sean vinculantes o persuasivos. De ahí que se pueda afirmar que se trata de una definición que se adopta por defecto y que es relativa al órgano

³³ La expresión precedente vertical y su significado han sido tomados de De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008].

³⁴ En palabras de Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009], y aludiendo al sistema del Common Law, “el juez superior ejerce, dentro de su respectiva jurisdicción, la importante función de dar uniformidad a la jurisprudencia sobre un determinado asunto a partir del juzgamiento de los casos que, por la vía de los recursos ordinarios (apelación) o extraordinarios (casación, súplica), llegan a su conocimiento. En el mismo sentido explican Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 118, que el precedente vertical consiste “en la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior.”. Más restringidamente, explica Ahumada Ruiz, María Ángeles, Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional). A propósito de *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel /en/ Revista Española de Derecho Constitucional [on line], año 23, úm. 67, enero-abril de 2003 [citado 10 mayo 2009], p. 356, que en el sistema de Common Law los tribunales se encuentran sometidos al precedente vertical, es decir, al de “las de los tribunales superiores que ejercen sobre ellos jurisdicción en apelación”.

³⁵ En el caso del sistema de Common Law la jurisprudencia emanada de tribunales que no pertenecen al mismo orden jurisdiccional del que debe sentenciar el caso, es decir, que no son recursivamente, pero sí jerárquicamente superiores, generan precedentes persuasivos y no vinculantes. Al respecto, expresa Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 5, que en el sistema de Common Law la jurisprudencia proveniente de otras jurisdicciones únicamente tiene carácter persuasivo.

jurisdiccional al que se ha entregado la decisión del asunto. Pues bien, en este trabajo se postula que esta clase de precedente no es vinculante.

Parece conveniente advertir que este significado de la expresión precedente horizontal se aleja del utilizado, por ejemplo, por el profesor De Asís³⁶ y por la Corte Constitucional de Colombia³⁷. En efecto, para ellos el precedente horizontal alude aproximadamente a lo que aquí entendemos como una sentencia que contiene una decisión interpretativa adoptada con anterioridad por el mismo tribunal o juez que actualmente debe resolver el caso. Este es un cuarto significado de la expresión precedente y para ella se ha reservado en este trabajo el término autoprecedente. Conviene advertir, en todo caso, que la misma expresión y con igual significado es utilizada, por ejemplo, por Castillo Alva³⁸ y con semejante significado por Gascón³⁹. Esta categoría, es decir, el autoprecedente, sí es imperativa para el mismo juzgador o tribunal que ha generado esa decisión interpretativa anterior.

Por último, cuando se habla de precedente hipotético se está haciendo referencia a lo que el profesor De Asís llama exigencia de coherencia a futuro⁴⁰ y a lo que Alexy denomina criterio de la universalidad⁴¹. En efecto, el precedente hipotético consiste en que el juzgador de un caso presente debe interpretar el o los enunciados normativos en un sentido que esté dispuesto a mantener en el futuro para iguales hechos fijados. Adviértase que el

³⁶ El profesor De Asís utiliza el término precedente horizontal, aunque no explicita que con él alude a las decisiones anteriores del mismo tribunal. Con todo, parece posible inferir este significado de las siguientes palabras, incluidas en Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008]: “En virtud de estos principios hay razones para defender la obligación de seguir el precedente y cuando no, de justificar el por qué no se sigue. Es decir, de resolver igual que se ha hecho antes en circunstancias semejantes o de justificar por qué no se hace” Y añade: “Incluso existen razones en este punto para justificar no sólo el mantenimiento del precedente en sentido vertical sino también en sentido horizontal, esto es, defender la existencia de resolver tal y como ha hecho en circunstancias semejantes un tribunal superior”.

³⁷ La Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-049, de 1 de febrero de 2007, fundamento 4, sostiene que el precedente horizontal “hace referencia al deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones; por ellas mismas adoptadas, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario”.

³⁸ Castillo Alva en El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 13, expresa: “El autoprecedente se refiere al seguimiento y respeto por un mismo juez o Tribunal de sus propios fallos, con el fin de mantener la uniformidad, coherencia en cada uno de sus pronunciamientos”. Con el mismo significado emplea la expresión autoprecedente Rivero Ortega en Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho /en/ Revista de Administración Pública [on line], 2002, Núm. 157 [citado 6 febrero 2009], p. 93.

³⁹ Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 112, explica que para efectos del mismo “se entenderá por precedente la autovinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones, razón por la cual acaso resultará más clarificador hablar de autoprecedente para hacer referencia a la misma”.

⁴⁰ De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 203.

⁴¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 191 con relación a las pp. 185 y 187.

objeto recién definido no es un precedente de acuerdo con el concepto dado más arriba, pues no mira al pasado sino al futuro⁴². En consecuencia, aunque es una decisión interpretativa, no es una decisión anterior, sino una decisión interpretativa de futuro. Sin embargo, aquí será incluida dentro de la categoría de los precedentes. Pues bien, respecto de esta última clase de precedente, también procede la exigencia de sumisión.

b) Alcance de la sumisión al precedente.

Aunque se ha ido tomando posición respecto de cada una de las clases de precedente, conviene explicitar aquí cuál de ellos debe resultar vinculante, de acuerdo con la propuesta de este trabajo.

El juzgador penal no debe someterse al precedente vertical persuasivo ni al precedente horizontal. Esta opción responde esencialmente a una justificación práctica. En efecto, no existe ninguna vía para asegurar la sumisión al precedente establecido por órganos jurisdiccionales a los que el juzgador penal no se encuentra recursivamente sometido. Sin duda sería deseable la uniformidad interpretativa. Sin embargo, la excepción establecida respecto de estas dos clases de precedente no sería tan grave. Ello se debe a que dicha uniformidad igualmente podría alcanzarse respecto de los casos que lleguen a conocimiento del Tribunal Supremo, pues respecto de sus precedentes estarían obligados todos los jueces⁴³.

El juzgador penal debe someterse a los que aquí se han denominado precedente vertical imperativo, autoprecedente y precedente hipotético. Ahora bien, forma parte de la propuesta el sostener que la sumisión a cada uno de ellos procede a falta del anterior. Por tanto, sólo si se carece de precedente de tribunales recursivamente superiores se podrá invocar un autoprecedente. A su turno, sólo en ausencia de este último se podrá emplear la fórmula del precedente hipotético. Considerando que se ha desechado la sumisión al precedente vertical persuasivo, en adelante el precedente vertical vinculante será denominado simplemente precedente vertical.

Aunque aparece de lo expuesto, no está demás recalcar que en el caso de las tres clases de precedente respecto de las cuales aquí se postula la sumisión basta que se cuente con una decisión interpretativa. No se requiere, en consecuencia, la reiteración de precedentes en un mismo sentido, esto es, la denominada jurisprudencia constante para que el juzgador de un caso actual deba subordinarse al precedente. Como se sabe, en virtud de este criterio “la

⁴² Así lo destaca el profesor De Asís en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 203, nota al pie 104, donde afirma que el criterio de universalización se “relaciona con el criterio del precedente, pero a diferencia de éste, que mira al pasado, el de universalización opera hacia futuro”.

⁴³ En efecto: “Los únicos precedentes con fuerza obligatoria para todos los jueces son los que proceden del Tribunal Supremo (en el caso de los Estados Unidos, en materias de derecho federal)” (Ver Ahumada Ruiz, María Ángeles, *Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional)*. A propósito de *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel /en/ Revista Española de Derecho Constitucional [on line], año 23, úm. 67, enero-abril de 2003 [citado 10 mayo 2009], p. 356).

jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre”⁴⁴.

c) Precedente personal y precedente institucional.

Hasta aquí se ha explicitado que la sumisión al precedente opera sólo respecto del precedente vertical (que inicialmente se denominó precedente vertical vinculante), del autoprecedente y del precedente hipotético. En lo que sigue se debe precisar si esa vinculación es personal o institucional.

En el caso del precedente vertical las decisiones interpretativas anteriores siempre son institucionales. Esto significa que deben ser atribuidas a un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, es decir, que conoce de los recursos deducidos en contra del que resolverá el caso, con independencia de las personas que obran como jueces en los mismos.

El autoprecedente, por su parte, opera tanto institucional como personalmente. Eso significa que la decisión interpretativa anterior puede provenir tanto del mismo tribunal, aunque hayan cambiado los jueces que lo integran, como del mismo juez, aunque haya mudado de tribunal.

En el caso del precedente hipotético las decisiones interpretativas (que no obran para el pasado, sino para el futuro) tienen carácter personal. Con esto se quiere decir que sólo pueden ser atribuidas al mismo juez, esto es, a la misma persona que ha interpretado los enunciados normativos en un cierto sentido.

Todo lo expresado en el presente apartado puede sintetizarse del siguiente modo. Cada vez que un órgano jurisdiccional desee interpretar uno o más enunciados normativos debe subordinarse a los precedentes que provienen de los tribunales recursivamente superiores. A falta de ellos debe subordinarse a los precedentes establecidos por él mismo como órgano o por él mismo como persona. Por último, y a falta de ellos a los significados que él mismo como persona esté dispuesto a mantener en el futuro. Por el contrario, y siempre de acuerdo con la propuesta de este trabajo, el juzgador penal no está obligado a someterse al precedente vertical persuasivo ni al precedente horizontal, esto es, a las decisiones interpretativas anteriores emanadas de tribunales de igual jerarquía.

3. Condiciones de la sumisión al precedente.

A continuación corresponde responder bajo qué condiciones procede invocar el sometimiento al precedente. Pues bien, dos son esas condiciones. La primera es que el precedente efectivamente cuente con una decisión interpretativa. La segunda es que exista igualdad entre los hechos fijados en el precedente y los hechos fijados en el caso actualmente sometido a decisión. En lo que sigue se analizan ambas condiciones.

⁴⁴ Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 110.

3.1. La existencia de decisión interpretativa.

La sumisión al precedente no implica la sumisión a la totalidad de la sentencia anterior, sino sólo a un aspecto específico de la misma. Ese aspecto es el que aquí se ha denominado decisión interpretativa. Ahora bien, para comprender esta afirmación es necesario, ante todo, distinguir las diversas partes que componen una sentencia. Luego, y en segundo lugar, se debe precisar cuál de ellas y, más específicamente, qué parte de la misma constituye una decisión interpretativa.

a) Las partes de una sentencia.

En general parece posible sostener que una sentencia se estructura sobre la base de tres partes. Ellas serán aquí denominadas expositiva, de fundamentación y fallo.

La parte expositiva de una sentencia es aquella que presenta los antecedentes generales del proceso, las pretensiones de las partes, y las pruebas y demás trámites verificados *durante* el proceso y que han colocado la causa en situación de ser decidida⁴⁵. Si se utiliza como referente las decisiones del Tribunal Constitucional español, puede decirse que la parte expositiva se expresa esencialmente bajo el apartado I, denominado “Antecedentes”.

La fundamentación es aquella parte de la decisión judicial en la que se presentan las razones de hecho y de Derecho que el juzgador ha tenido a la vista para resolver el caso⁴⁶. Si se considera nuevamente la estructura de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional de España, se trata del apartado II, cuyo epígrafe es “Fundamentos jurídicos”.

El fallo es aquella parte de una sentencia en la que se resuelve el caso sometido al juzgador. En ella el juez toma una decisión respecto de las pretensiones de las partes⁴⁷, y, en consecuencia, genera la norma jurídica específicamente dirigida a los litigantes⁴⁸. Si una

⁴⁵ En palabras de Pilonieta Pinilla, Eduardo, *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano* [on line], [citado 10 mayo 2009], la parte expositiva (y que él denomina introductoria) es “aquella que define el proceso, identifica a los litigiosos, determina el momento procesal al cual se va a referir la sentencia, precisa los hechos del demandante y la posición del demandado, relaciona las pruebas, ubica el litigio en sus aspectos más importantes y determina la naturaleza de la tarea que va a desempeñar el Juez en la instancia respectiva”.

⁴⁶ En palabras de Moreno Ortiz, Luis Javier, *¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes?* [on line], [citado 10 mayo 2009], que denomina consideraciones a lo que aquí se llama fundamentación, las “consideraciones incluyen los fundamentos, motivos, argumentos y expresiones que el juez emplea para ilustrar el tema, para profundizar en él y para justificar su decisión”. En similar sentido, Pilonieta Pinilla, Eduardo, *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano* [on line], [citado 10 mayo 2009], explica que esta parte, que llama motiva, es “aquella en la que el Juez determina los argumentos y juicios mediante los cuales justifica el por qué de su decisión”.

⁴⁷ Refiriéndose al fallo bajo el nombre de decisión, Moreno Ortiz, Luis Javier, *¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes?* [on line], [citado 10 mayo 2009] explica que “es el resultado o fin al que apuntan las consideraciones, es ella la que, en tanto mandato judicial imperativo (sentencia), produce efectos entre las partes”.

⁴⁸ En este sentido, explica Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho, Jurídica de Chile*, Santiago de Chile, 2000, p. 267, que “los jueces, llamados a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador,

vez más se sigue la estructura de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español, se trata del apartado que se denomina “Fallo”.

Pues bien, para encontrar la decisión interpretativa incluida en una sentencia basta con considerar la fundamentación de la misma.

b) Fundamentación y decisión interpretativa.

Según se ha visto, la fundamentación es una de las partes de una sentencia. En la fundamentación el juzgador incluye dos clases de elementos. De un lado está la decisión interpretativa y de otro lado están las demás consideraciones que no constituyen decisión interpretativa. Esta distinción puede ser mejor comprendida si se conecta con otra similar, utilizada en el Common Law, y sobre la cual se entregarán un par de ideas a continuación.

Como explica el inglés Whittaker, en el Common Law se distingue aquella parte de la sentencia que es capaz de obligar de aquella que no tiene esta aptitud. La primera se denomina *ratio decidendi* y la segunda *obiter dicta*⁴⁹.

La *ratio decidendi*, etimológicamente “la razón para la decisión”, alude a “aquellos argumentos que son indispensables e insustituibles en el armazón del edificio discursivo que soporta la decisión y la justifica”⁵⁰. Pero, y según explica Whittaker, no se trata de cualquier argumento, sino específicamente de proposiciones relativas al Derecho⁵¹, las que pueden adoptar la forma de una regla, de una definición o incluso de un principio⁵². Sólo estos fundamentos, es decir, los que operan como *ratio decidendi*, resultan obligatorios para casos futuros⁵³.

producen también nuevo derecho por medio de las sentencias que dictan, esto es, aplican las normas abstractas y generales de la legislación y de la costumbre jurídica, pero, a la vez, producen las normas concretas y singulares que vienen a resolver los asuntos sometidos a su competencia”.

⁴⁹ Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], p. 49.

⁵⁰ Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009]. En el mismo sentido, Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del *stare decisis* /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 119, explican que “*Ratio decidendi* significa, en general, “razón para decidir”, y en el ámbito del derecho vendría a ser la razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera”.

⁵¹ Así lo precisa Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], pp. 49 y 50, cuando explica: “*La ratio decidendi de un fallo —o sus fundamentos— puede ser definida como la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos*”.

⁵² Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], p. 49.

⁵³ Couso, Jaime y Mera, Jorge, El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Estudio empírico /en/ Ius et Praxis [on line], vol. 13, Núm. 1, 2007 [7 mayo citado 2009], expresan a este respecto: “En los tribunales de países del common law, cuando se reconoce a un precedente un efecto formalmente vinculante, ese efecto se predica de una parte de la decisión previa dictada en un caso análogo. Esa parte vinculante se denomina “*ratio decidendi*” en Reino Unido (Bankowski et al, 1997a: 323,336), y “*holding*” (postura o determinación adoptada) en algunas jurisdicciones de Estados Unidos (Summers, 1997: 383), o a veces simplemente “*rule*” (regla) (Kaplan et al, 2000: 2000: 13)”. En el mismo sentido, Legare,

El obiter dicta es lo dicho incidentalmente entre los fundamentos de la decisión⁵⁴. Por tanto, se trata de aquellas consideraciones que no sirven de fundamento directo al fallo⁵⁵. Se trata, como resulta posible advertir, de una definición por defecto, pues se aplica a aquello que no constituye ratio decidendi. En todo caso, y aunque no son vinculantes, cuentan con cierta “fuerza”⁵⁶ o “autoridad persuasiva”⁵⁷.

En suma, en el Common Law sólo la ratio decidendi resulta vinculante para los casos futuros. Pues bien, lo que aquí se ha denominado decisión interpretativa presenta bastante coincidencia con la ratio decidendi desde el punto de vista de su función en la sentencia.

En efecto, la decisión interpretativa puede definirse como el significado que el juzgador ha dado al enunciado normativo de Derecho penal material aplicado al caso. La ratio decidendi, según se expresó, es la regla, definición o principio de Derecho establecido en la decisión judicial. En ambos casos se trata de precisiones normativas que especifican la norma de Derecho que regula el caso. Es en este sentido que se puede afirmar que presentan coincidencia desde el punto de vista de su función en la sentencia.

En definitiva, lo que se debe considerar de una sentencia desde el punto de vista del precedente es su fundamento y, específicamente, la decisión interpretativa incluida en el mismo. Las demás consideraciones comprendidas en el fundamento de la sentencia no constituyen decisión interpretativa. Por lo mismo, no resultan imperativas para otros casos.

c) La decisión interpretativa como condición de la sumisión al precedente.

Al inicio de este apartado se sostuvo que dos son las condiciones necesarias para que proceda la sumisión al precedente. La primera de ellas es, según se ha visto, que exista una

Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 119, afirman que “no todo lo que dicen los casos anteriores tiene “fuerza o valor precedente” [precedential force or value]. Para referirse a aquello que sí tiene esa fuerza o valor los ingleses hablan de la ratio decidendi del caso; los estadounidenses, del holding”.

⁵⁴ Al respecto expresan Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 121, que “las palabras holding y ratio decidendi, y el concepto que ellas representan, se distinguen en todo el mundo del common law del obiter dictum, muchas veces llamado simplemente dictum (o, en plural, dicta). Lo dicho (dictum) obiter es lo expresado por un tribunal “incidentalmente, colateralmente” y podría traducirse eficazmente con el giro español “dicho sea de paso”.

⁵⁵ Al respecto explica Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009] que el obiter dicta son “aquellas apreciaciones expuestas por el Juez al motivar su fallo, pero que no son esenciales para la decisión y por lo tanto no poseen ningún efecto vinculante”.

⁵⁶ Esta es la expresión utilizada por Couso Salas, Jaime. El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol. 20, Núm. 2, 2007 [citado 7 mayo 2009], p. 155, cuando explica que “las demás “razones” empleadas en la decisión precedente, que no califican como ratio decidendi, serán consideradas dicta u obiter dicta y pueden tener cierta fuerza, pero no el efecto vinculante asignado a aquella”.

⁵⁷ Nuevamente citando al inglés Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], p. 49, “el obiter dicta no obliga aunque tiene cierta “autoridad persuasiva””.

decisión interpretativa respecto del enunciado de Derecho penal material aplicado al caso. A ese respecto, hasta aquí se ha mostrado en qué lugar de la sentencia se encuentra esa decisión interpretativa y cuál es el significado de la misma.

Todo ello permite comprender porqué constituye una condición que viabiliza la sumisión al precedente. Lo que resulta aplicable a otros casos es la decisión interpretativa. En consecuencia, sólo si hay decisión interpretativa existe la posibilidad de someterse a ella. En todo caso, y siguiendo a Couso, esa decisión interpretativa debe ser de calidad⁵⁸. Eso significa, ahora en palabras de Pilonieta, que “los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro”⁵⁹.

En ese sentido, se ha llegado a afirmar que “la historia de la fundamentación de las sentencias muestra que la presencia y la publicidad de los motivos fue estimulada por el desarrollo de prácticas de respeto a los precedentes judiciales, como ocurrió particularmente en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona”⁶⁰. Aún cuando resulte difícil acreditar este grado de imbricación entre precedente y fundamentación, no existen dudas de que esta última es condición de la sumisión al primero.

3.2. La igualdad de hechos fijados.

La segunda condición para la invocación del precedente es que exista igualdad entre los hechos fijados de dos casos diversos. Si se trata de precedente vertical o de autoprecedente, la igualdad debe presentarse entre los elementos relevantes del hecho fijado actual y los elementos relevantes de un hecho fijado anterior. Si se trata de precedente hipotético, el juzgador debe explicitar los elementos relevantes de los hechos fijados en el caso actual, para que se pueda enjuiciar su igualdad respecto de los hechos fijados en un caso futuro.

Por tanto, se debe precisar cómo se realiza el juicio de igualdad entre los hechos fijados de diversos casos. Con tal finalidad conviene comenzar estableciendo una clara distinción entre las expresiones identidad, igualdad y semejanza, a partir de las ideas de Comanducci. Ello permitirá exponer luego en qué casos se debe sumisión al precedente y en qué casos ello no es debido.

⁵⁸ Para Couso Salas, Jaime. El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol. 20, Núm. 2, 2007 [citado 7 mayo 2009], p. 160, “una condición previa para que las *ratione* de los precedentes adquieran visibilidad es la calidad de la fundamentación de los fallos que los contienen, siendo fundamental, entonces, la existencia de una práctica satisfactoria, a nivel de los tribunales superiores, de fundamentación de los fallos”.

⁵⁹ Pilonieta Pinilla, Eduardo, Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano [on line], [citado 10 mayo 2009].

⁶⁰ En este sentido se pronuncia Accatino Scagliotti, Daniela. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral [on line], vol.15, diciembre 2003 [citado 7 mayo 2009], p. 35. Y añade: “. Desde esta perspectiva la motivación pública de las sentencias adquiere el sentido de expresar un compromiso con las razones generales que fundan una decisión particular y cumple una función instrumental a la certeza y la previsibilidad del derecho, valores ligados a la tutela de la autonomía individual y característicos de la cultura política y jurídica de la modernidad”.

a) Identidad, igualdad y semejanza.

Las expresiones identidad, igualdad y semejanza son aplicables cuando se trata de comparar dos o más elementos (sujetos, objetos, situaciones fácticas o posiciones jurídicas). Sin embargo, sólo el concepto identidad tiene un sentido descriptivo. Al hablar de identidad se afirma que dos o más términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades⁶¹. En este sentido se pronuncia Comanducci cuando explica que “el juicio de identidad “indica que dos o más objetos tienen en común todas sus características, no sólo algunas ni sólo las relevantes”⁶².

Las expresiones igualdad y semejanza, en cambio, no son descriptivas, sino valorativas⁶³. Se formula un juicio de igualdad cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes. Para estos efectos no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes (incluso puede ser sólo una), sino sólo que la coincidencia se produzca en todas ellas. Tampoco interesan aquellas propiedades que se consideran irrelevantes, sea que en ellas se produzca coincidencia o divergencia. Por tanto, mientras en la identidad se produce coincidencia en todas las propiedades de los términos en comparación, en la igualdad se produce coincidencia en todas las propiedades relevantes⁶⁴.

Por su parte, se formula un juicio de semejanza cuando los términos o elementos en comparación coinciden en al menos una propiedad relevante y divergen en al menos una propiedad relevante. Por tanto, no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes, sino sólo que en al menos una de ellas exista coincidencia y que en al menos una de ellas exista divergencia. Tampoco interesan aquellas propiedades que se estiman irrelevantes, sea que exista coincidencia o divergencia en todas o algunas de ellas. De este modo, mientras en la igualdad se produce coincidencia en todas las propiedades relevantes de los términos

⁶¹ En este trabajo habitualmente se preferirá la expresión propiedades, utilizada por Alexy en el Capítulo Noveno de su Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, en lugar de la palabra características, empleada por Comanducci en Igualdad liberal /en/ Revista jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina) [on line], 1999, año 3, Núm. 2 [citado 7 febrero 2009], pero en todo caso como sinónimo de esta última.

⁶² Comanducci, Paolo, Igualdad liberal /en/ Revista jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina) [on line], 1999, año 3, Núm. 2 [citado 7 febrero 2009], p. 84.

⁶³ Sobre el carácter valorativo de la igualdad, expresa Alexy en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 387 y 388, que el juicio de igualdad es siempre valorativo. Ello se debe a que la igualdad y la desigualdad son siempre relativas a una determinada propiedad. Además, no existe una igualdad o una desigualdad en todos los aspectos, esto es, respecto de todo tratamiento. En consecuencia, se requiere un criterio de valoración que permita determinar qué propiedades son relevantes respecto de qué tratamiento.

⁶⁴ Explica Comanducci, Igualdad liberal /en/ Revista jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina) [on line], 1999, año 3, Núm. 2 [citado 7 febrero 2009], p. 84, que se formula un juicio de igualdad cuando se afirma que los términos en comparación “poseen al menos una característica relevante en común. Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de que no son idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común”.

en comparación, en la semejanza se produce coincidencia en algunas de las propiedades relevantes y divergencia en otras⁶⁵.

Como se puede advertir, el juicio de identidad es descriptivo porque sólo se alude a las propiedades de los términos en comparación, mientras que los de igualdad y semejanza son valorativos porque se construyen a partir de las propiedades relevantes de los mismos.

b) La exigencia de igualdad de hechos fijados.

A partir de las distinciones propuestas por Comanducci parece posible explicar cuándo los hechos fijados de un caso son iguales a los hechos fijados de otro caso. Para afirmar o negar la igualdad entre diversos hechos fijados es necesario atender a sus propiedades relevantes. Los hechos fijados serán iguales si coinciden en todas sus propiedades relevantes y no lo serán si divergen al menos en una de ellas. En consecuencia, no es necesario analizar la totalidad de las propiedades de los hechos fijados que se están comparando, sino sólo las que se consideran relevantes.

Las propiedades relevantes de los hechos fijados se determinan a partir del respectivo Derecho penal material. Para decirlo aún más claramente, una propiedad se considerará relevante sólo si presenta significación jurídica y no será relevante si carece de relevancia para el Derecho. Ello se debe, como señala el profesor De Asís, a que el juzgador debe presentar los hechos como susceptibles de ser analizados desde una perspectiva normativa⁶⁶. De este modo, cuando se habla de propiedades relevantes de los hechos fijados en realidad se está hablando de las propiedades jurídicamente relevantes.

Ahora bien, el Derecho penal material que sirve de referente para determinar las propiedades relevantes de los hechos fijados no sólo proviene de la legislación. El referente también se encuentra en las decisiones interpretativas de las disposiciones de Derecho penal material, es decir, en el significado atribuido por el juez a tales disposiciones. En consecuencia, la relevancia de las propiedades de los hechos fijados se determina a partir del Derecho penal material establecido tanto en la legislación como en las decisiones interpretativas.

Es a partir de este juicio comparativo entre los hechos fijados de un caso con los hechos fijados de otro caso que se determina si es posible aplicar un precedente. Sólo si ambos son iguales se deberá aplicar la decisión interpretativa establecida en el precedente. En efecto, si el hecho fijado en el caso actual es igual al hecho fijado en el precedente, entonces corresponde aplicar el enunciado normativo invocado en este último y, más específicamente, la decisión interpretativa establecida en el mismo. Por el contrario, si el

⁶⁵ “La semejanza también es una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante en común: pero en el caso del juicio de semejanza no hacemos abstracción de la diferencia entre los dos sujetos u objetos que juzgamos semejantes”, explica Comanducci en *Igualdad liberal* /en/ Revista jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina) [on line], 1999, año 3, Núm. 2 [citado 7 febrero 2009], p. 84.

⁶⁶ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 101.

hecho fijado en el caso actual no es igual al hecho fijado en el precedente, entonces no se debe sumisión a la decisión interpretativa del caso anterior.

Todo lo dicho permite advertir que entre la decisión interpretativa de un precedente y el juicio de igualdad existe una doble relación. Por una parte, la identificación de los hechos relevantes es lo que permitirá determinar si la decisión interpretativa de un caso anterior puede ser aplicada al caso presente⁶⁷. Por otra parte, la consideración de la decisión interpretativa de una disposición de Derecho penal material es lo que determina la relevancia de las propiedades del hecho fijado. Mientras en la primera forma de relación los hechos fijados permiten seleccionar el precedente, en la segunda relación la decisión interpretativa permite identificar las propiedades relevantes.

3.3. Aplicación de la sumisión al precedente.

Mostrado que la existencia de decisiones interpretativas y la igualdad de hechos fijados son las dos condiciones de la sumisión al precedente, a continuación se mostrará el modo en que opera la sumisión al precedente.

Supóngase que en el sistema jurídico se contempla las siguientes disposiciones de Derecho penal material:

EN 1: Comete robo simple el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de llave falsa.

EN 2: Comete robo agravado el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de fuerza.

EN 3: Comete hurto el que se apropia de cosa mueble ajena, si no concurren circunstancias para calificar el hecho como robo.

Supóngase también que en el caso 1 el hecho fijado es el siguiente:

HF 1: El 1 de enero del presente año Juan ingresó al domicilio de María utilizando una gonzúa y sacó un electrodoméstico de María del lugar.

⁶⁷ Refiriéndose al sistema de Common Law, pero con una idea perfectamente aplicable a la igualdad de hechos fijados y su conexión con la decisión interpretativa de que se viene hablando, explica Couso Salas, Jaime. El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol. 20, Núm. 2, 2007 [citado 7 mayo 2009], p. 154: "La ratio decidendi se extrae de y se formula mediante una asociación entre lo decidido y los hechos relevantes del caso a los que se aplica esa decisión. Así definida la ratio -que es el precedente en "sentido estricto"-, su aplicación exige que el caso presente sea análogo al anterior precisamente en relación con los hechos relevantes a los que se aplicó la decisión o, dicho de otra manera, exige calificar los hechos del caso actual en el sentido de si acaso pueden ser considerados como hechos del tipo cubierto por la ratio del precedente. La decisión de qué semejanzas son relevantes y cuáles no, se basa en reglas y en razones justificatorias (rationales) de estas reglas, que invocan razones de justicia o de utilidad social. Sólo con esa semejanza en lo relevante será correcto (y obligado) aplicar el precedente al caso actual. Pues de tal forma ambos casos versan sobre el mismo "asunto"".

El problema que presenta el caso 1, desde el punto de vista que ahora interesa, es determinar si la ganzúa utilizada puede considerarse llave falsa (en cuyo caso se aplicaría EN 1), si puede considerarse fuerza (en cuyo caso se aplicaría EN 2) o si no puede considerarse ni lo uno ni lo otro (en cuyo caso se aplicaría EN 3).

Supóngase que no existen precedentes para estos hechos y que el juzgador ha decidido que una ganzúa debe considerarse llave falsa para efectos penales. Como fundamento de su decisión ha sostenido que se debe considerar llave falsa todo elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar. En este caso se está frente a una decisión interpretativa que adopta la forma de una definición⁶⁸. Como consecuencia de esta decisión interpretativa Juan Ha sido condenado como autor del delito de robo simple.

Ahora supóngase que en el caso 2 el hecho fijado es el siguiente:

HF 2: El 5 de marzo del presente año Andrés ingresó al domicilio de Marta utilizando la llave que se había dejado en su poder como anterior arrendatario del inmueble y sacó dinero de Marta del lugar.

Al igual que en el caso 1, uno de los problemas que se presentan es determinar si la llave de un anterior ocupante puede considerarse llave falsa. Como se puede advertir, el HF 2 presenta coincidencias y divergencias respecto del HF 1. Ambos coinciden en que se ingresó a un domicilio y que se sacó una cosa del lugar. Las diferencias se refieren al elemento empleado para ingresar al lugar, a la identidad del autor, a la identidad y sexo de la víctima, a la fecha del hecho y al objeto sacado⁶⁹.

De acuerdo con lo expresado más arriba, en primer lugar se debe precisar cuáles son las propiedades jurídicamente relevantes de HF 1 y de HF 2, para luego determinar si existe coincidencia entre ellas.

Para precisar las propiedades jurídicamente relevantes de un hecho investigado es necesario atender, en primer lugar, a lo dispuesto por el Derecho penal material. Pues bien, de acuerdo con EN 1, esas propiedades son (1) sustracción, (2) cosa mueble ajena, (3) ingreso al lugar en que se encuentra y (4) uso de llave falsa. De acuerdo con esta descripción jurídico penal, no es relevante la identidad del autor, la identidad y sexo de la víctima, la fecha del hecho ni el objeto mueble sacado.

⁶⁸ Según se dijo más arriba, siguiendo a Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], p, en el sistema de Common Law la ratio decidendi puede adoptar la forma de una regla, de una definición o de un principio. Lo mismo puede acaecer con la decisión interpretativa. Lo único relevante es que se trate de una proposición o argumento relativo al Derecho que se muestre idóneo para su aplicación a los hechos fijados.

⁶⁹ Por cierto entre HF 1 y HF 2 también existen otras coincidencias (por ejemplo, sexo del autor) y otras divergencias (por ejemplo, mes en que se cometió el hecho). Incluso pueden existir otras coincidencias o divergencias no expresadas (por ejemplo, valor de lo sustraído). Sin embargo, con lo indicado basta para cumplir los objetivos del ejemplo.

Sin embargo, y como se puede advertir, los elementos entregados por el Derecho penal legislado no permiten resolver el caso 2. En efecto, la sola consideración de EN 1, EN 2 y EN 3 no permite determinar si el uso de la llave perteneciente a un anterior ocupante es llave falsa, fuerza o ninguno de los anteriores. Por una parte, se trata de una llave que corresponde a la puerta de acceso al inmueble, lo que permitiría aplicar EN 3. Sin embargo, se trata de una llave que no pertenece a ninguno de los actuales ocupantes del inmueble, lo que haría aplicable EN 1. Frente a esta situación, una de las posibilidades es permitir que el juzgador del caso actual decida en el sentido que estime conveniente. La otra posibilidad, que es precisamente la regla de juicio sugerida por este trabajo, consiste en someterse a las decisiones interpretativas contenidas en los precedentes.

Pues bien, de acuerdo con el precedente fijado en el caso 1, se debe considerar llave falsa todo elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar. Este significado es perfectamente aplicable a las llaves que corresponden a la puerta de acceso al inmueble, pero pertenecientes a anteriores ocupantes. Por tanto, la llave utilizada por Andrés en el caso 2 responde a lo que en la decisión interpretativa del precedente se ha considerado llave falsa.

El uso del precedente permite afirmar que existe coincidencia en las propiedades relevantes de HF 1 y HF 2. En efecto, en ambos (1) se sustrajo (2) una cosa mueble ajena (3) ingresando al lugar en que se encontraba (4) mediante el uso de un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar. Por tanto, parece posible afirmar que HF 1 y HF 2 coinciden en todas sus propiedades relevantes. En consecuencia, se puede concluir que HF 1 y HF 2 son iguales.

Esa conclusión no es, sin embargo, el punto final del ejercicio desarrollado con este ejemplo. El que los hechos fijados sean iguales importa la sumisión al precedente. Para comprender esta afirmación es necesario distinguir dos situaciones. Si el juzgador se encuentra frente al caso 2 y el caso 1 es un precedente vertical o autoprecedente, debe interpretar EN 1 en la forma resuelta en la decisión interpretativa anterior (la establecida en el caso 1). Si el juzgador se encuentra frente al caso 1, deberá generar un autoprecedente. De este modo, si en el futuro se encuentra frente a un caso igual al caso 1 (como ocurre en el caso 2) deberá interpretar EN 1 en la forma resuelta en su decisión interpretativa de futuro (la establecida en el caso 1).

3.4. El carácter normativo de la decisión interpretativa.

La decisión interpretativa constituye una verdadera norma jurídica. En este sentido se pronuncia también el profesor De Asís, quien la denomina inicialmente enunciado normativo fijado, para calificarla más tarde derechamente como norma jurídica⁷⁰. Para comprender esta afirmación basta considerar el recién expuesto ejemplo de la ganzúa.

⁷⁰ Textualmente expresa el profesor De Asís, *Jueces y normas*, p. 225: “Cuando tratamos el capítulo sobre las normas apuntamos ya cómo era necesario distinguir entre acto normativo, enunciado normativo y norma. Aplicando este esquema a nuestro modelo, podremos observar cómo el proceso de decisión puede ser contemplado como un acto normativo. Desde esta dimensión podría pensarse que el juzgador crea un enunciado normativo (lo que denominábamos como enunciado normativo fijado) que luego daría lugar a la norma (decisión). Sin embargo, parece más bien que el esquema debería ser interpretado de otro modo. En él

En el caso 2 Andrés fue sancionado como autor del delito de robo simple. En lo que ahora interesa, ello no se debió al empleo de una llave falsa, como exige el EN 1. Tampoco se debió al uso de una llave que se había dejado en su poder como anterior ocupante del inmueble, como efectivamente ocurrió. Andrés fue sancionado como autor del delito de robo simple porque el juzgador del caso 2 atribuyó a la expresión “llave falsa” del EN 1 un significado, es decir, una interpretación, que permite considerar que la llave que se había dejado como anterior ocupante del inmueble constituye llave falsa para efectos jurídico penales.

Sin embargo, el juzgador del caso 2 podría haber tomado otras decisiones interpretativas. En efecto, por ejemplo podría haber sostenido que el uso de la llave que un anterior ocupante se ha dejado en su poder constituye fuerza. Como fundamento de su decisión podría haber sostenido que se considera fuerza el violentar la confianza de un ocupante actual mediante el uso de llaves retenidas por quien en algún momento tuvo acceso legítimo al lugar.

Bajo esta última hipótesis, Andrés habría sido sancionado como autor del delito de robo agravado. Pero ello no se habría debido al uso de fuerza, como exige el EN 2. Tampoco se habría debido al uso de una llave que había retenido como anterior ocupante legítimo del lugar, como efectivamente ocurrió. Andrés habría sido sancionado como autor del delito de robo agravado porque el juzgador del caso 2 atribuyó a la expresión “fuerza” del EN 2 un significado, es decir, una interpretación, que permite considerar que la llave que se había dejado como anterior ocupante del inmueble constituye fuerza para efectos jurídico penales.

Todo esto permite advertir el carácter normativo de las decisiones interpretativas que adoptan los jueces. Y ello con entera prescindencia del carácter vinculante o no vinculante de las sentencias judiciales.

Lo recién expresado no puede entenderse, en caso alguno, como una encubierta afirmación de que el Derecho jamás ofrece una respuesta antes que el juez se pronuncie. Como expresa Barranco Avilés, este planteamiento “resulta incoherente con el modo en el que se concibe la función judicial y contradice la aspiración de previsibilidad y certeza que históricamente ha sido asociada al Derecho”⁷¹. En efecto, en este trabajo se ha sostenido que no existe una única respuesta correcta, y que el Derecho no es absolutamente indeterminado. De hecho en el ejemplo se ha tomado la expresión “llave falsa” precisamente por su evidente vaguedad.

3.5. Algunas confusiones evitables.

Según lo que se acaba de explicar, corresponde someterse al precedente cuando existe igualdad entre los hechos fijados en el caso actual y los hechos fijados por un precedente

no se crea una única norma, sino dos: el enunciado normativo fijado es una norma y lo mismo puede decirse de la decisión. La primera norma que se produce en un proceso de decisión no es otra cosa que el resultado de la interpretación de enunciados normativos, y lo mismo puede pensarse de la decisión concreta”.

⁷¹ Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 19 y 20.

vertical o por un autopercedente. Del mismo modo, el juzgador debe someterse en un caso futuro al precedente que ha establecido en el caso actual si los hechos fijados en éste y aquél son iguales. Por tanto, hay ciertos casos en los que claramente no procede invocar la sumisión al precedente.

Así, y pese a lo implícitamente afirmado por Molins, el precedente no es aplicable cuando los hechos fijados en el precedente y los hechos fijados en el caso actual son diferentes⁷². Esto se debe a que, según se indicó, precisamente la igualdad entre aquéllos es condición de aplicación del precedente. Pero además, y contrariamente a lo sostenido por el mismo autor, no puede existir contradicción entre decisiones interpretativas si los hechos fijados en cada una de ellas son diferentes.

Por otra parte, la interpretación de un enunciado normativo conforme al precedente no debe confundirse con la analogía⁷³. En efecto, y como destaca Magro, en el caso de esta última se trata de la aplicación de normas jurídicas y no de la interpretación de enunciados normativos⁷⁴. Pero, y empleando expresiones definidas poco más arriba, la sumisión al precedente procede cuando los hechos fijados en ambos casos son iguales, mientras que la analogía procede cuando esos hechos son semejantes.

4. Excepciones a la sumisión al precedente.

La sumisión al precedente es un criterio que debe ser fielmente seguido por el juzgador si se desea alcanzar la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Sin embargo, existen tres casos en los que resulta posible apartarse del mismo. El primero de ellos tiene lugar cuando el precedente invocado carece de decisión interpretativa aplicable al caso actual. El segundo se produce si el hecho fijado en el caso actual es diferente del hecho fijado en el precedente. El tercero consiste en que el juzgador del caso actual decide modificar la decisión interpretativa vigente. Ahora bien, y según se verá de inmediato, sólo el último de esos casos constituye una verdadera excepción a la exigencia de sometimiento al precedente.

⁷² Esta es, aunque de manera implícita, la posición de Molins García-Atance en Los recursos de casación y en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil /en/ Diario La Ley, Núm. 6345, Sección Doctrina, 24 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley. A propósito del proyecto de ley español sobre casación unificadora de doctrina, sostiene: “Y, aunque los supuestos de hecho enjuiciados por dos tribunales sean distintos, eso no significa necesariamente que las doctrinas contenidas en una y otra sentencia no puedan ser contradictorias: puede haber una clara contradicción entre las doctrinas jurisprudenciales aplicadas a dos supuestos distintos”. Parece posible inferir que el autor se refiere a hechos fijados no iguales porque precisamente objeta que la casación unificadora de doctrina establecida en el proyecto sólo procede respecto de casos en que los hechos son iguales.

⁷³ La analogía se recoge en el artículo 4.1 del Código Civil español en los siguientes términos: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

⁷⁴ Sobre el punto, expresa Magro Servet, en ¿Cuándo es posible aplicar la analogía para resolver un caso concreto? Hacia la creación de un observatorio controlador de las lagunas y defectos del ordenamiento jurídico /en/ Diario La Ley, Núm. 7090, Sección Doctrina, 12 ene. 2009, año XXX, Editorial La Ley: “La interpretación fija el sentido de la norma para decidir si un caso concreto está o no incluido en ella; si lo está, se aplica la norma; si no lo está, el caso queda sin regulación, constituyendo una laguna legal”. “La analogía es un medio de colmar lagunas aplicando al caso no previsto el precepto relativo a uno previsto”.

4.1. Inexistencia de decisión interpretativa aplicable.

Un primer caso en el que procede exceptuar la sumisión al precedente se produce cuando el precedente carece de decisión interpretativa aplicable. Esto puede ocurrir, siguiendo al inglés Whittaker, porque la proposición jurídica aparentemente aplicable en realidad no constituye una decisión interpretativa⁷⁵. Esto se debe a que el argumento o proposición jurídica invocada no formaba parte de la fundamentación de la sentencia o, formando parte de la misma, el fallo no se fundó en ella.

Como se puede advertir, esta causal de inaplicación de la decisión interpretativa no constituye una verdadera excepción al mandato de sumisión al precedente. No es, por tanto, un verdadero apartamiento del precedente. En efecto, la existencia de una decisión interpretativa es condición imprescindible para que opere la sumisión. Si no se cuenta con aquella, entonces simplemente no hay precedente que aplicar.

4.2. Desigualdad entre los hechos fijados de los casos en comparación.

El segundo caso en el que procede apartarse del precedente consiste en la desigualdad entre los hechos fijados en el caso actual respecto de los hechos fijados en el precedente. Esto significa que no existe coincidencia entre la totalidad de las propiedades relevantes del hecho fijado en el caso anterior y las propiedades relevantes del hecho fijado del caso que actualmente debe ser decidido. En este evento el juzgador penal debe, en palabras de Whittaker, “declarar que la proposición jurídica en el caso precedente en realidad integró la ratio de la sentencia anterior, pero que los hechos del caso actual son distinguibles de los hechos del caso anterior, esto es, distintos en una forma jurídicamente relevante”⁷⁶. En el sistema de Common Law esta forma de apartamiento se denomina distinguish⁷⁷.

⁷⁵ Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], p. 51, explica refiriéndose al sistema de Common Law que “el juzgador puede “sostener que la proposición jurídica contenida en el caso precedente, que parece corresponder a los hechos de que conoce, no formó parte de la ratio del fallo anterior y, por tanto, no obliga”.

⁷⁶ Aunque Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], explica esta posibilidad aludiendo al sistema de Common Law, resulta perfectamente aplicable a la propuesta de este trabajo.

⁷⁷ En este sentido afirma García Toma, Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano /en/ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coordinadores) La Ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, T. V. juez y sentencia constitucional [on line], [citado 9 febrero 2009], p. 403, que puede que “un operador jurisdiccional del Poder Judicial o hasta el propio Tribunal Constitucional haga uso de la técnica del distinguish; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originaron la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente”.

Ahora bien, parece evidente que la situación recién descrita no constituye realmente un apartamiento del precedente. En otras palabras, no se trata de una verdadera excepción a la exigencia de sumisión a las decisiones interpretativas establecidas en los precedentes, postulada en este trabajo. Ello se debe a que una de las condiciones de aplicación del precedente es la igualdad entre los hechos fijados en el caso anterior y los hechos fijados en el caso actual. Si no se cumple esta condición, aquella sumisión no puede ser exigida.

4.3. Modificación de la decisión interpretativa.

El tercer caso en el que se admite la inaplicación del precedente consiste en que el juzgador decide apartarse de la decisión interpretativa sostenida hasta el momento. Este es el único caso en el que realmente se produce una excepción al criterio postulado en este trabajo para la mejor aplicación posible del Derecho penal material, en lo relativo al juicio de Derecho. Esta posibilidad es lo que se denomina *overruling* en el sistema jurídico del Common Law⁷⁸. A continuación se explicarán los requisitos para que proceda dicho apartamiento.

a) Causa.

El primer requisito para que proceda el apartamiento del precedente es que exista una causa y que ella sea expresada por el juzgador. Esas causas son dos: un cambio de las circunstancias bajo las cuales se estableció la decisión interpretativa vigente y una corrección de la decisión interpretativa.

En efecto, una de las razones que se puede ofrecer para apartarse del precedente es que se ha producido un cambio en las circunstancias sociales, económicas o culturales respecto de las prevalecientes en el momento en que se tomó la decisión interpretativa que ahora se rechaza⁷⁹. En este caso se estaría afirmando que los valores o ideas que subyacen a la interpretación del enunciado normativo ya no son admisibles⁸⁰. De acuerdo con este razonamiento, y siguiendo a Prieto Sanchís, un cambio en tales circunstancias debe prevalecer por sobre el respeto o acatamiento del precedente⁸¹. Así ocurrió, por ejemplo, en diversas decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos respecto de la segregación

⁷⁸ Así lo explican Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, *Naturaleza y dimensiones del stare decisis* /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], p. 115, cuando afirman: “La decisión de apartarse de un precedente se hace mediante lo que se llama en el mundo anglosajón *overruling*, que consiste en una especie de derogación judicial”.

⁷⁹ Luego de valorar el sometimiento del Tribunal Constitucional chileno a sus propios precedentes, precisa Bordalí Salamanca, Andrés, *Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley que crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional (Tribunal Constitucional)* /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol.18, Núm. 2, diciembre 2005 [citado 10 mayo 2009]: “Eso no quiere decir que cambiando las circunstancias, especialmente aquellas sociales y políticas, el Tribunal no pueda modificar sus criterios. Desde luego que puede y es sano que lo haga”.

⁸⁰ En este sentido se manifiesta Castillo Alva, *El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano* [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 34, cuando expresa que el cambio de precedente puede fundarse en “la cultura social creciente que indica que los valores que subyacen en el precedente no son ya aceptables ni estimados como positivos”.

⁸¹ Al respecto explica Prieto Sanchís, Luis, *Notas sobre la interpretación constitucional* /en/ Revista del Centro de Estudios Constitucionales [on line], 1991, Núm. 9 [citado 7 febrero 2009], p. 188, que el respeto al precedente no debe “prevalecer frente a cualesquiera otras consideraciones, pues, (...) puede ocurrir un cambio en las circunstancias o en su valoración que justifique el apartamiento de la doctrina establecida”.

racial⁸². Sin embargo, y siguiendo ahora al profesor De Asís, al mismo tiempo el juzgador siempre podrá estimar que esos cambios no son relevantes como para apartarse del precedente⁸³.

“El precedente también puede abandonarse a través del reexamen y de la reinterpretación de los fundamentos de decisiones anteriores”, como afirma Ramírez⁸⁴. En otras palabras, se trata de un reconocimiento de la inconsistencia o error en la decisión interpretativa prevaleciente⁸⁵. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Crawford v. Washington⁸⁶, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos el 2004. Hasta esta fecha la Corte había interpretado el derecho a ser confrontado con los testigos de cargo, incluido en la Sexta Enmienda⁸⁷, en el sentido de admitir aquellas declaraciones portadoras de credibilidad⁸⁸. Sin embargo, en el caso Crawford sostuvo que los antecedentes históricos de aquel derecho estatuido en al Sexta Enmienda no permiten la admisión en juicio de declaraciones testimoniales de un testigo que no concurre al juicio, a menos que se cumplan dos requisitos: que el testigo no se encuentre disponible para declarar y que el imputado haya tenido una oportunidad previa para contraexaminarlo⁸⁹. Por tanto, rechazó la admisibilidad de la declaración de un testigo que, aunque “portadora de credibilidad”, se había obtenido sin dar al imputado una oportunidad previa para confrontarla.

⁸² Así, en 1896, en el caso Plessy vs. Ferguson (163 U.S. 537), la Corte Suprema de Estados Unidos admitió la segregación racial. En el caso un ciudadano afroamericano fue expulsado de un vagón de tren en atención a su raza, pues éste estaba reservado para los blancos. Las autoridades se fundaron en una ley que autorizaba esta clase de disposiciones segregacionistas. Frente al reclamo del afectado en contra de dicha ley, la Corte Suprema sostuvo que esta distinción no atentaba contra la igualdad, ni reestablecía alguna clase de servidumbre. Textualmente expresó que “A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races—a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color—has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude”. La doctrina jurisprudencial fue corregida, apartándose del precedente, sólo en el año 1954, en el caso Brown vs. Board of Education (347 U.S. 483). En dicha sentencia la Corte Suprema de Estados Unidos revocó su doctrina segregacionista y ordenó la integración.

⁸³ Así lo sostiene el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 246, cuando afirma que el juzgador “[p]odrá utilizar la anterior decisión a pesar de la modificación de la realidad, entendiendo que esos cambios no son relevantes para tratar de manera diferente”.

⁸⁴ Ramírez, José Antonio, La rebelión de los jueces. La jurisprudencia es vinculante para el juez? [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 2.

⁸⁵ Al respecto Castillo Alva, El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 34, habla de la “necesidad de corregir un entendimiento erróneo de las mismas fijado con anterioridad por el precedente”. En igual sentido, Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009], precisa que el juez debe seguir el precedente “a menos que encuentre que su anterior decisión, como toda obra humana puede serlo, es errónea y, en vista de tal circunstancia, sea necesario subsanar la deficiencia, o que vislumbre, como también es posible con las obras humanas, que esa decisión pretérita puede mejorarse de cara al ideal del perfeccionamiento del sistema jurídico”.

⁸⁶ Crawford v. Washington, N° 02-9410 (2004).

⁸⁷ En lo pertinente, la Sexta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos dispone que “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him”. Es la denominada cláusula de confrontación (confrontation clause).

⁸⁸ La doctrina había sido establecida en la sentencia recaída en el caso Ohio v. Roberts, N° 448 U. S. 56, de 1980. En la oportunidad la Corte afirmó que no obstaculiza la admisión de la declaración inculpativa de un testigo que no está disponible si las aseveraciones portan “adequate indicia of reliability”.

⁸⁹ Crawford v. Washington, N° 02-9410 (2004), apartado III B.

b) Órgano.

En este trabajo se postula que el único órgano jurisdiccional autorizado para apartarse de las decisiones interpretativas de Derecho penal material actualmente vigentes es el Tribunal Supremo y, si procediere, el Tribunal Constitucional. Eso significa que ellos son los únicos que pueden afirmar que se ha producido un cambio en las circunstancias que rodearon la dictación de la decisión interpretativa vigente o que esta última es errónea o inconsistente. Este es el segundo requisito de procedencia de un apartamiento del precedente.

Esta posición se justifica en que sólo de esta manera se puede asegurar una aplicación consistente y uniforme de la legislación penal material. En efecto, lo contrario implicaría que cualquier juzgador penal podría afirmar que se ha producido un cambio en las circunstancias que rodearon la dictación de la decisión interpretativa o que hay error en su contenido. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía no pueden modificar los precedentes.

c) Motivación.

El tercer requisito para que proceda el apartamiento del precedente consiste en que el órgano jurisdiccional justifique su decisión. En efecto, en este caso se produce un traslado de la carga de la argumentación hacia quien postula esa separación, como expresamente lo han sostenido, desde hace ya largos años, por ejemplo, Alexy⁹⁰, el profesor De Asís⁹¹, o Prieto Sanchís⁹². Más recientemente, la misma exigencia de motivación ha sido solicitada por autores como Parra⁹³, Figueroa⁹⁴, Bordalí⁹⁵, Heise⁹⁶, o Hernández⁹⁷.

⁹⁰ Al respecto expresa Alexy en Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpression, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 263: “En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse”.

⁹¹ En este mismo sentido el profesor De Asís, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 155 recuerda que ha “defendido la necesidad de existencia de una obligación de resolver casos idénticos en idéntico sentido y que en caso de no hacerlo debería existir la obligación de justificar el por qué del cambio de criterio”.

⁹² Prieto Sanchís, Luis, Notas sobre la interpretación constitucional /en/ Revista del Centro de Estudios Constitucionales [on line], 1991, Núm. 9 [citado 7 febrero 2009], p. 189.

⁹³ Así, por ejemplo, y más recientemente, afirma María Victoria Parra, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], p. 248, que la doctrina reconoce “existencia de una “zona de penumbra” entre aquellas interpretaciones correctas y las que no lo son, de donde surge la necesidad de establecer qué interpretaciones entran en un campo u otro, lo cual en nuestro sentir se puede lograr cuando dicha actividad se sujeta a unos parámetros objetivos, de los cuales el juez sólo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, como organismos a los cuales se les atribuye la función de servir como intérpretes supremos del derecho”.

⁹⁴ En este sentido, Figueroa G., Rodolfo, Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008], p. 34, explica que resulta “posible apartarse del precedente siempre que se justifique la razón del cambio. Por lo tanto, un caso que presenta un precedente debe ser resuelto del modo como lo ha sido el anterior a menos que el tribunal justifique una forma distinta de resolver. Es importante destacar que lo que impide el sistema de precedente es apartarse del modo de resolver que preexiste sin dar razones de ese cambio”.

⁹⁵ Tras admitir el posible apartamiento del precedente por parte del Tribunal Constitucional chileno, concluye Bordalí Salamanca, Andrés, Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley que crea juzgados laborales y

Por cierto se pueden ofrecer motivaciones de muy diversa clase para justificar ese apartamiento del precedente, pero su admisión en definitiva queda entregada al propio Tribunal Supremo o, en su caso, al Tribunal Constitucional. Ellos mismos constituyen el auditorio que deberá determinar la suficiencia de las motivaciones aducidas para apartarse del precedente⁹⁸. Conviene admitir que el margen de discrecionalidad que se les otorga es innegable. Sin embargo, también es necesario reconocer que este margen es inevitable. Por ello es que se limita exclusivamente a los máximos intérprete del Derecho ordinario y, si constitucionalmente procede, al máximo intérprete de la Constitución.

Con todo, los jueces deben tener una importante limitación al momento de justificar el apartamiento del precedente. De acuerdo con Prieto Sanchís, “la exigencia de motivación no se circunscribe a la justificación del cambio de criterio, no se trata simplemente de exponer las razones, sino que es preciso hacerlo además con carácter general”⁹⁹. Eso significa, siguiendo ahora a Remón Peñalver, que las motivaciones aducidas deben presentar “vocación de futuro”, esto es, que deben estar destinadas a ser mantenidas “con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*”¹⁰⁰.

Ahora bien, la posibilidad de separarse del precedente no es extraña al Derecho español. En efecto, parece posible sostener que se encuentra implícita en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Al efecto recuérdese que su artículo 13 dispone: “Cuando una Sala

juzgados de cobranza laboral y previsional (Tribunal Constitucional) /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol.18, Núm. 2, diciembre 2005 [citado 10 mayo 2009]: “Lo que se le exigirá en ese caso será una prolija fundamentación que explique a la opinión pública el cambio de doctrina”.

⁹⁶ Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 5, explica que el sometimiento al precedente “no impide resolver un caso de un modo diverso del utilizado en el precedente. Es posible apartarse siempre y cuando se justifique la razón del cambio”.

⁹⁷ Hernández Martínez, María del Pilar, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley) /en/ Boletín Mexicano de Derecho comparado [on line], Año XXVII, Núm. 81, sep-dic. 1994 [citado 10 mayo 2009, p. 703, precisa que “el principio de igualdad en la aplicación de la ley, implica el trato igual en situaciones iguales -que no excluye el tratamiento diferenciado, siempre y cuando haya fundamentación suficiente y razonable que excluya la arbitrariedad-.

⁹⁸ En este sentido, expresa Alexy en Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 263: “Cuándo resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso”.

⁹⁹ Esto significa, según precisa el mismo autor siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional español 120/1987, de 10 de julio, que “se requiere que «el cambio de criterio pueda reconocerse como solución genérica conscientemente diferenciada de lo que anteriormente se venía manteniendo y no como respuesta individualizada»”. Ver Prieto Sanchís, Luis, Notas sobre la interpretación constitucional /en/ Revista del Centro de Estudios Constitucionales [on line], 1991, Núm. 9 [citado 7 febrero 2009], p. 189.

¹⁰⁰ En palabras de Remón Peñalver, La lucha por la seguridad jurídica [on line], [citado 23 febrero 2009], “no hay un derecho a la uniformidad en la aplicación de las normas. Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario del mismo juez. Pero el cambio es legítimo si es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*. Y será ilegítimo si constituye una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad”.

considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal la cuestión se someterá a la decisión del pleno”. De acuerdo con este enunciado, mantener la doctrina constitucional precedente no parece provocar ningún impacto de relevancia en la marcha del Tribunal, ni en el funcionamiento del sistema jurídico. Sin embargo, el distanciamiento respecto de lo decidido precedentemente parece exigir una mayor reflexión, un mejor análisis de los argumentos y, en definitiva, un más amplio consenso sobre las razones que justifiquen la nueva interpretación.

5. Síntesis del contenido de la propuesta.

Según se ha expresado, la propuesta de sometimiento al precedente que aquí se sugiere al juzgador penal en lo relativo al juicio de Derecho es uno de los elementos exigidos para alcanzar una motivación judicial correcta. El significado de esta propuesta se puede sintetizar en tres afirmaciones complementarias entre sí:

a) La sumisión al precedente, es decir, a las decisiones interpretativas anteriores, debe operar respecto de precedentes de tribunales superiores y, subsidiariamente, respecto del autoprecedente. A falta de cualquiera de ellos, el juzgador penal debe formular un precedente hipotético al que esté dispuesto a someterse a futuro en todos los hechos que coincidan con los hechos fijados en el caso actualmente sometido a su decisión, y aplicarlo en este último.

b) La sumisión al precedente sólo procede si se cumplen dos condiciones. La primera es que exista una decisión interpretativa, es decir, la atribución de significado a un enunciado normativo de Derecho penal material. La segunda es que los hechos fijados en el caso anterior o futuro son iguales a los del caso actualmente sometido a decisión del juzgador.

c) El juzgador penal podrá separarse de la decisión interpretativa anterior sólo en uno de tres casos. Primero, si el argumento o proposición que se invoca como decisión interpretativa en realidad no tiene tal carácter, sea porque no se encuentra en la fundamentación de la sentencia, sea porque, encontrándose en la fundamentación, no constituyó realmente una decisión interpretativa que sirviera de base al fallo. Segundo, si el hecho fijado en el caso actual es diferente del hecho fijado en el caso anterior, es decir, si carecen de coincidencia en al menos una de sus propiedades relevantes. Tercero, si se ha producido un cambio en las circunstancias políticas, económicas, sociales o culturales que justificaron la decisión interpretativa anterior, opción que, en todo caso, queda reservada al Tribunal Supremo y siempre que ofrezca buenas razones, pues en tal caso carga con el peso de la argumentación.

III. Justificación de la sumisión al precedente.

Al comenzar el Título II de este capítulo se advirtió que la posición de algunos autores, la percepción de los tribunales y ciertos proyectos de ley en tramitación en España permiten afirmar que en el sistema jurídico español no existe el mandato de sumisión al precedente. Es lo que se denominó la posición empírica. Sin embargo, y al mismo tiempo, se sostuvo

que existen buenas razones para sostener lo contrario, es decir, que la sumisión al precedente viene exigida por el sistema jurídico. En el presente Título III se expondrán precisamente esas razones.

Para esos efectos en el discurso que sigue se exponen tres cosas. La Primera de ellas, tratado en el apartado 1, son los supuestos desde los cuales resulta posible dialogar respecto de la admisibilidad y pertinencia de los precedentes. La segunda, que comprende los apartados 2, 3 y 4, son los argumentos jurídicos y, más específicamente, de carácter iusfundamental para justificar la sumisión al precedente. Ahora bien, y aún cuando se trata de un criterio que viene exigido por los derechos fundamentales, conviene mostrar que existen también razones no jurídicas para exigir la sumisión de que se viene tratando. A la exposición de las mismas se dedicará el último apartado.

1. Los supuestos de la sumisión al precedente.

Dos son los supuestos que permiten argumentar a favor de la sumisión al precedente. El primero de ellos se refiere a que el Derecho no ofrece una única respuesta correcta para cada caso. El segundo es que resulta posible y necesario establecer algunos criterios al juzgador que debe interpretar un enunciado normativo. A su concisa revisión se dedican las siguientes palabras.

1.1. La inexistencia de la única respuesta correcta.

Al comenzar este trabajo (Capítulo Preliminar) se anunció que su finalidad consistía en ofrecer al juzgador penal un par de criterios para la mejor aplicación posible del Derecho penal material. También se advirtió que esta pretensión no debía ser confundida con la posición de quienes sostienen que el Derecho ofrece siempre una única respuesta correcta para cada caso. La inexistencia de esa única respuesta correcta es, precisamente, el primer supuesto de la sumisión al precedente.

En general parece posible afirmar que, seguramente con excepción de los planteamientos de Ronald Dworkin, la afirmación de que el Derecho siempre cuenta con una única respuesta correcta se asocia al método silogístico de aplicación del Derecho. Sin embargo, y siguiendo a Moreno, ese “esquema no es suficiente frente a los desafíos que debe afrontar el juez; su misión no puede ser cumplida en forma matemática, como un mecanismo, o mejor: como operación mecánica”¹⁰¹. En efecto, y como categóricamente expresa Parra, “se trata de una teoría que obedece más a una ideología de la decisión que a una descripción de la misma”¹⁰².

La inexistencia de esa única respuesta correcta se debe a diversos factores. Los más evidentes se relacionan con la presencia de lagunas o de antinomias en el ordenamiento

¹⁰¹ Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009].

¹⁰² Parra, María Victoria, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], pp. 242 y 243.

jurídico¹⁰³. Los tal vez menos evidentes se relacionan con la existencia de principios contrastantes que pueden conducir a que las reglas del Derecho y los métodos de interpretación puedan conducir a decisiones incompatibles¹⁰⁴.

Pues bien, estas y otras circunstancias han permitido acuñar la noción de derrotabilidad para aludir a la interpretación jurídica, asunto sobre el cual se trató al final del Capítulo II de la presente Segunda Parte. En todo caso esta derrotabilidad no significa, como sostiene parte de la doctrina, que el Derecho es absolutamente indeterminado. Más bien significa que frente a un cierto enunciado es posible aseverar que existen muchas veces diversas interpretaciones admisibles, aunque también otras que son inadmisibles.

1.2. Necesidad de contar con criterios de interpretación.

Si el Derecho siempre ofreciera una única respuesta correcta para cada caso y si, además, ella fuera descubrible por el intérprete, entonces no habría más remedio que seguirla. Sin embargo, ello no es real. Esto permite que el juez tenga un margen más o menos amplio para la interpretación de cada enunciado normativo que se pretenda aplicar a los hechos fijados en un caso determinado¹⁰⁵.

Ahora bien, la decisión interpretativa de cada juzgador está condicionada por su ser y sus circunstancias. Parra expresa con precisión esta idea al afirmar que “en el razonamiento del funcionario judicial, siempre se encuentra inmerso un "juicio de valor", en el cual influyen sus orientaciones, su ideología, sus preferencias”¹⁰⁶. En el mismo sentido se pronuncia

¹⁰³ Aludiendo a estos problemas, se pregunta Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009]: “¿Cuál es la solución que contempla el derecho para aquellos casos que no han sido tenidos en cuenta por la ley? ¿Cuál es la solución que debe deducirse de la ley cuando ésta es contradictoria? Estos y otros muchos asuntos problemáticos, permiten afirmar que la ley no es portadora de todas las respuestas”.

¹⁰⁴ Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 213, afirma: “En efecto, si se lleva a sus últimas consecuencias la superación de la concepción mecanicista de la interpretación, no se puede mantener la idea de que el conjunto de reglas que componen el Derecho — más, si se quiere, los llamados métodos de interpretación— sean siempre capaces de ofrecer una y sólo una respuesta correcta para cada caso y que la misma sea igualmente descubrible por cualquier intérprete”. Y es que, ciertamente, en un sistema jurídico conviven distintos principios contrastantes entre sí que pueden conducir a resultados contradictorios propiciando así la discrecionalidad o la elección entre alternativas diversas, por lo que no se puede afirmar que haya un criterio seguro para determinar su peso relativo en cada caso.

¹⁰⁵ En este sentido, expresa Linares, Sebastián, La independencia judicial: conceptualización y medición /en/ Política y gobierno [on line], vol. XI, Núm. 1, primer semestre 2004 [citado 10 mayo 2009], p. 91, que “la aplicación de la regla decisoria requiere la evaluación de una gama variada de elementos y un margen de libertad de interpretación a veces muy grande”. Y añade que “a pesar de que el juez dice seguir la norma, ésta siempre es de textura abierta, es decir, el juez siempre debe decidir entre varias posibilidades y ponderar los valores en juego”. La idea es compartida por Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 214, cuando afirma que “es obvio que con frecuencia queda un cierto espacio a la discrecionalidad del intérprete; es decir, un espacio capaz de acoger soluciones distintas y aun contradictorias entre sí, con todo lo que ello supone para la certeza en la aplicación del Derecho”.

¹⁰⁶ Parra, María Victoria, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], p. 247.

Linares cuando sostiene: “Los jueces también tienen creencias respecto de las políticas públicas más convenientes, o experimentan necesidades humanas básicas, como la de ser estimado o la de tener poder. Todos estos factores influyen en el juez, incluso en los más legalistas”¹⁰⁷.

En este escenario, resulta imprescindible entregar al juzgador criterios adicionales al solo enunciado normativo y a los métodos de interpretación de los mismos. Uno de esos criterios, precisamente el postulado en este trabajo, es la sumisión al precedente y, más en concreto, a las decisiones interpretativas establecidas en los mismos. Evidentemente esta opción no suprime del todo la discrecionalidad judicial. Sobre esta objeción y las respuestas a la misma se volverá más adelante. Por ahora basta con constatar que el establecimiento de criterios es necesario para atenuar la discrecionalidad con que cuenta el juzgador para interpretar una disposición frente a un caso determinado.

En definitiva, sólo si se admite que no existe una única respuesta correcta y que la discrecionalidad judicial debe ser limitada mediante criterios de interpretación, resulta posible entregar argumentos a favor de la sumisión al precedente. Si se rechaza alguno de esos dos supuestos, entonces se dificulta cualquier diálogo sobre el tema. En consecuencia, es desde tales supuestos que se erige la justificación que se ofrece a continuación.

2. La igualdad como fundamento de la sumisión al precedente.

La propuesta de sumisión al precedente que aquí se sugiere al juzgador penal puede ser jurídicamente justificada desde al menos tres argumentos. Estos son el derecho fundamental a la igualdad, el principio de seguridad jurídica, y la exigencia de racionalidad. Al tratamiento de cada uno de ellos se dedican el presente y los dos siguientes apartados, comenzando por la igualdad.

2.1. El consenso doctrinario.

Como valor la igualdad ha sido relacionada por Peces-Barba con la libertad, seguridad y solidaridad¹⁰⁸. Se trata, por cierto, de un valor recogido en el Derecho positivo como obligación promocional en el artículo 9.2 de la Constitución española¹⁰⁹. Sin embargo, y al

¹⁰⁷ Linares, Sebastián, La independencia judicial: conceptualización y medición /en/ Política y gobierno [on line], vol. XI, Núm. 1, primer semestre 2004 [citado 10 mayo 2009], p. 91.

¹⁰⁸ Al respecto afirma Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 283: “En una primera aproximación, podríamos decir que la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”.

¹⁰⁹ El artículo 9.2 de la Constitución Española dispone: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Los valores expresados en esta disposición son denominados por el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 248, como obligaciones promocionales.

mismo tiempo, es un derecho fundamental directamente estatuido en el artículo 14 de la misma Constitución, bajo la tradicional fórmula de igualdad ante la ley¹¹⁰. Para efectos de este trabajo interesa fundamentalmente en este último carácter, de modo que en adelante se le denominará indistintamente principio de igualdad o derecho fundamental a la igualdad.

El derecho fundamental a la igualdad tiene clara relación con el precedente. En este sentido se ha manifestado la doctrina jurídica que se refiere a la sumisión de los jueces al precedente judicial. Así, por ejemplo, el profesor De Asís¹¹¹, Peces-Barba¹¹², García Toma¹¹³, Parra¹¹⁴, Castillo Alva¹¹⁵, Heise¹¹⁶, y Hernández¹¹⁷, entre otros, coinciden en

¹¹⁰ Dispone el Artículo 14 de la Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹¹¹ Textualmente expresa el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 248: “En relación con el Poder Judicial, y concretamente con su actuación, este sentido de la igualdad [como no discriminación] impide establecer diferencias de trato entre los ciudadanos; impone resolver de forma idéntica casos idénticos”. Y confirma su posición en De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008], donde afirma: “Quiero anunciar ya de antemano que definiendo la necesidad de existencia de una obligación de resolver casos idénticos en idéntico sentido”, exigencia que se deduce con meridiana claridad “del principio de igualdad, tanto en su dimensión formal, a partir de la cual se exigiría el trato idéntico de situaciones idénticas, cuanto en su dimensión material, a partir de la cual se facilitaría un trato diferente en virtud de criterios no arbitrarios”.

¹¹² Al respecto afirma Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 285: “La igualdad de trato formal con carácter general supone «...que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”.

¹¹³ Sobre el punto sostiene García Toma, Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano /en/ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coordinadores) La Ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, T. V. juez y sentencia constitucional [on line], [citado 9 febrero 2009], p. 400: “A manera de colofón es dable consignar que el precedente tiene como objetivos jurídicos el propender a la (...) igualdad, en la interpretación y aplicación del derecho”.

¹¹⁴ En palabras de María victoria Parra, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], p. 249, se “justifica el uso de los precedentes en la vigencia del principio de igualdad, entendido como la prerrogativa a recibir trato igual por parte de las instancias judiciales; en tanto se entiende que casos iguales o similares deben recibir igual tratamiento”.

¹¹⁵ Castillo Alva en El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 5, sostiene que la ventaja del uso del precedente se encuentra, entre otros motivos, en la “realización del principio de igualdad”.

¹¹⁶ Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009] expresa al respecto: “La consagración constitucional de la igualdad implica que los jueces deberán juzgar los casos semejantes como semejantes y los diferentes como diferentes, enunciado que sintetiza muy adecuadamente el sentido de un “sistema de precedentes”.

¹¹⁷ Hernández Martínez, María del Pilar, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley) /en/ Boletín Mexicano de Derecho comparado [on line], Año XXVII, Núm. 81, sep-dic. 1994 [citado 10 mayo 2009, p. 701: “Al hilo discursivo podríamos decir que si la igualdad ante la ley implica una exigencia de que todos los individuos se encuentran sometidos a las mismas normas y a los mismos tribunales, luego entonces, cuando los individuos o los supuestos de hecho que se presentan -bien ante el legislador, administración pública y jueces y tribunales-, son iguales, deben ser tratados del mismo modo, y en caso de que sean distintos deben recibir trato diferente”.

anclar esta exigencia en el valor positivizado de la igualdad. Se trata, seguramente, del más importante de los argumentos que se pueden ofrecer a favor de la sumisión al precedente, en los términos que ha sido planteado en este trabajo.

En lo que sigue corresponde mostrar en qué sentido la igualdad argumenta a favor de la sumisión al precedente y, más específicamente, a la decisión interpretativa contenida en los mismos. Para estos efectos se revisarán cuatro cosas. Primero, que el derecho fundamental a la igualdad, en su dimensión objetiva, constituye un imperativo para el juzgador penal. A continuación se presentará el concepto de igualdad desde el punto de vista jurisdiccional. En tercer lugar se demostrará que la sumisión al precedente es una aplicación del principio de igualdad. Por último, se evidenciará que el precedente constituye un criterio que facilita la realización del juicio de igualdad.

2.2. El principio de igualdad como exigencia al juzgador penal.

Según se expresó en el Capítulo III de la Primera parte, los derechos fundamentales presentan simultáneamente una faz objetiva y una faz subjetiva¹¹⁸. La faz objetiva implica reconocer en los derechos fundamentales un orden objetivo de valores constitucionalizados, que irradian sus efectos sobre el conjunto de las normas y actuaciones verificadas en el ordenamiento jurídico¹¹⁹. Como consecuencia, el derecho fundamental a la igualdad genera en todos los poderes públicos, su principal aunque no único destinatario¹²⁰, una obligación

¹¹⁸ Al afirmar que los derechos fundamentales presentan una dimensión subjetiva se está afirmando que son derechos subjetivos. Sin embargo, esta posición presenta problemas tanto desde el concepto mismo de derechos subjetivo, como desde la afirmación que los derechos fundamentales presentan dicha dimensión. Al efecto puede verse, por ejemplo, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 173 y ss.

¹¹⁹ La dimensión o faz objetiva de los derechos fundamentales ha sido identificada y definida por el Tribunal Constitucional español desde su sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4. A partir de entonces ha sido considerada en diversas sentencias, tales como la 129/1989, de 17 de julio, en la que explica: “En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”. En la misma línea, y más recientemente, la STC 108/2008, de 22 de septiembre, ha aplicado la dimensión objetiva de los derechos fundamentales al ámbito penal. En la oportunidad y sobre ese aspecto dispuso que aquéllos son “elementos esenciales del ordenamiento jurídico”. En el mismo sentido el Colombiano Tole Martínez, *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación* /en/ *Revista Cuestiones Constitucionales* [on line], julio-diciembre 2006, Núm. 15 [citado 10 febrero 2009], p. 258, explica que en virtud de su dimensión objetiva, los derechos fundamentales “son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución”.

¹²⁰ Sobre esta afirmación, expresan Bastida Freijedo, Francisco J., y otros, *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978* [on line], Tecnos [citado 10 febrero 2009], p. 182: “Aunque los derechos fundamentales ya no pueden caracterizarse exclusivamente como derechos de reacción frente al Estado, lo cierto es que éstos siguen teniendo en los poderes públicos su principal referente y, por tanto, siguen desplegando una gran parte de su eficacia en las relaciones verticales en las que el individuo se puede ver unilateralmente obligado por aquéllos”. En el mismo sentido, el profesor De Asís, en *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, p. 33, afirma que “estos derechos pueden ser contemplados como obligaciones que, en la mayoría de los casos y en su formulación histórico-tradicional, tienen como destinatarios a los órganos estatales”.

de obediencia¹²¹. Este deber de obediencia opera incluso con independencia de una efectiva exigencia de tutela por parte de sus titulares¹²².

Ahora bien, la obligación de obediencia al derecho fundamental a la igualdad emanada de su dimensión objetiva es evidentemente aplicable al Poder Judicial¹²³, tanto en lo relativo al contenido de la sentencia, como en lo relativo a la ejecución de la misma¹²⁴. Ello se debe a que se trata de un derecho fundamental que se impone sobre todos los poderes públicos y, por lo mismo, también sobre aquellos que ejercen jurisdicción. Explicitando esta exigencia, la doctrina ha formulado una distinción entre igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. La primera constituye un mandato al legislador, mientras la segunda constituye un mandato a quien ejerce jurisdicción¹²⁵.

¹²¹ Sobre la obligación de obediencia a la Constitución por parte de los poderes públicos, expresa De Asís Roig, Rafael, *Derechos y obligaciones en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 356: “El sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, que aquí se configura como *obligación jurídica de obediencia*, se abre en dos vertientes: por un lado, la de su *relación con el principio de legalidad*, y por otro, la de su *conexión con la obligación jurídica promocional*”. Añade en la p. 357: “*La obligación jurídica de obediencia de los poderes públicos en relación con el principio de legalidad (obediencia en el sentido de observancia)* se establece con carácter genérico en el artículo 9.1, confirmándose en el 9.3, donde se configura como soporte fundamental del Estado de Derecho”. Y concluye en la p. 358: “En cuanto a la *obligación de obediencia que tienen los poderes públicos, conectada en cierta medida con la obligación jurídica promocional (obediencia como acatamiento)*, (...)el artículo 9.1 dispone que los poderes públicos, al estar obligados a obedecer lo que dispone la Constitución, están obligados a respetar el contenido material de la misma y en este sentido su actuación tiene que ir encaminada u orientada a la realización de los valores superiores señalados en el artículo 1.1 del texto constitucional (libertad, igualdad, justicia y pluralismo político), norma básica material del Ordenamiento jurídico español”.

¹²² Tole Martínez, *La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia*. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación /en/ Revista Cuestiones Constitucionales [on line], julio-diciembre 2006, Núm. 15 [citado 10 febrero 2009], pp. 260 y 261, afirma que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales incluye “la obligación positiva de contribuir con la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

¹²³ Respecto de la sumisión de los jueces a los derechos fundamentales y más en general al Derecho, expresa el profesor De Asís en *Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial* /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], p. 916: “En lo que atañe a la proyección jurídica de la obediencia, señalábamos antes que la sujeción al Derecho de los Poderes públicos forma parte de su misma definición. El principio de legalidad define uno de los rasgos culturales de nuestros sistemas jurídicos. Y todo esto se acrecienta en relación con los jueces, que son un Poder público y que, como señala el art. 117 CE, están sujetos únicamente al Derecho”.

¹²⁴ En este sentido se pronuncia Ruiz Molleda, Juan Carlos, *En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas* /en/ Justicia Viva, Instituto de Defensa Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú [on line], abril de 2006, Lima, Perú [citado 5 noviembre 2007], p. 12, en una afirmación que, pese a referirse al Tribunal Constitucional, es perfectamente aplicable a toda resolución judicial: “La dimensión objetiva de los derechos fundamentales establece el deber del juez y de todo el Estado de garantizar el cumplimiento de la sentencia del TC y de adoptar las medidas necesarias para garantizar, de manera material y efectiva, la eficacia de las sentencias”.

¹²⁵ Explicando las expresiones igualdad en la ley e igualdad ante la ley (o en la aplicación de la ley), explica Figueroa G., Rodolfo, *Igualdad y discriminación* [on line], [citado 22 julio 2008], p. 34: “La igualdad en la ley es una exigencia que está referida a los contenidos de la ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad. Si así no ocurre, podrá considerarse que la ley es contraria al principio de igualdad y podrá reclamarse su inconstitucionalidad, cuando esté previsto. Por ello, el principio de igualdad en esta dimensión representa una cláusula que limita el proceder del órgano legislativo. En cambio, la igualdad ante la ley constituye una exigencia que apunta no a sus contenidos sino a su aplicación, sea por parte de la autoridad administrativa o de cualquier otro agente, en el sentido de que dicha aplicación debe ser igualitaria. Por ello, con frecuencia, se alude a esta dimensión también como igualdad en la aplicación de la

De acuerdo con lo recién expresado, el principio de igualdad es del todo aplicable a los órganos que ejercen jurisdicción. En consecuencia, al decidir cada caso deben realizar un juicio de igualdad respecto de casos anteriores.

2.3. El significado de igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad en la aplicación de la ley es una manifestación del derecho fundamental a la igualdad en lo relativo al ámbito jurisdiccional. Por tanto, es necesario comenzar por un concepto general de igualdad. La noción puede ser precisada mediante la siguiente definición habitualmente aceptada: la igualdad consiste en la exigencia de “tratar igual a lo igual y tratar desigual a lo desigual”¹²⁶. Este será el sentido en que se entenderá la igualdad en este trabajo, aún cuando haya sido erróneamente rechazada al menos parcialmente por algún autor¹²⁷.

A partir de ese concepto de igualdad y de la obligación de someterse al mismo por parte de todo órgano que ejerza jurisdicción, resulta posible explicitar y explicar el significado del principio de igualdad bajo la fórmula pertinente para analizar su relación con el precedente, es decir, como igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad en la aplicación de la ley consiste en que la ley debe ser aplicada de la misma manera a lo igual y debe ser aplicada de diversa manera a lo desigual. Como se puede advertir, este concepto se construye sobre la base de tres elementos: un objeto a aplicar, un modo en que debe ser aplicado y una condición para que se aplique de este modo. El objeto a aplicar es la ley. El modo en que la ley debe ser aplicada es “de la misma manera” o “de diversa manera”. La condición para que la ley se aplique de la misma manera es que se trate

ley. Si la aplicación de preceptos legales no es igualitaria, se podrá reclamar contra el acto específico de aplicación de la ley, no contra la ley”.

¹²⁶ Al respecto puede invocarse, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Bolivia, en cuya sentencia 0079/2006, de 16 de octubre, apartado III.3, cita la sentencia 0049/2003, de 21 de mayo, para declarar que el modo de cumplir con el principio de igualdad “es aplicando la máxima o fórmula clásica: ‘se debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’. En eso consiste la verdadera igualdad”. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha dictaminado en su sentencia C-895/99, de 10 de noviembre, bajo el apartado V, lo siguiente: “El principio de igualdad, como lo ha reiterado la Corte, no consiste en la ciega aplicación de normas exactas a todas las personas, independientemente de sus diferencias accidentales, sino en dar el mismo trato a lo que es igual, contemplando reglas diversas para lo que presenta peculiaridades no susceptibles de igualación”. En fin, y sin ánimo de exhaustividad, el Tribunal Constitucional chileno sostuvo en su sentencia 219, de 1995, considerando 17, que “la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean.”.

¹²⁷ Figueroa en Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008], p. 10, expresa que la segunda parte de esta definición preliminar (“tratar desigual a lo desigual”) le “parece errada por una razón muy sencilla: Ninguna persona es igual a otra y ninguna situación es igual a otra”. Y añade: “Esa noción de igualdad conduce a justificar cualquier discriminación. En efecto, ¿cómo tratar igualmente a quienes son por naturaleza diferentes? Blancos, negros, amarillos son diferentes; hombres y mujeres son diferentes. Entonces, ¿que no todos tengan los mismos derechos civiles!”. Figueroa rechaza esta definición por dos erradas razones. Primero, porque olvida que se trata de una definición preliminar, de un punto de partida, para comprender el significado de la igualdad. Segundo, porque olvida (en este punto, aunque no en el resto de su trabajo) que el juicio de igualdad no considera cualquier propiedad respecto de cualquier tratamiento, ni sobre la base de cualquier criterio, como se verá luego.

de “lo igual” y para que se aplique de diversa manera es que se trate de “lo desigual”. En lo que sigue se analizará cada uno de esos tres elementos, pero, para facilitar la exposición, sólo en lo relativo a la primera parte del enunciado: la ley debe ser aplicada de la misma manera a lo igual.

Desde el punto de vista de este trabajo, la expresión ley debe entenderse referida al Derecho penal material, pues es éste el que debe aplicarse “de igual manera” o “de diversa manera” en el ámbito procesal penal.

Que el Derecho penal se aplique de la misma manera significa que debe producir las mismas consecuencias jurídicas. Las mismas consecuencias jurídicas sólo se pueden producir si se aplican las mismas disposiciones de Derecho penal material. Ahora bien, y esto es lo relevante, para que se apliquen las mismas disposiciones de Derecho penal material es necesario que éstas sean interpretadas de la misma manera. En otras palabras, es necesario que se mantenga la misma decisión interpretativa que ya se ha dado a esa disposición. Si se muda la interpretación, entonces no se aplicará la misma disposición de Derecho penal material. En efecto, si se cambia la interpretación para producir las mismas consecuencias jurídicas entonces no tiene sentido un cambio en la interpretación).

Que el Derecho penal material produzca las mismas consecuencias jurídicas respecto de lo igual significa que se deben aplicar las mismas disposiciones a aquellos casos que sean iguales. Que los casos sean iguales significa que los hechos fijados en cada uno de ellos coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes.

Así explicitado y explicado el concepto de igualdad en la aplicación de la ley, corresponde revisar de qué manera la sumisión al precedente es aplicación del mismo y en qué sentido colabora a realizar el juicio de igualdad.

2.4. La sumisión al precedente como aplicación de la igualdad.

Para exponer el modo en que la sumisión al precedente constituye una aplicación del derecho fundamental a la igualdad, es necesario recordar dos ideas. Primero, que la expresión precedente se refiere, en realidad, a la decisión interpretativa incluida en el mismo. Según se expresó más arriba, la sumisión al precedente no se exige respecto de la totalidad de la sentencia anterior, sino sólo sobre una parte de ella. Esa parte es la decisión interpretativa, la que se encuentra en la fundamentación de la sentencia.

La otra idea que se debe recordar es el segundo elemento de la definición de igualdad en la aplicación de la ley. Ese elemento es, según se ha dicho, el modo en que debe aplicarse la ley. Ese modo es “de la misma manera” a lo igual y “de diversa manera” a lo desigual. Que sea de la misma manera significa que la ley debe producir las mismas consecuencias jurídicas respecto de lo igual y que debe producir diversas consecuencias jurídicas respecto de lo desigual.

Pues bien, para que la ley se aplique de la misma manera es imprescindible que a lo igual (es decir, al caso actual que se considera igual que un caso anterior) se le aplique la misma disposición de Derecho penal material y, necesariamente además, la misma decisión

interpretativa recaída sobre esta disposición. En efecto, si al caso actual no se aplica el mismo enunciado normativo de Derecho penal material empleado en el caso anterior, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad. Del mismo modo, si al caso actual se le aplica el mismo enunciado normativo de Derecho penal material que al caso anterior, pero con una decisión interpretativa diversa de la sostenida en el caso precedente, también se vulnera el derecho fundamental a la igualdad.

Para comprender mejor lo recién expresado resulta conveniente retomar el ejemplo de la ganzáa utilizado con anterioridad. Los datos fundamentales de dicho ejemplo son los siguientes:

En el sistema jurídico se contempla las siguientes disposiciones o enunciados normativos de Derecho penal material:

EN 1: Comete robo simple el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de llave falsa.

EN 2: Comete robo agravado el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de fuerza.

EN 3: Comete hurto el que se apropia de cosa mueble ajena, si no concurren circunstancias para calificar el hecho como robo.

En el caso 1 el hecho fijado fue el siguiente:

HF 1: El 1 de enero del presente año Juan ingresó al domicilio de María utilizando una ganzáa y sacó un electrodoméstico de María del lugar.

Luego se produjo el caso 2, cuyo hecho fijado fue el siguiente:

HF 2: El 5 de marzo del presente año Andrés ingresó al domicilio de Marta utilizando la llave que se había dejado en su poder como anterior arrendatario del inmueble y sacó dinero de Marta del lugar.

Pues bien, frente a este nuevo caso el juzgador penal se encuentra obligado por el derecho fundamental a la igualdad. Más específicamente, se encuentra obligado por el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley. Esto significa que debe aplicar la ley de la misma manera a lo igual y que debe aplicar la ley de diversa manera a lo desigual. Para cumplir con este mandato es necesario que realice dos tareas. La primera de ellas consiste en identificar los enunciados normativos en competencia y determinar su significado, para lo cual debe considerar las decisiones interpretativas anteriores. La segunda consiste en comparar las propiedades relevantes de los hechos fijados en el caso actual (caso 2) con las propiedades relevantes de los hechos fijados en el caso precedente (caso 1), para determinar si ambos hechos fijados son iguales.

Es evidente que el problema central del caso 2 consiste en que el juzgador debe determinar si la llave de un anterior ocupante puede considerarse llave falsa (en cuyo caso Andrés sería

autor de robo simple), si la llave de un anterior ocupante puede considerarse fuerza (en cuyo caso Andrés sería autor de robo agravado) o si la llave de un anterior ocupante no es lo uno ni lo otro (en cuyo caso Andrés sería autor de hurto). En este punto se debe recordar que en el caso 1 la decisión interpretativa estableció que una ganzúa debe considerarse llave falsa para efectos penales. Como fundamento de su decisión el juzgador sostuvo que se debe considerar llave falsa todo elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar. Como consecuencia de esta decisión interpretativa Juan fue condenado como autor del delito de robo.

Con la información proveída por la decisión interpretativa parece posible concluir que la llave de un anterior ocupante debe considerarse llave falsa. En consecuencia, el uso del precedente permite afirmar que existe coincidencia en las propiedades relevantes de HF 1 y HF 2. En efecto, en ambos (1) se sustrajo (2) una cosa mueble ajena (3) ingresando al lugar en que se encontraba (4) mediante el uso de un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar. Por tanto, parece posible afirmar que HF 1 y HF 2 coinciden en todas sus propiedades relevantes. Todo esto permite concluir que HF 1 y HF 2 son iguales.

Ahora bien, supóngase que el juzgador del caso actual decidiera modificar la decisión interpretativa del precedente. Supóngase que entiende que el uso de su llave por un anterior ocupante es constitutivo de fuerza para efectos penales. Como fundamento de su decisión ha sostenido que se considera fuerza el violentar la confianza de un ocupante actual mediante el uso de llaves retenidas por quien en algún momento tuvo acceso legítimo al lugar. O supóngase que el juzgador entiende que el uso de la llave por parte de un anterior ocupante no es llave falsa ni es constitutivo de fuerza para efectos penales. Como fundamento de su decisión ha afirmado que el uso de la llave en el cerrojo para el cual fue diseñada no puede considerarse falsa ni implica la aplicación de fuerza alguna.

Frente a cualquiera de las dos interpretaciones Andrés (condenado en el caso 2) sería tratado de manera desigual respecto de Juan (condenado en el caso 1). Eso se debe a que Juan fue condenado por utilizar una “llave falsa”, entendiendo por tal “todo elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar”. Andrés, que utilizó la llave que retuvo como anterior ocupante, también utilizó un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenece a alguno de los actuales ocupantes del lugar. Sin embargo, bajo cualquiera de las dos interpretaciones del juzgador del caso 2, se le aplicará la ley de manera desigual respecto de Juan.

La conclusión de todo esto es evidente: el juzgador debe resolver el caso 2 de la misma forma que fue resuelto en el precedente, es decir, debe aplicar la decisión interpretativa del caso 1. Un tratamiento desigual del HF 2 respecto del HF 1, los que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes, implicaría una vulneración a este derecho fundamental¹²⁸. Todo lo dicho permite concluir que la dimensión objetiva del derecho

¹²⁸ En el mismo sentido se pronuncia Figueroa en Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008], p. 35, cuando expresa: “El fundamento del precedente es una exigencia básica de igualdad: si un caso A es análogo a un caso B, entonces debe ser resuelto del mismo modo. Resolver un caso A de modo distinto a un caso B, siendo análogos, constituye una discriminación”.

fundamental a la igualdad constituye el fundamento de la obligación de invocar y someterse al precedente, si es que éste existe. De ahí que sea posible afirmar con Heise que un “sistema del precedente asegura la igualdad ante la ley y, de ese modo , evita la discriminación en la aplicación de la ley¹²⁹ .

Todas estas explicaciones pueden ser sintetizadas del siguiente modo: si los hechos fijados en un determinado caso son iguales a los hechos fijados en un caso anterior, entonces el juzgador debe aplicar en el primero la decisión interpretativa establecida en el último. De lo contrario el órgano jurisdiccional estaría contraviniendo la exigencia del derecho fundamental a la igualdad de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.

Lo recién expuesto no es sólo aplicable al precedente vertical y al autoprecedente, como parece mostrarlo el ejemplo ofrecido. Lo dicho es perfectamente aplicable al precedente hipotético, que procede cuando el juzgador carece de precedente. En este caso basta con mudar el punto de vista. El juzgador no se encuentra frente al caso 2, sino frente al caso 1. En este evento la dimensión objetiva del derecho fundamental a la igualdad le exige resolver el caso 1 del modo que resolvería el caso 2, si se enfrentara a este último en el futuro. Nuevamente la identificación de las propiedades jurídico penalmente relevantes resulta esencial para una correcta aplicación del precedente, en este caso del precedente hipotético.

2.5. El precedente como criterio que facilita el juicio de igualdad.

Para exponer el modo en que la sumisión al precedente constituye una aplicación del derecho fundamental a la igualdad, es necesario recordar el tercer elemento de la definición de igualdad en la aplicación de la ley. Ese elemento es, según se ha dicho, la condición bajo la cual corresponde aplicar la ley de la misma manera o de diversa manera. La condición para que la ley se aplique de la misma manera es que se trate de “lo igual” y para que se aplique de diversa manera es que se trate de “lo desigual”.

Ahora bien, y según se expresó en el Título II de este mismo Capítulo, para saber si se está en presencia de lo igual o de lo desigual es necesario realizar un juicio de igualdad. En lo que aquí interesa, ese juicio de igualdad consiste en comparar dos casos: el caso actual y un caso anterior cuya decisión interpretativa se pretende aplicar al primero. Que ambos casos son iguales significa que los hechos fijados en cada uno de ellos coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes. Que ambos casos no son iguales significa que los hechos fijados en cada uno de ellos difieren entre sí en al menos una de sus propiedades relevantes.

Como se sabe, el juicio de igualdad que se formule en cumplimiento del derecho fundamental a la igualdad es eminentemente valorativo, según se manifestó en el Título anterior. En efecto, y como acertadamente explica Alexy, “no existe ni una igualdad ni una desigualdad en todos los aspectos (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre las personas y las situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) fáctica parcial en

¹²⁹ Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 4.

algún respecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad valorativa”¹³⁰.

Pese a este carácter valorativo, existen ciertos elementos que permiten establecer límites al juicio de igualdad. El primero de esos elementos consiste en reconocer que la valoración está limitada por ciertos extremos imposibles. En un extremo, la igualdad no puede traducirse en tratar a todos (sujetos, objetos, posiciones jurídicas o situaciones fácticas) por igual, omitiendo considerar todo rasgo distintivo. En el otro, la igualdad no puede significar tratar a todos de manera diferente, considerando al efecto cualquier rasgo distintivo¹³¹.

El segundo elemento que permite establecer límites al juicio de igualdad es la estructura de dicho juicio. La estructura del juicio de igualdad considera tres cosas. Primero, ciertas propiedades de los términos en comparación y no la totalidad de sus propiedades. Segundo, respecto de un determinado tratamiento y no respecto de cualquier tratamiento. Y tercero, un criterio de valoración que permite determinar qué propiedades son relevantes respecto de qué tratamiento¹³².

Pues bien, la sumisión al precedente facilita ese juicio de igualdad. Ello se debe a que la decisión interpretativa aplicada en un caso anterior precisa el criterio que permite determinar las propiedades relevantes para un determinado tratamiento. En efecto, las propiedades relevantes de un hecho fijado al que se imputa reprochabilidad jurídico penal se determinan atendiendo a las disposiciones de Derecho penal material. Las decisiones interpretativas, por su parte, especifican el significado de las disposiciones de Derecho penal material. Por tanto, las decisiones interpretativas permiten precisar el criterio (las disposiciones de Derecho penal material) que se aplicará para determinar qué propiedades son relevantes en un hecho probado¹³³.

3. La seguridad jurídica como fundamento de la sumisión al precedente.

La sumisión al precedente no sólo viene exigida por el derecho fundamental a la igualdad, sino también por la seguridad jurídica. Así lo han sostenido, por ejemplo, el profesor De Asís¹³⁴, Peces-Barba¹³⁵, Alexy¹³⁶ y Magro¹³⁷, entre otros autores. Una mejor exposición de

¹³⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 387.

¹³¹ Ver Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 384 y 385, y De Asís Roig, Rafael, *La igualdad en el discurso de los derechos* /en/ López García, José Antonio, y Del Real, J. Alberto, (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 160.

¹³² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 387 y 388.

¹³³ Se utiliza aquí la expresión “hecho probado” en el sentido que se indicó en el Capítulo II de la Primera Parte de este trabajo. Como se recordará, el hecho probado constituye la antesala del hecho fijado.

¹³⁴ De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 247.

¹³⁵ A la sumisión al precedente como exigencia de la seguridad jurídica implícitamente se refiere Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpression, Madrid, 1999, p. 254, donde afirma que “la evolución de la cultura jurídica

esta perspectiva recomienda comenzar precisando el significado de la seguridad jurídica, para justificar luego el modo en que constituye un argumento a favor de la sumisión al precedente.

3.1. Significado de la seguridad jurídica.

El profesor Peces-Barba explica que la seguridad es un valor que “supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones”. De este modo, precisa, es algo intensamente vinculado a la vida de la persona, a su dignidad y al disfrute de relaciones intersubjetivas sin incertidumbres¹³⁸.

Ahora bien, en virtud de su reconocimiento en el artículo 9.3 de la Constitución Española, la seguridad jurídica no es sólo un valor, sino también un principio jurídico de jerarquía constitucional¹³⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que debe entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y, en consecuencia, debe procurar “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho”¹⁴⁰.

ha producido nuevos elementos, que conducen a una autonomía en la labor del juez, y a un reconocimiento de su papel creador de normas en el seno del sistema, y que exigen el establecimiento de criterios generales y previos de interpretación, por razones de seguridad, que impidan la arbitrariedad y generen conclusiones homogéneas”.

¹³⁶ Sostiene Alexy en Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 264: “Con el aseguramiento de la estabilidad, el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica”.

¹³⁷ Afirma Magro Servet en La unificación de criterios: una anhelada aspiración /en/ Diario La Ley, Núm. 6498, Sección Doctrina, 7 abr. 2007, año XXVII, Editorial La Ley: “La consecuencia es que ante un mismo hecho la respuesta debe ser siempre la misma en la interpretación de la norma jurídica, porque es evidente que ésta no debe depender del tiempo en que tarda en aplicarse, sino que la seguridad jurídica también nos exige a los juristas que no puede existir una alteración interpretativa sin justificación alguna”.

¹³⁸ Expresa Peces-Barba en Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 246, que la seguridad “permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida, el mantenimiento de esa vida con garantías y la posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbre”.

¹³⁹ Dispone el artículo 9.3 de la Constitución Española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁴⁰ Textualmente se expresa en la STC 96/2002, de 25 de abril, fundamento jurídico 5: “Es decir, la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando “la claridad y no la confusión normativa” (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), y como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5)”.

3.2. Seguridad jurídica y sumisión al precedente.

Entendida en los términos expuestos, la seguridad jurídica impacta sobre tres grandes dimensiones en los Estados contemporáneos: el Poder, el Derecho y la sociedad¹⁴¹. Para quienes afirman que los jueces no crean Derecho, la seguridad jurídica justifica la sumisión al precedente sólo por sus exigencias al ejercicio del poder. Por tanto, el significado de la seguridad jurídica sólo debe ser precisado desde esa perspectiva. Para los que sostienen que los jueces crean Derecho en sus decisiones, la seguridad jurídica también justifica la sumisión al precedente por sus exigencias a la configuración del Derecho. Por tanto, el significado de la seguridad jurídica debe ser considerado tanto desde el Poder como desde el Derecho.

Como exigencia al Poder, Peces-Barba explica que la seguridad jurídica significa que se debe definir no sólo quién manda, sino también cómo se manda, debiendo fijarse un procedimiento “preestablecido que garantice el igual tratamiento de ciudadanos y otros”. De este modo, la seguridad jurídica se erige en un límite al ejercicio del Poder y, en especial, de su *ius puniendi*¹⁴². La sumisión al precedente como consecuencia de esta premisa sobre el modo en que los jueces (entendidos como agentes del Poder) deben resolver los casos sometidos a su decisión es evidente. En efecto, y como expresa Damián, “[l]os poderes públicos tienen el ineludible deber de dotar al sistema judicial de un razonable nivel de previsibilidad y de igualdad en lo que respecta a las respuestas que los tribunales dan a sus ciudadanos”¹⁴³.

Como exigencia al Derecho, y siguiendo al profesor De Asís, la seguridad jurídica tiene dos significados principales en lo relativo a la actividad jurisdiccional. Por una parte, se traduce en la exigencia de que la producción jurídica emanada de las decisiones judiciales sea previsible por los operadores jurídicos¹⁴⁴. Por otra parte, que esa producción normativa se haga respetando los valores y derechos fundamentales¹⁴⁵. Esta dimensión de la seguridad

¹⁴¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 248.

¹⁴² Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999, pp. 250a 252.

¹⁴³ Damián Moreno, Juan, La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia /en/ Diario La Ley, Núm. 6344, Sección Doctrina, 21 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley. En el mismo sentido el profesor De Asís en Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008], señala que la sumisión al precedente deriva de la seguridad jurídica “y más en concreto del carácter predecible que debe poseer todo pronunciamiento jurídico al menos como exigencia ideal”.

¹⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia Magro Servet, Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley, cuando afirma que se necesitan “mecanismos que tiendan a garantizar en mayor medida la predecibilidad de las cuestiones que se plantean ante los tribunales de justicia cuando se trata de una mismas cuestiones fácticas que deben tener la misma respuesta sea cual sea el órgano judicial ante el que se presenten”.

¹⁴⁵ El profesor De Asís en Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], p. 917, explica que la

jurídica ya no se dirige a los jueces como agentes del Poder, sino como centros de producción normativa, pero igualmente conduce a la exigencia de sumisión al precedente.

La previsibilidad que la seguridad jurídica exige de las decisiones judiciales, sea como ejercicio del poder o sea como fuente del Derecho, puede tener diversos puntos de partida, pero tiene un mismo punto de llegada. En efecto, aquélla puede fundarse tanto en evitar la arbitrariedad judicial¹⁴⁶, como en disminuir las opciones a las que puede conducir la argumentación jurídica¹⁴⁷. Sin embargo, en ambos casos conducen al mismo resultado: la posibilidad de predecir la forma en que los jueces decidirán los casos, es decir, la sumisión al precedente¹⁴⁸.

Esta exigencia de seguridad jurídica no es baladí. Como expresa Magro, parece posible sostener que “todo ciudadano tiene así el derecho a saber, con nítida precisión, si un hecho es o no lícito, incluso si es o no delito; si un tipo específico se integra con tres o con cinco requisitos”¹⁴⁹. En el mismo sentido se pronuncia Moreno cuando afirma que “las decisiones judiciales deben ser, con un grado razonable de certidumbre, "predecibles", a fin de que la conducta que el derecho regula pueda ser "proyectable", de que las personas puedan saber con un margen suficiente de razonabilidad a qué atenerse”¹⁵⁰. Sólo la sumisión al precedente permite incrementar la precisión de enunciados normativos de Derecho penal material que, inevitablemente, siempre requieren ser precisados.

seguridad jurídica “posee dos significados principales: a) que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse en la creación normativa (en el sentido de que sean capaces de predecir, al menos mínimamente, esta producción); b) que la producción normativa se haga respetando los derechos y valores fundamentales. Ambos significados coinciden en la exigencia de prohibir la arbitrariedad en la producción de normas. A través de esta exigencia, los operadores jurídicos saben que la producción normativa no puede ser arbitraria (en el sentido de opuesta al Ordenamiento). Esto es, todo cambio normativo legal, reglamentado, judicial, debe estar justificado jurídicamente”.

¹⁴⁶ Así, por ejemplo, María Victoria Parra, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], p. 248, afirma que “el arbitrio judicial no es ajeno a la función judicial”, como ocurre con el ejercicio de cualquier poder, podría añadirse.

¹⁴⁷ En este sentido explica Magro Servet, Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley, que las diversas interpretaciones de un enunciado normativo se deben a “la propia riqueza que tiene el Derecho de poder ser contemplado desde muy diversas perspectivas”. En consecuencia, “bajo el amparo de una correcta y exquisita argumentación una misma cuestión de hecho planteada puede ser resuelta en algunos casos de forma distinta por distintos órganos judiciales”.

¹⁴⁸ Sobre esta deseable consecuencia, afirma Figueroa, Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008], p. 36: “Bajo un modelo de precedente, los ciudadanos pueden tener una razonable seguridad de que los casos que se planteen serán resueltos del modo como lo han sido los casos precedentes, a menos que se justifique un cambio de precedente, lo que ocurre de manera excepcional. De esta suerte, los ciudadanos pueden predecir, con razonable certeza, cómo se comportarán los órganos judiciales frente a casos que presenten precedentes: cómo aplicarán el derecho vigente, cómo lo interpretarán y de qué modo resolverán. Esa posibilidad de predicción es lo que se denomina seguridad jurídica.”

¹⁴⁹ Magro Servet, Vicente, Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, Año XXIX, Editorial La Ley.

¹⁵⁰ Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009].

Conviene explicitar que la seguridad jurídica no exige previsibilidad sólo hacia el pasado, sino también hacia el futuro. Eso significa que “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” de que habla el Tribunal Constitucional no sólo argumenta a favor del precedente vertical y del autoprecedente, sino también del precedente hipotético. En efecto, la seguridad jurídica no alcanza sólo a quien hoy se encuentra sometido a una decisión judicial, sino también al que lo esté el día de mañana.

En este sentido, con elocuencia expresa Moreno: “La autonomía del juez es una autonomía limitada. La autonomía absoluta, que podría conducirse al extremo teórico de la autonomía del juez respecto de sus decisiones anteriores sobre casos similares (“precedentes horizontales”), generaría la expectativa de lo inesperado, de lo impredecible, de lo impropio, el escenario propio del arbitrio absoluto, de lo arbitrario, es decir: la anarquía. El exceso de autonomía, el afán desmedido de desligar al juez de todo, hasta de sus actos pasados, sin otra razón que la autonomía misma, deviene en el caos, en la más insufrible de las desgracias colectivas: la anarquía”¹⁵¹.

Con todo, la seguridad jurídica no es el único valor que una decisión judicial debe resguardar. También se debe tutelar, por ejemplo, el interés en adoptar una decisión judicial correcta. Y, según se expresó, la sumisión al precedente es sólo una de las variables cuya concurrencia permite incrementar las posibilidades de una decisión judicial correcta. Por lo mismo, la seguridad jurídica en ningún caso impone la intangibilidad de las decisiones interpretativas anteriores. Lo que hace es inclinar el peso de la argumentación hacia quien desea apartarse del precedente. En otras palabras, exige la sumisión al precedente, a menos que existan buenas razones para separarse de él¹⁵².

4. La racionalidad como fundamento de la sumisión al precedente.

Hasta aquí se ha mostrado que la sumisión al precedente puede ser argumentada desde disposiciones directamente estatuidas en la Constitución Española, como es el caso del derecho fundamental a la igualdad y el principio de seguridad jurídica. Pues bien, dicha sumisión también puede ser justificada desde la exigencia de racionalidad que se impone a toda decisión judicial. En tal caso la argumentación se puede sostener sin dificultad si el precedente es considerado manifestación del ejercicio del Poder. Pero la argumentación se puede sostener también si se considera al precedente como fuente del Derecho. A la consideración de estas dos perspectivas se dedicarán las siguientes palabras.

Previo a ello, conviene advertir que la exigencia de racionalidad se vincula estrechamente al principio de universalidad, que es un principio básico de la argumentación jurídica. Sin embargo, como este último justifica la sumisión al precedente desde una perspectiva extrajurídica, se tratará separadamente en el Título respectivo

¹⁵¹ Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009].

¹⁵² En este mismo sentido, afirma Magro Servet, La unificación de criterios: una anhelada aspiración /en/ Diario La Ley, Núm. 6498, Sección Doctrina, 7 abr. 2007, año XXVII, Editorial La Ley. Que “la seguridad jurídica también nos exige a los juristas que no puede existir una alteración interpretativa sin justificación alguna”.

4.1. Racionalidad y precedente como ejercicio del Poder.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que entre sus atribuciones se encuentra la posibilidad de evaluar la racionalidad de las decisiones judiciales. Así lo ha expresado, por ejemplo, respecto de la admisión de recursos procesales¹⁵³, respecto de la determinación de la pena¹⁵⁴ y, de manera general, respecto del razonamiento contenido en una decisión judicial¹⁵⁵. Esta exigencia de racionalidad, que se hace sinónimo de no arbitrariedad, se adscribe al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), como expresamente lo ha mostrado el profesor De Asís¹⁵⁶. Y todo ello porque, como afirma el Tribunal Constitucional, una decisión motivada es garantía frente a la irrazonabilidad o arbitrariedad de los poderes públicos¹⁵⁷.

En consecuencia, parece posible sostener que en el sistema jurídico español la exigencia de racionalidad es un derecho fundamental otorgado por una norma adscrita por el Tribunal

¹⁵³ En la materia, dispone la STC 305/2005, de 12 de diciembre, fundamento jurídico 2: “El control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre dichas decisiones [de admisión de recursos procesales] es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen la suficiente motivación, si se apoyan en una causa legal o si han incurrido en error material patente o se fundan en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable (por todas, STC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2)”.

¹⁵⁴ Así lo establece la STC 108/2001, de 23 de abril, fundamento jurídico 3: “En relación a este último extremo, sin embargo, nuestro control se ciñe a examinar si la extensión de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria”.

¹⁵⁵ En este sentido, dispone la STC 320/2006, de 15 de noviembre, fundamento jurídico 4: “En otros términos, la exigencia de una motivación adecuada y suficiente constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial, en cuanto fruto de una interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico reconocible, es consecuencia de su aplicación razonada y no el fruto de la arbitrariedad (STC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3)”.

¹⁵⁶ La sumisión al precedente como exigencia de la tutela judicial efectiva ha sido sostenida por el profesor De Asís tanto en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (al respecto ver De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, especialmente pp. 270 y 271), como desde una argumentación jurídica independiente de aquella (al efecto ver De Asís Roig, Rafael, *Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario* /en/ *Revista de Derecho Constitucional, El Salvador* [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008]).

¹⁵⁷ Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 325/2005, de 12 de diciembre, fundamento jurídico 2, en un párrafo que, aunque algo extenso, merece la pena transcribir aquí. “Este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada (art. 120.3 CE), es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6)”.

Constitucional a la norma directamente estatuida en el artículo 24.1 y que confiere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, y en palabras de Bulygin, la sumisión al precedente es condición de racionalidad de una decisión judicial. Si un mismo juez se enfrenta a dos casos cuyos hechos fijados son iguales y decide desigualmente sin justificar el cambio, actúa de manera irracional¹⁵⁸. Si, por el contrario, las decisiones judiciales son iguales o se justifica el cambio, el juzgador actúa racionalmente. Como se puede advertir, estas afirmaciones resultan perfectamente aplicables tanto al precedente vertical como al autoprecedente.

De acuerdo con lo recién expresado, la arbitrariedad o irrazonabilidad, por utilizar el lenguaje del Tribunal Constitucional, debe predicarse de una decisión judicial que no ha sido respetuosa del autoprecedente personal¹⁵⁹, o que no ha justificado su abandono.

Conviene destacar que la regla de universalidad no mira sólo hacia las decisiones pasadas. También mira hacia las decisiones futuras. Eso significa que el juzgador no sólo debe decidir un caso en el mismo sentido que ha decidido igual caso anterior. Además debe decidir cada caso en el mismo sentido que estaría dispuesto a decidir igual caso futuro. Dicho de otro modo, el juzgador se comporta racionalmente si al caso actual aplica la misma decisión interpretativa que aplicó en igual caso pasado y que está dispuesto a aplicar en igual caso futuro¹⁶⁰.

En este mismo sentido se pronuncia Gascón, en un texto en el que trata simultánea e indiferenciadamente los que aquí se han denominado autoprecedente y precedente hipotético. Al respecto expresa que el respeto al propio precedente constituye “la última trinchera de racionalidad” cuando el juzgador carece de criterios que le permitan elegir

¹⁵⁸ Expresa Bulygin en *Los jueces ¿crean Derecho? /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2003, Núm. 18, [citado 2 agosto 2007], p. 21: “Cuando digo que la decisión del juez en un caso individual lo compromete a decidir de igual modo todos los casos iguales (o relevantemente análogos) no quiero insinuar que el juez esté (jurídicamente o moralmente) obligado a seguir sus propios precedentes. No se trata de una obligación, sino de una condición de racionalidad: un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa irracionalmente”. Es conveniente advertir que la idea aquí expresada por Bulygin es sustancialmente acertada, pese a la errónea exigencia de “indicar la diferencia” que justifica no seguir el precedente. Según se ha expresado, si los casos son iguales, corresponde someterse al precedente. Si los casos son desiguales, no está obligado someterse al precedente. En consecuencia, el apartamiento del precedente no deriva de una “diferencia” entre los casos (entre los hechos fijados de los casos, para ser más precisos), como parece sugerirlo Bulygin. Según se expresó más arriba, ese apartamiento es resultado de una diversa valoración de las condiciones en que se debe pronunciar la decisión actual o derechamente de una corrección a la decisión interpretativa establecida en el precedente.

¹⁵⁹ Con la expresión autoprecedente personal se está aludiendo a lo que en este trabajo se ha definido como autoprecedente, pero en un sentido personal y no institucional (ver Título II del presente Capítulo).

¹⁶⁰ En este mismo sentido, María Victoria Parra, *El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico* [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], pp. 250 y 251, explica que el principio de universalidad “supone que el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo, sea enunciado en términos universales, con lo cual se logra establecer normas interpretativas universales, que constituyen barreras contra la arbitrariedad, en tanto los jueces decidirán los casos, de manera similar a como fueron resueltos en el pasado y a como se resolverán en el futuro”.

entre diversas interpretaciones posibles de una disposición¹⁶¹. Ello se debe, añade la autora, a que dicha sumisión “es un instrumento de interdicción de la arbitrariedad”¹⁶². Confirmando esta perspectiva, Parra sostiene que este principio fundamental de la argumentación racional permite generar normas interpretativas universales que se erigen en obstáculos contra la arbitrariedad judicial¹⁶³.

La exigencia de que un juez se someta, hacia el pasado o hacia el futuro, a sus propias decisiones interpretativas frente a casos iguales parece tan elemental que se puede establecer una analogía con la siguiente idea de Accatino: “Si llegáramos a encontrarnos, como le ocurrió en uno de sus fantásticos viajes a Pantagruel, frente a un juez que decidiera un litigio de acuerdo a la suerte de los dados, ciertamente la perplejidad nos invadiría. Un grado similar de desconcierto nos produciría el recibir de un tribunal una decisión desnuda de motivos, que se limitara sólo a afirmar o negar nuestro derecho o nuestra culpabilidad sin dar cuenta de las razones que la sostienen, sin justificar públicamente su preferencia por las pruebas y argumentos de una u otra parte”¹⁶⁴. Desde la exigencia de racionalidad, seguramente la misma perplejidad debería provocar que el juez abandone sus autoprecedentes personales o que no esté dispuesto a seguirlos en el futuro, sin fundamentarlo.

Con estos elementos resulta posible explicitar las relaciones existentes entre la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y las perspectivas doctrinarias recién reseñadas. De acuerdo con lo expuesto por los autores, la sumisión al precedente es condición de racionalidad de una decisión judicial. La racionalidad de una decisión judicial, a su turno, es una exigencia constitucional adscrita por el Tribunal Constitucional al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, la sumisión al precedente, entendido como manifestación del ejercicio del Poder, es una exigencia que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

La fortaleza de este primer argumento es innegable. Sin embargo, parece presentar una limitación de cierta relevancia, al menos desde los objetivos de este trabajo. Este argumento sólo permitiría justificar la sumisión al precedente hipotético y al autoprecedente de carácter personal. No permitiría justificar la sumisión al precedente vertical ni al autoprecedente de carácter institucional. Ello se debe a que la racionalidad, en los términos

¹⁶¹ Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 215.

¹⁶² Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 225.

¹⁶³ En este mismo sentido, María Victoria Parra, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], pp. 250 y 251, explica que el principio de universalidad “supone que el significado que un juez ofrece a un enunciado normativo, sea enunciado en términos universales, con lo cual se logra establecer normas interpretativas universales, que constituyen barreras contra la arbitrariedad, en tanto los jueces decidirán los casos, de manera similar a como fueron resueltos en el pasado y a como se resolverán en el futuro”.

¹⁶⁴ Accatino Scagliotti, Daniela. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral [on line], vol.15, diciembre 2003 [citado 7 mayo 2009], p. 9.

señalados por Bulygin, sólo resulta exigible respecto de las decisiones emanadas de una misma persona. Por lo mismo, no sería aplicable a las decisiones judiciales en un sentido institucional.

4.2. Racionalidad y precedente como fuente del Derecho.

La sumisión al precedente también puede argumentarse desde la racionalidad como exigencia a la configuración del sistema jurídico. En este sentido, el profesor De Asís sostiene que la sumisión al precedente se justifica, entre otras razones, en la exigencia de racionalidad. Esta racionalidad “expresa la necesidad de contemplar al Derecho como un sistema jurídico coherente”¹⁶⁵. Desde el punto de vista de la decisión judicial, ello significa que al interpretar se “debe dotar a los enunciados de aquel significado que no esté en contradicción con el Ordenamiento y que sea además el más coherente”. Y añade: “Esta operación interpretativa presupone tanto la necesidad de contemplar el Ordenamiento como un todo cuanto la de conservar los enunciados normativos que lo componen y respetar los principios de ordenación”¹⁶⁶.

En lo fundamental este argumento afirma que las decisiones interpretativas de los jueces deben mantener la coherencia del Derecho. Por lo mismo, se entiende que esas decisiones interpretativas incluidas en los precedentes, pasan a integrar el ordenamiento jurídico. Y ello porque al precisar el significado de las disposiciones legisladas, generan verdaderas prescripciones normativas que determinan el alcance y posibilidades del Derecho. En este sentido, parece posible coincidir con Herrera, para quien la “jurisprudencia no es sólo una fuente de derecho, es la expresión viva del pasado, del presente y del futuro posible del derecho”¹⁶⁷. En este trabajo se coincide con esta perspectiva que entiende que las decisiones interpretativas constituyen Derecho, aunque no resulta posible extenderse sobre su justificación.

Ahora bien, si el precedente es mirado como fuente del Derecho, la exigencia de racionalidad opera sobre todas las categorías de precedente incluidas en la propuesta de este trabajo. En efecto, el juzgador del caso deberá someterse no sólo al autoprecedente en vertiente personal y al precedente hipotético, como ocurre con el precedente mirado como expresión del ejercicio del Poder. Además deberá someterse al precedente vertical y al autoprecedente en su sentido institucional. Esto se debe a que la exigencia de coherencia se

¹⁶⁵ De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008].

¹⁶⁶ Más ampliamente, el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 210, afirma que: “Si analizamos el significado de los diferentes criterios, parece que todos poseen una perspectiva común: la contemplación sistemática del Derecho. Esa es la perspectiva a adoptar en la interpretación, y su significado puede resumirse en la idea de la coherencia. Esta idea creo que sirve para caracterizar cómo debe ser el Derecho y, en definitiva, para entenderlo como una técnica racional de control social. El intérprete debe dotar a los enunciados de aquel significado que no esté en contradicción con el Ordenamiento y que sea además el más coherente. Por ello, tiene que tener en cuenta sus elementos (normas, principios, etc...), que funcionan como criterios de autoridad. El significado coherente se proporciona a través y desde los elementos del Ordenamiento”.

¹⁶⁷ Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión /en/ GL. [on line], vol. 12, Núm. 1, abr. 2006 [citado 7 mayo 2009], p. 123.

predica de todo elemento que integre el ordenamiento jurídico y los precedentes de todas estas categorías son elementos que integran el ordenamiento jurídico.

Pero si el precedente es mirado como fuente del Derecho, el argumento presenta un problema desde los cimientos. Se trata de una justificación que seguramente no resulta persuasiva para quienes niegan esa aptitud o calidad a las decisiones judiciales. Ello debe ser así admitido, pese a la debilidad de esta última perspectiva.

4. Argumentos extrajurídicos.

El sometimiento al precedente puede ser justificado no sólo desde el Derecho, y específicamente desde los derechos fundamentales. Incluso a falta de aquéllos, sería posible entregar sólidas razones extrajurídicas para que los tribunales se sometan al precedente vertical, al autoprecedente y al precedente hipotético. Esas justificaciones serán analizadas a continuación, distinguiéndose entre las de argumentación, las de análisis económico y las de carácter político. Con excepción del primero, todos ellos pueden ser denominados “argumentos prácticos”¹⁶⁸.

4.1. Justificación desde la argumentación.

Alexy sostiene que en el discurso práctico general existen ciertas reglas fundamentales que son “condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección”. Una de esas reglas fundamentales es la siguiente: “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes”¹⁶⁹. El autor alemán explica que esta regla, llamada regla de la universabilidad, se refiere a la coherencia de un único hablante. Además, precisa que aplicada a expresiones valorativas adopta la siguiente forma: “Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes”¹⁷⁰.

Como se puede advertir, la procedencia del principio de universabilidad al Derecho es evidente. Si el juzgador estima que el caso actual es igual a un caso anterior, entonces los juicios de valor o deber ser predicados respecto de éste último deben ser también predicados respecto del primero. Del mismo modo, si el juzgador está dispuesto a predicar determinados juicios de valor o de deber ser a un caso actual, debe estar dispuesto a predicarlo respecto de todo caso futuro que sea igual al anterior. Esos juicios de valor o de deber ser son las decisiones interpretativas.

¹⁶⁸ Parra, María Victoria, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], p. 249.

¹⁶⁹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 185.

¹⁷⁰ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 187.

Todo ello permite sostener que la sumisión al precedente encuentra su fundamento en el principio de universalidad¹⁷¹, e incluso que dicha sumisión es la traducción jurídica de este principio¹⁷². En efecto, el también conocido como principio de la inercia “exige mantener la interpretación que sirve para solucionar un supuesto en todos los supuestos similares, exigiéndose que su abandono se haga con una suficiente justificación”¹⁷³.

4.2. Justificación desde el análisis económico del Derecho.

Desde el análisis económico del Derecho también se pueden formular algunos argumentos a favor de la sumisión al precedente. El primero de ellos se refiere a que la sumisión a las decisiones interpretativas en casos iguales disminuye la litigiosidad¹⁷⁴. Si los operadores jurídicos cuentan con decisiones interpretativas uniformes, se encontrarán en mejores condiciones para tomar decisiones respecto de la conveniencia de litigar. En efecto, si las decisiones judiciales son impredecibles, ambas contarán con una alta expectativa respecto de la posibilidad de triunfar en un litigio¹⁷⁵.

Este razonamiento es perfectamente aplicable al ámbito penal. En el caso de los órganos que ejercen la investigación y persecución penal, sabrán prontamente si vale la pena continuar adelante con ellas. En el caso de quienes prestan defensa letrada, se encontrarán en mejores condiciones para aconsejar a sus clientes sobre la conveniencia de enfrentar la persecución penal o negociar salidas penales alternativas al juicio¹⁷⁶. De este modo, la sumisión al precedente incrementa las posibilidades de acuerdos entre acusación y defensa¹⁷⁷.

¹⁷¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 262.

¹⁷² Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], p. 225.

¹⁷³ De Asís Roig, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 194.

¹⁷⁴ En este sentido, Magro Servet, La unificación de criterios: una anhelada aspiración /en/ Diario La Ley, Núm. 6498, Sección Doctrina, 7 abr. 2007, año XXVII, Editorial La Ley, afirma que “por medio de una adecuada unificación de criterios, podrían quedar resueltos extrajudicialmente muchos conflictos si las partes conocieran de antemano el criterio del tribunal en una materia concreta”.

¹⁷⁵ En un interesante estudio desde el análisis económico del Derecho José Francisco García, Reforma al Poder Judicial: una agenda para la discusión /en/ Serie Informe Político, Libertad y Desarrollo [on line], abril 2007, Núm. 100 [citado 14 febrero 2009], p. 38, explica que “si los agentes involucrados no pueden anticipar razonablemente cuál será el criterio de decisión de los tribunales, dicha incertidumbre se traducirá en múltiples costos que dificultarán las relaciones entre los actores sociales. En efecto, si una misma norma tiene distintas interpretaciones y alcances, cuando se repitan situaciones similares en el futuro, el incentivo para que terminen en juicio es elevado, ya que ambas partes tendrán la expectativa de que el tribunal los favorezca”. Y añade: “En ese caso, todo el costo que significó el primer juicio no constituye ningún aporte a los otros casos acaecidos posteriormente, obligando al país y a las personas a incurrir una y otra vez en costos judiciales para casos que son prácticamente idénticos, con el consecuente aumento de la conflictividad, incertidumbre e inseguridad”.

¹⁷⁶ Una noción sobre las salidas alternativas al juicio penal, básica pero suficiente para los fines de este trabajo, se entregó en el Capítulo Preliminar.

¹⁷⁷ En este sentido, afirma José Francisco García, Reforma al Poder Judicial: una agenda para la discusión /en/ Serie Informe Político, Libertad y Desarrollo [on line], abril 2007, Núm. 100 [citado 14 febrero 2009], p. 38: “Desde la perspectiva económica, el conocimiento de cómo los tribunales aplicarán el derecho tiene un

La sumisión al precedente se puede justificar, en segundo lugar, en que se facilita la tarea interpretativa de los órganos jurisdiccionales. En efecto, si el significado de los enunciados normativos ha sido precisado por los precedentes, el juzgador del caso actual no necesita repetir esa misma tarea. Esta es, ciertamente, la función actualmente cumplida por el Tribunal Constitucional respecto de los enunciados normativos constitucionales y, en especial, de los iusfundamentales¹⁷⁸. Pues bien, conseguir análogo fruto en materia penal es un buen argumento para sostener la sumisión al precedente.

Contrariamente a lo sostenido por Castillo Alva, el facilitar la actividad interpretativa judicial es un argumento que no debe asociarse a una concepción meramente persuasiva de los precedentes¹⁷⁹. Por lo demás, el autor no ofrece ningún argumento que enlace ambos extremos. Por el contrario, parece posible sostener que esa simplificación de la actividad interpretativa en los términos propuestos en este trabajo se justifica en el ahorro de recursos. Y la lógica económica indica que entre las diversas opciones que conducen a un mismo resultado debe preferirse la de menor costo, a menos que existan razones en sentido contrario¹⁸⁰.

En tercer lugar, y siempre desde el análisis económico del Derecho, la sumisión al precedente incrementa las posibilidades de prever los costos que en materia de litigación pueden generar ciertas decisiones. En efecto, “en un sistema en donde no existe precedente la contingencia es muy alta”. Y, si no existe seguridad acerca de como se debe interpretar el derecho y como se comportarán nuestros tribunales, entonces los ciudadanos, ante la

importante efecto en el nivel de litigiosidad. Para este razonamiento debemos asumir como evidente que los arreglos son más convenientes y baratos que los litigios”.

¹⁷⁸ Al respecto expresa Remón Peñalver en La lucha por la seguridad jurídica [on line], [citado 23 febrero 2009], que “la jurisdicción ordinaria encuentra en la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales una guía firme para su propia labor jurisdiccional”.

¹⁷⁹ Castillo Alva, El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 35, distingue tres respuestas frente a la pregunta de si los precedentes son vinculantes en materia penal. La primera entiende que los precedentes sólo tienen fuerza persuasiva, de modo que “[e]l uso de la jurisprudencia sería relevante en la medida que ilustra, recomienda, facilita la actividad judicial o establece una serie de indicaciones valiosas”. La segunda respuesta plantea el sometimiento formal, riguroso y estricto al precedente, de modo que “el juez se encuentra obligado a observar y cumplir el precedente que se cita o se recurre”. La tercera respuesta es intermedia y sostiene que el precedente “cumple un papel disuasorio, en el sentido que de no seguir la doctrina jurisprudencial o los precedentes que se citan se corre el riesgo de que el fallo sea revocado”.

¹⁸⁰ Las ventajas económicas del precedente son destacadas por Figueroa G., Rodolfo, Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008], p. 36, en los siguientes términos: “La seguridad jurídica reduce la contingencia. Dicho al revés, donde no existe un sistema de precedente la contingencia es muy alta, lo que hace que el sistema sea deseconómico, y con esto entramos en una tercera función. En efecto, si no existe seguridad acerca de cómo se interpretará el derecho y cómo se comportarán los tribunales, entonces los ciudadanos, ante la incertidumbre, deberán tomar precauciones adicionales y eventualmente cubrir varias alternativas en relación con el cumplimiento de las normas vigentes, probablemente incurriendo en mayores costos que los que hubieran sido necesarios, de existir un modo de proceder uniforme y obligatorio de parte de los órganos judiciales, conocido por todos. Además, resulta deseconómico un sistema que obliga a considerar cada caso como si fuera un caso nuevo. En los sistemas donde no se reconoce el precedente, cada caso puede ser resuelto de cualquier manera; toda alternativa de solución que se presente será una alternativa disponible, de modo que cada caso puede estimarse como un caso nuevo. Pues bien, estimar cada caso como un caso nuevo es deseconómico”.

incertidumbre, deberán tomar precauciones adicionales y eventualmente cubrir variadas alternativas en relación con el cumplimiento de las normas vigentes, incurriendo en mayores costos de lo que hubieran sido necesarios si existiera un actuar uniforme y obligatorio por parte de los tribunales de justicia”¹⁸¹.

4.3. Justificación desde consideraciones políticas.

La exigencia de sumisión al precedente también se puede justificar desde consideraciones que genéricamente pueden ser consideradas como políticas.

La primera de ellas se relaciona con el incremento de la confianza en el funcionamiento del sistema jurisdiccional por parte de la ciudadanía y de los operadores jurídicos¹⁸². En efecto, si los tribunales dictan iguales decisiones frente a casos que presentan iguales hechos fijados las personas sabrán a qué atenerse¹⁸³. Esta reiteración de decisiones se produce si se respetan las decisiones interpretativas contenidas en los precedentes en caso de igualdad entre los hechos fijados en aquél y los hechos fijados en el caso actual.

Lo recién expresado genera una segunda justificación política para la sumisión al precedente: el incremento de la legitimidad del sistema judicial. En efecto, dicho sometimiento constituye una regla que incrementaría la legitimidad del sistema jurisdiccional. Ello se debe a que la “obligación de resolver un caso como ha sido resuelto en otro, precedente, implica suponer que la decisión del caso anterior es la correcta, ya que si el tribunal considera que no es la correcta debe probar y justificar el cambio del precedente y el modo de resolver”¹⁸⁴.

Por último, la sumisión al precedente se justifica en que disminuye la injerencia de motivaciones extrajurídicas para resolver un caso. En este sentido se debe reconocer que los jueces pueden resultar influidos por sus creencias respecto de las políticas públicas más convenientes, por sus necesidades humanas básicas de ser estimado o la de tener poder¹⁸⁵, o

¹⁸¹ Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], pp. 4 y 5.

¹⁸² Magro Servet, Vicente, Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, año XXIX, Editorial La Ley, afirma al respecto: “La inseguridad jurídica provoca una merma en la credibilidad de la justicia, y los factores que coadyuven en conseguir una unidad de criterio servirán para que los ciudadanos y los profesionales que a estos representan y defienden eleven su nivel de confianza en la justicia”.

¹⁸³ Remón Peñalver en La lucha por la seguridad jurídica [on line], [citado 23 febrero 2009], explica que el dogma de imperio de la ley y racionalidad del legislador “está siendo paulatinamente sustituida por una *lógica de red* (XIOI RÍOS) articulada en torno a una trama de estructuras sectoriales autónomas dotadas de sus particulares regímenes jurídicos (*Derecho global sin Estado*) y de sus propios centros y pautas de decisión”. Pero para que un sistema asentado sobre estas bases funcione correctamente es necesario “que asuma el principio de vinculación al precedente para que puedan conocerse las líneas de razón que sirven de fundamento a sus decisiones y todo el mundo pueda saber a qué atenerse”.

¹⁸⁴ Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 5.

¹⁸⁵ En este sentido, afirma Linares, Sebastián, La independencia judicial: conceptualización y medición /en/ Política y gobierno [on line], vol. XI, Núm. 1, primer semestre 2004 [citado 10 mayo 2009], p. 94, que “el contenido axiológico o político concreto de las instituciones —o de los valores que el juez persigue— suele

por sentimientos de simpatía, odio o temor¹⁸⁶. Esas motivaciones pueden ser atemperadas si, como se sugiere en este trabajo, se cumplen dos requisitos. Primero, si se establece una intensa sumisión a las decisiones interpretativas. Y segundo, si la posibilidad de abandonar el precedente se limita al Tribunal Supremo y, eventualmente, al Tribunal Constitucional. Es efectivo que en este caso no se suprimirían aquellas circunstancias extrajurídicas. Sin embargo, y por contrapartida, su injerencia se limitaría a los máximos órganos jurisdiccionales, en lugar de permitir que incidan en cada juez y tribunal.

V. Objeciones a la sumisión al precedente.

La doctrina ha formulado diversas críticas a la exigencia de sumisión al precedente. Un análisis de las mismas permite reconducirlas a cinco grandes objeciones. Ellas son que se atenta contra la independencia judicial, que se impide la evolución del Derecho, que resulta imposible contar con unívocos juicios de igualdad respecto de casos diferentes, que resulta incompatible con el sistema jurídico cultural Europeo Continental y que se atenta contra el principio de legalidad penal. A continuación se explicará cada una y las respuestas que se pueden ofrecer a las mismas.

1. La independencia judicial.

Una primera objeción al mandato de sumisión al precedente se encuentra en la independencia judicial. En lo esencial, este argumento sostiene que ese sometimiento atenta contra la independencia con que deben contar los tribunales para resolver los casos sometidos a su decisión¹⁸⁷. En este sentido se pronuncia categóricamente Herrera cuando afirma: “Los jueces inferiores no están sujetos a instrucciones, ni líneas, ni actúan en forma dirigida, ni mecánica a las directrices, pues el juez sólo está sometido a la ley y a su conciencia, no está obligado a acatar la decisión de la Corte Suprema”. En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, Remón¹⁸⁸ y Ramírez¹⁸⁹. Incluso advierten sobre esta colisión

encubrirse mediante un discurso racionalista que atribuye una supuesta neutralidad axiológico-jurídica a las leyes o instituciones formales, manifestada por su carácter abstracto y general, su publicidad, y el hecho de que incluso los gobernantes se encuentran sujetos a las mismas”.

¹⁸⁶ Al respecto expresa Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009]“: El juez no puede sucumbir en la tentación de juzgar a partir de sus simpatías o sus odios, o de sus deseos de beneficiar a las partes movido por el miedo (amenaza) o el ánimo de "provecho" personal (soborno, coima, etc.), o de su debilidad ante las presiones de su entorno (familia, superiores, grupo social, opinión pública)”.

¹⁸⁷ Debe destacarse que en el Derecho español la independencia de los tribunales es una garantía de jerarquía constitucional, como expresamente lo dispone el artículo 117.1 de la Constitución: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

¹⁸⁸ Categóricamente afirma Remón Peñalver, La lucha por la seguridad jurídica [on line], [citado 23 febrero 2009]: “La independencia judicial, clave de bóveda del Estado de Derecho, se convierte de este modo en un obstáculo para la conformación de un sistema de sujeción automática al precedente. La independencia equivale a *ausencia de subordinación* (DE OTTO) (70) y supone que, en el ejercicio de su función, los jueces no están sujetos a órdenes ni instrucciones de nadie”.

de intereses entre independencia judicial y sumisión al precedente algunos partidarios de la sumisión al precedente. Es, por ejemplo, el caso de Castillo Alva¹⁹⁰ y García toma¹⁹¹.

Para evaluar la calidad de esta objeción es necesario, ante todo, precisar el significado de la expresión independencia. Al respecto expresa Linares que la independencia judicial señala la inexistencia de un vínculo entre un juez individual y ciertos elementos. Sin embargo, precisa el autor, “no podemos predicar y medir de manera directa la “ausencia de algo” a menos que —explícita o implícitamente— postulemos la “existencia” de otra cosa”. Pues bien, aquello que sí debe existir sin que afecte la independencia judicial es la sumisión del juzgador al Derecho aplicable y a los hechos del caso¹⁹².

En lo que aquí interesa, y siguiendo ahora al profesor De Asís, lo recién expresado significa que los jueces, como todo poder del Estado, están sometidos al Derecho y la independencia en nada atenúa ni matiza esta sumisión¹⁹³. Para decirlo todavía más claramente “la independencia judicial es un principio que no puede entrar en colisión con la sujeción al Derecho y afecta más bien a influencias no jurídicas. Siguiendo con ese razonamiento, la existencia de normas del legislador también afectaría a esa independencia”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Al respecto expresa Ramírez en *La rebelión de los jueces. La jurisprudencia es vinculante para el juez?* [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 9: “El conflicto se presenta entre dos valores: la uniformidad de la jurisprudencia vs. la independencia del juzgador”.

¹⁹⁰ Sobre el punto expresa Castillo Alva, *El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano* [on line], [citado 6 febrero 2009], p. 40: “Por otra parte, el juez no puede ni debe aceptar acríticamente el precedente. Así lo impone la independencia judicial 221, la exclusiva obligación de vincularse a la Constitución y a la ley y la necesaria separación de poderes en la función de creación y aplicación de las normas”. Como se puede advertir, el autor admite la sumisión al precedente, pero entiende que éste puede no ser seguido si así lo dispone el principio de independencia judicial.

¹⁹¹ Como destaca García Toma, *Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano* /en/ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coordinadores) *La Ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, T. V. juez y sentencia constitucional [on line], [citado 9 febrero 2009], en el Derecho constitucional peruano existe el mandato de sumisión al precedente vinculante. Así lo estatuye expresamente el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional. Pues bien, el autor afirma, p. 401, que dicha sumisión “deviene en un límite al principio de independencia judicial establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución [peruana]”.

¹⁹² Al respecto expresa Moreno Ortiz, Luis Javier, *¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes?* [on line], [citado 10 mayo 2009]: “Ese juicio que hace por sí mismo el juez, no ocurre de cualquier manera, sino que está referido o limitado por una serie de “elementos de juicio” que le son dados, los cuales en su autonomía (ya pesar de ella) no le es posible desconocer. Tales elementos son el derecho (Constitución, ley, actos administrativos, sentencias de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sentencias de nulidad, ¿jurisprudencia?, ¿costumbre?, etc.) y la realidad (los hechos debidamente probados en el proceso)”.

¹⁹³ Expresa el profesor De Asís en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 245: “La independencia no incide ni matiza el sometimiento del Poder Judicial al Derecho, sino todo lo contrario. Implica la ausencia de coerción ajena a lo jurídico”. Y reitera en la p. 298: “Este tipo de argumentos no tienen en cuenta que la independencia judicial no se produce frente al Derecho”. En el mismo sentido, destaca en *Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial* /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], p. 923, que “en ningún caso puede pensarse que la independencia judicial es en relación con el Derecho, sino todo lo contrario”.

¹⁹⁴ De Asís Roig, Rafael, *Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario* /en/ *Revista de Derecho Constitucional, El Salvador* [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008].

En consecuencia, esta contradicción entre independencia judicial y sumisión al precedente no es real. En efecto, y como explica Damián, “[l]a independencia judicial y el deber de sometimiento a la ley no son conceptos incompatibles sino necesariamente complementarios”¹⁹⁵. En este sentido precisa el profesor De Asís que se puede pensar “que cuando se destaca en estos casos el valor de la independencia se hace pensando en posibles instrucciones u órdenes de órganos superiores a inferiores y no desde la consideración de la posible fuerza vinculante de las decisiones anteriores”¹⁹⁶.

Esclarecido que los jueces están sometidos al Derecho, corresponde explicitar la conexión de esta idea con la sumisión al precedente.

Para esos efectos es necesario recordar que el sometimiento al precedente viene exigido por el ordenamiento jurídico. En particular, y según se ha sostenido en este trabajo, por el derecho fundamental a la igualdad, por el principio de seguridad jurídica y por la exigencia de racionalidad en cuanto adscrita al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, si el sometimiento a los precedentes es un mandato que proviene de las normas relativas a la igualdad, la seguridad jurídica y la exigencia de racionalidad, el apartamiento injustificado del primero constituye una infracción a estas últimas. En consecuencia, si los jueces están sometidos al Derecho y el sometimiento al precedente viene exigido por este último, entonces los jueces están sometidos al precedente.

Pero a ese argumento resulta posible añadir todavía otro más. En este trabajo se ha sostenido que los jueces crean Derecho a través de las decisiones interpretativas contenidas en sus sentencias. En consecuencia, los precedentes, y más específicamente tales decisiones interpretativas, integran el ordenamiento jurídico. Si los jueces están sometidos al Derecho y los precedentes forman parte del mismo, entonces los jueces están sometidos a los precedentes.

De acuerdo con lo que se viene expresando, rechazar la sumisión al precedente sobre la base de la independencia judicial vulnera doblemente el ordenamiento jurídico. Por una parte, porque la sumisión al precedente es una exigencia que deriva de las normas constitucionales sobre la igualdad, la seguridad jurídica o la tutela judicial efectiva. Por otra parte, porque se considera que los precedentes (es decir, las decisiones interpretativas de los jueces) constituyen Derecho. Frente a cualquiera de estos dos supuestos argüir la independencia judicial implicaría colocar a los tribunales por sobre el ordenamiento jurídico al que se encuentran constitucionalmente sometidos, como acertadamente destaca el profesor De Asís¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Damián Moreno, Juan, La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia /en/ Diario La Ley, Núm. 6344, Sección Doctrina, 21 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley.

¹⁹⁶ De Asís Roig, Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], p. 923.

¹⁹⁷ Sostiene el profesor De Asís en Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 298 y 299, que al suponer que la independencia judicial es un “principio que se vería vulnerado en caso de exigir la vinculación al precedente (o más correctamente en caso de exigir la motivación expresa de los cambios en los criterios decisorios), se está defendiendo la posibilidad de que exista un poder público no vinculado a todos los principios constitucionales y que además pueda actuar sin una sujeción clara

En síntesis, no parece posible contraponer la independencia judicial al mandato de sumisión al precedente. La independencia judicial es un valor por añadidura de jerarquía constitucional que debe ser enérgicamente defendido. Sin embargo, esa independencia no opera respecto del Derecho, pues los jueces deben resolver los casos sometidos a su decisión precisamente conforme a Derecho. Y, según se ha mostrado, existen buenas razones para considerar que la sumisión al precedente es una exigencia establecida por el propio ordenamiento jurídico. Esta afirmación resulta fortalecida si se reconoce que las decisiones interpretativas de los jueces constituyen Derecho.

2. La evolución del Derecho.

La segunda objeción al mandato de sumisión al precedente se refiere a que impide la evolución del Derecho. De acuerdo con esta perspectiva, dicha sumisión petrifica o rigidiza el ordenamiento jurídico. En este sentido se pronuncia Nieva, para quien “la riqueza del ordenamiento se basa, entre otros puntos, en que el Derecho no fosilice sus interpretaciones y, por tanto, en que la jurisprudencia no permanezca estática”. De ahí que el autor añada, refiriéndose a las decisiones judiciales, que “algo que debería ser mucho más ágil, dinámico y adaptable que una ley, se torna estático, lento, inamovible y anquilosado”¹⁹⁸. En igual dirección se pronuncia Herrera cuando expresa: “El precedente judicial es un tanto persuasivo, pero no favorece en su aplicación mecánica y literal a una jurisprudencia más reflexiva, más lógica, más crítica, lo cual no quiere decir ni pretender crear situaciones impropias en el aparato judicial, pero sí asegurar la independencia de los jueces”¹⁹⁹.

La respuesta a esta objeción ha sido implícitamente entregada a lo largo del presente capítulo. Por lo mismo, en lo que sigue sólo se explicitarán muy concisamente algunas ideas al respecto.

Como punto de partida, parece posible coincidir con Magro en que “una cuestión es que los miembros del Poder Judicial tengan la función interpretadora de la normativa jurídica a la hora de aplicar el derecho a un caso concreto y otra que se produzcan situaciones de diversidad de criterios ante supuestos idénticos por la propia indefinición de la norma”²⁰⁰. En otras palabras, una cosa es quién detenta la potestad de interpretar los enunciados

e incluso de forma arbitraria”. “Otra cosa supone otorgar a estos centros un poder que se situaría por encima del Parlamento y una fuerza superior a la Constitución”.

¹⁹⁸ Y con singular énfasis añade Nieva Fenoll, Jordi, La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la unificación de doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho /en/ Diario La Ley, Núm. 6393, Sección Doctrina, 4 ene. 2006, año XXVII, Editorial La Ley: “Porque si el valor principal es conservar la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico positivo no acaba siendo más que un pretexto para construir esa jurisprudencia. Y mientras no es reformado, la jurisprudencia continúa siendo la misma, porque, evidentemente, humanamente es mucho más cómodo y sencillo mantenerla que modificarla, teniendo que justificar por qué. Finalmente, el Tribunal Supremo se acaba convirtiendo en un órgano de inadmisión de recursos, así como de conservación de la jurisprudencia como si de una reliquia se tratase. Y el ordenamiento jurídico se queda sin su principal acicate: el Tribunal Supremo”.

¹⁹⁹ Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión /en/ GL. [on line], vol. 12, Núm. 1, abr. 2006 [citado 7 mayo 2009], p. 134.

²⁰⁰ Magro Servet, Vicente, La unificación de criterios: una anhelada aspiración /en/ Diario La Ley, Núm. 6498, Sección Doctrina, 7 abr. 2007, año XXVII, Editorial La Ley.

normativos legislados y otra diferente es el modo en que se ejerce esa potestad. Pues bien, no hay dudas que los jueces cuentan con potestad interpretativa. El punto de discrepancia respecto de lo sostenido por Nieva se refiere a cómo deben ejercer esa potestad.

Pues bien, y respecto del modo en que se debe realizar la interpretación, el profesor De Asís afirma que el juzgador puede y debe adaptar la interpretación de los enunciados normativos para lograr una decisión correcta. En consecuencia, el sometimiento al precedente no es un mandato de carácter absoluto. En realidad se trata de una exigencia que se traduce en la necesidad de justificar porqué no se sigue la decisión interpretativa en caso de apartarse de la misma²⁰¹. En igual sentido, Alexy explica que “como precedentes, las reglas de decisión poseen sólo una fuerza vinculante prima facie. Se puede renunciar a una regla de decisión si se aducen razones suficientes para ello”²⁰².

En similar dirección se pronuncia Remón cuando afirma que “no hay un derecho a la uniformidad en la aplicación de las normas” (debemos entender que se refiere a los enunciados normativos). Lo que está prohibido es un apartamiento arbitrario de los precedentes. En consecuencia, el juzgador puede separarse de aquéllos si al efecto ofrece una fundamentación suficiente y razonable²⁰³.

Con todo, el ofrecimiento de buenas razones para apartarse de los precedentes no conduce de manera necesaria a esta consecuencia. En efecto, junto con aquéllas se puede contar también con buenas razones para mantenerse sometido al mismo. Para decirlo todavía más claramente, la sumisión al precedente es un punto de partida de toda decisión judicial. Apartarse del mismo puede provenir del ofrecimiento de buenas razones para ello. Sin embarbo, y al mismo tiempo, mejores razones pueden conducir a mantenerse en la línea interpretativa establecida por aquél²⁰⁴.

²⁰¹ Textualmente expresa el profesor De Asís en *Jueces y normas*. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 275: “Es evidente que el intérprete debe adaptar las distintas situaciones al momento social y a sus circunstancias, y en este sentido, la defensa del valor del precedente sólo va en la línea de exigir que el abandono de criterios anteriores se justifique expresamente. Es decir, en aumentar las garantías del proceso y su ajustamiento al Derecho”. Y añade en la p. 299: “Con la vinculación al precedente no se promueve el inmovilismo, sino la garantía de igualdad y seguridad. Las decisiones pueden variar, de hecho existen diversos mecanismos para ello, pero parece obligado justificar el porqué del cambio. Sobre todo cuando no han variado las normas y las circunstancias son parecidas”.

²⁰² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 538 y 539.

²⁰³ Sobre el punto, expresa Remón Peñalver, Jesús, *La lucha por la seguridad jurídica* [on line], [citado 23 febrero 2009]: “Desde este entendimiento de las cosas, la jurisprudencia constitucional sostiene que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impiden a los órganos judiciales apartarse arbitrariamente de los precedentes *proprios* (29). En consecuencia, sólo se vulnera el principio de igualdad, en su vertiente de derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, cuando *el mismo órgano judicial*, existiendo identidad sustancial del supuesto de hecho enjuiciado, se aparta del criterio mantenido en casos anteriores, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad. Nada más”.

²⁰⁴ Estas consideraciones no son más que la aplicación de las siguientes ideas ofrecidas por Alexy en *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 192: “Si el interlocutor, obligado por la regla de fundamentación, ha dado una razón, sólo está obligado a una nueva respuesta en caso de un contraargumento”.

En síntesis, de ninguna manera se puede sostener que la sumisión al precedente fosilice o petrifique la evolución del Derecho. Lo que hace es exigir buenas razones para modificar el significado que se ha atribuido a un enunciado normativo de Derecho penal material. Si se carece de esas buenas razones, entonces la decisión interpretativa dispuesta por el precedente vertical, por el autoprecedente o por el precedente hipotético debe ser mantenida.

3. La imposibilidad de contar con unívocos juicios de igualdad.

Una de las condiciones de aplicación de los precedentes es que los hechos fijados en el caso actual sean iguales a los hechos fijados del caso precedente. Pues bien, una tercera objeción al uso del precedente consiste en la imposibilidad de contar con unívocos juicios de igualdad. Esta dificultad es mencionada por Couso y Mera, quienes atienden al ya explicado carácter valorativo del juicio de igualdad. De acuerdo con estos autores, “la práctica de seguimiento de precedentes es de contornos difusos, en la medida que la aplicación del precedente al caso actual está sujeta a un momento valorativo, que se da caso a caso, consistente en examinar si hay una semejanza relevante entre el caso precedente y el actual que justifique aplicar a éste una regla que fue decisoria del caso precedente”²⁰⁵.

De acuerdo con lo recién explicado, el sometimiento al precedente no hace más que reconducir la indeterminación de los enunciados normativos y de las normas expresadas en ellos a un impredecible juicio de igualdad. En efecto, el mandato de sumisión al precedente es una aplicación del mandato trata igual a lo igual y desigual a lo desigual, específicamente en el ámbito jurisdiccional. Sin embargo, para poder aplicarlo, frente a cada caso sería necesario determinar si su hecho fijado coincide con el hecho fijado en algún precedente.

La respuesta a esta objeción debe edificarse a partir de algunas ideas ya expresadas en este trabajo. La sumisión al precedente permite especificar el contenido prescriptivo de los enunciados normativos y de las normas expresadas en ellos. Citando una vez más el ejemplo de la ganzúa, ahora se sabe que el robo regulado EN 1 se produce cuando se emplea llave falsa, es decir, un “elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar”. En consecuencia, cada vez que se cumplan los requisitos (1), (2) y (3), de EN 1 y se ocupe un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar corresponderá aplicar EN 1.

A lo recién dicho se puede añadir una segunda objeción: los hechos de diversos casos nunca son iguales en todas sus propiedades. Incluso suponiendo que no hay discusión respecto de las exigencias (1), (2) y (3) de EN 1 y se haya utilizado un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar, como una ganzúa. Por ejemplo, podría tratarse de un caso en el que la ganzúa se utilizó para abrir una ventana y no una puerta. O la ganzúa podría haber sido entregada por

²⁰⁵ Couso, Jaime y Mera, Jorge, El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Estudio empírico /en/ Ius et Praxis [on line], vol. 13, Núm. 1, 2007 [7 mayo citado 2009].

el ocupante del inmueble. En efecto, y en palabras de Alexy, una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes es que “nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias”²⁰⁶.

La respuesta a esta segunda objeción debe considerar cómo se realiza el juicio de igualdad. Como se recordará, el primer paso al efecto consiste en determinar cuáles son los hechos jurídico penalmente relevantes del caso actual, a partir del enunciado normativo de referencia complementado con sus precedentes. Este contraste permitirá determinar si el utilizar una ganzúa en una ventana (y no en una puerta) o si el haber recibido la ganzúa del ocupante son circunstancias jurídico penalmente relevantes.

Frente a esta respuesta se podría objetar entonces, y en tercer lugar, que el problema es simplemente de argumentación, al igual que en el caso de la indeterminación prescriptiva de los enunciados normativos y de las normas expresadas en ellos. En efecto, en lugar de argumentar respecto del significado de enunciados o normas, ahora se debe argumentar respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad del precedente.

Para responder a esta objeción se debe recordar que la sumisión al precedente no constituye una regla absoluta. De acuerdo con lo postulado en este trabajo, la posibilidad de apartarse de una decisión interpretativa es posible, aunque se restringe al Tribunal Supremo y, eventualmente, al Tribunal Constitucional. Por tanto, si se cumplen (1), (2) y (3) de EN 1 y se emplea un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar, el peso de la argumentación recae en quien pretende evitar la aplicación del precedente.

Pero frente a esta respuesta se puede erigir todavía una nueva objeción. Cada una de las respuestas dadas implica una valoración. Así ocurre al determinar si las circunstancias concurrentes son jurídico penalmente relevantes o para determinar si las razones ofrecidas para apartarse del precedente son mejores que las ofrecidas para aplicarlo. Por tanto, la aplicación del precedente siempre es, en última instancia, un problema de autoridad: los casos serán iguales si así lo decide quien está autorizado para ello.

En este último extremo la respuesta puede provenir desde dos lados. En primer lugar, esta objeción identificaría decisión final con decisión correcta, lo que es inadmisibles según se mostró en el Capítulo I de esta Segunda Parte. En segundo lugar, renunciar a la expectativa de un mínimo de racionalidad en las decisiones judiciales, o al menos en la mayoría de ellas, importaría renunciar al Derecho mismo y no quedaría más opción que resolver los casos dejándolo a la suerte, al menos para los casos más difíciles, o lanzando una moneda al aire”²⁰⁷.

²⁰⁶ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999, p. 262.

²⁰⁷ Taruffo, Michele, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa /en/ Ius et Praxis [on line], 2006, vol. 12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007].

En definitiva, en algunos casos no será difícil concluir que todas las propiedades relevantes de un hecho fijado son iguales a todas las propiedades relevantes de otro hecho fijado y, en consecuencia, decidir que procede la sumisión al precedente. En otros, en cambio, será difícil precisar cuáles son las propiedades relevantes de un hecho fijado y, en consecuencia, decidir si procede la sumisión al precedente. Pero ninguna de estas dos situaciones resta validez a la afirmación central de este Capítulo: a los casos iguales el juzgador debe aplicar igual decisión interpretativa. Dicho de otro modo, los jueces deben someterse al precedente.

4. Precedente se opone al sistema de fuentes y al principio de legalidad penal.

Hay dos objeciones enteramente distintas que, sin embargo, pueden ser respondidas conjuntamente. La primera de ellas consiste en que la sumisión al precedente se opondría al sistema de fuentes del sistema Europeo Continental. La otra consiste en que dicha sumisión atentaría en contra del principio de legalidad en materia penal.

Parece posible afirmar que, empíricamente hablando, en el entorno jurídico cultural Europeo Continental se rechaza otorgar a la jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho. La adopción de esta perspectiva puede tener justificaciones normativas, ideológicas o simplemente culturales. Así, y en lo normativo, se puede citar el Código Civil español, que no las menciona entre las fuentes del Derecho²⁰⁸. Desde un plano ideológico, admitir que las decisiones judiciales tienen fuerza normativa provocaría la confusión de funciones del Estado y, según sostiene algún autor, incluso conllevaría la destrucción del estado de Derecho²⁰⁹. En fin, y desde una perspectiva cultural, muchos juristas se niegan a abandonar la concepción tradicional del juez como mero aplicador del Derecho²¹⁰.

La otra objeción sostiene que la sumisión al precedente importaría atentar contra el principio de legalidad penal. Al respecto no se debe olvidar que en el sistema jurídico

²⁰⁸ Sin embargo, en el punto 6 el Código civil español añade que “La jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Siempre por vía ejemplar, se puede citar también el Código Civil chileno, que derechamente dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronunciaren.

²⁰⁹ En este sentido, y al menos en lo que se refiere a la interpretación constitucional, Tamayo Jaramillo, Javier, *Hermenéutica constitucional y legal. Al rescate de la pureza del Derecho* [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 1, sostiene que “el Estado de Derecho desaparece en aquellos países donde el activismo de la Corte Constitucional y de los jueces los autoriza para arrogarse el derecho de legislar y desconocer las normas legales y constitucionales al vaivén de las concepciones ideológicas de sus magistrados”.

²¹⁰ Al respecto afirma Pilonieta Pinilla, Eduardo, *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano* [on line], [citado 10 mayo 2009], que “en la actualidad muchos juristas se niegan a abandonar el imaginario que limita al Juez como un simple instrumentador de la ley y a la jurisprudencia como un criterio auxiliar que no lo obliga necesariamente al momento de decidir sobre un asunto en particular”. En igual sentido Heise Burgos, Gustavo, *Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena* [on line], [citado 10 mayo 2009], p. 3, advierte que probablemente “la primera impresión que provoqué evocar tal término [precedente] dentro de nuestra cultura jurídica será de reticencia, hemos sido formados como juristas bajo la creencia de que nuestro sistema legal excluye “per se” el efecto general y vinculante de las decisiones anteriores de los tribunales de justicia fundamentado entre otros motivos por ser los precedentes propios de los sistemas del common law y por la exclusión explícita señalada en nuestro Código Civil”.

español dicho principio tiene jerarquía constitucional²¹¹. Como se sabe, y fue recordado en el Capítulo Preliminar, aquél dispone que no hay delito ni pena sin ley. En lo que en este momento interesa, es necesario referirse especialmente a la expresión “ley”. La doctrina parece encontrarse conteste en que con ella se alude a que los delitos y sus penas pueden ser establecidos única y exclusivamente en un texto normativo emanado del Parlamento²¹². La sumisión al precedente, por su parte, significaría admitir que las sentencias judiciales intervienen en la definición de los delitos y las penas. Y esto, como puede advertirse, se opone frontalmente al principio de legalidad²¹³.

Ambas objeciones se relacionan con el problema de si los jueces crean Derecho, aunque desde diversos puntos de vista. La primera porque conduce a preguntar si las sentencias son fuente del Derecho. La segunda porque conduce a preguntar si las sentencias son fuente de delitos o penas. Al efecto es necesario distinguir dos problemas distintos, claramente advertidos por el profesor De Asís. El primero consiste en determinar si los jueces están facultados para dictar normas jurídicas. El otro consiste en determinar si de hecho lo hacen²¹⁴. En este momento sólo interesa este último.

Para responder al referido problema resulta pertinente atender a lo expuesto en el Título II del presente Capítulo. En la oportunidad se mostró que Andrés fue sancionado como autor del delito de robo simple. Sin embargo, ello no ocurrió porque hubiera utilizado una llave falsa como exige EN 1, ni tampoco porque hubiera empleado una llave que retuvo como anterior ocupante del lugar como efectivamente acaeció. Andrés fue sancionado como autor del delito de robo simple porque el juzgador del caso interpretó de una determinada manera la expresión “llave falsa”.

²¹¹ Textualmente dispone el artículo 9.3 de la Constitución Española: “La Constitución garantiza el principio de legalidad”.

²¹² En este sentido expresa Bacigalupo Zapater, en *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 105: “El principio de legalidad está indiscutiblemente ligado a la idea del Estado de derecho, dado que limita el poder público sancionatorio al caso de aquellos comportamientos expresamente previstos en una ley. En una interpretación meramente formal que sólo atendiera al valor seguridad jurídica, se podría entender que “ley” en el sentido de este principio podría ser cualquier disposición sancionada públicamente por una autoridad que dispusiera del poder para hacerla cumplir. Sin embargo, en la medida en la que se trate de un Estado democrático de derecho, el principio exigirá que la “ley” provenga del Parlamento, es decir, esté sancionada por los representantes del pueblo según el procedimiento correspondiente”. En el mismo sentido se puede citar a Bustos Ramírez, Juan, *Obras completas*, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005, p. 568.

²¹³ Al respecto explica Couso Salas, Jaime, *El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso* /en/ *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* [on line], vol. 20, Núm. 2, 2007 [citado 7 mayo 2009], p. 149: “La aplicación de precedentes vinculantes y el desarrollo de un derecho jurisprudencial en materia penal en los países que siguen el common law, a menudo es visto desde la tradición continental con cierta desconfianza y como una negación del principio de reserva de ley, en conformidad con el cual la jurisprudencia no puede tener fuerza vinculante en esta jurisdicción, pues la única fuente legítima, constitucionalmente autorizada para crear Derecho sería la ley.””.

²¹⁴ Sobre esta distinción, afirma el profesor De Asís Roig, en *Jueces y normas*. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 91: “En este sentido, parece que la cuestión puede ser abordada desde dos puntos de vista que tienen una importante relevancia. Uno trataría de analizar y describir cómo es el proceso de decisión judicial y observar si hay o no creación; otro trataría de plantear si hay apoyo jurídico para esa posibilidad, es decir, si los jueces están facultados para crear normas”.

En ese momento se mostró también que para Andrés el desenlace podría haber sido del todo diverso. Ello habría así ocurrido si el juzgador del caso hubiera interpretado la expresión fuerza de un modo que comprendiera el uso de la llave que empleó Andrés. En tal caso Andrés no habría sido sancionado como autor del delito de robo simple, sino como autor del delito de robo calificado. Y ello no habría ocurrido como consecuencia del uso de fuerza como exige EN 2, ni como consecuencia del uso de las llaves retenidas como realmente acaeció. La calificación jurídica del hecho habría sido el resultado del significado atribuido por el juzgador a la expresión “fuerza” contenida en el EN 2.

Consecuencia de todo lo dicho es que en los hechos los jueces sí crean Derecho. Por lo mismo, ninguna de las dos objeciones planteadas resulta admisible para rechazar la sumisión al precedente.

V. Precedente y mejor aplicación posible del Derecho penal material.

Como se sabe, la mejor aplicación posible del Derecho penal material resulta mejor asegurada si se cumplen todas las exigencias indicadas por el profesor De Asís para una motivación judicial correcta. Una de esas exigencias es la sumisión al precedente, cuyo contenido, justificación y objeciones se han expuesto recién. En lo que sigue interesa mostrar de qué manera el mandato de sumisión al precedente asegura la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Esta tarea implica establecer algunas relaciones entre las diversas ideas presentadas en esta Segunda Parte.

1. El precedente especifica el significado de las normas legisladas.

Según se dijo, el precedente (o lo que se debe respetar del precedente) es la interpretación dada a uno o más enunciados normativos en una decisión jurisdiccional anterior a la que debe emitir el tribunal llamado a resolver un caso determinado, o en una decisión con pretensiones de universalidad. En otras palabras, y de manera concisa, es una decisión interpretativa anterior o con pretensión de futuro. Esas decisiones interpretativas especifican el significado de un enunciado normativo, precisando el contenido de alguna de sus exigencias desde el caso al que debe ser aplicado²¹⁵. Y lo hacen de manera general, es decir, para todo caso futuro cuyos hechos fijados sean iguales a los del caso actual.

Por tanto, la sumisión al precedente permite saber, por ejemplo, bajo que circunstancias se puede tener por cumplido un cierto tipo penal, cuáles son los hechos cuya concurrencia autoriza dar por cumplida una determinada causal de justificación, o qué elementos configuran tal o cual circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal. Y permite saberlo de manera general, esto es, respecto de cualquier caso futuro cuyos hechos fijados relativos al tipo, a la causal de justificación o a la circunstancia modificatoria de la

²¹⁵ En este sentido, las decisiones interpretativas cumplen la misma función que lo que Alexy denomina normas iusfundamentales adscritas respecto de los enunciados normativos de derechos fundamentales. Al respecto ver Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente pp. 66 a 69.

responsabilidad penal coincidan con los hechos fijados en el caso actual en lo relativo a esos mismos aspectos penales.

Nuevamente el ejemplo de la ganzúa permitirá explicar más claramente estas ideas. Los datos que al efecto resultan relevantes son los siguientes:

EN 1: Comete robo simple el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de llave falsa.

HF 1: El 1 de enero del presente año Juan ingresó al domicilio de María utilizando una ganzúa y sacó un electrodoméstico de María del lugar.

Decisión interpretativa: Constituye llave falsa todo elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar

Pues bien, antes de la decisión interpretativa del caso 1 los requisitos del EN 1 eran los siguientes: (1) sustracción (2) de cosa mueble ajena (3) ingresando al lugar en que se encuentra (4) mediante el uso de llave falsa. Luego de la decisión interpretativa del caso 1 el requisito (4) ha pasado a ser el siguiente: mediante el uso de un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar.

Adviértase que la formulación del requisito (4) una vez resuelto el caso 1 puede considerarse norma jurídica, como se ha sostenido en este trabajo, o puede no considerarse norma jurídica. Bajo cualquiera de las dos fórmulas la exigencia (4) ha sido precisada. Pues bien, el mandato de sumisión al precedente produce que esa precisión sea de carácter general. En efecto, en adelante todo juzgador que se encuentre con los requisitos (1), (2) y (3) de EN 1 y, además, se utilice un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar, deberá tener por cumplida la exigencia (4). Y ello porque se ha precisado que el uso de un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenece a alguno de los actuales ocupantes del lugar es llave falsa para los efectos del requisito (4) de EN 1 para todos los casos²¹⁶.

2. El precedente viabiliza un mejor juicio de reprochabilidad penal.

Como se sabe, afirmar que el hecho es jurídico penalmente reprochable significa sostener que el reproche deriva de las normas pertinentes del sistema. A su turno, las normas del sistema son pertinentes si cumplen dos requisitos. Primero, si son internamente aplicables, es decir, si denotan los hechos fijados. Segundo, si son externamente aplicables, esto es, si existe una norma que otorga competencia al juzgador para imponerla y si éste lo decide en el marco de un proceso penal tramitado conforme a Derecho. Esto es, sintéticamente, lo

²¹⁶ Si se rechaza la sumisión al precedente, la precisión sólo es importante para efectos de la conclusión del caso 1. En efecto, el uso de ganzúa permitió tener por cumplida la exigencia (4) y, en consecuencia, Juan fue condenado como autor del delito de robo. Sin embargo, el rechazo del mandato de sumisión al precedente impide que la exigencia (4) de EN 1 se considere precisada para casos futuros. Los costes de una opción como esta son evidentes y se han tratado de explicitar a lo largo del presente Título de este Capítulo.

expuesto en el Capítulo I de esta Segunda Parte. Pues bien, el mandato de sumisión al precedente es una exigencia que se relaciona con la aplicabilidad interna de la norma de Derecho penal material. Por otra parte, se acaba de mostrar que la sumisión al precedente produce el efecto de especificar o precisar el significado de las normas de Derecho penal material. Y lo hace de modo general, es decir, para todo caso futuro.

Desde tales constataciones resulta posible explicar porqué la sumisión al precedente es una exigencia que permite una mejor aplicación del Derecho penal material. La razón puede advertirse sin dificultades. El sometimiento al precedente incrementa las posibilidades de saber si el hecho fijado es denotado por la norma penal material. Como consecuencia, permite que el juzgador del caso realice un mejor juicio de Derecho. En efecto, al incrementar las posibilidades de saber si la norma penal material es internamente aplicable, aumenta también la posibilidad de determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable.

Por el contrario, si se rechaza la sumisión al precedente, la posibilidad de determinar si la norma penal denota el hecho fijado es inversamente proporcional al grado de problemas lingüísticos y lógicos del subsistema jurídico penal material. Incluso si el hecho fijado del caso actual es igual al hecho fijado de un caso anterior, en general no será posible saber si la norma de Derecho penal material es internamente aplicable. Consecuencia de ello es que cualquier ambigüedad, vaguedad, antinomia o indeterminación dificultará saber si el hecho es jurídico penalmente reprochable.

Una vez más el ejemplo de la ganzúa será de utilidad para clarificar lo recién expuesto. Los enunciados normativos relevantes al efecto son los siguientes:

EN 1: Comete robo simple el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de llave falsa.

EN 2: Comete robo agravado el que sustrae cosa mueble ajena ingresando al lugar en que se encuentra mediante el uso de fuerza.

EN 3: Comete hurto el que se apropia de cosa mueble ajena, si no concurren causas para calificar el hecho como robo.

Los hechos fijados relevantes para el efecto son los siguientes:

En el caso 1 se ha fijado el siguiente HF 1: El 1 de enero del presente año Juan ingresó al domicilio de María utilizando una ganzúa y sacó un electrodoméstico de María del lugar.

En el caso 2 se ha fijado el siguiente HF 2: El 5 de marzo del presente año Andrés ingresó al domicilio de Marta utilizando la llave que se había dejado en su poder como anterior arrendatario del inmueble y sacó dinero de Marta del lugar.

Por último, supóngase que la decisión interpretativa del caso 1 ha dispuesto que la ganzúa es llave falsa para efectos de EN 1 porque se entiende por tal todo elemento que permite

abrir una puerta sin dañarla y que no pertenezca a alguno de los actuales ocupantes del lugar.

Si se admite que la sumisión al precedente es un mandato exigido por el sistema jurídico, entonces no resulta difícil determinar si EN 1 denota HF 2. En efecto, en el caso 1 el juzgador determinó que el HF 1 estaba denotado por el EN 1. Por otra parte, el HF 1 y el HF 2 son iguales porque en ambos casos se ha empleado un elemento que permite abrir una puerta sin dañarla y que no pertenece a alguno de los actuales ocupantes del lugar. En consecuencia, se sabe que el EN 1 también denota el HF 2, es decir, que EN 1 es internamente aplicable al HF 2. Por tanto, se han incrementado las posibilidades de saber si el hecho es jurídico penalmente reprochable, restando al efecto evaluar la aplicabilidad externa de EN 1.

Por el contrario, si se rechaza la sumisión al precedente, entonces no se sabe si el HF 2 es denotado por el EN 1, por el EN 2 o por el EN 3. En realidad ninguno de los juzgadores que se enfrenta a un caso en el que se haya empleado ganzúa sabrá cuál de esos EN es internamente aplicable al HF 2. La conclusión es evidente: en ningún caso se sabrá cuál es el reproche jurídico penal que merece el HF 2 e incluso será posible discutir si el hecho es jurídico penalmente reprochable.

3. El precedente atenúa el impacto de circunstancias que afectan el juicio de Derecho.

Para determinar si el hecho es jurídico penalmente reprochable se deben realizar esencialmente dos tareas. La primera de ellas consiste en identificar los enunciados de Derecho penal material eventualmente aplicables al caso. La segunda consiste en interpretar tales enunciados. Sobre ambas cuestiones se trató en el Capítulo II. Pues bien, el mandato de sometimiento al precedente se relaciona con la segunda de esas tareas.

En el cumplimiento de la tarea interpretativa concurren ciertas circunstancias que condicionan la mejor aplicación posible del Derecho penal material. Ellas son la indeterminación de los enunciados normativos, el compromiso de los intervinientes con el resultado de la interpretación y la aplicación de criterios valorativos al interpretar. Todo ello deriva del carácter normativo de la interpretación y sobre tales asuntos también se trató en el Capítulo II.

Pues bien, el sometimiento al precedente en los términos establecidos en este trabajo permite atenuar el impacto de esas situaciones. Al precisar el significado de los enunciados normativos se estrecha el universo de interpretaciones posibles de los mismos. Esto produce al menos tres consecuencias. En primer lugar, elimina la indeterminación de los enunciados normativos identificados, al menos en ciertos casos. En segundo lugar, y aunque evidentemente no suprime el compromiso de los intervinientes con los resultados de la interpretación, exige que las razones para apartarse del precedente sean suficientemente poderosas como para abandonarlo, pues dicha posibilidad se limita al Tribunal Supremo y, en su caso, al Tribunal Constitucional. Por último, limita en algún grado la injerencia de criterios valorativos al realizar la interpretación de los enunciados normativos.

Casi está demás reiterar que la sumisión al precedente no es la única ni la más importante de las condiciones para lograr la mejor aplicación posible del Derecho penal material. También está casi demás reiterar las dificultades que derivan del determinar si los hechos fijados en el caso actual son iguales a los de un caso anterior. Sin embargo, no parece estar demás concluir reiterando que, pese a todo ello, el precedente es una poderosa herramienta para precisar si el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. En efecto, y en lo concreto, el precedente es una exigencia que limita la arbitrariedad interpretativa del juzgador penal, al imponerle la explicitación de buenas razones para mostrar que el caso actual es diverso de uno anterior, o bien para justificar un apartamiento del precedente en el caso de los órganos jurisdiccionales autorizados para ello.

Conclusiones.

1. Las propuestas de este trabajo se han edificado a partir de dos supuestos fundamentales.

El primer supuesto es que el Derecho penal material debe ser aplicado de la mejor manera posible. Esta mejor aplicación posible del Derecho penal material debe entenderse a partir de un cierto tipo de relación entre el imputado y el hecho investigado. En este sentido, se estableció la siguiente dicotomía:

a) Si se trata de una persona que no es penalmente responsable del hecho punible, la mejor aplicación posible del Derecho penal significa tres cosas, cada una subsidiaria de la anterior. Ante todo consiste en que el proceso penal debe evitar la persecución criminal en contra de esa persona. En caso de haberse iniciado, implica que dicha persecución debe cesar en la más temprana gestión del procedimiento que sea posible. Si lo anterior no ha ocurrido, se traduce en asegurar su absolución en la respectiva sentencia.

b) Si, por el contrario, se trata de una persona penalmente responsable del hecho punible, la mejor aplicación posible del Derecho penal material significa que el proceso penal debe permitir su condena en el grado estrictamente debido.

El segundo supuesto es que la aplicación del Derecho penal material depende del proceso penal y se mueve en el terreno de la posibilidad y no en el de la certeza. Ello se debe a que, en lo relativo al juicio de hecho, la participación del imputado en el hecho punible constituye una hipótesis sobre cuya comprobación nunca existirá certidumbre. Y también se debe a que, en el plano del juicio de Derecho, las valoraciones inherentes al mismo siempre podrán conducir a resultados divergentes.

Sin embargo, tales constataciones no impiden considerar que ciertas decisiones judiciales se encuentran mejor justificadas que otras desde el punto de vista del sistema jurídico vigente. Por lo mismo, no se puede renunciar a alcanzar una decisión más correcta, generando condiciones que permitan contar con la mejor justificación posible. Lo contrario implicaría sostener, expresa o tácitamente, que la condena de un inocente o la absolución de un culpable carecen de toda relevancia moral, jurídica e institucional.

2. Desde tales supuestos, el trabajo comparte la posición del profesor De Asís en orden a admitir la existencia de ciertos criterios cuyo respeto incrementa las posibilidades de alcanzar una mejor aplicación del Derecho penal material. Eso no significa que la

conurrencia de tales criterios asegura una decisión judicial correcta. Sin embargo, sí resulta posible sostener que omitir su consideración seguramente conduce a una decisión judicial incorrecta.

Ahora bien, son muchos los criterios que pueden concurrir para incrementar las posibilidades de una más correcta aplicación del Derecho penal material. Este trabajo se ha centrado en dos de esos criterios, los que operan como recomendaciones para el juzgador en la toma de decisiones en el ámbito procesal penal: uno referido al juicio de hecho y el otro relativo al juicio de Derecho. El desarrollo y justificación de tales criterios ha constituido el objetivo central del presente trabajo.

3. El juicio de hecho consiste en determinar si la persona ha incurrido en el hecho investigado. Pues bien, el criterio dirigido al juicio de hecho postula que el juez penal debe admitir ampliamente la realización de diligencias de investigación tendientes a la obtención de prueba, que importen una interferencia en aquellos derechos fundamentales cuya indemnidad perjudica la calidad epistemológica del proceso penal. Inversamente, el criterio sugiere que el juez debe rechazar la realización de diligencias de investigación tendientes a la obtención de prueba, que importen una interferencia en derechos fundamentales cuya indemnidad favorece la calidad epistemológica del proceso penal.

Según se mostró, se trata de un criterio que quiebra la asentada concepción de la doctrina, que establece una relación inversamente proporcional entre respeto de los derechos fundamentales y la calidad del juicio de hecho. Contrariando esta perspectiva, se ha sostenido y demostrado que resulta perfectamente posible establecer una distinción entre dos categorías de derechos fundamentales. La afectación de algunos incrementa la calidad del juicio de hecho (como ocurre con la inviolabilidad del domicilio), mientras la afectación de otros perjudica dicha calidad (como ocurre con la inmediatez y la contradicción). En otros casos la afectación del derecho fundamental podrá incrementar o disminuir la calidad del juicio de hecho dependiendo de las circunstancias del caso (como ocurre con el derecho a no declarar contra sí mismo).

Desde la perspectiva de este criterio, los derechos fundamentales deben ser analizados separadamente. No obstante, la toma de posición frente a cada uno de ellos descansa sobre un único y mismo punto de partida: resulta posible afirmar que la persona ha incurrido en el hecho investigado si esto efectivamente ha acaecido y se cuenta con información probatoria (verificadores de verdad) que permiten sostenerlo. Consecuencia de ello es, precisamente, que el juzgador penal debe autorizar toda aquella diligencia de investigación que permite generar prueba de calidad. Y, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la prueba de calidad es aquella que proviene de la indemnidad o de la afectación de los mismos, dependiendo de su relación con la calidad epistemológica del proceso penal.

Por último, conviene recordar que el criterio dirigido al juicio de hecho no opera a lo largo de todo el proceso de fijación de los hechos. Según se expresó, para llegar a este estadio es necesario pasar de los hechos brutos a los hechos alegados, de éstos a los hechos probados y luego estos últimos se transforman en hechos fijados. En este entendido, la distinción entre las dos categorías de derechos fundamentales aquí referidas es significativa para pasar de los hechos alegados a los hechos probados. Los demás tránsitos pueden estar sometidos

a otro tipo de criterios, en todo caso ajenos a las pretensiones y posibilidades del presente trabajo.

4. El juicio de Derecho consiste en determinar si el hecho fijado es jurídico penalmente reprochable. Pues bien, el criterio relativo al juicio de Derecho propone que el juzgador penal se someta al precedente al momento de interpretar los enunciados normativos de Derecho penal material eventualmente aplicables a los hechos fijados, siempre que los hechos fijados del precedente sean iguales a los del caso actualmente sometido a su decisión. A falta de precedente, se postula que el juzgador penal debe formular un precedente hipotético al que esté dispuesto a someterse a futuro en todos los casos cuyos hechos fijados sean iguales a los hechos fijados en el caso actualmente sometido a su decisión, y aplicarlo en este último.

A diferencia de lo que ocurre con el criterio ofrecido para el juicio de hecho, la sumisión al precedente aparece con fuerte respaldo en la doctrina. El problema, por tanto, no consiste en contar con el apoyo de autores tan destacados como De Asís, Peces-Barba o Alexy, que comparten este criterio, sino en entregar nuevos argumentos a jueces y magistrados para que resulten persuadidos de que se trata de un mandato constitucionalmente justificado. En efecto, el derecho fundamental a la igualdad, el constitucional principio de seguridad jurídica, la exigencia de racionalidad establecida por el propio Tribunal Constitucional y una serie de fundamentos prácticos argumentan a favor de dicha sumisión. Por tanto, mientras las razones sobran, las voluntades jurisdiccionales faltan.

Ahora bien, el hecho es jurídico penalmente reprochable si el hecho fijado en que ha intervenido es denotado por una norma de derecho penal material (aplicabilidad interna) y ello ha sido así determinado por el órgano competente y en un proceso judicial tramitado conforme a Derecho (aplicabilidad externa). En lo que se refiere al criterio ofrecido para el juicio de Derecho, sólo la aplicabilidad interna resulta relevante. En este sentido, se afirma que una norma de Derecho penal material es internamente aplicable al hecho fijado si éste es igual al hecho fijado en el precedente en el cual se declaró aplicable la norma. Y lo mismo puede decirse si el juzgador está dispuesto a aplicar la misma norma en un caso futuro cuyo hecho fijado coincida con el que se encuentra actualmente sometido a su decisión. En los casos contrarios la norma no es internamente aplicable. No parece estar demás reiterar por última vez que este no es el único ni el más importante de los criterios, pero seguramente sí uno de los más controvertidos en el discurso judicial.

Por último, se ha mostrado la debilidad de la mayor parte de las objeciones erigidas en contra del mandato de sumisión al precedente. Sólo a una de ellas parece posible reconocerle un contenido argumental fuerte. Se trata de aquel que sostiene que la sumisión al precedente no hace más que reconducir el problema de la valoración desde el juicio de Derecho a la igualdad de hechos fijados. Frente a ello sólo resulta posible responder que, aunque el precedente no suprime las valoraciones, la especificación de los significados de los enunciados normativos de Derecho penal material eventualmente aplicables al menos las atenúa.

5. Como la mejor aplicación posible del Derecho penal material puede conducir a una equivocada percepción respecto de las intenciones de este trabajo, conviene concluir destacando las pretensiones y consecuencias que no se le pueden adscribir.

Ofrecer al juzgador algunos criterios de decisión en el ámbito procesal penal para permitirle la mejor aplicación posible del Derecho penal material no se relaciona con el Derecho penal material ni con el Derecho penal de ejecución. En consecuencia, tales criterios no pretenden ni producen un incremento en la cantidad de tipos penales, en las penas establecidas para los delitos, ni en la imposición de las penas privativas de libertad. Del mismo modo, no persiguen ni necesariamente generan un incremento en las tasas de encarcelamiento o una disminución de los beneficios penitenciarios.

En fin, los criterios tantas veces mencionados se relacionan con el Derecho procesal penal. En este horizonte no tienen más ni menos pretensión que colaborar a la absolución del inocente, o a evitar o detener su persecución penal en la más temprana etapa procesal posible, y permitir la condena del culpable en el grado estrictamente debido.

Bibliografía.

Aarnio, Aulis, La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, [traducción de Josep Aguiló Regla) /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1990, Núm 8 [citado 27 septiembre 2007], pp. 23 a 38. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/index.htm>.

Accatino Scagliotti, Daniela, La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico /en/ *Rev. Derecho (Valdivia)* [on line], diciembre 2006, vol.19, Núm.2 [citado 14 Julio 2007], pp. 9-26. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Accatino Scagliotti, Daniela, La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica /en/ *Rev. Derecho (Valdivia)* [on line], diciembre 2000, Vol. 11 [citado 22 agosto 2007], pp. 35-46. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950

Accatino Scagliotti, Daniela. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? /en/ *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* [on line], vol.15, diciembre 2003 [citado 7 mayo 2009], pp. 9-35. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Aguilar De Luque, Luis, Los límites de los derechos fundamentales /en/ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* [on line], N°14, 1993 [citado 10 febrero 2009], pp. 9-34. Disponible en la Word Wide Web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_14_007.pdf.

Aguilar Cavallo, Gonzalo, La internacionalización del Derecho Constitucional /en/ *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca [on line], 2007, año 5, Núm. 1, [citado 5 noviembre 2007], pp. 223-281. Disponible en la Word Wide Web: www.cecoch.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/la_internacionalizacion%201-2007.pdf. ISSN 0718-0195, 2007.

Ahumada Ruiz, María Ángeles, Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional). A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel /en/ Revista Española de Derecho Constitucional [on line], año 23, úm. 67, enero-abril de 2003 [citado 10 mayo 2009], pp. 351-364. Disponible en la Word Wide Web: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_067_357.pdf.

Alarcón Cabrera, Carlos, Las lógicas deónticas en Georg H. Von Wright /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 17 enero 2009], pp. 109-126. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12159280888090417421624/015780.pdf.

Albiñana Olmos, Joseph Luis, Las intervenciones corporales en el proceso penal: Las debilidades de los procesos penales nacionales /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/albinana%20es.pdf.

Albisu Aparicio, María, Observaciones a propósito de un argumento fregeano en torno a la verdad /en/ Revista de Filosofía [on line], 2004, Vol. 29, Núm. 1 [citado 8 octubre 2007], pp. 143-165. Disponible en la Word Wide Web: <http://fs-morente.filos.ucm.es/publicaciones/revista/vol29n1/Albisu.pdf>. ISSN: 0034-8244.

Alchourrón, Carlos, Sobre Derecho y lógica, traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Sergio A. Militello /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 11-33. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474064433736395354480/index.htm>.

Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel, y Vodanovic H., Antonio, Tratado de Derecho civil, tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, séptima edición, septiembre de 2005.

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, marzo 1999.

Alexy, Robert, Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 1994, Núm. 1, [citado 6 noviembre 2007], pp. 37-49. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000004.htm>.

Alfaro García, Elmer, La mediación. Una alternativa administrativa en la resolución de conflictos /en/ Rev. cienc. adm. financ. segur. soc [on line], 1997, vol. 5, Núm. 2 [citado 4 diciembre 2007], pp.38-42. Disponible en la Word Wide Web: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-12591997000200006&script=sci_abstract. ISSN 1409-1259.

Alonso Tarrío, Leovigildo, ¿Qué es eso de las matemáticas? [on line]. [citado 15 septiembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://web.usc.es/~lalonso/papeles-PDF/enciga-es.pdf>.

Álvarez Álvarez, Henar, Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas, Lex Nova, Madrid, 2005.

Amenta Deu, Teresa, La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal /en/ Nueva Doctrina Penal, 2000/A, De Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 43-74.

American Bar Association, ABA standards for criminal justice. Discovery and trial by jury, third edition, United States of America, 1996.

Bello, Gabriel Amos, Racionalidad del contexto de descubrimiento y lógica de la generación de hipótesis [on line], [citado 3 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: www.pensamientocomplejo.com.ar/docs/files/BELLOS%20Gabriel%20Amos,%20Racionalidad.pdf.

Andrés Ibáñez, Perfecto, Presunción de inocencia y prisión sin condena /en/ Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], agosto de 1997, año 10, Núm. 13 [citado 25 octubre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/ibanez13.htm>.

Andrés Ibáñez, Perfecto, Sobre prueba y proceso penal [on line], [citado 18 octubre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Poder, ordenamiento jurídico, derechos, Dykinson, Madrid, 1997.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier, Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba Curso de derechos fundamentales (I, Teoría general) /en/ Derechos y libertades, revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De las Casas [on line], 1993-1994, Año 1, Núm. 2, [citado 11 noviembre 2008], pp. 657-670. Disponible en la Word Wide Web: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1471/1/DL-1993-I-2-Bibliografia-.pdf>. ISSN 1133-0937.

Aravena Arredondo, Leonardo, Derecho procesal orgánico, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

Aristizábal Botero, Mónica, El Análisis Crítico de Karl Popper en el Aprendizaje del Derecho [on line], Manizales, 17 de junio de 2005 [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20aristizabal%20botero.

Asís, José Fabián, y Gonella, Carlos, La cárcel y los medios alternativos, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 269 – 274.

Bacigalupo Zapater, Enrique, Derecho penal y el Estado de Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

Bacigalupo Zapater, Enrique, Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación /en/ Bacigalupo, Enrique, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ad-Hoc, Buenos Aires, febrero de 2004, pp. 11 a 51.

Bailone, Matías, Abolicionismo: o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 195-199.

Bar, Aníbal R., Abducción. La inferencia del descubrimiento /en/ Cinta de Moebio: Revista electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile [on line], diciembre 2001, Núm 12 [citado 15 septiembre 2008], pp. 1-7. disponible en la Word Wide Web: <http://www.moebio.uchile.cl/12/bar.htm>. ISSN: 07 17-554x.

Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del Derecho penal, Siglo Veintiuno Editores, quinta edición, México, 1998.

Baratta, Alessandro, La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1988, Núm. 5 [citado 20 octubre 2007], pp. 275-295. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_18.pdf.

Barranco Avilés, María del Carmen, Derechos y decisiones interpretativas, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Barranco Avilés, María del Carmen, La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000.

Barranco Avilés, María del Carmen, El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual, Cuadernos Bartolomé de Las Casas, Núm. 1, Instituto de derechos humanos "Bartolomé de Las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1996.

Barrita López, Fernando A., Manual de criminología, Porrúa, México, 1996.

Basterra, Marcela I., El problema de las lagunas en el Derecho [on line], [citado 13 septiembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.glin.gov/download.action?fulltextId=85461&documentId=173232>.

Bastida Freijedo, Francisco J., Villaverde Menéndez, Ignacio, Requejo Rodríguez, Paloma, Presno Linera, Miguel Ángel, Aláez Corral, Benito, y Fernández Sarasola, Ignacio, Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 [on line], Tecnos [citado 10 febrero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: www.uniovi.es/constitucional/miemb/alaez/eficacia.pdf.

Bayón, Juan Carlos, Sobre el razonamiento jurídico, /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 35-62. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Bayón, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 87-117. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474064433736395354480/index.htm>.

Baytelmann A., Andrés, y Duce J., Mauricio, Litigación penal. Juicio oral y prueba, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004.

Bedoya, María Elena, en ¿Hay espacio para el inmigrante: o las nuevas identidades significan nuevos conflictos? [on line], [citado 11 noviembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: www.fdacomin.org/seminaris/2001_immigrants/bedoya_esp.pdf.

Binder, Alberto M., Introducción al Derecho procesal penal, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, junio de 1999.

Binder, Alberto M., Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993.

Bisharat, George E., Pursuing a questionable supresión motion /en/ Rodney J. Uphoff (ed.), Ethical problems facing the riminal defense lawyer. Practical answers to tough questions, American Bar Association, 1995, pp. 63-75.

Bordalí Salamanca, Andrés, Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley que crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional (Tribunal Constitucional) /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol.18, Núm. 2, diciembre 2005 [citado 10 mayo 2009], pp.215-222. Disponible en la Word Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200010&script=sci_arttext. ISSN 0718-0950.

Bouzat, Andrés, y Cantaro, Alejandro S., Verdad y prueba en el proceso acusatorio, [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], pp. 67 a 80. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf.

Bouzat, Andrés, Cantaro, Alejandro S., y Navarro, Pablo E., El fundamento jurídico de un derecho de necesidad /en/ Discusiones [on line], 2007, Núm. 7 [citado 13 enero 2008], pp. 113-154. Disponible en la Word Wide web: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06925041068458573085635/028597.pdf?incr=1>.

Bradley, Craig M., United States /en/ Craig M. Bradley (ed.), criminal procedure. A worldwide study, Carolina Academic Press, durham, North Carolina, 1999, pp. 395-424.

Bullemore G., Vivian R., y John R. Mackinnon R., Curso de Derecho penal, tomo I, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

Bulygin, Eugenio, Los jueces ¿crean Derecho? /en/ Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2003, Núm. 18, [citado 2 agosto 2007], pp. 7-25. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/index.htm>.

Bulygin, Eugenio, El papel de la verdad en el discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], pp. 79-86. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>.

Burgos, Benjamín, Curso de Derecho constitucional, segunda edición corregida, Virtudes, Buenos Aires, 2005.

Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte General, Cuarta edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malaré, PPU, Barcelona, 1994.

Bustos Ramírez, Juan, Obras completas, Tomo I, ARA Ediciones, Lima (Perú), 2005.

Butrón Baliña, Pedro M., La conformidad del acusado en el proceso penal, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

Cabedo Mallol, Vicente. Los derechos del detenido, del acusado-imputado y del condenado en la Constitución Española de 1978, CC. [on line], marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 [citado 10 diciembre 2007], pp.119-131. Disponible en la World Wide Web: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982004003000005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0798-9598.

Cabezudo Rodríguez, Nicolás, El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Comares, Granada, 1996.

Cabral, Luis C., Compendio de Derecho penal y otros ensayos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Cafferata Nores, José, Proceso Penal “mixto” y sistema constitucional /en/ Nueva Doctrina Penal, 1997/A, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 73-86.

Cafferata Nores, José, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, segunda edición actualizada, Del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Cafferata Nores, La prueba en el proceso penal, cuarta edición, De Palma, Buenos Aires, 2001.

Calhoun, Robert, Confrontation Clause analysis after Crawford v. Washington [on line], [citado 30 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.fdap.org/downloads/seminar-criminal/CrawfordJan2005.pdf.

Calvo González, José, La verdad de la verdad judicial (construcción y régimen narrativo) /en/ Calvo González, José (coord.), Verdad [narración], justicia, Universidad de Málaga, servicio de publicaciones, España [on line], 1998 [citado 7 diciembre 2007], pp. 7-37. Disponible en <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/verdadjudicial.pdf>.

Camps Zeller, José Luis, La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

Carocca Pérez, Alex, Garantía constitucional de la defensa penal, Bosch, Barcelona, 1998.

Carocca Pérez, Alex, Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000.

Carocca, Alex, La prueba en el nuevo proceso penal /en/ El nuevo proceso penal, Cuadernos de trabajo, Universidad Diego Portales, Núm. 2, Santiago de Chile, 2000, pp. 173-194.

Carrara, Francesco, Programa de Derecho criminal. Parte General, título original: Programa del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, volumen II, reimpresión inalterada, Temis, Bogotá, y De Palma, Buenos Aires, 1996.

Castillo Alva, José Luis, El uso de los precedentes judiciales como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el Derecho peruano [on line], [citado 6 febrero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_46.pdf.

Castro Jofré, Javier, Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006.

Cerda San Martín, Rodrigo, El juicio oral, Metropolitana Ediciones, Santiago de Chile, abril de 2003.

Cerezo Mir, José, Obras completas. Tomo I: Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Perú, 2006.

Cesano, Nosé Daniel, De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas, /en/ *Bol. Mex. Der. Com.* [on line], 2003, vol 36, Núm. 108 [citado 14 junio 2007], pp. 863-889. Disponible en la Word Wide Web: <http://scielo.unam.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000200003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0041-8633.

Cesare Bonesana Marqués de Beccaria en De el Tratado de los delitos y las penas, traducción de Juan Antonio De las Casas, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, junio de 1998.

Cid Moliné, José, y Elena Larrauri Pijoan (coordinadores), Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, septiembre de 1997.

Coloma Correa, Rodrigo, Vamos a contar mentiras, tralará..., O de límites a los dichos de los abogados, /en/ *Rev. Derecho (Valdivia)* [on line], diciembre 2006, Vol. 19, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], pp. 27-52. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Coloma Correa, Rodrigo, Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno /en/ Rodrigo Coloma Correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, mayo de 2003, pp. 5-34.

Comanducci, Paolo, Constitución y Teoría del Derecho, Fontamara, México, 2007.

Comanducci, Paolo, Igualdad liberal /en/ Revista jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina) [on line], 1999, año 3, Nú. 2 [citado 7 febrero 2009], pp. 81-90. Disponible en la Word Wide Web: www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica03.pdf.

Cofré Lagos, Juan Omar, Las Reglas Óntico-Constitutivas, Fundamentos de la Persona y la Dignidad Humana /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2003, vol.15 [citado 5 Noviembre 2007], pp.37-58. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Cooper Mayr, Doris, Delincuencia común en Chile, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1994.

Cordero, Franco, Procedimiento penal, Tomo I, Temis, Bogotá, 2000.

Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho penal chileno, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

Couso Salas, Jaime, El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso /en/ Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [on line], vol. 20, Núm. 2, 2007 [citado 7 mayo 2009], pp. 147-172. Disponible en la Word Wide Web: < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Couso, Jaime, y Mera, Jorge, El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Estudio empírico /en/ Ius et Praxis [on line], vol. 13, Núm. 1, 2007 [7 mayo citado2009], pp. 315-392. Disponible en la Word Wide Web: < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100012&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

Cueto Rúa, Julio C., La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 21-II [citado 2 octubre 2007], pp. 111-119. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_09.pdf.

Chahuán Sarrás, Sabas, Manual del nuevo procedimiento penal, Conosur, Santiago de Chile, 2001.

Chaumet, Mario E., Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, /en/ Cartapacio [on line], 2003, Núm 4 [citado 16 septiembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: www.aafd.org.ar/archivos/16_jornada_Chaumet_Mario_Eugenio.pdf.

Chiassoni, Pierluigi, Notas para un análisis silogístico del discurso judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto

2007], pp. 53-90. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Damián Moreno, Juan, La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia /en/ Diario La Ley, Núm. 6344, Sección Doctrina, 21 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley.

De Asís Roig, Rafael, El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005.

De Asís Roig, Rafael, Imparcialidad, Igualdad y obediencia en la actividad judicial /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2004, Núm. 15-16 [citado 11 abril 2008], pp. 913-928. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_23.pdf.

De Asís Roig, Rafael, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Cuadernos Bartolomé De las Casas, Núm. 17, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001.

De Asís Roig, Rafael, Breves reflexiones sobre los valores y los derechos en la Constitución Española en su veinte aniversario /en/ Revista de Derecho Constitucional, El Salvador [on line], 1999, Núm. 33, vol. T. 1, octubre-diciembre [citado 11 noviembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/5a638ba98cb9b7ea86256d47004bac46/b90b821702451afe0625694d00527df.

De Asís Roig, Rafael, Modelos teóricos del Estado de Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 11 abril 2008], pp. 221-232. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_09.pdf.

De Asís Roig, Rafael, Sobre el razonamiento judicial, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

De Asís Roig, Rafael, Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995.

De Asís Roig, Rafael, Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Debate, Madrid, 1992.

De Asís Roig, Rafael, Derechos y obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

De Diego Díez, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del Derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

De Urbano Castillo, Eduardo, y Torres Morato, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal, tercera edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

De Vicente Remesal, Javier, La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro /en/ Silva Sánchez, Jesús-María (ed.), Política criminal y nuevo Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1997.

Del Olmo Del Olmo, José Antonio, Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal, Trivum, Madrid, septiembre de 1999.

Delgado Pinto, José, Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución /en/ José Antonio López García y J. Alberto Del Real (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 91-102.

Dershowitz, Alan M., The best defense, Vintage Books, New York, 1983, p. XVI.

Di Giulio, Gabriel Hernán, La interpretación /en/ Cartapacio de Derecho [on line], 2003, vol. 5 [citado 27 enero 2009], pp. . Disponible en la Word Wide Web: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/11/27.

Díaz Cantón, Fernando, El control judicial de la motivación de la sentencia penal [on line], 2 enero 2002 [citado 24 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.dpp.cl/Documentos/doctrinas/106210683173.PDF.

Díaz Colorado, Fernando, Justicia restaurativa, [on line], [citado 18 junio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.psicologiajuridica.org/psj167.html>.

Díaz García, Luis Iván, La facultad del tribunal oral en lo penal de aclarar dichos /en/ Universidad Católica de Temuco, Seminario Reforma procesal Penal, Editorial ConoSur LexisNexis Chile, Santiago de Chile, octubre de 2001, pp. 205-224.

Díaz Legaspe, Justina, Como ser antifactualistas: discursos representacionales, expresivos y explicitantes [on line], 2004, [citado 6 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.accionfilosofica.com/misc/1114113511art.doc>.

Donna, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena, tomo II, Astrea, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1996.

Dressler, Joshua, Understanding criminal procedure, second edition, Matthew Bender, New York, 1997.

Duce, Mauricio, Problemas en torno a la reconfiguración del Ministerio Público en América Latina [on line], [citado 22 agosto 2007]. Disponible en la World Wide Web: http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/ministerio_publico.pdf.

Duce, Mauricio, El Ministerio Público en la reforma procesal penal /en/ Carocca Pérez, Alex, Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal /en/ Carocca A., Alex, Duce J., Mauricio, Riego R., Cristián, Baytelman A., Andrés, y Vargas V., Juan Enrique, Nuevo proceso penal, ConoSur, Santiago de Chile, octubre de 2000.

Duce J., Mauricio, y Riego R., Cristián, Introducción al nuevo sistema procesal penal, volumen 1, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, mayo de 2002.

Durán Rivera, Willman Ruperto, La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional /en/ Ius et Praxis [on line], 2002, vol.8, Núm. 2 [citado 6 noviembre 2007], pp. 177-194. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, traducción de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, segunda edición, noviembre de 2002.

Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, quinta reimpresión, abril de 2002.

Edwards, Carlos Enrique, Garantías constitucionales en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 1996.

Escandón Alomar, Jesús, Curso de Introducción al Derecho, Universidad de Concepción, Chile, abril de 2008.

Evans Espiñeira, Eugenio, La Constitución explicada, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley (redacción provisional) [on line], [citado 13 septiembre 2007]. Disponible en la World Wide Web: <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/material-complementario/06esquiaga-ganuzas-funcion-legislativa-y-funcion-judicial.pdf>. El texto fue publicado /en/ Malem, Jorge, Orozco, Jesús, y Vásquez, Rodolfo (compiladores), La función judicial, ética y democracia, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 39-55.

Falcón Lozada, Alba Lorena, Funcionalización versus garantismo y el estado actual del Derecho Penal, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 217-223.

Fenech, Miguel, El proceso penal, Agesa, Madrid, 1982.

Fernández Carrasquilla, Juan, Derecho penal fundamental, Temis, Bogotá (Colombia), 1982.

Fernández Mele, Soledad, Momento procesal del análisis de la pertinencia probatoria /en/ IX Congreso Nacional de Derecho procesal garantista [on line], 2007 [citado 19 septiembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/Fernandez%20Mele.pdf>.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, tercera edición, España, 1998.

Ferrajoli, Luigi, El Derecho penal mínimo [on line], [citado 3 julio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-minimo-l-ferrajoli/>. Trabajo aparecido en VV.AA., Prevención y Teoría de la Pena, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, pp. 25-48.

Ferrajoli, Luigi, Juspositivismo crítico y democracia constitucional /en/ Isonomía: Revista de teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2002, Núm. 16 [citado 13 julio 2007], pp. 7-20. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01604963781277168540035/index.htm>.

Ferrer Beltrán, Jordi, Los estándares de prueba en el proceso penal español [on line], [citado 26 septiembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>.

Ferrer Beltrán, Jordi, La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión [on line], [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1971>.

Ferrer Beltrán, Jordi, y González Lagier, Daniel, Introducción [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], pp. 7-13. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_02.pdf.

Figueroa G., Rodolfo, Igualdad y discriminación [on line], [citado 22 julio 2008]. Disponible en la Word Wide Web: www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/10/figueroa.pdf.

Florian, Eugene, Elementos de Derecho procesal penal (traducción de L. Prieto Castro), Jurídica Universitaria, México, abril de 2002.

Rita A. Fry, Calling defense witnesses: Whose case is this anyway? /en/ Rodney J. Uphoff (ed.), Ethical problems facing the criminal defense lawyer. Practical answers to tough questions, American Bar Association, 1995, pp. 76-83.

Garay, Carlos Alberto, Plasticidad neuronal, verdad y lógica, Comunicación presentada ante el Congreso "Verdad: Lógica, representación y mundo". Universidad de Santiago de Compostela. Departamento de Lógica e Filosofía da Ciencia. Facultad de Filosofía e CC. da Educación, enero 1996 [on line], [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://neurofilosofia.com.ar/espana95.htm>.

García, José Francisco, Reforma al Poder Judicial: una agenda para la discusión /en/ Serie Informe Político, Libertad y Desarrollo [on line], abril 2007, Núm. 100 [citado 14 febrero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.lyd.com/lyd/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3865/dep/loy/SIP-100-Reforma%20AL%20Poder%20Judicial%20Una%20agenda%20para%20la%20discusion-JFGarcía-Abril2007.pdf. ISSN 0717-1552.

García-Pablos de Molina, Antonio, Introducción al Derecho penal, Ramón Areces, Madrid, 2006.

García Figueroa, Alfonso, La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho /en/ Diritto & questioni pubbliche [on line], [citado 22 noviembre 2008], pp. 197-227. Disponible en la Word Wide Web: www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf.

García Fong, Gustavo, Pluralismo, Estado de Derecho y Derechos humanos /en/ Cuadernos de Estudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar [on line], 2005, Núm. 65 [citado 20 noviembre 2008], pp. 59-77. Disponible en la Word Wide Web: www.bibliojuridica.org/libros/3/1333/5.pdf.

García Ramírez, Sergio, Crimen y prisión en el nuevo milenio /en/ *Bol. Mex. Der. Comp.* [on line], 2004, vol. 37, Núm. 110 [citado 14 junio 2007], pp. 547-595. Disponible en la Word Wide Web: < http://scielo.unam.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000200005&lng=es&nrm=iso >. ISSN 0041-8633.

García Toma, Víctor, Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano /en/ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, (coordinadores) La Ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, T. V. juez y sentencia constitucional [on line], [citado 9 febrero 2009], pp. 383-411. Disponible en la Word Wide Web: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/22.pdf>. ISBN 970-32-5380-7.

Gary Salinas, Carlos Malaver, La justificación de las decisiones judiciales: en el contexto de descubrimiento o en el contexto de justificación. A propósito de una sentencia emitida por la Corte Suprema del Perú [on line], [citado 19 enero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: <http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/node/122>.

Gascón Abellán, Marina, Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], pp. 43-54. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf.

Gascón Abellán, Marina, Problemas de la fijación judicial de los hechos [on line], [citado 17 julio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/mariaj/razon/razonamientoold/TEMA8.pdf>.

Gascón Abellán, Marina, Igualdad y respeto al precedente /en/ Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas [on line], año 1, Núm. 2, 1993-1994 [citado 10 mayo 2009], pp. 211-227. Disponible en la Word Wide Web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175011&orden=187898&info=link>.

Gianformaggio, Leticia, Racionalidad práctica y teoría de la argumentación, traducción de Juan Antonio Pérez Lledó /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1987, Núm. 4 [citado 27 septiembre 2007], pp. 87-108. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/index.htm>.

Gómez Martínez, Carlos, La grabación de la imagen y del sonido en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador [on line], [citado 19 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/lagrabaciondesonido.pdf.

Gómez Urso, Juan Facundo, Agnosticismo y culpabilidad, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 223 – 228.

González Álvarez, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], julio 1996, Año 8, Núm. 11 [citado 15 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/gonzal11.htm>.

González Ayala, María Dolores, Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, N° 81, Madrid, 1999.

González García, Jesús María, El proceso penal español y la prueba ilícita /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2005, vol.18, Núm. 2 [citado 9 noviembre 2007], pp. 187-211. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Gordillo Arriagada, Pablo, Manual de técnica legislativa [on line], [citado 16 septiembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://tomasmoro.net/archivos/jpgaleano/docs/procesos-legislativos/Manual%20de%20técnica%20Argentina.pdf>.

Guarinoni, Ricardo Víctor, Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 3 septiembre 2007], pp. 547-558. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_21.pdf.

Guastini, Ricardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.

Guzmán Flujá, Vicente C., El agente encubierto y las garantías del proceso penal /en/ Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/vicente%20guzman%20es.pdf.

Habermas, Jürgen, Verdad y justificación. Ensayos filosóficos, traducción de Pere Fabra y Luis Díez, Trotta, Madrid, 2002.

Hagan, Frank E., Research methods in criminal justice and Criminology, second edition, Macmillan Publishing Company, New Cork, 1989

Heise Burgos, Gustavo, Reflexiones en torno a la Jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena [on line], [citado 10 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/Reflexiones%20en%20torno%20a%20la%20Jurisprudencia%20y%20el%20precedente%20judicial%20en%20la%20cultura%20juridica%20chilena.pdf>.

Hernández De la Rúa, Vicente, en Cuestiones selectas de Derecho penal vigente, Boletín de Jurisprudencia (Madrid), publicado por Imprenta que fue de Operarios, a cargo de D. F. R. del Castillo (1854).

Hernández Martínez, María del Pilar, El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación

jurisdiccional de la ley) /en/ Boletín Mexicano de Derecho comparado [on line], Año XXVII, Núm. 81, sep-dic. 1994 [citado 10 mayo 2009], pp. 693-712. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art4.htm>.

Herrera Carbuccia, Manuel Ramón, Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión /en/ GL. [on line], vol. 12, Núm. 1, abr. 2006 [citado 7 mayo 2009], pp. 123-142. Disponible en la World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972006004000006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-8597.

Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, Derecho procesal penal chileno, tomo II, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián, Derecho procesal penal chileno, tomo I, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

Huerta Ochoa, Carla, La jurisprudencia como técnica /en/ Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie [on line], mayo-agosto 1999, año XXXII, Núm. 95 [citado 27 septiembre 2007], pp. 397-415. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art4.htm>.

Hynes, Catalina, La teoría coherencial de la verdad de Nicholas Rescher [on line], noviembre de 2003 [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.paideiapoliteia.org.ar/docs/ch004.htm>.

Ibáñez, Eduardo Alejandro, Relativismo y verdad en la cultura filosófica y científica contemporánea [on line], [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.enduc.org.ar/enduc4/trabajos/t033-c17.pdf.

Igartua Salaverría, Juan, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Iturralde, Victoria, Justificación judicial: Validez material y razones /en/ Analisi e Diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line], 2004 [citado 8 octubre 2007], pp. 119-151. Disponible en la Word Wide Web: www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.pdf.

Kelsen, Hans, Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, Porrúa, segunda edición, México, 1993.

La Hoz Lora, Ricardo, La naturaleza inductiva de la prueba judicial y su motivación [on line], [citado 6 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.tsp.cu/Archivos/Ponencias/LA%20NATURALEZA%20INDUCTIVA%20DE%20LA%20PRUEBA%20JUDICIAL%20SU%20MOTIVACION.rtf>.

Landa Arroyo, César, Interpretación constitucional y derecho penal /en/ Anuario de Derecho penal [on line], 2005 [citado 27 enero 2009], pp. 75-104. Disponible en la Word Wide Web: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_06.pdf.

Lariguet, Guillermo, Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. En torno a algunas ideas de Manuel Atienza /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril de 2006, Núm. 24 [citado 2 agosto 2007], pp. 93-114. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=021981>.

Lariguet, Guillermo, La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2007, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], pp. 183-202. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras?portal=0&urlPropia=17173.

Laudan, Larry, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 2005, Núm 28 [citado 23 febrero 2009], pp. 95-113. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45703953211236108643679/029104.pdf>. Como esa dirección electrónica, originalmente consultada, tiene problemas de acceso, se puede consultar el artículo en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=29104&portal=4>.

Leal Suárez, Luisa y García Pirela, Adela, Criminología crítica y galantismo penal, CC. [on line], diciembre 2005, vol. 33, Núm. 4 [citado 12 junio 2007], pp. 429-444. Disponible en la Word Wide Web: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982005012000002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0798-9598.

Legare, Santiago, Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos [on line], [citado 10 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/legarre-01.pdf.

Legare, Santiago, y Rivera, Julio César, Naturaleza y dimensiones del stare decisis /en/ Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile [on line], 2006, vol 33, Núm. 1 [citado 6 febrero 2009], pp. 109-124. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>.

Linares, Sebastián, La independencia judicial: conceptualización y medición /en/ Política y gobierno [on line], vol. XI, Núm. 1, primer semestre 2004 [citado 10 mayo 2009], pp. 73-126. Disponible en la Word Wide Web: www.politicaygobierno.cide.edu/num_anteriores/Vol_XI_N1_2004/Sebastian_Linares_p-73-126.pdf.

López-Fragoso Álvarez, Tomás, Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN. /en/ Revista Derecho y salud: publicación oficial de la Asociación de Juristas de la salud [on line], julio-diciembre 1995, Vol. 3, Núm. 2 [citado 10 noviembre 2007], pp. 225-234. Disponible en la Word Wide Web: www.ajs.es/downloads/vol0314.pdf.

López García, José Antonio, y Del Real, J. Alberto, (eds.), Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho, Dykinson, Madrid, 2000.

Llamas, Angel, Una aproximación garantista a los derechos fundamentales /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1994, Núm. 15-16 [citado 7 noviembre 2007], pp. 695-713. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_11.pdf.

Magro Servet, Vicente, Hacia un régimen de consultas de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia al Tribunal Supremo para unificación de doctrina /en/ Diario La Ley, Núm. 7047, Sección Doctrina, 3 nov. 2008, año XXIX, Editorial La Ley.

Magro Servet, Vicente, ¿Cuándo es posible aplicar la analogía para resolver un caso concreto? Hacia la creación de un observatorio controlador de las lagunas y defectos del ordenamiento jurídico /en/ Diario La Ley, Núm. 7090, Sección Doctrina, 12 ene. 2009, año XXX, Editorial La Ley.

Magro Servet, Vicente, La unificación de criterios: una anhelada aspiración /en/ Diario La Ley, Núm. 6498, Sección Doctrina, 7 abr. 2007, año XXVII, Editorial La Ley.

Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, segunda edición, primera reimpresión.

Malem, Jorge, Privacidad y mapa genético /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril de 1995, Núm. 2 [citado 24 diciembre 2007], pp. 159-183. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653102351832977024/isonomia02/isonomia02_11.pdf.

Márquez, María Juliana, Hacia un derecho penal moderno, alcances, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 84-89.

Martínez de Vallejo Fuster, Blanca, La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line] 1993, Núm. 13 [citado 27 noviembre 2007], pp. 191-123. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837217548924839654435/cuaderno13/doxa13_11.pdf.

Martínez Pardo, Vicente, La entrada y registro domiciliario /en/ Revista Internauta de práctica Jurídica [on line], septiembre-diciembre 1999, Núm. 3 [citado 9 febrero 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/~ripj/3pard.htm>. ISSN 1139-5885.

Martínez Pérez, Mario Alberto, Diferencia sustancial entre verdad histórica y verdad procesal /en/ Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, El Nuevo Proceso Penal en Oaxaca. El Juez de Garantías en el Nuevo Proceso Penal Oaxaqueño [on line], [citado 25 noviembre 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur/DIFERENCIA%20SUSTANCIAL%20ENTRE%20VERDAD%20HISTORICA%20Y%20VERDAD%20PROCESAL.pdf>.

Matheus López, Carlos Alberto, Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba, Rev. derecho (Valdivia) [on line], julio 2003, Vol. 14 [citado 12 julio 2007], pp. 175-186. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Mathiesen, Thomas, Diez razones para no construir más cárceles, /en/ Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

Mazzarese, Tecla, Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, alicanté [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], pp. 687-718. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>.

Medina Schulz, Gonzalo, La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio /en/ Rodrigo Coloma correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pp. 35-68.

Miranda, Manuel, El populismo punitivo /en/ Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006 [on line], [citado 11 junio 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>.

Molina Guaita, Hernán, Derecho constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006.

Molinari, Luciana, El derecho de defensa en el juicio correccional. Su necesaria vinculación con el principio de imparcialidad [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Defensa.pdf>.

Molins García-Atance, Juan, Los recursos de casación y en interés de la ley en el anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la Ley de Enjuiciamiento Civil /en/ Diario La Ley, Núm. 6345, Sección Doctrina, 24 oct. 2005, año XXVI, Editorial La Ley.

Montesquieu, Del espíritu de las leyes, traducción de Nicolás Estévez, Editorial Eliasta, Buenos Aires, sexta edición, 1984.

Montiel, Juan Pablo, ¿Hacia las postrimerías de un derecho penal subsidiario?, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 350-356.

Mora Mora, Luis Paulino, La importancia del juicio oral en el proceso penal /en/ Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica [on line], junio 1991, Núm. 4 [citado 15 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2004/mora04.htm>.

Morales Manzur, Jorge, Parraga Meléndez, Jesús E., Fuenmayor, Gazella, *et al*, Legalidad formal y control social alternativo. Acerca de la creación de un nuevo Código Penal en la Venezuela actual, CC. [on line], marzo 2004, vol. 32, Núm. 1 [citado 09 junio 2007], pp. 65-88. Disponible en la Word Wide Web: http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982004003000003&lng=es&nrm=is...&tlng=es. ISSN 0798-9598.

Moreno Catena, Víctor, El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal /en/ Moreno Catena, Víctor, Constitución y Derecho público. Estudios en homenaje a Santiago Varela, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 281-308.

Moreno Catena, Víctor, Presente y futuro del proceso penal español /en/ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCVI - Núm. 2 (1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, pp. 69-90.

Moreno Catena, Víctor, Cortés Domínguez, Valentín, y Gimeno Sendra, Vicente, Introducción al Derecho procesal, Colex, Madrid, 1996.

Moreno Ortiz, Luis Javier, ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes? [on line], [citado 10 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/haciaunsistemajuricodepresedentes.html>.

Moreso, Juan José, Guastini sobre la ponderación /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México : Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2002, Núm. 17 [citado 2 agosto 2007], pp. 227-249. Disponible en al Word Wide Web:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372764235795943200024/index.htm>.

Muñoz López, Juan Ángel, Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio, [on line], 2002 [citado 10 diciembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://elistas.egrupos.net/cgi-bin/eGruposDMime.cgi?K9D9K9Q8L8xumopxClynqmj-yq-qdkreCTPSTCtjogkmCnoqdy-qlhhyCWPQhgb7>.

Muñoz-Conde, Francisco, Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2000.

Muñoz-Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, quinta edición, revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Muro Ruiz, Eliseo, Enseñanza de la técnica legislativa /en/ Derecho y cultura, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, [on line], mayo-diciembre 2004, Núm. 14-15 [citado 16 septiembre 2008], pp. 125-160. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derycul/cont/14/ens/ens8.htm>.

Navarro, Pablo E., Enunciados jurídicos y proposiciones normativas /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], abril 2000, Núm. 12 [citado 2 agosto 2007], pp. 121-155. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371963233495974102257/index.htm>.

Navarro, Pablo E., Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1993, Núm. 14 [citado 3 septiembre 2007], pp. 243-268. Disponible en la Word Wide Web: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_14.pdf.

Navarro, Pablo E., Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, German, El alcance de las normas jurídicas [on line], [citado 13 septiembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: [http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado%20en%20Argumentaci%F3n%20\(ITAM\)/El%20alcance%20de%20las%20normas%20jur%EDdicas.doc](http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado%20en%20Argumentaci%F3n%20(ITAM)/El%20alcance%20de%20las%20normas%20jur%EDdicas.doc).

Navarro, Pablo E., y Rodríguez, Jorge L., Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2000, Núm. 13 [citado 2 agosto 2007], pp. 61-85. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474064433736395354480/index.htm>.

Natarén Nandayapa, Carlos F., Los derechos fundamentales en el proceso penal. Primera aproximación /en/ Cienfuegos Salgado, David, y Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ríos

Espinoza, Carlos (Coord.), Temas de derecho procesal de México y España [on line], [citado 9 noviembre 2007], pp. 155-172. Disponible en la World Wide Web: www.bibliojuridica.org/libros/4/1574/8.pdf. ISBN 970-32-2273-0.

Nettel, Ana Laura, La distinción entre contexto de descubrimiento y justificación y la racionalidad de la decisión judicial /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], Octubre 1996, Núm 5 [citado 3 mayo 2009], pp. 107-117. Disponible en la World Wide Web: www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_06.pdf.

Neubauer, David W., America's courts and the criminal justice system, sixth edition, West/wadsworth, U.S., 1999.

Nieva Fenoll, Jordi, La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la unificación de doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho /en/ Diario La Ley, Núm. 6393, Sección Doctrina, 4 ene. 2006, año XXVII, Editorial La Ley.

Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, undécima edición, noviembre de 2003.

Nogueira Alcalá, Humberto, Dogmática constitucional, Talca, Chile: Universidad de Talca, 1997.

Nogueira Alcalá, Humberto, Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales /en/ Ius et Praxis [on line], 2005, vol. 11, Núm. 2 [citado 07 Noviembre 2007], pp.15-64. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012

Nogueira Alcalá, Humberto, Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales o humanos y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia /en/ Ius et Praxis [on line], 2003, vol. 9, Núm. 1 [citado 6 noviembre 2007], pp. 403-466. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

Nogueira Alcalá, Humberto, La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2002, Vol. 13 [citado 06 Abril 2008], pp. 161-186. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Inconstitucionalidad y derogación /en/ Analisi e Diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica [on line], 2000

[citado 3 septiembre 2007], pp. 153-193. Disponible en la Word Wide Web: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/rodrigue.pdf.

Palacios, Carolina, y Díaz, Javiera, Privatización carcelaria en Chile, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 433-438.

Palombella, Gianluigi, Derechos fundamentales. Materiales para una teoría /en/ Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1999, Núm. 22 [citado 20 julio 2007], pp. 525-579. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Parra, María Victoria, El precedente judicial en el Derecho comparado /en/ Criterio Jurídico [on line], 2004, Núm. 4 [citado 13 febrero 2009], pp. , pp. 241-262. Disponible en la Word Wide Web: http://www.puj.edu.co/banners/EL_PRECEDENTE_JUDICIAL.pdf.

Paz, Marta, y Rawson, Juan Carlos, Medidas alternativas y principio de oportunidad, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 291-294.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derechos fundamentales. Latina, Madrid, 1980.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, Derecho y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón, Curso de derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, primera reimpresión, Madrid, 1999.

Pérez Manzano, Mercedes, La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del Derecho a la doble instancia penal /en/ La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía [on line], 2006, Núm. 4 [citado 10 noviembre 2007], pp. 1751-1770. Disponible en la Word Wide Web: www.nodo50.org/ala/comisiones/penal/laleyreforenjuicrimi.doc. ISSN 0211-2744.

Pilonieta Pinilla, Eduardo, Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano [on line], [citado 10 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_pilonieta_pinilla.htm.

Portela, Mario Alberto, Argumentación y sentencia /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 21 [citado 30 julio 2007], pp. 333-338. Disponible en la Word Wide Web:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Prieto-Castro y Ferrándiz, Leonardo, y Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, Derecho procesal penal, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1989.

Prieto Sanchís, Luis, Notas sobre la interpretación constitucional /en/ Revista del Centro de Estudios Constitucionales [on line], 1991, Núm. 9 [citado 7 febrero 2009], pp. 175-198. Disponible en la Word Wide Web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf.

Quezada Meléndez, José, Tratado de Derecho procesal penal, Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, diciembre de 1994.

Quiróz Santaya, Carol Elisa, El Principio de contradicción en el proceso penal peruano /en/ Revista Jurídica Cajamarca [on line], enero-marzo 2003, año IV, Núm. 10, Cajamarca, [citado 4 diciembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.derechocambiosocial.com/rjc/Revista10/contradiccion.htm>.

Quispe Farfán, Fany Soledad, El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú, Tesis de Postgrado presentada en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú [on line], 2002 [citado 13 diciembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Quispe_F_F/t_completo.pdf.

Ramírez, José Antonio, La rebelión de los jueces. La jurisprudencia es vinculante para el juez? [on line], [citado 6 febrero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/36ramirez.rtf>.

Redondo, María Cristina, Teorías del Derecho e indeterminación normativa /en/ Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1997, Núm. 20 [citado 1 agosto 2007], pp. 177-196. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Remón Peñalver, Jesús, La lucha por la seguridad jurídica [on line], [citado 23 febrero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: <http://vlex.com/vid/lucha-seguridad-juridica-380405>.

Rescher, Nicholas, Los límites de la ciencia, traducción de Leonardo Rodríguez Duplá, Tecnos, Madrid, 1994.

Rescher, Nicholas, La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón, traducción de Susana Nuccetelli, Tecnos, Madrid, 1993.

Reyna Alfaro, Luis M., Aproximaciones victimológicas al delito informático, CC. [on line], diciembre 2003, vol.31, Núm. 4 [citado 22 Febrero 2009], p. 93-104. Disponible en la

World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982003010000004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0798-9598.

Ríos Labbé, Sebastián, La protección civil del derecho a la intimidad, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

Riquelme Portilla, Eduardo, El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo /en/ *Polít. crim. [on line]*, 2006, A2, Núm. 2 [citado 11 junio 2007], pp. 1-17. Disponible en la Word Wide Web: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf.

Rivera Santibáñez, José Antonio, Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno /en/ *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [on line], 2006, año 4 Núm. 2 [citado 20 noviembre 2008], pp. 585-609. Disponible en la Word Wide Web: www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/23.pdf. ISSN 0718-0195.

Rivera, Silvia, La filosofía de la ciencia: sus temas, rumbos y alternativas, sin paginación [on line], [citado 3 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.catedras.fsoc.uba.ar/mari/Archivos/HTML/Silvia_rumbos_alternativas.htm.

Rivero Ortega, Ricardo, Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho /en/ *Revista de Administración Pública* [on line], 2002, Núm. 157 [citado 6 febrero 2009], pp. 89-118. Disponible en la Word Wide Web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2002_157_089.pdf. ISSN 0034-7639.

Roach, Kent, Canadá /en/ Craig M. Bradley (ed.), *criminal procedure. A worldwide study*, Carolina Academic Press, durham, North Carolina, 1999, pp. 53-79.

Ródenas, Ángeles, En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas /en/ *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2001, Núm. 24 [citado 19 julio 2007], pp. 63-83. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Rodríguez, Jorge L., Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright /en/ *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante [on line], 2003, Núm. 26 [citado 13 julio 2007], pp. 87-109. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482866462359391865846/index.htm>.

Rodríguez, Jorge L., El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del derecho /en/ *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica* [on line], 2002-2003 [citado 13 septiembre 2007], pp. 275-285. Disponible en la Word Wide Web: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/13RODRIG.RTF.

Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho /en/ Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 22-II [citado 30 julio 2007], pp. 403-420. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/index.htm>.

Rodríguez-Pereyra, Gonzalo, El problema metafísico de la verdad /en/ Revista Latinoamericana de Filosofía [on line], 2000, 26 (2) [citado 8 octubre 2007], pp. 353-359. Disponible en la Word Wide Web: <http://64.233.169.104/search?q=cache:31IZpED8F0YJ:www.nottingham.ac.uk/philosophy/staff/Gonzalo/papers/barrio.pdf+coherentista+correspondentista&hl=es&ct=clnk&cd=9&gl=cl>.

Rodríguez Devesa, José María, y serrano Gómez, Alfonso, Derecho penal español. Parte General, decimoctava edición, Dykinson, Madrid, 1995.

Rodríguez Grez, Pablo, Teoría de la interpretación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, octubre de 1992.

Rolla, Giancarlo, La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo Latinoamericano [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf.

Rorty, Richard, Objetividad, relativismo y verdad, traducción de Jorge Vigil Rubio, Paidós, Barcelona, 1996.

Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, quinta edición, Buenos Aires, abril de 1994.

Roxin, Claus, Derecho penal. Parte General, Tomo I, traducido de la segunda edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, reimpresión, 2006.

Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigesimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

Roxin, Claus, Problemas actuales de dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara Editores, Perú, 2004.

Rubio Llorente, Francisco, Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial), Barcelona, España, Ariel, 1995.

Ruiz Molleda, Juan Carlos, En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas /en/ Justicia Viva, Instituto de Defensa Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú [on line], abril de 2006, Lima, Perú

[citado 5 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf.

Sal, Florencia, Reflexiones respecto del problema de la verdad [on line], [citado. 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.favanet.com.ar/mathesis/sal6.htm>.

Sánchez Brigido, Rodrigo, y Seleme, Hugo Omar, Justificación sin verdad /en/ *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica* [on line], 2001, Núm XII [citado 6 octubre 2007], pp. 285-294. Disponible en la Word Wide Web: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/11sanchezbrigido.rtf.

Sarmiento García, Luis E., *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

Schönbohm, Horst, y Lösing, Norbert (Ed.), *Sistema acusatorio. Proceso penal. Juicio oral en América Latina y Alemania*, CIEDLA y CPU, Caracas, 1995.

Schonfeld, Leonardo Augusto, *La expansión del derecho penal como política demagógica y sus límites*, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 246-249.

Serra Cristóbal, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, Tiranto Lo Blanch, Valencia, 2004.

Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 1997.

Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 2006.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

Sinclair, Kent, *The confrontation clause “rediscovered”* [on line], [citado 30 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: .

Sintura Varela, Francisco José, *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado* /en/ Bernate Ochoa, Francisco, *Sistema penal acusatorio*, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá (Colombia), 2005.

Solís Vásquez, Luis Alberto, *Razonamiento judicial* [on line], [citado 19 enero 2009]. Disponible en la Word Wide Web: www.teleley.com/articulos/art_180608-7.pdf.

Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

Subijana Zunzunegui, Ignacio José, Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal /en/ Eguzkilore (Flor protectora contra las fuerzas negativas), Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología [on line], octubre 1997, Núm. 10 extraordinario [citado 10 noviembre 2007], pp. 121-160. Disponible en la Word Wide Web: [www.sc.ehu.es/scrwwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20\(castellano\)%2010%20ext.pdf](http://www.sc.ehu.es/scrwwwiv/Eguzkilore/10%20ext/Subijana%20(castellano)%2010%20ext.pdf).

Tamayo Jaramillo, Javier, Hermenéutica constitucional y legal. Al rescate de la pureza del Derecho [on line], [citado 10 mayo 2009]. Disponible en la Word Wide Web: www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1 JTJ/T1 JTJ LIBRO.pdf.

Taruffo, Michele, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad [on line], edición digital a partir de Discusiones: Prueba y conocimiento, 2003, Núm. 3 [citado 6 octubre 2007], pp. 15-41. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=28759&portal=4>.

Taruffo, Michele, La prueba científica en el proceso civil (traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier) /en/ Ferrer Beltrán, Jordi, Gascón Abellán, Marina, González Lagear, Daniel y Taruffo, Michele, Estudios sobre la prueba, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [on line], [citado 8 octubre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1971>. ISBN 970-32-3369-4.

Taruffo, Michele, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa /en/ Ius et Praxis [on line], 2006, vol. 12, Núm. 2 [citado 13 Julio 2007], pp. 95-122. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

Taruffo, Michele, Investigación judicial y producción de prueba por las partes /en/ Rev. Derecho (Valdivia) [on line], diciembre 2003, vol.15 [citado 5 octubre 2008], p.205-213. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.

Tejada Gorráiz, Queralt, La crisis de la ley /en/ Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho [on line], 1999, Núm. 2 [citado 2 abril 2008]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/queralt.html>. ISSN 1138-9877.

Tole Martínez, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación /en/ Revista Cuestiones Constitucionales [on line], julio-diciembre 2006, Núm. 15 [citado 10 febrero 2009], pp. 253-316. Disponible en la Word Wide Web: www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf.

Tomás y Valiente, Francisco, La resistencia constitucional y los valores /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1994, Núm. 15-16 [citado 7 noviembre 2007], pp. 635-650. Disponible en la Word Wide Web:

www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_08.pdf.

Tosto, Gabriel, Derecho y economía /en/ Hologramática, [on line], 2006, año III, Núm. 4Vol. 3 [citado 13 septiembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cienciared.com.ar/ra/revista.php?wid=3&articulo=408&tipo=R&eid=4&sid=Dokumentos&NombreSeccion=Articulos&Accion=Completo>. ISSN 1668-5024

Tosto, Gabriel, Los Jueces y la Ley Laboral /en/ GL. [on line], agosto 2004, vol.10, Núm. 2 [citado 27 Septiembre 2007], pp. 187-199. Disponible en la World Wide Web: <http://www.serbi.luz.edu.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972004008000003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1315-8597.

Vacani, Pablo Andrés, Hacia un cambio metodológico. Análisis de las prácticas penitenciarias y judiciales a la luz de la lógica de los campos, INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales) [on line], [citado 7 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.inecip.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=53.

Valdés, Guadalupe, Organización y uso de los espacios educativos /en/ Revista tecnología y comunicación educativas, Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa (ILCE), agosto-octubre de 1986, número 4, pp. 24-99.

Vargas, Tatiana C., Eficacia y garantías en el moderno derecho penal. Una perspectiva desde el sistema jurídico chileno, /en/ XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y criminología, Ponencias, Tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, (Argentina) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Sede Córdoba), septiembre de 2003, pp. 258 – 265.

Vásquez López, José Enrique, De Napoleón y de la interpretación de las leyes: Un primer acercamiento al tema de la inviolabilidad del domicilio /en/ Cuad. med. forense [on line], 2002, Núm. 27 [citado 21 enero 2008], pp. 93-95. Disponible en la Word Wide Web: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062002000100012&lng=en&nrm=iso. ISSN 1135-7606.

Velluzzi, Vito, Interpretación sistemática: ¿un concepto realmente útil?, traducción de Amalia Amaya /en/ Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante [on line], 1998, Núm. 21-I [citado 27 septiembre 2007], pp. 65-82. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>.

Vidal Fueyo, María del Camino, Imprevisión legislativa, derechos fundamentales y proceso penal [on line], [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/MariaVidal.pdf. También disponible /en/ Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (coord. Por Manuel Carrasco Durán, Francisco Javier Pérez Royo,

Joaquín Urías Martínez, Manuel José Terol Becerra) Vol. 1, 2006, págs. 1425-1440 ISBN 84-9767-692-0.

Vidal Gil, Ernesto J., Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles, Universidad de Valencia, Valencia, 1999.

Villanueva Haro, Benito, El novísimo Código Procesal Penal y la restricción de derechos fundamentales /en/ Revista Internauta de Práctica Jurídica [on line], enero-junio 2006, Núm. 17 [citado 6 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num17/num17/Procesal%20Penal%20y%20la%20Restricci%20Derechos%20Fundamentales.pdf.

Whittaker, Simon, El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela [traducción de Cristián Banfi del Río] /en/ Revista chilena de Derecho [on line], vol. 35, Núm. 1, 2008 [citado 7 mayo 2009], pp. 37-83. Disponible en: < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso >. ISSN 0718-3437.

White Ward, Omar A., Trauma por maltrato y revictimización en menores /en/ *Med. Leg. Costa Rica* [on line], septiembre 2003, vol. 20, Núm. 2 [citado 12 junio 2007], pp. 27-46. Disponible en la Word Wide Web: <>. ISSN 1409-0015.

Wigand, Thomas, Germany /en/ Craig M. Bradley (ed.), criminal procedure. A worldwide study, Carolina Academic Press, durham, North Carolina, 1999, pp. 187-216.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Ediar, Buenos Aires, 1989.

Zapata García, María Fernanda, La prueba ilícita, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004.

Zuleta, Hugo, La fundamentación de las sentencias judiciales. Una crítica a la teoría deductivista /en/ Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, (s.a.) [on line], octubre 2005, Núm. 23 [citado 24 agosto 2007], pp. 59-96. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01604963781277168540035/index.htm>.

Zuluaga Taborda, John E., Comentarios a la función de control de garantías. A propósito de la ley 906 de 2004 o “Sistema procesal penal acusatorio” /en/ Revista Co-Herencia, Universidad EAFIT [on line], Núm. 6 [citado 10 noviembre 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/D5E919D8-B640-4BF5-A69C-DB66CD177B28/0/funci%C3%B3ndecontroldegarant%C3%ADasIII.doc>.