



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

BENJAMÍN MUHR ALTAMIRANO

Profesor Guía: JORGE UGARTE ABREGO

Santiago, Chile. Abril de 2010

A María Isabel Altamirano.

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA EXPANSIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL	10
2.1. Introducción	10
2.2. Las causas de la expansión	12
2.3. Consecuencias de la expansión en el derecho penal	20
2.4. El derecho penal simbólico	29
2.5. Algunas posiciones frente a la expansión.	31
2.5.1. Winfried HASSEMER: El derecho penal de la intervención	31
2.5.2. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ: El derecho penal de dos velocidades	33
2.5.3. Blanca MENDOZA BUERGO	36
2.5.4. Luis GRACIA MARTÍN	37
2.5.5. Günter JAKOBS: El derecho penal del enemigo	41
3. REPERCUSIONES EN EL PROCEO PENAL	46
3.1. Introducción	46
3.2. Propuesta de análisis	54
4. AUMENTO CUANTITATIVO: LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL	60
4.1. Introducción	61
4.2. El <i>plea bargaining</i>	62
4.2.1. Introducción	62
4.2.2. Regulación de los acuerdos en E.E.U.U.	63
4.2.3. Críticas al <i>plea bargaining</i>	64
4.3. Recepción del <i>plea bargaining</i> en el derecho chileno	70

4.3.1. Introducción	71
4.3.2. La negociación en el procedimiento abreviado chileno.	75
4.3.3. La tarea de normar los acuerdos informales	78
5. AUMENTO CUALITATIVO: EL DERECHO PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO	81
5.1. Introducción	81
5.2. Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	91
5.2.1. El agente encubierto	95
5.3. Conclusiones	101
6. EL DERECHO PROCESAL PENAL SIMBÓLICO	103
6.1. Introducción	103
6.2. Ley 20.253: Agenda corta anti-delincuencia	108
6.2.1. La prisión preventiva en el antiguo proceso penal	111
6.2.2. Reforma de la ley 20.253	114
6.2.3. Cambio de la expresión “el tribunal deberá considerar especialmente” por “se entenderá especialmente que”	118
6.3. Conclusiones	122
7. CONCLUSIONES FINALES	127
8. BIBLIOGRAFÍA	134

1. INTRODUCCIÓN

El primer semestre de 2006 el profesor Miguel SOTO PIÑEIRO realizó un taller de memoria denominado “La expansión del derecho penal”, dirigido a estudiantes de tercer a quinto año. El taller tenía como objetivo profundizar sobre las modernas tendencias político-criminales, en el contexto de los cambios sociales y tecnológicos de las últimas décadas. Durante el semestre que duró el curso cada sesión estuvo dedicada a analizar un tema en específico. Algunos de los temas tratados fueron; las características de las sociedades post-industriales, el discurso de la escuela de Frankfurt, los delitos de peligro, los bienes jurídicos colectivos, las nuevas tecnologías como instrumentos de la persecución penal, desafíos de la bioética, dimensión penal del VIH, entre otros.

Una de aquellas sesiones estuvo dedicada a analizar la privatización del proceso penal. Dentro de las lecturas revisadas para dicha sesión se incluyó un texto de Bernard SCHÜNEMANN titulado “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento americano en el mundo?)”.¹ En esa monografía el autor trataba un mecanismo procesal que hace algunas décadas se había introducido al proceso alemán, no por la vía legislativa sino por la práctica del órgano persecutor. El Ministerio Público en Alemania, aprovechándose de la amplia discrecionalidad que se le entrega en dicho país, llevó adelante una práctica, al comienzo encubierta y más tarde explícita, de negociación con el imputado. Esta práctica paulatinamente fue haciéndose más común y fue siendo regulada por la jurisprudencia.

Esta nueva práctica del procedimiento penal alemán fue parte de una tendencia bastante más global que compartían varios países europeos. Los mecanismos de negociación de la acción penal constituyen una forma alternativa de terminación del

¹ SHUNEMANN, Bernard. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*. Madrid, Tecnos, 2002. Cap.12. p. 288 y sig.

proceso penal que ha sido recepcionada por estas legislaciones tomando como modelo el procedimiento norteamericano.

SCHÜMENANN en el texto referido analizaba la idea preconcebida de que la incorporación de los acuerdos penales ha sido la vía que ha encontrado el derecho Alemán (y gran parte del europeo-continental) para salir de la crisis provocada por el incremento de casos. Su opinión es la inversa, esta incorporación, no precedida de una reforma legal, vulneraría la Constitución y los principios que trascienden a la legislación procesal, principalmente los principios de publicidad, intermediación y oralidad, la garantía al juez legal, el derecho del acusado de estar presente en el juicio y a la presunción de inocencia.

Según el autor no es aceptable que un procedimiento de tradición europeo-continental, y guiado por el principio de la verdad material, acepte una condena derivada únicamente de la confesión del imputado. Desde el punto de vista penal tampoco serían adecuados estos acuerdos porque estarían en oposición a los fines perseguidos por la pena. Su conclusión en última instancia es que “no cabe dudar que los acuerdos informales constituyan la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán desde 1879, y un hacha para las raíces de una tradición centenaria.”²

La monografía de SCHÜMENANN trata un problema eminentemente procesal, sin embargo fue revisada en el taller del profesor SOTO por cuanto las causas de la tendencia a privilegiar los acuerdos que SCHÜMENANN denunciaba se encontraba estrechamente ligada a las causas que nosotros habíamos estudiado como desencadenantes de la expansión del derecho penal.

Aquel no fue el único cambio legislativo que revisamos en dicho taller que tenía vinculación con el derecho procesal. En realidad cuando se habla de la expansión del

² SHUNEMANN, Bernard. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Op cit. p. 293.

derecho penal se habla de un fenómeno del *ius piniendi* en su conjunto, lo que incluye el ejercicio del poder punitivo del estado en todos sus aspectos, tanto la política-criminal, como la legislación sustantiva y procesal. La negociación de la acción penal es un ejemplo muy elocuente de cómo la legislación procesal se ve influenciada de la misma manera que la legislación de fondo por las transformaciones sociales del problema criminal. Esto no se da sólo en este caso sino que muy por el contrario, se trata de una relación directa y totalmente recíproca.

El derecho procesal tiene como uno de sus objetivos la realización del derecho sustantivo³. En este sentido un cambio en la tendencia del de la legislación de fondo requerirá al mediano o largo plazo ser incorporado por la regulación procesal, y si eso no lo realiza el legislador, será la práctica judicial la que buscará la forma para hacerlo.

En términos simples *la expansión del derecho penal* es la denominación que la doctrina penal le ha dado a una realidad de política legislativa; desde los años ochenta las legislaciones penales han ido aumentando exponencialmente su ámbito de intervención, se han aumentado las figuras típicas, los bienes jurídicos y el campo de aplicación de tipos penales preexistentes. Esa tendencia tiene partidarios y detractores, pero más allá de cómo se ha desarrollado la discusión, el antecedente real es que ese crecimiento es constatable. El trasfondo de esta constatación es un extenso cambio social.

En el presente trabajo de memoria pretendemos describir someramente algunas de las repercusiones de la expansión del derecho penal en el procedimiento penal. Para ello buscaremos clasificar las consecuencias en tres ámbitos de afectación diferentes, los cuales creemos que reúnen los ámbitos de afectación más directos y relevantes.

³ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2003. p. 6. “La relación del Derecho procesal penal con el *Derecho penal material* es mucho más estrecha que con los demás derechos procesales. Bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones entre ambos están en una relación necesariamente complementaria.” “En la práctica, un orden jurídico penal será tan bueno como lo permita el procedimiento para su realización y, a la inversa, una regulación procesal satisfactoria no es posible cuando no está concebida para el Derecho material.”

Antes de ello vamos a dar una breve descripción de la discusión sobre la expansión del derecho penal, la cual esperamos que sirva como guía para las explicaciones que vendrán en los capítulos siguientes.

El derecho procesal penal chileno se encuentra en un periodo de cambio. La reforma procesal penal es por mucho el cambio más importante que ha experimentado la legislación procesal desde la dictación del código de procedimiento penal. Dentro de esta etapa de reforma además nos encontramos en una etapa de ajuste o de evaluación, que ha dado como resultado paquetes de reformas a la reformas. Más aún, existe un movimiento para la dictación de un nuevo el Código Penal para Chile. En el proyecto de la comisión de reforma son muchos los ámbitos que varían de manera sustancial, y otros que son incorporados por vez primera al sistema de punición.

El motivo de la elección del tema en estudio esta dado por que en esta etapa de cambios es sumamente relevante revisar la vinculación que existe entre los cambios en el área penal y en el área procesal penal. Es cierto que ambas son ramas del derecho que se basan en principios diferentes, pero dentro de su independencia tratan sobre el mismo fenómeno social, y por lo tanto tienen una vinculación ineludible.

El discurso de la expansión es la manera como se ha designado a una discusión muy basta dentro de la disciplina penal. En ella han participado grandes autores, y se han contrastado visiones que han contribuido mucho a esclarecer algunos motivos de las nuevas tendencias en el derecho penal. Varios de estos estudios han tratado problemas y desafíos del derecho procesal penal. Revisar, aunque sea sólo de manera acotada, cuales han sido algunos de esos estudios, puede contribuir a ese trabajo de colaboración con la revisión de las reformas en el derecho procesal chileno.

El objetivo que nos proponemos es poder realizar un análisis global sobre las consecuencias que la expansión del derecho penal ha tenido en el derecho procesal penal. No esperamos que dicho análisis sea completamente exhaustivo y acabado en atención a que las aspiraciones que pueden llegar a tener un trabajo de investigación

de esta naturaleza no pueden ser tan ambiciosas. Sin embargo sí pretendemos lograr hacer una revisión de los ámbitos de afectación más relevantes, y profundizar en ellos.

Nuestra hipótesis de trabajo es que la vinculación necesaria que existe entre el derecho penal y el derecho procesal penal implica que todos los cambios que se han generado en el primero, y que han sido bastante estudiados por la doctrina penalista en el desarrollo de la discusión sobre la expansión, deben haber implicado consecuencias no menores en el ámbito del derecho procesal penal. Ambas disciplinas de estudio son independientes, sin embargo trabajan sobre un mismo fenómeno y por lo tanto los cambios que se van desarrollando en una disciplina deben tener necesariamente consecuencias en la otra. Ese antecedente implica que las consecuencias en el plano del derecho procesal existen y que por lo tanto sólo es necesario identificarlas y clasificarlas de modo de poder distinguirlas con más claridad.

La metodología de trabajo que utilizaremos se basa en el estudio y análisis de los trabajos científicos de aquellos autores que han escrito sobre la expansión del derecho penal tanto desde la disciplina penal como desde el derecho procesal. Con posterioridad intentaremos clasificar las consecuencias que dichos autores identifican en algunos ámbitos de afectación especialmente sensibles para el derecho procesal. Nos detendremos en cada uno de estos ámbitos de afectación para explicarlos y buscaremos en cada uno al menos un ejemplo de nuestra legislación procesal nacional que pueda ilustrar correctamente el ámbito de afectación desarrollado en los capítulos.

2. LA EXPANSIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Se ha denominado expansión del derecho penal a una tendencia político-criminal que evidencian las legislaciones actuales desde finales de la década de los ochenta. Esta tendencia se referiría a un paulatino abandono de los principios que se han reconocido como constitutivos del derecho penal clásico⁴, y la consolidación de una práctica punitiva más invasiva. La discusión se ha centrado básicamente en torno a la identificación de cuáles son estos cambios y en qué medida son compatibles con los fundamentos de justicia política en los que se basa el ejercicio de la actividad punitiva del Estado.

El desarrollo de la dogmática penal desde la ilustración hasta la actualidad ha significado un progresivo avance en el reconocimiento de derechos y garantías individuales. A medida que esas garantías se han consolidado han sido asimiladas por las legislaciones, en un proceso lento pero persistente de humanización del derecho penal. Las constituciones y los tratados de derechos humanos, al consagrar en el nivel jerárquico más alto principios penales como los de culpabilidad, legalidad,

⁴ La distinción entre derecho penal clásico y derecho penal moderno puede prestarse para confusiones. Lo que se denomina derecho penal clásico por los autores de la escuela de Frankfurt es lo que hace no mucho se denominaba derecho penal moderno, es decir, el derecho penal de la ilustración al que se le consideró como moderno por la ruptura con el antiguo derecho penal monárquico. Se le denominó también derecho penal liberal por la preeminencia que le daba a los principios de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. Actualmente eso es lo que se denomina derecho penal clásico, en contraposición al derecho contemporáneo. En adelante, al referirnos al derecho penal clásico, lo haremos en el mismo sentido en que la escuela de Frankfurt lo hace, esto es, como sinónimo de derecho penal ilustrado. En cambio al hablar de derecho penal moderno, lo haremos como sinónimo de derecho penal contemporáneo. Ver; HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999. Capítulo II.

proporcionalidad, *ultima ratio* y procesales como el de presunción de inocencia, debido proceso, derecho a defensa, son el reflejo de ese avance.

En las últimas décadas, sin embargo, se han podido constatar cambios que van en la dirección contraria, o que, al menos, resultan conflictivos de incluir en un modelo que pretenda ser auténticamente garantista. En términos generales se puede decir que el derecho penal, como una herramienta de corrección social, ha cobrado un protagonismo cada vez más grande en las políticas estatales. La amenaza penal, que debiera tener un carácter excepcional, solamente para las acciones más graves, se ha ido convirtiendo en una vía cada vez más común y expedita para regular los más diversos fines. Esto ha implicado por un lado que las figuras típicas y los ámbitos regulados hayan crecido, y por otro un extenso debate a nivel doctrinario y político, sobre la procedencia y la adecuación de estas transformaciones. No es exagerado afirmar que los cambios en la utilización de la *ius puniendi* han provocado una verdadera crisis de legitimación.

Las razones de este cambio de tendencia son difíciles de analizar, especialmente si esto se hace desde la disciplina jurídica que no es la más idónea. Sus motivos son principalmente transformaciones de las condiciones sociales y materiales que rodean el fenómeno delictivo, las nuevas circunstancias políticas, la globalización económica y de la información, el desarrollo tecnológico, el impacto del desarrollo humano en los recursos naturales, el crecimiento poblacional, el nuevo rol de los medios de comunicación, entre varios otros temas.

El presente capítulo tiene como propósito ser un breve resumen de la discusión a la que nos referimos. Para ello explicaremos en primer lugar las causas más frecuentemente citadas de la expansión, luego revisaremos las características que tiene el llamado derecho penal de la sociedad del riesgo para, finalmente, exponer las posiciones que han adscrito algunos autores en relación a estas transformaciones.

Es importante señalar como advertencia previa que al hablar de expansión del

derecho penal se habla de un fenómeno que no está limitado al derecho penal material, sino que involucra a todo el ejercicio de la actividad punitiva del Estado. Veremos en este capítulo y especialmente en el siguiente que, por distintas razones, la discusión ha tendido a enfocarse en las consecuencias que los cambios sociales han implicado en el derecho penal sustantivo. Incluso, la terminología que usualmente se ha ocupado en la discusión doctrinaria podría llevar a entender que es un problema que se concentra sólo en ese ámbito. Para cambiar dicho enfoque hemos titulado este capítulo la “expansión de la intervención penal”, y no como usualmente la doctrina se refiere a la discusión, es decir, la “expansión del derecho penal”, “derecho penal de la sociedad del riesgo”, o en algunos casos la “inflación del derecho penal”. Queremos de ese modo dejar en claro que la expresión “derecho penal” en todas estas nomenclaturas es utilizada en su significado extenso, es decir como ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, incluyendo por lo tanto el derecho sustantivo y el procesal.

2. 2. LAS CAUSAS DE LA EXPANSIÓN

Los cambios en las condiciones materiales de vida en la segunda mitad del siglo XX han sido evidentes. Tanto los avances científicos y tecnológicos, como las transformaciones económicas y demográficas, han significado un vuelco rotundo en la forma de vivir de las personas. Desde el punto de vista de la sociología se ha propuesto la tesis de que estos cambios no son sólo la continuación del desarrollo de una sociedad industrial y globalizada, igual que aquella que se gestó en el siglo XIX, pero más robustecida y compleja, sino que constituirían un cambio en el desarrollo histórico tan significativo, que se trataría de una “fractura dentro de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura”⁵.

⁵ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Barcelona, Paidós, 1998. p.16.

Ulrich BECK, en su libro “La sociedad del riesgo”, publicado en el año 1986, analizó en profundidad lo que significa para la reflexión sobre la modernidad las nuevas condiciones de vida. Su objetivo fue revisar con una perspectiva contemporánea, y por lo tanto desvinculada de las teorías dominantes, el nuevo panorama. Su punto de partida fue que el momento actual constituye un cisma tan profundo que requiere ser observado “con la actitud con que (dicho mediante una comparación histórica) un observador de la sociedad a comienzos del siglo XIX busca tras las fachadas de la era agraria feudal que llega a su fin, los rasgos que ya se presentan por doquier, de la era industrial aún desconocida”⁶.

Las características más relevantes que presenta esta nueva sociedad, según el autor, son básicamente tres. En primer lugar, la generalización de nuevos riesgos, que afectan a grandes grupos, y que son producto de nuevas actividades humanas. En segundo lugar, se aprecian dificultades para poder atribuir responsabilidad por esos riesgos a personas determinadas⁷. El control de esos riesgos es difuso y no puede ser ejercido individualmente por las personas que están sometidas a ellos. Tercero, esa imposibilidad de control ha provocado un enorme sentimiento de inseguridad en la población, el que no guarda relación con los riesgos reales, y que se ve potenciado por la utilización que los medios de comunicación hacen de él.

El gran desafío de esta nueva sociedad es la posibilidad de conocer dichos riesgos, calcularlos, prevenirlos y distribuirlos⁸. El derecho penal en esta última tarea ha tomado un papel fundamental.

⁶ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Op. Cit., p.15.

⁷ Como señala BECK: “El nexo causal que se establece en los riesgos entre los efectos nocivos actuales o potenciales y el sistema de producción industrial abre una pluralidad casi infinita de interpretaciones individuales. En el fondo, se puede (al menos tentativamente) poner a todo en relación con todo mientras se mantenga el modelo fundamental (la modernización como causa, el daño como efecto secundario). Muchas cosas no podrán ser confirmadas. Hasta lo que haya sido confirmado tendrá que sostenerse frente a la duda sistemática permanente”. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Op. Cit., p. 37.

⁸ En palabras del autor: “De ahí que precisamente con el despliegue de la sociedad del riesgo se desplieguen los contrastes entre quienes están afectados por los riesgos y quienes se benefician de ellos. De una manera similar crece el significado social y político del saber, y por lo tanto el poder sobre los medios que lo configuran (la ciencia y la investigación) y lo difunden

Nos referimos a la teoría de Ulrich BECK por que ha sido recibida por los penalistas con especial entusiasmo, pasando a ser un referente en el plano del estudio de las características de la sociedad contemporánea. Tanto es así que es normal que se hable incluso del “derecho penal de la sociedad del riesgo” para referirse al derecho penal actual.

La pregunta sobre las causas de la expansión requiere revisar aquellos cambios políticos, sociales y culturales que constituyen esta nueva sociedad. Dicho trabajo, como hemos señalado, no pertenece propiamente al campo del derecho penal, ni siquiera al ámbito del conocimiento jurídico. Los penalistas sin embargo han buscado en algunos casos hacerse cargo de esto, debido a que esclarecer estas causas es relevante para, en una etapa posterior, criticar sus consecuencias en el campo del derecho penal. Para ello se han apoyado en los trabajos de autores como BECK.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ es uno de los penalistas que ha buscado hacer ese vínculo entre la discusión sociológica y el estudio político-criminal. En su libro “La expansión del derecho penal”⁹ distingue varias causas que pueden ser citadas como responsables de la expansión. Explicaremos brevemente aquellas causas a continuación.

i. Crecimiento razonable. En primer lugar este crecimiento se explicaría por lo que el autor denomina un “rango de expansión razonable”. Las sociedades han cambiado y los objetos de protección (bienes jurídicos) también han cambiado junto con ellas. Esto es un desarrollo natural y esperable. El derecho penal es el reflejo de las necesidades

(los medios de comunicación de masas). En este sentido, la sociedad del riesgo también es la sociedad de la ciencia, de los medios y de la información. En ella se abren así nuevos contrastes entre quienes producen las definiciones del riesgo y quienes las consumen”. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Op.cit., p. 52-53.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 2001. p. 25 y sig.

de una sociedad, y por lo tanto los cambios culturales tendrán siempre una repercusión directa en él¹⁰.

Actualmente, por ejemplo, los temas medio ambientales han cobrado un protagonismo que no tenían veinte años atrás, y es comprensible pensar que ese protagonismo continuará en aumento ya que las sociedades modernas cada día van adquiriendo más conciencia de las consecuencias adversas del desarrollo en su propia subsistencia.

ii. Sociedad del riesgo. Una segunda causa serían los cambios globales de los sistemas económicos y el desarrollo tecnológico. En la actualidad el desarrollo de la técnica permite múltiples beneficios, pero también conlleva consecuencias negativas, una de las cuales consiste en que las personas están sujetas a riesgos muy altos que son provocados por la actuación de otras personas, y cuya eventual realización consiste en daños no delimitables, globales y con frecuencia irreparables, que afectan a todos los ciudadanos, y que surgen de decisiones humanas¹¹.

El avance en campos como la industria, la biología, la energía nuclear, la genética, la informática, las comunicaciones, entre otros, permite que aquellas actividades hoy puedan directa o indirectamente afectar a un gran número de personas, por fallas que pueden ser difusas, no necesariamente imputables a un individuo, pero que podrían tener repercusiones de gran envergadura.

Los sujetos son hoy más dependientes de factores externos que no controlan y en los que depositan confianza. Esa dependencia conlleva naturalmente un riesgo de que dicha confianza al "sistema" sea defraudada. Así, por ejemplo, el desarrollo de la Internet es sin duda una fuente de beneficios en muchos ámbitos, pero deja abierto un

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. Cit., pp. 25-26.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. Cit. pp. 26-28

espacio para nuevas formas de delincuencia no tradicional, no regulada, contra las cuales se tiene escaso poder de reacción.

iii. Cambio en la forma y dimensión de los daños. El mayor contacto de las esferas de organización de cada persona puede generar un aumento en las afectaciones de intereses legítimos¹². En algunos casos esos intereses no son propios de un individuo sino que son institucionales, conforman la organización en la cual las personas se desarrollan. La lesión, por lo tanto, no daña a una sola persona sino a un grupo vasto de ellas.

El derecho penal clásico, que se basa en el paradigma del daño, no resulta adecuado, porque la dimensión del daño impide esperar a su consecución para el acaecimiento de la reacción penal. Este es el motivo de que los delitos de peligro hayan comenzado a ser utilizados cada vez con más frecuencia.

También la interdependencia de los sujetos, implica que aumentan las obligaciones entre ellos, y por lo tanto las exigencias de realización de acciones positivas, por sobre la, otrora, suficiente obligación de no afectar a terceros. En términos penales, aumentan los casos en que se configura una posición de garante, y por lo tanto los delitos de omisión también se ven incrementados.

iv. Preeminencia global de la prevención. La preeminencia de la seguridad y la disminución de riesgos, conlleva a la restricción de los márgenes de riesgo permitido.

“Nos encontramos en un modelo de sociedad orientado a una restricción progresiva de las esferas de actuación arriesgada. (...)En otras palabras, en un modelo social en el que la ponderación previa al establecimiento de la frontera entre riesgo permitido y riesgo desaprobado, la libertad de acción ha cedido con claridad a la libertad de no pasión”¹³.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Op. Cit., pp. 28-31.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. Cit., p. 44.

En un mundo en que casi la totalidad de las consecuencias se encuentran mediadas por una conducta humana, la posibilidad de atribuir causalidad a un individuo siempre está presente. Esto permite que se opte cada vez más por restringir los casos en que se considera que los acontecimientos fueron provocados por caso fortuito. “El círculo se cierra en los últimos años en que parece darse una tendencia irrefrenable a contemplar la catástrofe como delito e imputarla, como sea, a un responsable: en este caso ya a una persona y no a una fuerza de la naturaleza”¹⁴.

v. Sensación colectiva de inseguridad. Existe también en las sociedades contemporáneas una sensación general de inseguridad, en algunos casos justificada y en otros provocada por un contexto comunicacional que la fomenta.

Este punto está en estrecha relación con el anterior. En sociedades complejas en que la interrelación individual alcanza niveles muy altos, y que, por lo tanto, las esferas de organización de una persona dependen de las actuaciones de otra, la sensación de vulnerabilidad es mayor. En la medida en que se está en menos control de los riesgos a los que uno mismo está sujeto, se produce una situación de desprotección. La interrelación personal, que es un aspecto objetivo, genera una dimensión subjetiva de inseguridad, que, normalmente, es mayor que la gravedad real del riesgo.

Los medios de comunicación en una sociedad de la información contribuyen a esta sensación, ya que transmiten una imagen de la realidad en la que los fenómenos distantes son acercados al receptor, de modo que este los percibe como si los hubiera experimentado él mismo. Ello implica que no es necesario vivenciar afectaciones sino que basta con que otro, con el cual normalmente no se tiene ningún vínculo, las experimente para que los medios acerquen ese daño al público y este lo viva personalmente.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. Cit. p. 47.

La realización efectiva del riesgo en un caso, expande en forma global su confirmación, incluso a personas que objetivamente están sólo marginalmente afectadas por él. No se trata de que los medios de comunicación creen toda la sensación de inseguridad, sino que estabilizan y acrecientan una sensación ya existente. Como señala ALBRECHT:

“Se comercializa con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente constatable”¹⁵.

vi. La configuración de una sociedad de sujetos pasivos. La sociedad de bienestar esta conformada cada vez más por sujetos que no realizan actividades productivas, pensionados, cesantes, destinatarios de prestaciones públicas educacionales o de salud, etc. Ellos participan activamente en la vida política, ya que son el público objetivo al que los políticos deben orientar sus decisiones.

Ese grupo de votantes normalmente reclama por una limitación cada vez mayor de los riesgos permitidos, al punto en que ya no se acepta que existan riesgos atribuibles difusamente al devenir general de la vida, sino que cada uno debe estar identificado con otro causante, al cual se le puede exigir responsabilidad. Se genera una resistencia psicológica frente a la aceptación del caso fortuito¹⁶.

vii. La identificación de la mayoría social con la víctima del delito. En esto contribuye la utilización mediática del delito y la consecuente victimización de la sociedad. Si los medios acercan la comisión de un delito a cada ciudadano, ellos a su vez se sienten identificados con esa víctima y reclaman un grado más intenso de protección. Motivo

¹⁵ ALBRECHT, Meter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed), La insostenible situación del derecho penal. Granada, Comares, 2000. p. 480.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. Cit., pp. 42-52.

de esto el derecho penal deja de ser la carta magna del delincuente, y se transforma en un sistema eficiente de protección a la víctima¹⁷.

viii. El descrédito de otras formas de protección. Las otras vías de control posibles no cumplen las expectativas o no resultan suficientes para la magnitud de los problemas. Por ello se acude al derecho penal por sobre la ética social, el derecho civil, el derecho administrativo u otras vías. Como señala José Luis DIEZ RIPOLLÉZ:

“La contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social, que intervenciones llevadas en el seno de otros sectores jurídicos, como el derecho civil o el derecho administrativo; el principio de subsidiariedad penal queda seriamente cuestionado”.¹⁸

El principio del derecho penal como la *ultima ratio*, se diluye en la medida que las otras vías de protección no parecen ser suficientemente efectivas en la práctica, o, al menos, suficientemente serias para la ciudadanía¹⁹.

ix. Gestores “atípicos” de la moral. Existen organizaciones no gubernamentales, de diferente magnitud, que se conforman para proteger intereses grupales. Ellos también promueven la utilización del derecho penal para el resguardo de las causas por las que

¹⁷ Es interesante a este respecto la discusión sobre si los bienes jurídicos implican no sólo un mandato de prohibición, sino también un mandato de afectación. Esa discusión no se podría haber dado sino en el contexto actual donde el derecho penal ha dejado de ser un estatuto de garantías, para ser un estatuto de defensa. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? España, Marcial Pons, 2007.

¹⁸ DIEZ RIPOLLEZ, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: CANCIO MELIÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Eds.). Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires, Edisofer, 2006. p. 557.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit., pp. 61-66.

trabajan. Así por ejemplo asociaciones de consumidores, organizaciones de defensa de derechos ciudadanos, ONGs, etc²⁰.

2.3. CONSECUENCIAS DE LA EXPANSIÓN EN EL DERECHO PENAL

Los autores de la Escuela de Frankfurt son los que en su momento plantearon las primeras críticas a los cambios experimentados por el derecho penal y procesal penal post-industrial. Al hablar de la Escuela de Frankfurt, se habla de un grupo de profesores de Derecho penal que en los últimos veinticinco años se ha formado principalmente en torno a tres catedráticos de esta disciplina en la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de la ciudad de Frankfurt am Main. Se trata de los profesores Wolfgang NAUCKE, Klaus LÜDERSEN y Winfried HASSEMER, los que, con obvias diferencias, han conformado una línea de pensamiento basada en la preocupación por mantener el Derecho penal dentro de las coordenadas político-criminales del Estado de Derecho, criticando persistentemente las exageraciones de la Dogmática jurídicopenal que dominó el panorama de la ciencia alemana del Derecho penal de los años 50 y 60, como de las tendencias político-criminales expansionistas que caracterizan el moderno Derecho penal.²¹

La tendencia que siempre se le ha reconocido a ese conjunto de destacados intelectuales del derecho penal es firmemente liberal. Sus posiciones en materias dogmáticas y políticas han estado marcadas por el reconocimiento del carácter

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit. pp. 66-69.

²¹ Ver; MUÑOZ CONDE, Francisco. En: ARROLLO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adan. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 301. En Chile un buen trabajo sobre la Escuela de Frankfurt en: DURAN MIGLIARDI, Mario. Introducción al análisis del moderno Derecho penal. Bases teóricas y principales aportes de la denominada escuela de Frankfurt. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Tomo II, 2004. pp. 55 y sig.

instrumental del derecho penal, es decir, parten del principio de que el derecho penal es un medio para garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Según este principio, el derecho penal es un mal necesario, que con la excusa de proteger al individuo afecta derechos esenciales, y que por ello es necesario reducirlo a su mínima expresión. Los principios de *última ratio* y de proporcionalidad son el único modo de legitimación de una práctica organizada desde el propio Estado de afectación de derechos fundamentales.

Winfried HASSEMER ha sostenido que el derecho penal clásico más que un suceso histórico corresponde a una aspiración moderna. Este habría surgido después de que se dejó atrás al derecho natural, y se fundó el sistema normativo en base a la idea del contrato social. Tres son las consecuencias que se derivaron de este cambio²²:

- i. Sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social pueden considerarse un delito. Esto implica que las normas penales deben poder reconducirse a la protección de un bien jurídico penal.
- ii. Los límites a la renuncia de las libertades acordadas en el contrato social deben quedar precisados de un modo absolutamente contundente. Esto justifica el mandato de certeza en la amenaza penal, y por lo tanto las consecuencias de *lex certa, previa y estricta* del principio de legalidad.
- iii. El Estado es sólo una institución derivada de los derechos de los ciudadanos, de ellos recibe su legitimación, y ellos son, al mismo tiempo, los límites de su poder. Debido a esa delegación, no se admite ningún exceso respecto del ejercicio de ese mandato. El derecho penal debe ser reducido al mínimo posible y siempre que no haya otra vía de intervención. Esto conforma la base del principio de *última ratio*, según el

²² HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal? Op.cit. pp.18-19.

cual sólo es posible acudir al derecho penal cuando otras formas de control social resultan incompatibles o han fracasado.

Estos principios son los que conforman el ideal clásico. En ellos se puede resumir las pretensiones ilustradas de un derecho penal contenido y respetuoso de las personas. No se trata de un modelo histórico sino de una construcción ideal al que se debe aspirar.

Según HASSEMER, el moderno derecho penal no se aleja de estos principios sino que los “consume”. Con esto quiere decir que, en vez de rechazar su adopción por el sistema, los utiliza en una forma en la cual pierden su sentido originario y por lo tanto su función. Es decir, se han logrado desvirtuar a tal punto las ideas que caracterizaban el derecho penal clásico que estas han perdido su significado por completo.

Esto es lo que HASSEMER denomina la “dialéctica de lo moderno”. Ese cambio se puede ver, según el autor, reflejado en cada una de las tres características del ideal clásico que el mismo describió.

i. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que originalmente fue concebido como un límite a la calificación penal de ciertas conductas, ha pasado a convertirse en un argumento de justificación de nuevos ámbitos de intervención penal. Ya no se trata de una prohibición de exceso sino, más bien, de una prohibición de defecto. Ya la pregunta no parece ser si un tipo penal protege un bien jurídico penal, sino si un bien jurídico penal se encuentra suficientemente protegido por la legislación penal. El orden de la pregunta se altera, y con ello la función delimitadora de la teoría del bien jurídico²³.

²³ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Op. cit., p.37 y sig. Ver también: STAECHELIN, Gregor. ¿Es compatible la “prohibición de infra protección” con una concepción liberal del derecho penal? En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT. Op. cit. p. 289; ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Madrid, Civitas, 2001. p. 64.

ii. La segunda característica es el excesivo protagonismo de la prevención como fin de la pena. Inicialmente la prevención sólo se estimaba como un objetivo secundario, sometido al fin de la retribución. Actualmente, en cambio, ha pasado a ser el fin esencial y preponderante²⁴. La prevención puede justificar de manera indefinida las penas más desproporcionadas, ya que no hace una referencia retrospectiva al daño, sino prospectiva a un objetivo futuro.

iii. El abuso de la orientación a las consecuencias sería la tercera característica. Este es un criterio que nace con las concepciones más liberales del derecho penal, y que originalmente planteaba que la actividad punitiva sólo se podía ejercer en el caso en que fuera estrictamente necesario para el mantenimiento del pacto social. Hoy en cambio el ejercicio en pos de la protección de la sociedad se ha derivado en la utilización de la pena como una herramienta de “pedagogía social”. Se busca sensibilizar a la población sobre ciertas materias, dejando de lado las restricciones que imponen los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Se deja de entender a la sanción penal de una manera excepcional, como la *última ratio*, y se utiliza como la primera y más efectiva respuesta.

Además de esta consumación de los principios del Derecho penal clásico, el derecho penal moderno presenta al menos otras cuatro características nuevas.

i. El desarrollo moderno de la legislación penal se encuentra sectorizado. No hay un cambio homogéneo, sino que son ciertos ámbitos los que más se han visto afectados. En general se trata de un cambio que se da

²⁴ HASSEMER cita como ejemplos los delitos terroristas y de tráfico ilícito de estupefacientes. En ellos la prevención justificaría las más excesivas penas, totalmente discordantes con el principio de culpabilidad. HASSEMER. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal? Op. cit., p. 21.

principalmente en la parte especial, y más específicamente en cierto grupo de delitos como los delitos contra el medio ambiente, los delitos económicos, de tráfico de estupefacientes, entre otros. Ese aumento sectorial no se ve en ningún caso compensado por una merma en otro sector que pudiera de ese modo equilibrar el crecimiento.

ii. El aumento de la intervención penal se ha realizado utilizando dos instrumentos en forma recurrente; los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto.

La utilización de los bienes jurídicos colectivos implica que las figuras típicas cada vez se refieren menos a la afectación de un interés individual, y buscan más proteger aspectos institucionales, como la economía, la salud pública o el medio ambiente. Los bienes jurídicos colectivos se acomodan a esto, y que protegen ámbitos generales y difusos donde difícilmente podría no acomodarse algún tipo penal.

Los delitos de peligro, por su parte, permiten anticipar la intervención a una etapa previa al daño. Dentro de los delitos de peligro se encuentran los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. En los primeros debe producirse una amenaza al bien jurídico real, la cual debe ser posible vincular mediante una relación de causalidad con el agente. Los delitos de peligro abstracto sólo requieren la configuración de la acción para que se configure el tipo. Al existir una gran preponderancia de la prevención, los delitos de peligro, y especialmente los delitos de peligro abstracto, son especialmente adecuados. Ellos garantizan un control mayor. La contrapartida de esta útil ventaja es que tienden a desnaturalizar el principio de culpabilidad. Muchos de estos delitos son delitos sin víctimas, donde no existe por lo tanto una manera clara de ponderar la afectación. El derecho penal cada vez más se aleja del paradigma del daño y va cambiando hacia un

derecho penal de autor.

iii. Estas transformaciones tienen a su vez una repercusión en los fines del derecho penal. Ya no se trata del último recurso para evitar la afectación de las libertades de los individuos sino que pasa a ser una “política de seguridad”, un mecanismo de control social. El derecho penal deja de ocuparse del pasado, como tradicionalmente lo había hecho, y pasa a ocuparse básicamente del futuro. Los individuos no son castigados por haber infringido una norma, sino por el peligro que representa que lo hagan en el futuro. Los contrapesos retrospectivos como el principio de culpabilidad son cada vez menos utilizados.

iv. Por último se puede citar como característica del derecho penal que el crecimiento del catálogo de delitos de la parte especial, no ha significado un incremento en su aplicación igualmente de intenso. Gran parte de los nuevos delitos en la realidad no tienen una aplicación real, o la tienen pero no cumpliendo el objetivo para el que fueron creados. Las normas en muchos casos sólo producen un efecto simbólico en la población que con su dictación siente que el problema específico al que la norma pretende dirigirse está siendo controlado. Este tipo de normas, son promulgadas para producir un efecto comunicacional en la población, sin importar si su aplicación puede o no ser viable en la realidad.

Los cambios sociales que hemos descrito en el apartado 2.2. han implicado que el derecho penal se ha debido ajustar a esa nueva realidad. Esto ha significado en buena medida el que hayan sobrevenido las transformaciones de que da cuenta HASSEMER. Es decir, la utilización excesiva de los bienes jurídico-penales colectivos o universales, la flexibilización de las reglas de imputación, la relativización de los principios político-criminales de garantía, y la ampliación de los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes, entre otras cosas, son algunos de los efectos que en el derecho penal han generado las transformaciones sociales de las sociedades actuales.

Observando los cambios de que da cuenta HASSEMER, lo primero que se puede identificar es un aumento de los delitos penales. Es decir, hay una utilización mayor y más intensa del derecho penal por parte del Estado. Los ámbitos que trata este nuevo derecho penal son básicamente tres. En primer lugar, se puede ver un desarrollo en temas que se han abierto a propósito del progreso científico y tecnológico. En segundo lugar, hay un crecimiento debido a un gran número de conductas que antes estaban sancionadas por la vía administrativa, civil o en el derecho penal accesorio, y que ahora por el aumento de la demanda por derecho penal, han pasado a ser reguladas por el derecho penal. El derecho penal en este sentido se ve como un mecanismo para sancionar más severamente y con más fuerza aquellos ámbitos que no han podido ser llevados por el derecho administrativo sancionador. Un ejemplo de esto es el gran auge del derecho penal medio ambiental y económico. Un tercer ámbito está dado por acciones que ya estaban sancionadas por el derecho penal, pero que actualmente su sanción ha crecido considerablemente así como la criminalidad relativa a drogas o la criminalidad organizada.²⁵

Adicionalmente muchos de estos nuevos tipos penales nacen en un contexto de excepción, donde su fundamentación es esencialmente temporal. El “riesgo” latente que se genera por las nuevas formas de producción permite justificar aquellas leyes de emergencia de carácter urgente y excepcional. Ello ha dado pie a políticas legislativas que inicialmente fueron una reacción a ciertas formas de delincuencia especialmente grave, como el terrorismo, pero lentamente se extendieron a otros ámbitos como el tráfico de drogas, los delitos sexuales o la inmigración ilegal, amenazando de ese modo con convertirse en una regla general²⁶.

²⁵ HIRSCH, Hans Joachim. Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de derecho. En: FIGUEIREDO, Jorge, SERRANO, Alfonso, POLITOFF, Sergio, ZAFFARONI, Eugenio (coords). El penalista liberal. Argentina, Hammurabi, 2004. p. 133.

²⁶ VARGAS OVALLE, María Alejandra. La globalización y el derecho penal. La respuesta punitiva en tiempos de incertidumbre. En: BALMACEDA HOYOS, Gustavo (coord.). Problemas actuales de derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006. pp. 223-267.

La ampliación de los ámbitos de intervención ha requerido justificar desde el punto de vista de los fines de protección ciertos tipos que no tienen como propósito la protección de intereses reconducibles a personas individuales. En muchos casos tipos penales correspondientes, por ejemplo, al derecho penal ambiental, económico e informático o a la responsabilidad penal por la fabricación y distribución de productos, se han visto cuestionados porque no pueden ser catalogables como protectores de los bienes jurídicos más clásicos. Para poder darles un sustento se ha acudido de manera más asidua a los denominados bienes jurídicos colectivos²⁷. Como señala HIRSCH: “en los últimos tiempos el concepto de bien jurídico ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales”²⁸.

La propia naturaleza de esos bienes jurídicos hace muy difícil poder verificar de manera concreta la existencia de un daño, por ello el tipo penal debe de alguna forma prescindir de él. Para ello se ha acudido a ciertas formas específicas de tipificación penal. Estas nuevas técnicas de tipificación, tales como los delitos de peligro abstracto, la tipificación de leyes penales en blanco y en general, el fenómeno del adelantamiento en la barrera de protección, resultan, a lo menos, contradictorias con los principios y garantías propios del derecho penal²⁹.

Con su inclusión se admiten ciertas pérdidas del principio de seguridad jurídica derivadas de la menor precisión de la descripción de los comportamientos típicos, se admite una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos, como en la inclusión de delitos de tendencia o que sancionan sólo inclinaciones subjetivas, se considera razonable una cierta flexibilización de los

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op.cit., p. 25.

²⁸ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. En: Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la Criminología. Madrid, UNED, 2001, p. 381.

²⁹ VARGAS OVALLE. La globalización y el derecho penal. La respuesta punitiva en tiempos de incertidumbre. Op. cit. p. 255. En el mismo sentido; DÍEZ RIPOLLÉZ. José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Op. cit.

requisitos de la causalidad o de la culpabilidad, se aproximan las diferencias entre autoría y participación y entre tentativa y consumación, etc.

Los cambios que hemos identificado implican naturalmente un aumento de la utilización del derecho penal, que, ocupando la terminología de GRACIA MARTÍN³⁰, configuraría un evidente cambio “cuantitativo” o “formal”. Se trata de un cambio constatable fácilmente comparando la conformación del derecho penal actual *versus* su conformación de hace veinte años. Ese cambio de volumen, en sí mismo puede decir algo respecto de la identidad del sistema penal, pero no necesariamente.

En lo que está de acuerdo la doctrina es en el crecimiento de la actividad penal en general, en lo que no está de conteste es en la interpretación del significado y trascendencia de tales cambios para el desarrollo de la disciplina del derecho penal. Es decir, si de ese cambio cuantitativo o formal se puede derivar un cambio “cualitativo o material”.

Hay autores que consideran que los cambios identificados no llegan a significar el nacimiento de un nuevo modelo en las propias concepciones internas del sistema. Otros estiman que los nuevos cambios dan cuenta de una profunda transformación interna, que pone en evidencia el surgimiento de un nuevo modelo de política criminal, cuyas concepciones, no sólo sobre los fines y objetivos a los que ésta debe aspirar, sino, igualmente, sobre el delito y los criterios para la imputación y atribución de responsabilidades penales individuales, difieren radicalmente de cualquier modelo hasta ahora ensayado y explicado.

³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Tirant lo blanch, 2003. Distingue entre una dimensión cuantitativa del derecho penal moderno y una dimensión cualitativa. Respecto de la primera señala: “el derecho penal moderno tiene una primera dimensión clara y manifiestamente cuantitativa que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que tenía en el momento histórico precedente”. Op. cit. p. 58.

2.4. DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Las causas que escuetamente señalamos en el apartado n° 2.2. son algunas de las que normalmente se citan en relación al problema de la expansión. Llama la atención que se combinen elementos objetivos, es decir, cambios efectivos y reales de las sociedades modernas, con elementos subjetivos, esto es, causas que se refieren a una sensación general de inseguridad, que puede no tener un sustento en la realidad.

Esos elementos subjetivos, no dejan por ello de ser menos reales, especialmente por que las leyes tienen una dimensión comunicativa. Los legisladores son representantes, y son bien evaluados cuando satisfacen mediante su trabajo legislativo necesidades que la comunidad “siente”.³¹ En este sentido ALBRECHT sostiene que:

“El uso político del derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. El derecho penal permite trasladar los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico. Ese empleo político del derecho penal no requiere necesariamente la sanción o la separación simbólica como medio instrumental de disciplina; ni siquiera la ampliación o el endurecimiento efectivo de la ley están unidos forzosamente a la utilización del derecho penal como medio de comunicación política.”³²

Una ley que regula una materia, independiente que resuelva el problema genera un efecto aliviador en la comunidad que exige una solución. La demanda por más intervención penal es en parte fruto de necesidades objetivas y en parte fruto de una sensación subjetiva de desprotección, pero en ambos casos es una demanda de la que

³¹ Como sostiene Raúl TAVOLARI: “Como fuere, es evidente que si reconocemos la existencia de una inquietud ciudadana en procura de mayores ámbitos de seguridad, sea que se trate de un sentimiento provocado por la manipulación mediática, sea que se corresponda con una actitud real y sincera, sea, por último, que la inquietud obedezca a la combinación de ambos y de otros factores, corresponde al mundo del derecho –so riesgo de asumir inaceptables actitudes de enclaustramiento dogmático- ofrecer respuestas y posibilidades de acción”. TAVOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Jurídica, 2007.

³² ALBRECHT, Meter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Op. cit., p. 479

los legisladores deben hacerse cargo. La manera en que esto se enfrenta es acudiendo al derecho penal cada vez más asiduamente incluso mediante leyes que no tendrán aplicación en la práctica o que tendrán una aplicación muy limitada. Eso es lo que los autores denominan el “derecho penal simbólico”.

El derecho penal simbólico, que se genera por la regulación no sujeta a la expectativa de que la norma produzca efectos, sino buscando provocar un efecto en la opinión pública, se ha transformado en uno de los productos más relevantes de la expansión. Para Alessandro BARATTA por ejemplo, ese derecho penal está tendiendo a primar por sobre el derecho penal instrumental, no logrando una efectiva protección de bienes jurídicos, pretendiéndose compensar tal déficit:

“por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tiene una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima”³³.

Manuel CANCIO MELIÁ llega a clasificar los fenómenos expansivos sólo en dos; el derecho penal simbólico y el resurgir del punitivismo³⁴. El primero representa la reacción injustificada del legislador que actúa mediante la dictación de normas que no serán aplicadas para dar mensajes a la población. El segundo constituye un verdadero aumento de las normas penales en el sentido que habitualmente son entendidas. De la combinación de ambas resulta el llamado por algunos “derecho penal accesorio”³⁵, que, a la larga, es lo que conforma la expansión.

³³ BARATTA, Alessando. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). Pena y Estado. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 53. En el mismo sentido: HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Op.cit.*, p. 25. ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. En: Problemas actuales de dogmática penal. Lima, Ara, 2004. pp. 35-36.

³⁴ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas, 2003.

³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del «Derecho Penal Liberal» al «Derecho Penal del Enemigo». En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). En Serta: *In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca. 2004. p. 1046.

2.5. ALGUNAS POSICIONES FRENTE A LA EXPANSIÓN.

2.5.1. Winfried HASSEMER: El derecho penal de la intervención.

El análisis de HASSEMER tiene por característica el tener siempre como referencia lo que el denomina derecho penal clásico o ilustrado. La supuesta expansión es una expansión en referencia a un pasado más contenido y adecuado. Como explicamos esto dice relación con cual es el principio que subyace a los autores de la escuela de Frankfurt. Planteando la comparación lo que pretende es evidenciar aquella parte de la expansión que constituye un desborde de los límites contenidos que exigen los derechos reconocidos a los individuos por el Estado de Derecho. En base a la identificación de ese exceso es que se constituye su propuesta para superar dicha expansión.

El camino correcto sería reconocer qué conductas pueden ser igualmente controladas mediante instrumentos menos intensos y proponer cuales pueden ser esos otros instrumentos. HASSEMER no tiene una posición completamente contraria a la incorporación de nuevos ámbitos de intervención. Lo que pretende es delimitar en cuáles casos la utilización del derecho penal es inconveniente tanto para los logros que se pueden obtener como para el objetivo de construir un derecho penal acorde con los principios del estado de derecho.

Para HASSEMER la actitud pasiva de dejar que el derecho penal crezca en esa dirección sin evaluar críticamente ese desarrollo supondría

“un aumento de sus costos, vaciaría de contenido sus instituciones centrales y obligaría a una política criminal puramente simbólica. O se alejan del derecho penal clásico los modernos sectores ubicándolos en la

legislación especial, donde ya son característicos los déficit de realización como los delitos de peligro abstracto o el acuerdo en el proceso penal; o la modernización acabará por apoderarse poco a poco de los ámbitos del derecho penal clásico.”³⁶

Esto no significaría bogar por un retroceso al marco ideal, olvidándose de que la legislación penal moderna. Sería ajeno “a la realidad del mundo y del derecho mantener la actitud contraria de excluir los problemas modernos del derecho, manteniendo su 'pureza' y orientando el sistema jurídico en principios. Un derecho así entendido rompería demasiado pronto el cordón umbilical con la sociedad de la que depende”³⁷. Lo que se debe hacer en cambio es lograr un justo equilibrio que permita diferenciar con sabiduría que es un incremento necesario para las nuevas necesidades, y que constituye un exceso inadmisibles. “La perfección sistemática y la limpieza conceptual no son valores jurídicos en sí mismos, sino valores al servicio de respuestas adecuadas a su tiempo.”³⁸

No se trata de desconocer los cambios sociales y su natural repercusión en el derecho penal, pero eso no se debe hacer de manera irreflexiva. Lo que HASSEMER propone es reducir el derecho necesario al derecho penal básico, que denomina “derecho penal nuclear” en el cual se encuentran los tipos que resguardan los bienes jurídicos individuales más clásicos, así como los delitos más graves. Del mismo modo potenciar lo que él llama el “derecho penal de la intervención”, que podría permitir tratar materias necesarias de intervención, pero que excedan el derecho penal nuclear.

No define precisamente en que consistiría específicamente el derecho penal de la intervención, pero sí da algunas luces. Señala que este "derecho de intervención" estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre

³⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Op. Cit., p.25

³⁷ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Op. Cit

³⁸ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Op. Cit

el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos. Esta clase de derecho "moderno" no solo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también tácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas.

2.5.2. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ: El Derecho penal de dos velocidades.

Ya revisamos parte de las causas que SILVA SÁNCHEZ identifica como gestoras de la expansión. Según él no es posible identificar la expansión únicamente con un fenómeno político, referente a la utilización irracional de la herramienta penal por parte de las legislaciones. Existirían circunstancias reales que forzarían este cambio, las cuales estarían combinadas con una manipulación de la inseguridad sentida por la población. Por ese motivo, considera, al igual que HASSEMER, que es una pretensión ilusoria el aspirar a retornar al derecho penal liberal.

Pero la vuelta al derecho penal clásico no es posible no sólo porque la realidad de las condiciones materiales y sociales no lo permite, sino porque no es cierto que ese modelo haya existido realmente en alguna ocasión. La consagración de garantías en el siglo XIX era más que el reflejo de un desarrollo abundante en el respeto de los derechos, un contrapeso mínimo al excesivo rigor con que el Estado sancionaba. No se puede buscar retornar a un modelo que nunca existió, más bien lo que se debe pretender es buscar enfrentar ese crecimiento de una manera realista.

SILVA SÁNCHEZ acepta que gran parte de lo que se denomina el derecho penal accesorio tiene las características propias del derecho administrativo. Se trata de figuras que sancionan materias de baja penalidad, "con reglas de imputación de rigidez

decreciente, y en el marco de principios político criminales flexibilizados”.³⁹ En este sentido es razonable que autores propongan el devolver estas normas a la esfera administrativa. No obstante esa posición, según SILVA SÁNCHEZ, desconoce las razones que motivaron su arribo al ámbito penal. Es una posición que parece operativa en la reflexión académica, pero no en la realidad legislativa. La razón que explica el que se hayan traspasado esas sanciones al derecho penal debe ser considerada si se quiere formular una propuesta que pretenda tener alguna operatividad en la realidad.

La propuesta de SILVA SÁNCHEZ parte de la base de que las garantías penales no se justifican en abstracto para todo el ámbito de normas penales. Se trata de exigencias que se fundamentan en la gravedad de la pena y que, por lo tanto, pueden ser graduadas en atención a esa gravedad. Esto es perfectamente claro en el nivel de garantías que se exige para los distintos sistemas jurídicos (penal, civil y administrativo), y es la misma razón que subyace a ello la que puede explicar que dentro del derecho penal sea aceptable también esa diferencia de grados de protección en base a la dimensión de la sanción. No hay ninguna razón para ser estrictos en la aplicación homogénea de las garantías penales a todo el derecho penal. Por el contrario, la distinción en razón de la gravedad de la pena aplicada por la norma es perfectamente razonable.

Si eso es así, es decir, si se puede graduar el nivel de garantías exigido a la aplicación de una norma en relación a la intensidad de la sanción, entonces, es posible acotar bastante el problema de la expansión. El problema mayor ya no está dado por todas las normas nuevas que han sido incorporadas por el derecho penal, sino por el grupo de nuevos delitos que ellas tipifican y sancionan con una penalidad elevada.

Así como antes la lucha de los garantistas consistía en reducir la pena de muerte frente a la pena privativa de libertad, hoy el problema no trata sobre la expansión del derecho penal, sino sobre la expansión de la pena privativa de libertad versus las

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit., p. 150.

sanciones de otra naturaleza menos drásticas. El derecho penal que implica penas privativas de libertad debiera conservar, debido a la intensidad de la afectación, los principios de garantía, en cambio, en los casos en que las consecuencias de la imputación no tengan la gravedad de una pena privativa de libertad, se puede admitir un grado de disminución de dichas garantías penales, el cual es totalmente compatible con el sistema.

Es así como SILVA SÁNCHEZ sostiene que:

“En efecto, la disminución de garantías y de «rigor» dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o —más aún— de la «reparación penal» (en los casos en que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad. En realidad, ello no tendría por qué preocupar pues no sería sino manifestación del mismo fenómeno que explica que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* (Derecho de las infracciones de orden; Derecho penal administrativo alemán) sea más flexible o que, en todo caso, en el Derecho administrativo sancionador español no se den los criterios de imputación y principios de garantía que reivindicamos para el núcleo del Derecho penal, o no en la misma medida. En esta línea, como es obvio, un sistema jurídico que prescindiera por completo de la sanción —incluso de la pecuniaria—, como es lo característico del sistema de la responsabilidad civil, puramente reparatorio, podría reducir al mínimo las exigencias de garantía político-jurídicas.”⁴⁰

Asumiendo la posibilidad de esta graduación, el autor propone diferenciar dentro del derecho penal dos “velocidades” del derecho, o dos niveles de protección respecto a las figuras penales⁴¹. El derecho penal de la primera velocidad es lo que se entiende por derecho penal clásico o liberal, con todo el rango de protección esperable. Este sólo se refiere a los delitos que afectan bienes jurídicos individuales o de especial gravedad. Esto es lo que SILVA SÁNCHEZ llama el derecho penal “nuclear”.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit., p. 150.

⁴¹ Además de esto SILVA SÁNCHEZ estima que es posible aceptar una tercera velocidad de emergencia, que se trataría de lo que se ha denominado en doctrina como el “derecho penal de enemigo”.

El derecho penal de segunda velocidad se refiere a todas las demás normas que quedan fuera del derecho penal nuclear, pero que pertenecen al derecho penal moderno. Este tipo de normas no imponen como sanción penas privativas de libertad, y pueden tener un nivel de protección menor de las garantías penales.

Se trata por lo tanto de una posición muy similar a la de HASSEMER, pero que difiere con ella porque SILVA SÁNCHEZ considera que el derecho penal de segunda velocidad debiera quedar ubicado dentro del derecho penal y no fuera de él. Esto es una derivación de su punto de partida. Si es posible graduar el nivel de garantías dentro de un sistema jurídico, entonces no es necesario ni recomendable crear la figura anómala que crea HASSEMER.

El mantener este tipo de normas en el derecho penal es una posición realista que respeta las razones de por qué originalmente se incluyeron dentro del derecho penal, así por ejemplo la capacidad de estigmatización, y la función simbólico-comunicativa del derecho penal que en algún momento se invocaron como necesarias para esas figuras.

2.5.3. Blanca MENDOZA BUERGO.

Blanca MENDOZA estima, a diferencia de los dos autores ya citados, que la única manera de confrontar la desnaturalización del derecho penal es volver a exigir el respeto del principio de *ultima ratio* del derecho penal, lo que implica el acudir a otras ramas del derecho para poder enfrentar estos nuevos peligros⁴².

⁴² MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal de la sociedad del riesgo. Civitas, Madrid, 2001.

La autora se opone al derecho penal de la intervención de HASSEMER por no considerarlo necesario. La categoría especial de esta nueva rama del derecho, que no es identificable ni con el derecho penal ni con el derecho administrativo, ni con el derecho civil, sólo se presta para confusiones.

Según su posición es necesario despejar el derecho penal de todas esas fracciones excesivas y prescindibles, ya sea por su poca gravedad o por no corresponderse con el principio de *ultima ratio*, pero eso puede lograrse mediante la utilización de las sanciones administrativas y civiles. Esto permite que dichas sanciones se sometan a las normas, claras y largamente desarrolladas, de dichas disciplinas.

Tampoco se muestra de acuerdo con la posición de SILVA SÁNCHEZ en el sentido de distinguir dentro del derecho penal, dos vías que presentaran grados de protección diferentes, en atención a su grado de afectación. Esto, según ella, podría conllevar que el derecho penal protegido, que sanciona el derecho penal nuclear, podría contagiarse y poco a poco empezar a volverse indistinguible del derecho penal de la intervención.

En resumen la posición de BLANCA MENDOZA es la más auténticamente garantista, en la medida que su posición pretende simplemente separar el derecho penal accesorio, y reconducirlo a otras herramientas de intervención que no correspondan al derecho penal.

2.5.4. Luis GRACIA MARTÍN.

GRACIA MARTÍN señala que cuando se alude al derecho penal clásico, como contrapartida al derecho penal contemporáneo o moderno, se está suponiendo que los fundamentos del derecho penal de la ilustración son un modelo al que se debe aspirar, un ideal extraviado necesario de ser recuperado. Esto, sin embargo, no es necesariamente así. Esa mirada cándida, según el autor, no evalúa de una manera

suficientemente crítica el derecho penal predecesor del actual.

Estima que el primer paso para refutar esa consideración es referirse al derecho penal de la ilustración, no como clásico, sino como liberal. Esto evidencia que el modelo referido es producto de una realidad socio-política histórica determinada.

“Por otro lado, la denominación “Derecho penal liberal” resalta con precisión que el modelo penal de la ilustración es la manifestación jurídica de la definición de la criminalidad por el discurso de una determinada doctrina política sobre la sociedad –el liberalismo – y sobre la forma y los fines del Estado –El estado liberal – lo cual de permitir explicar los enunciados del modelo como principios (o garantías) que al acotar el campo de lo que se puede castigar, y definir los límites dentro de los cuales se puede llegar a castigar, son determinantes no sólo de aquello que finalmente queda incluido en la definición jurídica (formal) de la criminalidad, sino también, y sobre todo, de qué criminalidad (material) es la que queda excluida de la definición jurídica”⁴³.

Para poder afirmar conceptualmente la escisión entre el derecho penal liberal y el nuevo derecho penal, para GRACIA MARTÍN, es necesario que se constaten dos tipos de cambios, un cambio formal que dice relación con la aparición de nuevos objetos o nuevas formas, y, más importante aún, que dichos cambios constituyan a su vez un cambio material, es decir que se produzca “una modificación sustancial de la misma”⁴⁴. Esto último se refiere a que los cambios no sean simplemente un incremento de lo mismo, sino la gestación de un derecho que rompe con el antiguo en su ideología.

En este sentido consiente en que uno de los cambios formales más llamativos es un cambio cuantitativo. Es decir, hay un aumento de la cantidad de derecho penal. Además describe algunos ámbitos que constituyen espacios nuevos de desarrollo del derecho penal, como el derecho penal económico, el derecho penal medio ambiental, el derecho penal de la globalización y la internacionalización de los mercados, el

⁴³ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op. cit. pp. 53 y 54.

⁴⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op. cit.

derecho penal de la Unión Europea, así como el denominado derecho penal del enemigo.

Las transformaciones formales o cuantitativas van seguidas de transformaciones materiales o cualitativas. A saber, la configuración de nuevos bienes jurídicos, llamados colectivos, que desdibujarían todo el modelo proteccionista de la teoría del bien jurídico. La utilización de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa, funcional al aumento de la intervención penal. El espíritu criminalizador, opuesto a la ideología restrictiva del principio de *ultima ratio*. Y, finalmente, la concepción crítica de que todas estas transformaciones en la realidad no constituyen un cambio favorable hacia el objetivo de disminuir los índices de criminalidad, sino que en muchos casos sólo son cambios “simbólicos” que no tienen repercusiones prácticas.

Los cambios formales y materiales, según GRACIA MARTÍN, pueden ser comprendidos desde una perspectiva modernizadora, más completa y abierta. Según él ellos se encuentran completamente ajustados a los principios del Estado de Derecho. La postura contraria presupone una ideología conservadora y reaccionaria.

El derecho penal moderno sería la vía para alcanzar un cambio profundo en la metodología científica del derecho penal.

“El derecho penal moderno construye precisamente la condición de posibilidad de esa revolución que deberá llevar a la constitución de una disciplina científica que tenga como objeto formal la totalidad de la criminalidad material de la sociedad, es decir, también la criminalidad característica de las capas sociales poderosas”. “Dicho de otro modo: modernización del derecho penal es la lucha por integrar en el discurso penal a la criminalidad material de las clases sociales poderosas que estas mismas han podido excluir hasta ahora de aquél gracia a su posición de poder de disposición absoluto sobre el principio de legalidad penal desde su intervención por el ideario político ilustrado liberal de la burguesía capitalista.”⁴⁵

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op.cit. p. 163

El derecho penal liberal por lo tanto es el resultado del discurso dominante de las clases poderosas, y en ese sentido todo el sistema de protección se encuentra organizado funcionalmente para su beneficio. Así por ejemplo el principio de legalidad, opera por un lado como garantía de exclusión de las acciones materialmente criminales, pero a su vez como instrumento de clasificación o de disciplina, en el sentido de que mediante él las clases sociales dominantes definen los límites del ejercicio de la libertad de las clases dominadas.

De esto deriva que:

“la efectiva modernización del Derecho penal es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la misma exigencia de protección de bienes jurídicos, pero sobre todo, que la misma es exigible e irrenunciable desde puntos de vista ético y político”⁴⁶.

La crítica de GRACIA MARTÍN por lo tanto es compleja, por que se trata de una crítica muy profunda, basada en una determinada concepción filosófica-política, que abarca mucho más que las condiciones de imputación penal, y llega a poner en duda incluso el concepto mismo de Estado de derecho⁴⁷.

Independiente de si se acoge o no una posición tan radical como la que se ha explicado, es importante destacar al menos uno de los cuestionamientos que GRACIA MARTÍN incluye en sus trabajos. El derecho penal de la expansión, o el derecho penal moderno como lo denomina, es más amplio por que incluye a sectores que antes estaban marginados. Esto no necesariamente es conflictivo *per se*. Tanto el derecho penal económico como el derecho penal del medio ambiente pueden ser ámbitos que, desde un punto de vista de justicia material, requieran protección, y oponerse a su desarrollo simplemente bajo la idea de que son áreas que exceden el núcleo del derecho penal clásico, puede no ser suficiente.

⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op.cit.

⁴⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op.cit. pp.206-207

2.5.5. Günter JAKOBS: El derecho penal del enemigo.

Günter JAKOBS es el autor de la que debe ser la propuesta de análisis más polémica en torno a los cambios contemporáneos del derecho penal y procesal penal. Su primer planteamiento fue inicialmente expuesto en Las Jornadas de profesores de Derecho penal que tuvieron lugar en *Frankfurt am Main* en el año 1985⁴⁸. Sin embargo fue con posterioridad, recién en 1999, en las jornadas berlinesas organizadas por ESER, HASSEMER y BURCKHARDT, en un discurso titulado “La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio”⁴⁹, que su posición pasó de ser simplemente una propuesta de análisis descriptivo a un programa político-criminal.

JAKOBS hace una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo en función del fin de la norma. En algunos casos la imposición de la pena estaría orientada fundamentalmente a reafirmar la norma que ha sido quebrantada. Las normas jurídicas, no así las normas de la naturaleza, pueden ser quebrantadas sin que ello implique un cuestionamiento sobre su validez, pero en el caso en que esa desobediencia se produzca es necesario que el derecho reaccione mediante la sanción, de modo que la confianza en la norma se vea respaldada. La reacción penal así entendida buscaría ser una oposición simbólica al quebrantamiento,

⁴⁸ La exposición realizada en este coloquio presentó al derecho penal del enemigo como un modelo para identificar ciertos ámbitos excepcionales del derecho penal. Se trata de una propuesta de análisis que, no permitió a los asistentes anticipar con claridad el desarrollo que finalmente tendría. Se cita como la primera versión de la teoría de JAKOBS, la que se contrapone a la que sobrevendría, donde se plantea al derecho penal del enemigo como una necesidad respecto de la cual no hay escapatoria. En este sentido; PORTILLAS, Guillermo. La legitimación doctrinal de la dicotomía Schmittiana entre el derecho penal y el derecho procesal penal del enemigo. En: CANCIOMELIA, Manuel. Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. Edisofer, España, 2006. p. 660. AMBOS, Kai. Derecho penal del enemigo. En: Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión. Op. cit. p.133.

⁴⁹ JAKOBS, Günter. La autocomprensión de la ciencia penal del Derecho penal ante los desafíos del presente. En: ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, Tirant lo blanch, 2004. pp.53-85.

que pretende ser una forma de confirmación de la vigencia de la norma. El derecho penal del ciudadano es aquel en que la pena cumple precisamente esta función⁵⁰.

En otros casos la sanción penal no tiene como propósito esa “interacción simbólica”, sino que busca liza y llanamente impedir que una fuente de peligro produzca un daño. En estos casos “la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en derecho, sino contra el individuo peligroso”⁵¹. El propósito de la pena en este caso es fundamentalmente prospectivo, es decir se orienta hacia el futuro. Se pretende impedir que la norma sea infringida en lo sucesivo mediante la inocuización de la fuente de peligro. Cuando el derecho reacciona de este modo no reconoce al infractor como una persona con la cual se pueda interactuar comunicativamente, más bien lo ve como enemigo al que se debe atacar, esto es lo propio del derecho penal del enemigo.

JAKOBS sostiene que ambas formas de reacción de la norma penal y procesal penal en la realidad figuran entremezcladas. No existe una sanción penal que de manera “pura” pretenda la refutación simbólica de la infracción de la norma. La privación de libertad en si implica en cierto grado una función de aseguramiento, y, a su vez, la tendencia que trata al autor como fuente de peligro, también incluye, en cierta medida, la pretensión de confirmar una norma que ha sido quebrantada⁵².

El concepto filosófico-jurídico de “enemigo” se encuentra en distintos autores que son citados por JAKOBS para apoyar su teoría. Jean-Jacques ROUSSEAU y Johann Gottlieb FICHTE defienden, a grandes rasgos, la idea radical de que en el pacto social cualquier persona que infringe una norma, y que, por lo tanto, se aleja del pacto, deja de ser miembro del Estado, entra en guerra con él, y es tratado como enemigo. Una postura menos enérgica, y que es a la postre la seguida por JAKOBS, es la de Thomas

⁵⁰ JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. Cit., p.23.

⁵¹ JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. p.24.

⁵² JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit. pp. 23-24.

HOBBS e Immanuel KANT, los que, con matices, concuerdan en que no por el simple hecho de infringir una norma el sujeto abandona el Estado de Derecho, sino que se requiere que la infracción tenga una gravedad especial; en el caso de HOBBS, sólo los delitos de alta traición, que ponen en riesgo la subsistencia del Estado; para KANT, la persistencia con que se infringe el derecho. “Por consiguiente, HOBBS y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio”⁵³.

Además de la distinción del derecho penal del ciudadano y del derecho penal del enemigo, JAKOBS distingue entre el tratamiento a un infractor de una norma como persona, y el tratamiento como no-persona. Esta distinción está estrechamente vinculada a la anterior. El tratamiento como persona, sostiene JAKOBS, no es abstracto, sino que depende de un sistema normativo o jurídico. Al igual que, para que exista delito se requiere un Estado de Derecho, para que existan personas, se requiere un Estado de Derecho que las reconozca como tal. El tratamiento a un delincuente como persona disminuye en la medida que él defrauda las expectativas que tienen sobre él de comportarse de acuerdo a las normas. Si el autor persiste en la defraudación de dichas expectativas entonces llegará un momento en el que el derecho dejará de tratarlo como persona y simplemente se protegerá de él, en ese momento pasará a ser tratado como enemigo.

“Por lo tanto el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”⁵⁴.

⁵³ JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit. p.

32

⁵⁴ JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit. p.

47.

El derecho penal del enemigo tiene como características más sobresalientes; en primer lugar, un amplio adelantamiento de la punibilidad, la anticipación de la reacción penal para evitar de ese modo la producción de hechos futuros, así por ejemplo los tipos penales de conformación de organizaciones criminales o terroristas; en segundo lugar, la mayor intensidad de la pena asociada al tipo; en tercer lugar, el paso de la legislación penal a una legislación de lucha para combatir la delincuencia (económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, los delitos sexuales, y otro tipo de delincuencia), y; en cuarto lugar, la disminución de las garantías procesales⁵⁵.

JAKOBS, en definitiva, hace un análisis descriptivo de la realidad jurídica en base a argumentos de filosofía-política. Sostiene que el efectuar este análisis permite distinguir dos modelos del derecho que, al no encontrarse puros en la práctica, pueden confundirse. La depuración analítica es una manera de proteger a los ciudadanos de la intromisión soterrada del derecho penal del enemigo en la legislación penal que los rige.

“Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.”⁵⁶

Esa función descriptiva desprejuiciada que JAKOBS le atribuye a su teoría no es compartida por varios autores. Es sumamente discutido si la propuesta de JAKOBS constituye un análisis neutral de una realidad jurídica, o si constituye un programa político-criminal⁵⁷. Especialmente se considera que la última versión desarrollada por el

⁵⁵ JAKOBS, Günter. La autocomprensión de la ciencia penal. Op. cit., pp.58-59.

⁵⁶ JAKOBS, Günter, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit., p.56.

⁵⁷ La defensa de JAKOBS llega a señalar que las reacciones adversas a este simple diagnóstico son equivalentes a “una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje”, queriendo decir con ello que lo que realmente provoca rechazo de su teoría es una condición del mundo y no algo que haya sido postulado por él. No comparten esta posición: KAI AMBOS sostiene que JAKOBS al hacer su descripción “se aparta

autor propugna al derecho penal de enemigo como una necesidad del sistema que debe ser implementada.

Las críticas a la posición de JAKOBS han sido sumamente amplias. La oposición tan radical y a veces incluso exaltada que ha provocado se explica en parte porque dicha posición puede fácilmente reflejar una propuesta política que niega el desarrollo de los derechos humanos durante el siglo XX⁵⁸.

3. REPERCUSIONES EN EL PROCESO PENAL

3.1. INTRODUCCIÓN

de los tipos concretos y se abstrae”. Sostiene que el derecho penal del enemigo adopta la forma de una profecía autocumplida. “Todo esto es el programa político-criminal del Derecho penal de que contribuya activamente a darle forma a este programa. Es el paso de un *concepto descriptivo y crítico-denunciatorio* del Derecho penal del enemigo a un *concepto afirmativo-legitimador* del Derecho penal del enemigo”. AMBOS, Kai. Derecho penal del enemigo. Op. cit. p. 142. En un sentido similar; NEUMANN, da dos razones, primero, el derecho penal del enemigo simboliza una compatibilidad de la categoría del Derecho con el esquema del enemigo, es decir legitima lo que describe, segundo, porque el modelo de JAKOBS se ha convertido en un modelo filosófico-social que postula incluso una necesidad filosófica del tratamiento de ciertas personas como enemigos. NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. p. 393.

⁵⁸ Muy claro en este sentido es Kai AMBOS, quien llega incluso a considerar la posición de JAKOBS como una irresponsabilidad política, especialmente por lo susceptibles que son las democracias débiles para suscribir este tipo de doctrinas autoritarias. Señala: “Por lo que respecta a Latinoamérica, resulta algo sorprendente la falta de cuidado con la que Jakobs ha postulado su pensamiento sobre el Derecho penal del enemigo en la realidad allí existente; sobre todo si se parte, en su favor, de que en sus numerosos viajes se ha familiarizado con las condiciones político criminales dominantes y no quiere regar con aceite el fuego de la concepción dominante, cuya tendencia hacia el derecho penal del enemigo resulta evidente”. AMBOS, Kai. Derecho penal del enemigo. Op. cit. p. 147.

En el capítulo anterior intentamos hacer una descripción sucinta pero clarificadora sobre lo que ha sido la discusión sobre la expansión del derecho penal en la doctrina. Se enumeraron parte de las causas que normalmente se citan como generadoras de los cambios en el ejercicio del *ius puniendi*, las características de dichos cambios, y algunas de las posiciones que los autores han adoptado frente a dichas transformaciones.

Ante esa revisión llama la atención que se trata de una discusión que ha tenido un enfoque básicamente dirigido al derecho penal material o sustantivo. La gran mayoría de los cambios que revisamos en el apartado 2.3. se refieren a efectos en la etapa conminatoria. Esto es curioso ya que al hablar de expansión del derecho penal es indiscutible que se habla de un fenómeno relativo al ejercicio del *ius puniendi* en general, lo que involucra sus distintas etapas; la etapa conminatoria, la etapa de la imposición de la pena, y la etapa de ejecución de la pena.

La legislación penal de fondo se refiere a la etapa conminatoria, es decir a la amenaza de un mal en el caso de la realización de una acción típica. La etapa de imposición de la pena involucra básicamente la actividad estatal luego de que el tipo penal ha sido infringido, es decir el proceso penal. Finalmente, la etapa de ejecución parte cuando la sanción ya ha sido impuesta y se requiere resguardar su cumplimiento, esto incluye dentro de otras cosas el régimen carcelario o de medidas alternativas en un sentido amplio. Todas estas etapas se ven afectadas en mayor o menor medida por la expansión.

El derecho sustantivo es una dimensión de la actividad punitiva del Estado, pero no la única. El derecho procesal penal, que es el modo en que las normas penales son en definitiva aplicadas, es otro ámbito igualmente relevante. Por ello no es posible reducir el análisis de la expansión penal sólo al ámbito del derecho penal sustantivo. No sería razonable afirmar que todo el amplio conjunto de transformaciones que configuran la expansión se han sectorizado en el campo de la conminación penal, mientras que la etapa de la imposición de la pena se ha mantenido sin alteraciones. Afirmar algo así

implica no comprender la estrecha vinculación que existe entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

No hay que desconocer los esfuerzos de los autores procesalistas por diferenciar ambas disciplinas del derecho. Es claro que la tendencia en la doctrina procesal es a entender a esa rama del derecho como un sistema independiente del la legislación de fondo. Pero incluso si eso es así en los fundamentos y principios doctrinarios, eso no implica que la dependencia en el plano de la realidad judicial y legislativa no exista. Por el contrario, todo indica que ambas disciplinas, aún consideradas independientemente, tienen un fin común que tiene que ver con la protección de bienes jurídicos socialmente valorados. Si la apreciación de la comunidad cambia respecto a cuales son esos bienes jurídicos y a la forma en que se espera que sean protegidos, entonces necesariamente la legislación tanto penal como procesal va a tener que reflejar aquello.

No se trata de que los autores nieguen las amplias repercusiones que tiene la expansión en el proceso, pero no es normal que se detengan a revisar cuales son esas repercusiones. La razón de ello puede deberse a que se trata de una discusión que esencialmente fue desarrollada por autores dedicados a la disciplina penal, y por lo tanto su inclinación natural es observar cuales son los efectos en el ámbito de esa disciplina⁵⁹. Es decir, si bien no se puede decir que existe un vacío al respecto, si hay

⁵⁹ ROXIN da otras razones. Estima más bien que es la dogmática procesal penal la que en general ha quedado rezagada, y que su desarrollo es un desafío pendiente. "A las tareas del futuro de la Ciencia del Derecho penal pertenece también en especial medida el desarrollo de la dogmática del Derecho penal procesal, que en buena medida ha permanecido rezagada tras la del Derecho penal material. Esto se debe a varias razones. Al principio el Derecho penal procesal fue cultivado en las Universidades menos que el Derecho penal material. Después el Derecho procesal penal ha sido siempre un dominio del Derecho judicial y por ello también se ha abierto a la influencia de la ciencia de forma más lenta que el Derecho penal material. Mas tarde, en el período de post guerra, argumentos constitucionalistas han remodelado de nuevo la vieja ordenación procesal con múltiples consecuencias incalculables. Y finalmente, la influencia del proceso penal anglo-americano – desde el *fair trial* hasta el *plea bargaining*- ha dado un contenido sustancialmente diverso al originalmente formalista Derecho procesal Alemán." ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. En: MUÑOZ CONDE,

una revisión parcial sobre dichas consecuencias, no asimilable en ningún caso al vasto análisis que se ha realizado respecto de iguales consecuencias en el derecho penal sustantivo.

Esa visión parcial es poco comprensible. La presión social por más protección y endurecimiento no sólo recae en la norma conminatoria, sino también en la norma de adjudicación. Se exige, por un lado, que existan más y más estrictas normas penales, y además que exista una mayor y más eficaz aplicación de esas normas por la administración de justicia. Esa segunda exigencia que recae directamente sobre la legislación procesal, implica cambios a corto, mediano y largo plazo. Es relevante por lo tanto, al igual que el análisis de la legislación de fondo, el análisis sobre cuales son los ámbitos más expuestos de la legislación procesal a la afectación por las nuevas tendencias político-criminales, y revisar en que medida han sido modificadas y cómo se espera que sean modificadas en el futuro.

Felix HERZOG en un artículo denominado “Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito”⁶⁰, publicado en el libro “La insostenible situación del derecho penal”, intentó hacer un recuento sobre la evolución de los medios de esclarecimiento del delito, y por consecuencia del derecho procesal penal, desde la edad media, de modo de poder ver el momento actual con una perspectiva histórica.

La primera etapa, según el autor, corresponde al proceso del siglo XIV, el que estaba caracterizado por la ejecución personal de la víctima. En él no existía propiamente la noción de esclarecer los hechos en base a indicios, sino más bien el delincuente tenía que ser capturado en el momento de la comisión o con objetos que lo vincularan a él.

Francisco. (coord.). La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, Tirant-Lo Blanch, 2004. p. 391.

⁶⁰ HERZOG, Felix. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. En: La Insostenible Situación del Derecho Penal. Comares, España, 1999. pp.41-47.

Aquello cambia en la época de la inquisición donde nace el interés por develar los hechos y los motivos que rodean al delito. Los abusos que se generaban en la persona del imputado se explicaban por que era este el que era la primera fuente de esclarecimiento, y no se escatimaba en medios para poder obtener la información que se buscaba.

Con la *Constitutio Criminalis Carolina*, y como fruto del derecho italiano y del humanismo, se comienza a entender al proceso desde la perspectiva más naturalista o científica, reconociendo las limitaciones epistemológicas del proceso (no es posible averiguar la verdad de manera absoluta). El imputado dejó de ser la fuente primaria de antecedentes, y se van incluyendo diversos medios probatorios, más o menos fiables en la medida en que respondan a un método lógico.

La etapa siguiente es el crecimiento y enriquecimiento de los principios de las ciencias naturales aplicadas al proceso. La criminalística es la disciplina que representa esta etapa. Esta preocupación por el fenómeno delictual va derivando en una cada vez más acuciosa y persistente persecución de la criminalidad. El derecho penal como disciplina cobra tal relevancia que los espacios de libertad se ven restringidos y se propicia el surgimiento de los estados totalitarios del siglo XX.

En la segunda mitad del siglo XX el desarrollo de la tecnología permitió que la obtención de evidencia pudiera tener el peso de una prueba de descargo concluyente y definitiva. El ejemplo más claro de esto lo constituye la prueba de análisis genético.

Dentro de esa línea de evolución del derecho procesal, la época actual constituye una etapa especialmente delicada. Según HERZOG:

“Una concepción liberal del estado de Derecho se encuentra en una difícil posición en la actual posición política sobre la seguridad interior y la lucha contra el delito. La queja de que el delito aumenta en exceso exige la utilización de todos los medios técnicos y prácticos posibles para esclarecerlo. Toda oposición a ello es denunciada: «protección de datos es protección de delincuentes» y quien se muestra crítico con el

perfeccionamiento de los métodos de averiguación y la ampliación de las facultades de investigación que ello comporta se enfrenta al reproche de ser un «tonto útil» de la «parte contraria»⁶¹.

Para el autor el aumento de la criminalidad lleva como consecuencia la deslegitimación de los argumentos garantistas, y la justificación de métodos más invasivos para la persona. Esa presión sobre el proceso penal “afecta la dignidad de los sospechosos y al derecho a la libertad en su calidad de ciudadanos”⁶².

Claus ROXIN muestra la misma preocupación. Considera a los cambios en el proceso penal, como una de los temas pendientes más significativos que tendrá que asumir el derecho penal en el siglo XXI. Así mismo estima que, en el plano del ejercicio de la actividad punitiva “las grandes exigencias de futuro radican en ámbitos que han surgido o cobrado su significado actual tras la post guerra a través de nuevos desarrollos sociales, industriales, técnicos, y de las ciencias empíricas⁶³”. Dentro de esos desafíos identifica tres que tienen relación con el derecho procesal.

Primero, los acuerdos entre el Ministerio Fiscal, el Tribunal y el abogado, los que en Alemania ponen fin a una parte considerable de procesos, aún sin estar regulados en la ley.

Segundo, los nuevos horizontes científicos han dado paso a nuevos métodos de investigación en el proceso penal, que eran desconocidos hasta hace treinta años. El legislador ha intentado que estos nuevos métodos, que no están tan lejos de la utopía de la total vigilancia ciudadana, se ajusten a los derechos fundamentales de acusado, pero eso no ha resultado satisfactoriamente. Como sucede con el primer punto, está

⁶¹ HERZOG, Felix. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. Op. cit. p. 46.

⁶² HERZOG, Felix. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. Op. cit. p. 47.

⁶³ ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. Op. cit., p.394.

también aquí en juego el balance entre las intromisiones estatales y los derechos de libertad de los ciudadanos⁶⁴.

Tercero, la existencia de agentes provocadores a cargo de los órganos de persecución penal, los cuales en muchos casos inducen a delinquir, principalmente vinculado a la mala utilización de la figura del agente encubierto, en el cual nos detendremos más adelante.

Julio MAIER, al igual que HERZOG y ROXIN, considera a la expansión (inflación en sus palabras) dentro de los desafíos relevantes que debe enfrentar el derecho procesal en la actualidad, y que ponen en riesgo su realización en el marco de un Estado de Derecho. Indica que el crecimiento de la demanda por intervención penal propia de las sociedades modernas ha implicado que se ha dado preponderancia a vías de solución de los conflictos que tienden a provocar una merma en las garantías de los involucrados.

Su visión respecto de cómo ha afectado la ampliación de la intervención penal al procedimiento es sumamente negativa. Los cambios que señala representan un conflicto de fondo, que dice relación con la posibilidad de continuar con las exigencias que impone un Estado democrático de Derecho al procedimiento penal, en un escenario como el actual. En sus palabras;

“Así, pareciera que en el ámbito de tensión derechos individuales-persecución penal la lucha estuviera perdida para los derechos individuales. Como ya ha sido dicho, una paradoja singular, terminada la segunda mitad del siglo XX, en la que los derechos humanos – y entre ellos los principios fundamentales para la persecución penal – fueron convertidos en reglas jurídicas de derecho positivo, como regulación fundamental de toda la humanidad a través de convenciones internacionales, y luego puestas en vigor.”⁶⁵

⁶⁴ ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. Op. cit., p. 396.

⁶⁵ MAIER, Julio. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? En: Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Córdoba, Argentina, Lerner, 2001. pp. 787-788

Ese proceso de degradación de las garantías procesales penales, que preocupan a HERZOG, ROXIN y MAIER, es lo que SILVA SÁNCHEZ denomina “gerencialismo”. Este se trata de un fenómeno que experimentan los sistemas penales ante la victimización y el aumento de las exigencias de seguridad. Debido a ello se comienza a perder una de las características del derecho penal clásico: “su fundamentación en valores”. Como indica el autor:

“Así, desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios del Derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a la solución real de los problemas”⁶⁶.

En el plano del derecho procesal lo anterior redundaría en una des-formalización de los procesos y en la privatización de los conflictos.

“La privatización y la desformalización son, por lo demás, una consecuencia seguramente ineludible de la expansión: En efecto, si el sistema del Derecho penal (en concreto, el sistema penitenciario, pero también otros aspectos de aquel) crece y el sector público- que adicionalmente se halla en retroceso- no alcanza para afrontar su gestión, entonces parece ineludible el recurso a instancias privadas. Ello se haya sin duda en la misma línea que el recurso cada vez más frecuente a criterios informales o, al menos, de oportunidad para tratar de hacer frente al colapso de los tribunales penales en sociedades como las nuestras, demoralizadas al tiempo que «judicializadas»⁶⁷.

Los autores que hemos citado no sólo constatan los cambios que el derecho procesal ha experimentado a causa de las transformaciones sociales, además plantean un fuerte cuestionamiento a la legitimidad de esas transformaciones en el ámbito de un Estado democrático de Derecho. Todos consideran que no es admisible ceder ante la

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit. pp. 74-75.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op. cit. pp. 74-75.

necesidad de seguridad y sacrificar de ese modo, sin restricciones, los principios de garantía individual.

HERZOG indica que si bien es un deber político el proteger a la sociedad de la afectación de bienes jurídicos,

“simultáneamente debe preservarse la identidad del Estado de Derecho; ello significa que éste- a diferencia del Estado policial- no debe tener como objeto una optimización utilitarista de la paz y el orden, sino que se debe mantener y reflejar la dialéctica de la libertad. Incluso en los tiempos de las leyes de «lucha contra la delincuencia» sigue siendo válida la idea de que el Derecho penal es «la Carta Magna del delincuente» (V. Liszt). El derecho procesal penal de tradición liberal introduce, por tanto, «formalidades protectoras» de los inculpados (Zachariae) como vallas en el camino de la consecución sin condiciones de la pretensión penal estatal”⁶⁸.

En el mismo sentido MAIER considera que frente a la disyuntiva entre las exigencias de seguridad y los derechos del afectado con la persecución penal, el procesalista tiene un deber de comprometerse por la garantía de los derechos. Sostiene:

“Según mi opinión, a los juristas no nos queda otro camino – si no queremos fundar un estado policial- que conservar y realizar los derechos humanos en la persecución penal. Se puede prescindir del juicio público, tolerar acuerdos, introducir el principio de oportunidad y, por último, cerrar los ojos ante la lesión de importantes formas de garantía del proceso penal, cuando esto no conduce a una pena, en especial a una pena privativa de libertad. Sin embargo debemos comprometernos con el mantenimiento de los derecho humanos.”⁶⁹

3.2. PROPUESTA DE ANÁLISIS

⁶⁸ HERZOG, Felix. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. Op. cit

⁶⁹ MAIER, Julio. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? Op. cit., p. 788

Como se ha explicado en los capítulos anteriores, es claro que la expansión del derecho penal conlleva consecuencias en el plano procesal. Esas consecuencias se producen por las mismas razones de fondo que provocan los cambios en el ámbito del derecho penal material, y que hemos señalado en el apartado 2.2. Analizar en extenso cuáles son todos esos cambios es un trabajo que excede la pretensión de esta investigación. Lo que nos proponemos en los capítulos siguientes es revisar someramente tres grandes ámbitos de afectación que, consideramos, reflejan muy claramente tres dimensiones distintas en las que el proceso penal está expuesto a las transformaciones.

El primero consiste en los cambios a nivel del volumen de actividad punitiva. Esto es lo que se ha denominado el cambio *cuantitativo* del derecho penal (en este caso procesal penal). En segundo se refiere al cambio respecto a los principios constitutivos de la actividad punitiva, es decir un posible cambio de identidad. Esto es lo que se ha denominado el cambio cualitativo del derecho penal. En tercer y último lugar revisaremos los cambios que se producen por la utilización del derecho penal como una herramienta comunicacional de pacificación, aun a costa de la efectividad real de la normativa. Esto es el denominado derecho penal simbólico, y que ha sido explicado en el apartado 2.4. Creemos que estos puntos resumen las líneas más relevantes de cambios en el ámbito procesal, y que por lo tanto su distinción constituye una buena herramienta de análisis.

Cuando nos referimos en el capítulo anterior al aumento cuantitativo de la intervención penal nos referimos a la distinción que realizaban algunos autores entre un cambio que consiste sólo en un mayor volumen de actividad penal (mayor número de delitos, mayor aplicación y más intensa de delitos preexistentes, mayores bienes jurídicos protegidos, etc) y un aumento que se refiere a la manera en que la intervención penal es legitimada.

El estudio de los cambios puede centrarse en uno de estos dos puntos. Uno puede analizarlos desde la pura perspectiva cuantitativa, esto es, como un simple cambio en

la cantidad de actividad penal. Desde ese punto de vista no hay duda que el trabajo que deben asumir los tribunales es mayor. Independiente de si los nuevos delitos o la aplicación extensiva de antiguos delito es algo que puede ser compatible con los principios constitucionales que debe respetar el derecho procesal, es evidente que el mayor volumen de delitos tiene una repercusión sumamente concreta en la carga de los tribunales.

La manera más sencilla en que este cambio cuantitativo debiera ser enfrentado es mediante una mayor asignación de recursos. En el caso chileno esto significa, entre otras cosas, mayor número de fiscales, mayor número de jueces de garantía, más instalaciones, mayores recursos para la actividad de los intervinientes, etc. Aunque es claro que los recursos son limitados y las necesidades no, eso tendría un efecto inmediato en el alivio de la actividad judicial.

Pedro BUTRÓN BALIÑA⁷⁰ ha clasificado el conjunto de mecanismos que se han utilizado en los procedimientos penales para sobrellevar este problema. Ha distinguido entre instrumentos de carácter orgánico, instrumentos de carácter sustantivo e instrumentos de carácter procesal.

En el primer grupo se encuentran la asignación de recursos y una redistribución más eficiente de los departamentos que tienen a cargo la tarea persecutoria. Esta es una medida básicamente administrativa que puede ser realizada tanto por el órgano administrador como por el poder judicial. Son un ejemplo de esto la asignación de fiscales especiales para la investigación de ciertos delitos. Esta es justamente la vía a la que nos referíamos más arriba.

Las del segundo grupo son, por ejemplo, la despenalización de ciertas normas de sanciones bajas o su transformación a infracciones de carácter administrativo. Esta es una solución muy promovida por los autores, principalmente por las corrientes más

⁷⁰ BUTRÓN BALIÑA, Pedro. La conformidad del acusado en el proceso penal. Madrid, McGraw, 1998. pp. 29 y sig.

liberales⁷¹. Se estima que el crecimiento del derecho penal ha derivado en la pérdida de significación práctica del principio de *ultima ratio*, y que para volver a un derecho penal que respete los principios de un Estado de Derecho, se debe volver a distinguir entre lo que por su gravedad sólo puede ser enfrentado mediante al derecho penal, y lo que puede ser enfrentado con otros medios.

Finalmente, en tercer lugar, los instrumentos de carácter procesal son básicamente la incorporación de algunos procedimientos alternativos más breves y desformalizados, como también algunas facultades especiales que flexibilizan el principio de legalidad, por ejemplo el principio de oportunidad en sentido estricto, solo con el objeto de descargar el sistema.

Dentro de esta última categoría es sumamente importante, quizás al punto de opacar cualquier otro procedimiento alternativo, la incorporación de procedimientos que permiten la negociación entre las partes intervinientes en el proceso. Se trata de mecanismos formales o informales que le entregan la posibilidad al fiscal de ofrecer ciertas ventajas procesales al imputado a cambio de que éste reconozca su participación en el delito. Se trata de uno de los instrumentos más relevantes debido a que es aplicado no sólo a delitos menores sino también a delitos que tienen aparejada una pena significativa. Incluso se da que en algunas legislaciones no existen restricciones explícitas a la utilización de estas fórmulas asociadas a la magnitud de la pena que tiene el delito⁷². Es en muchos casos el único mecanismo que permite disminuir la carga de casos en los delitos más graves, que son justamente los que más trabajo requieren del órgano investigador y de la judicatura. Es por ello que se ha dado un importante aumento de la utilización de estos instrumentos en las legislaciones de los países de tradición continental, recepcionando de ese modo una antigua práctica del derecho anglosajón.

⁷¹ Es la posición de HASSEMER cuando plantea el derecho penal de la intervención. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ al desarrollar su idea del derecho penal de dos velocidades.

⁷² Como se verá en el capítulo 4, siempre implican restricciones implícitas ya que no será común que un fiscal por los delitos más graves del sistema opte por buscar una negociación, esto salvo que los medios de prueba que tenga para probar el delito sean muy limitados.

Estos mecanismos de negociación de la acción penal han sido identificados como uno de los más claros reflejos de los efectos de la expansión en el proceso penal. Se ha criticado además que sea este medio y no los otros correspondientes a los instrumentos administrativos y sustantivos, el preferido por las legislaciones para alivianar la carga en los tribunales.

Consideramos que los mecanismos de negociación de la acción penal constituyen un tema muy adecuado para profundizar y reflejar los cambios que ha tenido la legislación procesal por el aumento cuantitativo del ejercicio de la actividad punitiva del Estado. Es por ello que en el capítulo 4 nos centraremos en ellos, para explicar algunas de las reacciones legislativas a los cambios cuantitativos del derecho penal.

Otro punto objeto de análisis tiene que ver con revisar en qué medida los cambios que ha experimentado el derecho procesal son compatibles con los principios de legitimación de la práctica punitiva del Estado, o en qué medida los cambios del derecho procesal constituyen también un cambio en la identidad de la intervención penal. Esto es a lo que nos referimos al hablar del cambio cualitativo del derecho procesal penal.

Günter JAKOBS, en su teoría sobre el derecho penal del enemigo, ya expuesta más arriba, postula que efectivamente dichos cambios se explican en parte por la existencia de dos modelos de intervención por parte del Estado, los que en la práctica tienden a confundirse. Aquellos modelos tienen razones legitimatorias diferentes, básicamente por los diferentes fines u objetivos de las normas penales o procesales penales.

El derecho procesal penal del enemigo es la aplicación de las categorías de JAKOBS a la legislación procesal. Ella implica, a grandes rasgos, un incremento de la dureza de la legislación procesal respecto de cierto tipo de imputados, básicamente aquellos que se los investiga por delitos terroristas, de tráfico de drogas, económicos, y, en general, aquellos de mayor connotación social. Respecto de ellos existe un

requerimiento de la sociedad por un trato más duro, que se ve reflejado en normas procesales más restrictivas y menos garantistas.

Pero no sólo eso, la exigencia de un derecho penal más riguroso influye, además de la etapa conminatoria en la etapa de adjudicación. Los jueces al tener que decidir un caso referente a uno de esos delitos están bajo la presión de que la persecución de aquel delito es prioridad elemental. Existe una presión por parte de la sociedad, reflejada especialmente en los medios de comunicación, en el sentido de que aquellos delitos deben ser sancionados, y dicha presión muchas veces tiende a flexibilizar los estándares que deben utilizar los jueces. Así por ejemplo los estándares para conceder o no la prisión preventiva, o los estándares para dar por probado un hecho, en la instancia del juicio, mermando el principio de presunción de inocencia.

En el capítulo 5 vamos a revisar lo que se ha dicho sobre la teoría del derecho penal del enemigo en el plano procesal, y posteriormente nos detendremos en la ley 20.000 sobre tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, que, estimamos, es un ejemplo patente de la legislación procesal penal del enemigo.

Un tercer punto de análisis, al que nos referiremos en el capítulo 6 de este trabajo, dice relación con las repercusiones que ha tenido o puede tener en la legislación procesal la abundante utilización de la legislación como una manera de enviar mensajes tranquilizadores a la comunidad, sin pretensiones de efectividad. En el plano de la legislación de fondo hay muchos ejemplos a este respecto, algunos de los cuales ya han sido citados más arriba. En el plano de la legislación procesal los casos no son tan evidentes, pero existen y es necesario poder distinguirlos.

4. AUMENTO CUANTITATIVO: LA PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

4.1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado obliga, como hemos visto, a que en el procedimiento se busquen fórmulas para dar abasto a esa

nueva realidad. Dentro de los mecanismos que las legislaciones crean, según la clasificación de BUTRON BALIÑA, se encuentran los mecanismos procesales.

Los mecanismos de carácter procesal son soluciones que modifican el procedimiento, haciéndolo más idóneo para responder con agilidad al mayor número de casos. Así por ejemplo en nuestra legislación la incorporación del procedimiento simplificado, el procedimiento monitorio, el procedimiento abreviado, el principio de oportunidad, son todos mecanismos procesales para agilizar el proceso y concentrar los recursos de manera eficiente.

Es decir una característica que podría ser propia del derecho penal sustantivo, el aumento de tipos penales y la aplicación más recurrente de delitos penales preexistentes, redundan en una consecuencia propiamente procesal: los sistemas de imputación penal deben dar soluciones para poder cumplir con esa mayor demanda. Dentro de las soluciones que se dan son los instrumentos procesales, que consisten en procedimientos más breves y expeditos. Esto confirma lo que ya se ha señalado en los capítulos anteriores: Existe una estrecha vinculación entre el derecho penal y el derecho procesal penal que implica que las consecuencias que se producen en un ámbito inevitablemente tienen efectos en el otro. Se puede decir que el aumento cuantitativo en realidad se da en el plano del derecho sustantivo, sin embargo es innegable que sus consecuencias se extienden al derecho procesal penal.

En la legislación extranjera uno de los principales y más discutidos instrumentos de carácter procesal consiste en la incorporación de mecanismos de negociación de la acusación penal. Esta tendencia es llamada por algunos la “privatización del proceso penal” por que ha permitido incorporar al proceso formas de solución del conflicto que son propias del proceso civil, y extrañas a los principios formativos de los sistemas procesales penales de tradición inquisitiva⁷³.

⁷³ Hablar libremente de “modelos de tradición inquisitiva” puede prestarse a confusión. MÁXIMO LANGER, por ejemplo, distingue al menos seis formas diferentes en que los autores utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo. En este caso nos referimos principalmente a dos

Las formas de incorporar estos instrumentos son diversas en las distintas legislaciones, en algunos sistemas incluso la falta de reconocimiento legal ha dado lugar a que sea la práctica judicial la que los ha hecho una realidad⁷⁴.

Obviando esa diversidad se puede sostener que, normalmente, consisten en permitir al órgano persecutor ofrecer al imputado una rebaja en la intensidad de la acusación a cambio del reconocimiento de la participación en el hecho punible. El tribunal puede aceptar o rechazar los acuerdos, pero en el caso de que lo acepte no puede imponer una pena mayor que la solicitada por el fiscal.

Estos acuerdos, que constituyen una novedad en los países de tradición continental, son parte del derecho norteamericano desde hace más de un siglo bajo el nombre de *plea bargaining*. Esta manera de poner término al proceso en el procedimiento norteamericano es el modelo que siguieron las legislaciones europeas y, a la postre, las latinoamericanas.

Utilizaremos el fenómeno de la privatización del proceso penal para ejemplificar cómo el aumento en el volumen de actividad penal afecta el procedimiento penal. En este capítulo explicaremos brevemente en que consiste el *plea bargaining*, para, más adelante, mostrar las similitudes con los instrumentos que recientemente han incorporado las legislaciones de tradición continental y en especial a la chilena.

4.2. EL PLEA BARGAINING

características que históricamente han distinguido a los procedimientos de tradición inquisitiva; los procedimientos formales y la preponderancia de la persecución penal pública (principio de oficialidad). LANGUER, Máximo, La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En: Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del puerto, 2001. p. 239 y sig.

⁷⁴ En el derecho alemán véase; ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 100.

4.2.1. Introducción

En el procedimiento norteamericano desde siempre ha existido la posibilidad para el acusado de reconocer la comisión de los hechos que se le imputan, evitándose así la realización de un juicio. Esta es una de las peculiaridades que desde sus inicios diferenciaron los sistemas anglosajones de los continentales, donde se podía realizar esa declaración de culpabilidad, pero eso no obstaba la realización del juicio⁷⁵. Esto, el carácter renunciable del juicio por jurados, y la amplia discrecionalidad del Ministerio Público para definir la acusación y en general para llevar el juicio frente a las escasas armas del imputado, constituyeron el ambiente para que, de manera muy paulatina, estos acuerdos comenzaran a fraguarse⁷⁶.

La presencia de estos acuerdos poco a poco fue adquiriendo más importancia, sin embargo no fue hasta finales del siglo XIX y principios del XX que pasaron a ser una herramienta característica del proceso de los EE.UU., por su frecuencia y por la dependencia que desde esos años este proceso ha tenido respecto de ellos por la descarga del sistema penal⁷⁷.

Inicialmente se trató de una tendencia que se observaba en la práctica, sin que hubiera una regulación definida. Hoy los acuerdos se encuentran regulados en distintas fuentes, tanto estatales como federales. Además, independiente que las reglas que

⁷⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, p. 29 y sig.

⁷⁶ LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargainig. [En línea] Jstor. <<http://www.jstor.org/pss/3053252>> [consulta: 3 julio 2008]

⁷⁷ La doctrina no es unánime al determinar los inicios del *plea bargaining*. LANGBEIN fija su inicio a finales el siglo XVI. ALSCHULER por su parte considera que no es sino hasta finales del siglo XIX que esta práctica tiene una real aceptación por parte de los tribunales. ALSCHULER, Albert W. Plea Bargainig and its History. [En línea] Jstor. <<http://www.jstor.org/pss/3053250>> [consulta: 3 julio 2008].

rigen esta materia están sujetas a las normas de cada Estado, existe una relativa identidad en la regulación. En el año 1944 se dictó la Rule II de las *Federal Rule o Criminal Procedure*, que regula los acuerdos a nivel del procedimiento federal, y que terminó siendo una guía para las legislaciones estatales⁷⁸. Por último existe una larga lista de jurisprudencia que ha ido contribuyendo a esta uniformidad.

Obviando las diferencias específicas de cada regulación estatal, vamos a explicar a continuación, a grandes rasgos, la forma común que adopta el *plea bargaining* dentro del proceso norteamericano.

4.2.2. Regulación de los acuerdos en los Estados Unidos

En las legislaciones procesales de los distintos estados que conforman EE.UU. cuando la policía realiza una detención es necesario que el detenido sea llevado ante un juez “sin retraso innecesario” para una audiencia que ha sido denominada *first appearance* (primera presentación). Esta audiencia será la primera comparecencia del imputado ante el juez y es sumamente importante porque en ella se le notifican los cargos en su contra, se le designa un abogado, se decide sobre la prisión preventiva o la libertad bajo fianza o sin ella, entre otros temas.

En la *first appearance* también se determinará la fecha de la *preliminary hearing* (audiencia preliminar), la que normalmente será dentro de dos semanas. En el caso en que la detención no haya sido realizada con una autorización judicial previa (*warrant*) esta audiencia además será la oportunidad de que un órgano judicial determine si existe o no una causa probable para la detención⁷⁹.

⁷⁸ La *Rule II* se dictó en 1944 para regular normativamente las *Pleas*. En EE.UU 9 de cada 10 casos son resueltos con su aplicación. Estas reglas no son exigibles a los procesos que substancian los tribunales estatales, aunque en cada uno de ellos tienen normas muy similares.

⁷⁹ DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Procedure*. USA, Lexis Nexis, 2002, p. 6. El requisito de una audiencia judicial en la que se determine la existencia de una *causa probable*

En la *preliminary hearing* se resolverá sobre si existe una causa probable para creer que se cometió el delito y que el acusado es su autor. Lo que diferencia esta audiencia de la *first appearance* es que la primera es esencialmente adversarial, por lo tanto se requiere la presencia del acusado y su defensor, los cuales podrán realizar sus descargos, incluso presentar testigos. La importancia de esta audiencia dependerá de si se trata de una jurisdicción que requiere (*information jurisdiction*) o no requiere (*indictment jurisdiction*) pronunciamiento de el gran jurado por los delitos más graves⁸⁰.

Una *information* es un documento redactado por el fiscal, en la cual se indican los cargos que se imputan y los principales hechos en que se funda la acusación. Se realizará sólo si en la audiencia el magistrado decide que hay suficientes antecedentes para llevar al acusado a juicio. Una *indictment* contendrá básicamente los mismos puntos que una *information*, pero debe ser aprobada por el gran jurado⁸¹.

Si una *indictment* o una *information* son aprobadas se llevará al imputado ante el tribunal para la etapa de acusación (*arraignment*). En esta etapa se informa al acusado de los cargos y se le entrega una copia del *indictment* o de la *information* para que se pronuncie sobre ellas. Ese pronunciamiento es lo que se denomina *plea* (declaración). Es decir, *plea* es una declaración del imputado frente a los cargos contenidos en el *indictment* o en la *information*.

Existen tres tipos de *plea*; el acusado puede declararse *guilty* (culpable), *not guilty* (inocente) o *nolo contendere* (no se pronuncia)⁸².

para el arresto es un requisito que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha deducido de la cuarta enmienda de la constitución. Ver; *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975).

⁸⁰ DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Procedure*. Op.cit., p. 8-11.

⁸¹ El gran jurado es una institución histórica que ha tenido como fin ponerse entre el acusado y el acusador de modo de determinar si los cargos fueron formulados por un poder intimidante o por malicia o un interés personal de venganza. Ver. *Word v. Georgia*, 370 U.S. 375, 390 (1962). Esta etapa previa a la acusación es exigida siempre en la persecución federal.

⁸² *Plea of nolo contendere* es una declaración de culpabilidad bajo circunstancias especiales, que no es reconocida en todos los Estados. Rule 11 (a) FRCP. También en algunos

El *plea bargaining* puede definirse como:

“el proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del Ministerio Público”⁸³

Los tipos de *plea bargaining* son principalmente dos, *charge bargaining* o *sentence bargaining*⁸⁴. En el primero el fiscal se compromete a no acusar por uno o más cargos. En el segundo el fiscal puede recomendar una sentencia al juez o no oponerse a la petición de sentencia de la defensa (*sentencing recommendation agreement*), o puede acordar una específica sentencia (*sentencing agreement*)⁸⁵.

El *guilty plea* debe ser diferenciado de una admisión de los hechos o una declaración extrajudicial, porque el peso probatorio de la *guilty plea*, por las circunstancias en que es realizada, permite constituir plena convicción y no se requiere más para que el juez dicte sentencia.

El *plea bargaining* en un comienzo se dedujo de la amplia discrecionalidad que tiene el Ministerio Público norteamericano para decidir sobre el destino que llevará el proceso. Más adelante, por necesidad, los Estados debieron ir regulándolo, dándole así reconocimiento expreso. Hoy esta forma de terminar el proceso representa más del noventa por ciento de las condenas de los tribunales norteamericanos⁸⁶.

Estados existe la *plea for reason of insanity*. DRESSLER. Joshua. Understanding Criminal Procedure. Op. cit. p. 651.

⁸³ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Op.cit., p. 35.

⁸⁴ Íbid., pp. 42-44.

⁸⁵ Este último tipo es conflictivo porque muchas veces los jueces no ven como vinculante la petición del fiscal. Ver; DRESSLER. Joshua. Understanding Criminal Procedure. Op. cit. p.667.

⁸⁶ El departamento de justicia de los Estados Unidos estimo que en 1988 el 91 por 100 de las condenas por delitos graves en los 75 condados más poblados de los EE. UU. Fueron obtenidas mediante declaraciones de culpabilidad. Los estudios no oficiales normalmente confirman cifras similares. BUTRÓN BALIÑA, Pedro. La conformidad del acusado en el proceso penal. Op. cit. p. 107.

4.2.3. Críticas al *plea bargaining*

Los acuerdos informales presentan la ventaja de que son una forma de impartir justicia más flexible, con una relevante participación del imputado. Eso permite que el principal afectado con el proceso tenga un pronunciamiento más relevante sobre su propio futuro⁸⁷.

Además, desde el punto de vista del imputado, le dará la opción de evadir el juicio, obtener una pena más leve y más rápida. Se elimina la incertidumbre que significa ir a juicio⁸⁸. Con el *plea bargaining* el imputado sabe *ex-ante* de la aceptación del acuerdo la pena que se le impondrá. Desde el punto de vista del Ministerio Público también es conveniente la evitación del juicio porque de ese modo se libera mucho el tiempo que debe dedicarle al caso y permite desatochar la gran carga que normalmente tiene. Esto se logra no obstante haber condenado, y por lo tanto sus estadísticas e imagen pública se mantienen.

En contra del modelo se ha sostenido que sería violatorio del principio de igualdad. Esto porque puede darse el caso de sujetos con idéntica responsabilidad a los que se les impongan penas diferentes, sólo por que uno estuvo dispuesto a renunciar a su derecho a juicio reconociendo su culpabilidad. Además tratándose de negociaciones informales es normal que los criterios del órgano persecutor para aceptar las negociaciones en uno u otro caso sean totalmente dispares, así como también los beneficios que se ofrecerán.⁸⁹

⁸⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Op.cit., pp. 93-94.

⁸⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Comares, España, 1996. p. 85.

⁸⁹ La diferencia de pena se ha justificado por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana con tres razones: primero, que el juicio proporciona una imagen más real del

En segundo lugar se critica que se hace vista gorda al principio de legalidad, sacrificando de este modo las funciones preventivas de la pena (general y especial). La amenaza queda muy mermada si el delincuente tiene la posibilidad de declararse culpable y reducir considerablemente la pena. También el mensaje que se le da a la población es que tanto los fiscales como los jueces infringen la ley, ya que mediante la negociación desconocen abiertamente la pena que ha sido definida por el legislador⁹⁰.

Se reclama también que mediante el *plea bargaining* todos los involucrados en el proceso penal ven desvirtuada su función. En el caso del imputado al aceptar la culpabilidad está renunciando a la posibilidad de probar su inocencia. En muchos casos esto implicará condenas, que, en el caso de haber pasado la acusación a juicio oral, podrían haber sido absoluciones⁹¹.

El abogado que patrocina el *plea of guilty* mediante el incentivo a dicha declaración logrará cerrar un caso rápido, y muchas veces por los mismos honorarios. Eso implicará un negativo incentivo para dejar a un lado el mejor interés de su cliente y velar en primer lugar por su propio beneficio.

El fiscal también incentivará los acuerdos de modo de mantener su buen desempeño y correcta evaluación pública, ahorrando tiempo y recursos en cada caso. Ello implica dejar a un lado los intereses superiores que orientan su cargo, como el velar primeramente por el bienestar de la comunidad, y por los principios de prevención de la pena.

delito y de lo grave que puede haber sido; segundo, la posible acusación del juez de que el acusado cometió perjurio al negar su responsabilidad; tercero, se debería porque el acusado habría realizado una defensa frívola.

⁹⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Op.cit., p. 98.

⁹¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Op.cit.

Los jueces ante la vasta aplicación de las negociaciones, tienden a realizar una concesión mecánica, olvidándose de su tarea de impartir justicia caso a caso, con un mínimo de apego por la verdad material.

La sociedad por su parte también se ve hipnotizada por las ventajas aparentes de los acuerdos, y no constata que en los hechos muchas de las condenas que aparecen en las estadísticas son por sanciones que no tienen proporción alguna con la magnitud del delito. Las consecuencias de alentar un procedimiento tan breve y poco dedicado son que muchos delitos graves terminan casi sin pena.

En definitiva cada uno de los intervinientes en el proceso ve como su relación con él pierde todo vínculo con la justicia. Su participación queda limitada a la protección de un interés pequeño que resulta ser lo más adecuado en atención a la “limitación de recursos”. Todo esto no genera otro efecto que plantear una reinante inseguridad jurídica.⁹²

Es también criticado que la condena en muchos casos se produce sin ninguna prueba de cargo. Es decir con información sumamente parcial sobre los hechos. Esto implica que la función represiva del derecho penal se ve incrementada⁹³.

Otra razón que se ocupa como argumento para oponerse al *plea bargaining* es que existe estadísticamente una agravación del tratamiento respecto de aquel que va a juicio oral porque rechaza un acuerdo, con aquel que va a juicio oral porque nunca se le planteó. Esto además de ser una sanción por el ejercicio de un derecho constitucional, es un incentivo para que personas inocentes opten por la negociación,

⁹² Como indica CABEZUDO RODRIGUEZ; “Indiscutiblemente el «*plea bargaining system*» ha reducido el efecto preventivo de las leyes penales al restarles credibilidad y respeto. La seguridad jurídica, consustancial a la ley, se relativiza a fuerza de adaptarse, no ya a las particulares circunstancias del caso, sino a la actitud y capacidad de los intervinientes en el proceso”. CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Op. cit. p. 274.

⁹³ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Op.cit., p. 100.

incluso sabiendo que serán condenadas injustamente. Esa condena injusta puede ser vista por el imputado como más beneficiosa que el riesgo de enfrentar un juicio con el antecedente de haber rechazado la negociación, y frente al litigante más poderoso que existe, el Estado.

Esta última posibilidad es la que más fuertemente se ha citado como una tragedia de las negociaciones penales. El hecho cierto de que personas inocentes opten por reconocer su culpabilidad sólo bajo la creencia de un tratamiento más benigno, hace cuestionarse fuertemente sobre el costo de las ventajas del sistema.

Para controvertir lo anterior se ha dicho que los acusados inocentes no se declararán culpables, porque tienen tranquilidad sobre las posibilidades de desacreditar la acusación. Esto no tiene un fundamento real. Las perspectivas de éxito en un juicio son por naturaleza inciertas. Incluso en los casos en que el imputado es legalmente inocente, por no haber ninguna prueba de cargo en su contra, el resultado es incierto. Esa incertidumbre, acrecentada por las amenazas que podrá hacer un fiscal que no cuenta con los medios para ir a juicio oral, pero que si tiene la convicción de culpabilidad, o al menos el interés de condenar, son suficientes razones para alentar al inocente a aceptar una sanción menor y evadir su comprometedor situación⁹⁴.

4.3. RECEPCIÓN DEL PLEA BARGAINING EN EL DERECHO CHILENO

4.3.1. Introducción

⁹⁴ CEBEZUDO RODRIGUEZ considera que es casi imposible evaluar en qué medida el inocente se verá influido por las ofertas realizadas por el Ministerio Público, ya que “no sólo deben tomarse en consideración los caracteres psíquicos del acusado, su mayor o menor resistencia a las presiones externas, sino también su grado de confianza en la administración de la justicia. En último término, la subjetividad de la respuesta la convierte en un problema prácticamente insoluble.” CEBEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Op. cit. p. 268.

Bernard SCHÜNEMANN en un artículo titulado “Marcha triunfal del procedimiento americano en el mundo”,⁹⁵ trató la progresiva recepción en el mundo, y especialmente en Europa, de los mecanismos de negociación penal aplicados desde hace más de un siglo en el derecho anglosajón. Se refirió en dicho artículo a la experiencia alemana, y señala que se trata de una tendencia bastante más global que comparten varios países europeos⁹⁶.

SCHÜNEMANN en el texto referido analiza la idea preconcebida de que la incorporación de los acuerdos penales ha sido la vía que ha encontrado el derecho alemán (y gran parte del europeo-continental) de salir de la crisis provocada por el incremento de casos. Su posición frente a esta recepción es sumamente crítica. Considera que aquellas fórmulas vulnerarían distintas garantías procesales, principalmente los principios de publicidad, intermediación y oralidad, la garantía al juez legal, el derecho del acusado de estar presente en el juicio y a la presunción de inocencia.

Estima además que no es aceptable, en un procedimiento de tradición europeo-continental, y guiado por el principio de la verdad material, un término del proceso que deriva en una condena sólo fundada en la confesión del imputado. Desde el punto de vista penal, adicionalmente, no sería adecuado, ya que estarían en oposición a los fines de la pena.

⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernard. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Madrid, Tecnos, 2002, p. 288 y sig.

⁹⁶ Los casos de Italia y Portugal en; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho Comparado. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. Justicia Criminal Consensuada. Algunos Modelos del Derecho Comparado en Los EE.UU., Italia y Portugal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999. El caso español en; DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. La Conformidad del Acusado. España. Tirant lo Blanch, 1997; BUTRON BALIÑA, Pedro M. La Conformidad del Acusado en el Proceso Penal. Madrid, McGraw-Hill, 1998. RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. El Consenso en el Proceso Penal Español. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999.

Su conclusión en última instancia es que “no cabe dudar que los acuerdos informales constituyan la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán desde 1879, y un hacha para las raíces de una tradición centenaria.”⁹⁷

La posición reactiva de Bernard SCHÜNEMANN es relevante no sólo en el contexto alemán sino también para el resto de los países de Europa de tradición continental, en especial Italia, España y Portugal, todos en los cuales se han incorporado similares mecanismos de negociación de la acción penal. Se puede decir que él es uno de los autores que comenzó a instalar en esa cultura jurídica un debate que en Estados Unidos, como se indicó, lleva muchas décadas.

Llama la atención que SCHÜNEMANN haga tanto hincapié en el que una de las causas más relevantes que explican el crecimiento de los mecanismos de negociación en las legislaciones comparadas tiene que ver con necesidades prácticas del sistema. Es decir poder solucionar un problema de limitación de recursos que no dan a vasto a la amplia carga de casos a los que está sometido el sistema penal. Este argumento, citado por SCHÜNEMANN fue, y ha sido justamente el que ha permitido que el *plea bargaining* se instale en el procedimiento norteamericano más allá de todas las críticas que ha despertado. Para explicar mejor este punto vamos a analizar una parte de una sentencia pronunciada por la Supreme Court de los Estados Unidos del año 1971.

El caso *Santobello v. New York*⁹⁸ es uno de los casos que regularmente se cita como precedente en el asentamiento de las bases del *plea bargaining*. En términos generales el problema de fondo que se debía resolver por la justicia norteamericana era si el fiscal quedaba o no obligado por las negociaciones informales luego de que el imputado ha cumplido con su parte del acuerdo. Uno de los argumentos de la Corte para rechazar el desconocimiento del acuerdo por parte del Ministerio Público fue el siguiente:

⁹⁷ SCHÜNEMANN. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Op. cit., p.293.

⁹⁸ Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971). [En línea] <<http://supreme.justia.com/us/404/257/>> [consulta: 12 agosto de 2008]

“The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called “plea bargaining,” is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.

However, all of these considerations presuppose fairness in securing agreement between an accused and a prosecutor.”⁹⁹

No se trata del único argumento, además se aportaron razones de justicia, sin embargo este argumento tiene una particularidad, y es que hace fútil cualquier razonamiento que intente abordar el problema desde otra perspectiva. Si se estima que una razón para aceptar y alentar las negociaciones es que el prescindir de ellas requería “multiplicar muchas veces el número de jueces y las instalaciones de las cortes”, entonces se está llevando el problema a un nivel distinto, que no tiene que ver con la satisfacción de estándares de justicia sino con la manera de lidiar con la limitación de recursos. Si los recursos necesarios para cambiar el sistema no son entregados por la autoridad, entonces un modelo como este es imprescindible, independiente de su conveniencia para el desarrollo de un procedimiento más justo.

Ese argumento, pronunciado en la década de los 70, no ha perdido su vigencia sino que se ha revitalizado, ahora para entender las tendencias procesales de los países que hace poco han ido incorporando los acuerdos. La continua asimilación de la legislación alemana de estas fórmulas del procedimiento americano, a la cual se refiere SCHÜNEMANN, se explican por una razón de la misma naturaleza. No se trata de un cambio de ideología de los intervinientes en el proceso sino de un cambio en la manera de responder al crecimiento de la intervención penal.

⁹⁹ “La disposición de los cargos criminales por un acuerdo entre el órgano persecutor y el acusado, en ocasiones sin mucho rigor llamado “declaración negociada”, es un componente esencial de la administración de justicia. En los casos en que es correctamente administrado, debe ser incentivado. Si toda acusación criminal fuera sometida a un juicio completo, los Estados del gobierno Federal necesitarían multiplicar muchas veces el número de jueces y los recursos de las cortes.

Sin embargo, todas estas consideraciones presuponen justicia en los acuerdos entre el acusado y el órgano persecutor”. (Traducción propia)

La incorporación de estos instrumentos de negociación en los procedimientos latinoamericanos es relativamente nueva, pero la mayoría de los países ya han incorporado los cambios. El código de la provincia de Córdoba, pionero en los procesos de reforma, incorporó el procedimiento abreviado en el año 1993. Este procedimiento especial implícitamente otorgó instrumentos al juez instructor para ofrecer al imputado una rebaja en la pena solicitada en la acusación a cambio del reconocimiento de los hechos que fundamentan la acusación. Lo mismo ocurre con el juicio abreviado previsto en el Código procesal penal argentino o el procedimiento penal regulado en los recientes códigos de El Salvador de 1998, de Guatemala de 1994, o de Costa Rica de 1996.

En Chile su recepción se produce con la ley 19.696 de 12 de octubre de 2000, que aprobó el Código Procesal Penal. En el libro III del libro IV, sobre procedimientos especiales, se encuentra el procedimiento abreviado, que tiene características muy similares a las figuras adoptadas por el Código Procesal de la Provincia de Córdoba y al Código Procesal Modelo para Iberoamérica¹⁰⁰.

El procedimiento abreviado del CPP es un procedimiento especial que se realiza ante el Juez de Garantía. Para que se lleve a efecto debe solicitarlo así el fiscal, y el acusado debe consentir, de manera libre y espontánea, en su aplicación. Debe ocurrir además que el acusado “conociendo de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente”¹⁰¹. Debe tratarse de un delito por el que el fiscal pida en la acusación una pena no mayor a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, u otras penas de distinta

¹⁰⁰ El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica nació como una forma de uniformar las legislaciones procesales de los países Iberoamericanos. Específicamente el proyecto nació en las IV Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, realizadas el año 1967. Desde ese año se fue afinando los detalles de un código que no tendría como propósito su implementación en ninguna legislación particular sino que sirviera como modelo para las reformas que cada país implementara. En el año 1988, en las XV Jornadas de Derecho Procesal, celebradas en Río de Janeiro, fue aprobada su redacción final.

¹⁰¹ Inciso 2° del Artículo 406 CPP.

naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren únicas conjuntas o alternativas. Finalmente es requisito para que opere que el Juez de Garantía apruebe la solicitud.

Si se cumplen los requisitos antes señalados el Juez de Garantía debe dar por superado el “examen formal” respecto de los requisitos que contempla el CPP. Adicionalmente a esto debe realizar un examen de naturaleza diversa.

El código procesal penal en su artículo 410 señala que el Juez de Garantía “aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas de este Título”. No está claro el contenido exacto de este adicional examen de admisibilidad. Se discute si es un examen exhaustivo, que sería equivalente al análisis que realiza el juez en su sentencia, de convicción bajo el estándar “más allá de toda duda razonable”, si corresponde a una redundancia del examen formal ya citado, y por lo tanto no exige una participación mayor del juez, o si exige un estándar de convicción intermedio¹⁰².

La oportunidad para solicitar la realización del procedimiento abreviado es cualquiera entre la formalización del imputado hasta la preparación del juicio oral.

¹⁰² María Inés HORVITZ es partidaria de una evaluación intermedia, que lo define como una “suficiencia razonable”. Eso no implica que la revisión de los antecedentes no debe cumplir con el estándar de “mas allá de toda duda razonable” sino comprobar que hay antecedentes plausibles, aunque sean sucintos. HORVITZ LENNON, María Inés. LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno (Tomo I). Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2004. p. 527. Diego FALCONE SALAS considera que requerir por parte del juez este nuevo estándar, sería sumamente difícil de precisar. Si ya plantea problemas la definición del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, incorporar un nuevo estándar que no sea tan estricto pero que tenga funcionalidad sería sumamente complicado. Estima que desde el punto de vista de una interpretación sistémica lo más razonables es considerar que ese análisis sólo se refiere a la evaluación de los antecedentes fácticos del delito, y no a la evaluación legal o normativa. Esto le da sentido a la posibilidad de absolver al imputado en el momento de la realización del juicio por una diferencia del juez con la calificación jurídica que realiza el fiscal. FALCONE SALAS, Diego. La absolución en el procedimiento abreviado. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, 2005.

Si se han cumplido los requisitos y el Juez de Garantía ha aceptado su realización se fijará una audiencia para que se lleve a cabo. En dicha audiencia el fiscal procederá a realizar una exposición resumida de la acusación y a señalar los antecedentes en que se fundare. Se le dará la palabra al resto de los intervinientes, siempre quedando la exposición final a cargo del acusado, y el Juez de Garantía podrá fallar.

4.3.2. La negociación en el procedimiento abreviado chileno

Como es la regla general en la regulación de los mecanismos de negociación en la gran mayoría de los países de tradición continental, no se contempla en el código procesal chileno un reconocimiento explícito de la negociación. No se manifiesta en ninguno de los artículos que esa negociación exista, no se nombra, ni se regula. Sin embargo hay varias razones que dan cuenta de que ella en la amplia mayoría de los casos acontecerá.

La principal razón para afirmar que esta negociación existirá es que no se explica otro motivo por el cual el acusado quiera espontáneamente renunciar a los derechos a guardar silencio, a no autoincriminación y a un juicio ante un tribunal oral. El reconocimiento de los hechos en los que se basa la acusación mermara normalmente sus posibilidades de defensa de manera drástica, otorgándole fundamentos muy sólidos a la tesis de la fiscalía. Si bien en nuestro actual procedimiento penal, a diferencia del norteamericano, la confesión no puede ser la única prueba por la que se incremine a una persona en el juicio oral, ese reconocimiento normalmente le dará más respaldo a una acusación débil. Esta contribución que realizaría el acusado en contra de sus propios intereses no se explica de otra forma sino por las contraprestaciones que por ello obtiene.

Es discutible qué grado de reconocimiento significa para el imputado el aceptar los “hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la

fundaren”. Es claro que no se trata de la confesión del delito por cuanto el acusado nada dice respecto de la calificación jurídica de los hechos que reconoce. Más bien se trataría de una confesión de la efectividad de haber acontecido los hechos que el propio fiscal califica. Adicionalmente aceptaría, en la medida que le sea posible hacerlo, los antecedentes que constan en la carpeta de investigación y que fundan la acusación. El aceptar aquello puede tener, en los hechos, para efectos de la convicción del juez, un peso tan alto como la confesión del delito mismo.¹⁰³

En segundo lugar el artículo 407¹⁰⁴ CPP concede al fiscal la posibilidad de modificar la acusación una vez que esta ha sido deducida, para que en la audiencia de preparación del juicio oral se puedan cumplir los requisitos del juicio abreviado. Esto permitirá al fiscal que pidió en la acusación una pena mayor a cinco años, rebajarla, de modo de que quede igual o inferior a cinco años y así poder cumplir con los requisitos del procedimiento abreviado.

No hay razones para explicar porqué un fiscal convencido de que una determinada pena es la que corresponde a un delito, al punto que formuló la acusación, decida justo en la audiencia de preparación rebajar esa pena. La acusación, se presume, es fruto de un proceso reflexivo en que el fiscal a la luz de todos los antecedentes de la investigación evalúa cuál es la pena justa. La especial regulación de esa posibilidad de corrección sólo se explica como una manera de darle mayores posibilidades al fiscal de llegar a un acuerdo con el imputado en la audiencia de preparación del juicio oral.

¹⁰³ Concordamos en esto con el profesor Carlos Pechi quien señala: “No compartimos la opinión del distinguido colega, ya que si el acuerdo conlleva la aceptación de los hechos materia de la acusación, ello implica, evidentemente, que el imputado reconoce su participación en los hechos que se dan por establecidos en la acusación y que la fundamentan. Consecuencialmente, debemos concluir que el inculpado está confesando haber tenido participación en el delito objeto de la investigación. En el mismo sentido; Alberto Binder, al exponer su ponencia sobre el procedimiento abreviado en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en octubre de 2000 en San José de Costa Rica, 'con el procedimiento abreviado se logra la finalidad del proceso penal con el mínimo de actuaciones, pero requiere –digámoslo sin eufemismos- la confesión del imputado’”. PECHI, Carlos. 2005. El procedimiento abreviado. En: Revista de Derecho Procesal, N° 20, 2005. p. 415.

¹⁰⁴ Artículo modificado por la ley 20.074. antes también se contemplaba esta posibilidad e incluso de manera más clara.

Por último, una de las modificaciones introducidas por la ley 20.074, del 14 de noviembre de 2005, también parece estar pensada sólo en dicha negociación. Con esa ley se modificó completamente el artículo 407, ampliándose las oportunidades para solicitar el procedimiento abreviado. Además se contempló en el inciso tercero un fortalecimiento a la posibilidad de rebajar la acusación, porque, como se señala en el artículo:

“Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, n°9, del Código Penal,¹⁰⁵ sin perjuicio de las demás reglas que fueran aplicables para la determinación de la pena”.

Esta incorporación no hace sino despejar las vías que tiene el fiscal para rebajar la pena, como contrapartida al reconocimiento de los hechos por el imputado. Es importante que la ley utilice el término “podrá” y no el término “deberá”. Si se hubiera utilizado el primero se hubiera dejado en manos del acusado el ponderar si se acoge al beneficio¹⁰⁶. Al ocuparse el término podrá el control queda en manos del fiscal. El podrá ofrecer este beneficio, si considera que las pruebas no son suficientes y que requiere de la confesión, pero también podrá decidir ir al juicio oral, y en este último caso el acusado no puede reconocer los hechos y asegurarse una rebaja en la pena.

4.3.3. La tarea de normar los acuerdos informales

¹⁰⁵ Artículo 11. Son circunstancias atenuantes:

9ª. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

¹⁰⁶ Esto es en realidad un punto discutible. Si se rechaza el que la admisibilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes pueda quedar en manos del juez, entonces no es aceptable que para el caso de la aceptación del procedimiento abreviado la determinación de la procedencia de la atenuante quede a discreción del fiscal. Lo que debería por lo tanto considerarse es que para efecto de la acusación el fiscal podrá considerarlo o no, pero ello no implica que el Juez no pueda en su resolución disentir del fiscal y sí considerarla en el evento en que el Fiscal no lo haya hecho. Queda planteada la pregunta sobre si el imputado podrá hacerla valer en el caso en que el sí hubiera aceptado a la realización del procedimiento abreviado, pero el fiscal hubiere sido el que se hubiere negado.

Las virtudes de un sistema como el *plea bargaining* son principalmente la rapidez y eficiencia para descargar el sistema. El reconocimiento de los hechos materia de la acusación ahorra gran parte del trabajo de recopilación de pruebas, y por lo tanto acorta la etapa de investigación. Por otro lado las posibilidades de obtener una sentencia condenatoria son mucho mayores, lo que contribuye a las estadísticas del órgano persecutor. En todas las etapas se produce una liberación de recursos que beneficia al Estado.

Todo lo anterior explica que legislaciones de tradición inquisitiva, y que por lo tanto tenían procedimientos más formalizados y basados en el principio de la verdad material, hayan ido acogiendo estas formas de negociación. Los cambios sociales que explicábamos al comienzo exigen al legislador que busque mecanismos más eficientes en materia procesal y es un hecho que estas formas de negociación han sido en los últimos treinta años una de las vías a las que se ha recurrido con mayor fuerza para cumplir ese objetivo.

Sin embargo, como explicábamos, esta tendencia a dar prioridad a criterios de eficiencia va unida a la despreocupación de los principios legitimatorios de la función persecutora. Por un lado se evaden formalidades y por otro se es menos rígido en la aplicación de principios como el acusatorio o de división de funciones y el de presunción de inocencia. El costo de esta tendencia tiene que ser evaluado con mucho cuidado.

Las formalidades en el proceso no son ritualidades que puedan ser simplemente suprimidas, son garantías para las partes que aseguran un proceso racional y justo y, por lo tanto, dan vida al principio del “debido proceso”. El flexibilizar los procesos cada vez más inevitablemente repercute en la protección que se le da al imputado¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ALBRECHT., El derecho penal en la intervención de la política populista. Op. cit., p. 484. “En el Derecho procesal se observa la tendencia a una dogmática de la ponderación que otorga cada vez más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y a las competencias de intervención a favor de la persecución penal frente a los clásicos derechos de protección de los inculpados.”

Por otro lado el principio de la verdad material que, como es entendido en la actualidad¹⁰⁸, constituye un principio que fundamenta la persecución penal y la distingue de los intercambios civiles, también queda en entredicho¹⁰⁹.

El abandono de estos principios es el punto más sensible para la crítica a la recepción de los mecanismos de negociación en el derecho continental. Los argumentos a favor de la negociación son principalmente prácticos, en cambio las críticas son normativas, se basan en cuestiones relativas a reglas.

Esta confrontación entre soluciones prácticas que tienen como prioridad resolver demandas sociales inmediatas, versus el desarrollo dogmático por el que aboga la doctrina, es el “gerencialismo” al que aludíamos anteriormente. Como indica SILVA SÁNCHEZ:

“Frente al modelo de justicia penal clásico surgen así modelos de justicia negociada, en los que la verdad y la justicia ocupan, si acaso, un segundo plano”, “El derecho penal aparece así ante todo, como mecanismo de gestión eficiente de determinados problemas, sin conexión alguna con valores”¹¹⁰.

Bernard SCHÜNEMANN en el mismo sentido afirma:

“Las utilidades que aparecen a primera vista no pueden ocultar que mediante los acuerdos de partes en el proceso penal se desnaturaliza completamente la estructura procesal en la StPO (ordenanza procesal alemana), ya que se carece de casi todas las medidas cautelares necesarias contra su abuso. Por lo demás, se debe señalar que una parte considerable de los acuerdos hoy habituales sólo realizan los fines de nuestro procedimiento penal en forma aparente; mas aún, los comprometen compleja y profundamente.”¹¹¹

¹⁰⁸ MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. pp. 529 y sig.

¹⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernard. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Op. cit. p. 296.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política en las Sociedades Post Industriales. Op. cit. pp. 74 y sig.

¹¹¹ SCHÜNEMANN, Bernard. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Op. cit. p. 296.

Con lo que hemos señalado queda muy claro que el código procesal contempla una forma de negociación penal, aunque de manera solapada, sin siquiera nombrarla. Esta omisión es un defecto del que padecen gran parte de las legislaciones que en los últimos años han ido incorporando los acuerdos procesales.

Esto se explica, en parte, por las grandes dificultades que presentaría hacerse cargo de esta regulación. Las cuestiones que debieran abordarse son delicadas y levantarían posiciones contrapuestas. Sería también evidenciar algo que en alguna medida va en contra del sentido común y que políticamente puede no ser rentable; que la justicia penal se resuelve mediante soluciones eclécticas, donde el Estado por cumplir su función punitiva cede respecto de la intensidad del castigo, negocia con el criminal, e incluso lo premia justo en el momento en que su es condenado. La solución a esto parece haberse encontrado en simplemente no abordar el asunto y dejar que sea la práctica la que vaya marcando el camino.

No se puede sino estar en contra de esta elección. Como hemos tratado de hacer ver en estas páginas, la relevancia de la incorporación de estos mecanismos de negociación en la afectación de los derechos y garantías del proceso penal es de inmensas dimensiones. Estos acuerdos marcan un hito profundo en la redirección del desarrollo de la dogmática procesal penal, que muchos autores han denunciado como un desplome de sus cimientos más importantes. La importancia de este cambio amerita que su desarrollo se realice al menos con los ojos abiertos, reconociendo sus repercusiones y evaluándolas detenidamente.

5. AUMENTO CUALITATIVO: EL DERECHO PROCESAL PENAL DEL ENEMIGO

5.1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo 2 nos referimos de manera genérica a la teoría del Derecho penal del enemigo. Señalamos que dicha teoría, formulada inicialmente por Günter JAKOBS en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania a la criminalización del estado previo de la afectación del bien jurídico, y que fue más claramente expuesta por el mismo autor en un congreso en Berlín el año 1999, pretende ser una reformulación de la teoría clásica o ilustrada del derecho penal, o al menos un complemento.

Según JAKOBS el derecho penal y procesal penal en su generalidad trata las infracciones de normas por parte de los seres humanos como defraudaciones a la expectativa de que la norma será respetada. Aquella defraudación requiere que el

derecho reaccione mediante una sanción y reestablezca la confianza en la norma. La sanción se dirige normalmente contra un individuo respecto del cual hay a su vez una expectativa, esta es que frente a la sanción reaccionará positivamente y enmendando su conducta. Ese tratamiento del derecho penal es un tratamiento normativo que implica reconocer a aquel individuo como persona.

En otros casos, sostiene JAKOBS, respecto de ciertos individuos, quienes con su acción dan a entender a la sociedad que desafían la norma de manera permanente o de una manera particularmente intensa, es posible que el derecho actúe en contra de ellos simplemente con pura coacción. Esto significa que el derecho no pretende con la sanción enmendar la conducta, sino asegurar mediante la fuerza que la norma no será nuevamente vulnerada. Cuando el derecho actúa de este modo esta tratando a dicho ser humano como una no-persona, es decir, como si el fin de protección de la norma estuviera siendo amenazado por un suceso de la naturaleza.

En palabras de JAKOBS:

“Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede –en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena- de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos casos algo claramente diferente...”¹¹².

Lo que JAKOBS enumera como particularidades típicas del derecho penal del enemigo son: (i) amplio adelantamiento de la punibilidad (incremento de los delitos de peligro; (ii) falta de reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento; (iii) paso de la legislación del derecho penal a la legislación de lucha para combatir la

¹¹² JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit. p. 24.

delincuencia (principalmente la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, entre otras); y, (iv) supresión de garantías procesales¹¹³.

Según JAKOBS, la teoría del Derecho penal del enemigo pretende ser meramente descriptiva, es decir plantear una explicación teórica que de cuenta de la realidad. Para fundamentar su modelo se basa en las tesis contractualistas¹¹⁴ de un grupo de autores clásicos que también hacen la distinción entre aquellos que vulneran el contrato pero permanecen dentro de él y aquellos que lo hacen desde fuera y que por lo tanto no están protegidos por las garantías que éste les reconoce a los individuos.

Independiente de que él sostenga lo anterior, es decir que su teoría no constituye un programa sino un modelo descriptivo, lo que ha sido el centro de la crítica opositora es que aquella pretensión no opera en la realidad. Según la crítica La teoría del Derecho penal del enemigo es inevitablemente una vía para legitimar todo un conjunto de normas penales violatorias de derechos fundamentales. “La consideración de no-persona, de sujetos excluidos del pacto social es difícil de legitimar desde los paradigmas del modelo político del Estado democrático.”¹¹⁵ Programas legislativos como la tolerancia cero en EE.UU, la primacía de la inoquización de los delincuentes¹¹⁶, las restricciones de derechos civiles para el combate al terrorismo, con una teoría así dejan de tener contrapeso.

¹¹³ JAKOBS, Günter. La autocomprensión de la ciencia penal ante los desafíos del presente. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinadores Alemanes) La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Milenio. MUÑOZ CONDE, Francisco. Valencia, Tirant lo blanch, 2004. p.59.

¹¹⁴ Principalmente Jean Jacques ROUSSEAU, J.H. FICHTE, Thomas HOBBS, Immanuel KANT.

¹¹⁵ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales. En: VELÁSQUEZ, Fernando, AMBOS, Kai (Coord.) Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez. Temis, España, 2005. p.127.

¹¹⁶ Ver. SILVA SANCHEZ, Política Criminal en el cambio de siglo. ABZ editores, Morelia, México, 2002. p 75 y sig.

La teoría del Derecho penal del enemigo plantea un cambio que se refiere a la manera como el Estado justifica el ejercicio del *ius puniendi* frente a los ciudadanos. Se trata de un cambio que va más allá del aumento de la práctica punitiva, no es más de lo mismo, es más y distinto. En ese sentido puede ser catalogado como un cambio cualitativo respecto al antiguo derecho penal, versus un simple cambio cuantitativo, como aquel que analizamos en el capítulo 4.

En el plano del derecho procesal, esta diferencia, según JAKOBS también es visible.

“Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en éste ámbito (en el derecho procesal) lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.”¹¹⁷

El derecho penal del enemigo más bien “se trataría de una legislación de lucha o guerra contra el enemigo del Estado cuyo único fin es su exclusión e incoincisión. En él se renunciaría a las garantías materiales y procesales del derecho penal de la normalidad”¹¹⁸.

El imputado o sujeto procesal se encuentra amparado normalmente por “el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones¹¹⁹.” Frente a estos derechos sin embargo se contraponen formas de “desnuda coacción”. En estos casos “esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho – esta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus

¹¹⁷ JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op. cit. pp. 43 y sig.

¹¹⁸ GRACIA MARTÍN. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Op. cit. p.125.

¹¹⁹ JAKOBS, Günter., CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op.cit., p. 45.

instintos y medios pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esta medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución por que las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de telecomunicaciones (§100 a StPO), otras investigaciones secretas (§110 a StPO).”¹²⁰

DIEZ RIPOLLEZ estima que el Derecho penal del enemigo es más explícito en el plano del Derecho procesal que en el Derecho penal sustantivo. Señala:

“Pero es, sin duda, el ámbito del proceso penal aquel en el que el derecho penal del enemigo concentra sus esfuerzos: Y no sólo a través de la preconizada mayor facilidad de imposición de la prisión preventiva, estrechamente relacionada con la potenciación del derecho de medidas acabado de señalar, sino también mediante una panoplia de propuestas que desmontan sin contemplaciones el derecho penal garantista: Facilitación de controles corporales, de intervención de comunicaciones o de intromisión en ámbitos privados sin control judicial o con laxos controles, uso generalizado de agentes encubiertos, prolongación de los períodos de incomunicación, restricciones del derecho a no declarar contra sí mismo, limitaciones del derecho de defensa, reconsideración de la invalidez de la prueba ilícitamente obtenida, etc.”¹²¹

Al hablar de Derecho penal del enemigo se habla de un conjunto de normas que se asocian por la manera en que se dirigen a su destinatario, independiente de si ellas corresponden al derecho penal sustantivo o procesal. Como señala Juan DAMIAN MORENO:

“Como nos ha recordado Enrique Bacigalupo, el Derecho penal del enemigo se caracteriza no sólo por la creciente ampliación de Derecho penal material sino también por una disminución de las garantías procesales, algo que el

¹²⁰ JAKOBS, Günter., CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op.cit.

¹²¹ DIEZ RIPOLLEZ, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Op. cit. pp.23-24.

propio defensor de esta teoría ha resaltado de forma absolutamente inequívoca. A nuestro modo de ver, esta forma de proceder se debe a criterios de pura eficacia; toda vez que para consolidar el éxito de una determinada política criminal es preciso disponer de medios adecuados para que la finalidad pretendida quede perfectamente asegurada¹²².

Uno puede estar de acuerdo con el modelo de JAKOBS o estar en desacuerdo, se puede estimar que es útil o que no aporta, pero lo cierto es que su teoría lo que pretende es explicar una serie de cambios concretos, reales y que se han analizado ya largamente, justamente porque por sus características difícilmente pueden encajar con el modelo de imputación penal clásico o garantista. Estos cambios dicen relación con la implementación de normas penales y procesales penales que adoptan una posición inmensamente agresiva en contra de cierto tipo de delitos¹²³.

En concreto, el conjunto de ámbitos donde ha primado la promulgación de normas con este tipo de características son, según el propio JAKOBS:

“la lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas», así como, en general, respecto de los «crímenes», pretendiéndose combatir en cada uno de estos caso a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante la incorporación de una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado de manera duradera, al menos de modo decidido,

¹²² MORENO, Juan Damian. ¿Un derecho procesal de enemigos? En: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMEZ JARA DÍEZ, (Coord.). Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión. España. Edisofer, 2006. p.469.

¹²³ El paso del ser un ciudadano desde el punto de vista del Derecho penal a un enemigo esta dado por la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, en último lugar, por la reunión en organizaciones delictivas. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Op.cit. p. 163.

del Derecho, es decir, que no presentan garantía cognitiva mínima que es necesaria para su tratamiento como persona.”¹²⁴

Esta agrupación extensa y un poco vaga de JAKOBS es delimitada con un poco de más precisión por DIEZ RIPOLLEZ, quien agrupa tres bloques de comportamientos; el primero, se refiere a la delincuencia organizada, donde se encuentra principalmente el terrorismo y el narcotráfico; segundo, delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual; y, tercero, la criminalidad de la marginación y la exclusión social. Estos ámbitos son los que DIEZ RIPOLLEZ llama la expansión securitaria. El derecho penal del enemigo “supone, ante todo, dar el aval de la ciencia jurídico penal, bajo el calificativo de legislación de guerra o de emergencia, a las numerosas iniciativas legislativas que en ámbitos muy diversos, mediante modificaciones del código penal o la aprobación de leyes penales especiales, han corporeizado la llamada expansión securitaria”¹²⁵.

Dentro del derecho procesal del enemigo, que se sitúa en la legislación penal contra las organizaciones, las normas más relevantes, como señala DIEZ RIPOLLEZ, son aquellas relativas a los delitos de terrorismo y narcotráfico. En el caso de la normativa de emergencia contra el terrorismo una de las normas más emblemáticas es la Usa (*Uniting and Strengthening America) Patriot (Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) Act*, promulgada el 26 de octubre de 2001, poco tiempo después del atentado del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. Esta ley contiene modificaciones tanto de Derecho penal sustantivo como de Derecho procesal penal. Ambas normativas, penal y procesal, tienen un mismo propósito, el restringir respecto de los delitos de terrorismo un conjunto de trabas que dificultan la rápida y efectiva captura de los sospechosos de delitos terroristas. Estas trabas, naturalmente, en muchos casos son garantías tanto penales como procesales que incluso tienen

¹²⁴ JAKOBS, Günter., CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Op.cit., p.40

¹²⁵ DIEZ RIPOLLEZ, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Op. cit. pp. 13-17.

respaldo constitucional, pero que por las circunstancias especiales del delito penado son dejadas a un lado.¹²⁶

Dentro de las normas procesales de la *Usa Patriot Act* se contempla entre otras la posibilidad de intervenir todas las comunicaciones de un presunto terrorista sin necesidad de autorización o control judiciales (sección 201), la preceptiva concesión de autorización judicial para obtener datos sobre productos (tales como CDs, revistas, libros, etc.) adquiridos o consultados por determinadas personas en el marco de las investigaciones sobre terrorismo o sobre cualquier otra materia secreta, la detención de ciudadanos extranjeros por un plazo máximo de siete días, sin necesidad e presentar imputación contra él, detención que en algunos casos especiales puede volverse indefinida¹²⁷.

En el capítulo denominado “*Remove Obstacles to Investigating Terrorism*” (suprimir obstáculos para la investigación del terrorismo), se contemplan normas que pretenden reforzar las facultades de las policías, tales como el pago de recompensas por el suministro de información sobre sospechosos, la ampliación del ámbito de infracciones que permiten tomar muestras de ADN de imputados, y la facultad de requerir a cualquier persona o institución que lleve un registro de actividades de un sujeto sometido a vigilancia, mediante una orden emitida por el FBI, sin autorización judicial¹²⁸.

En otros países también se siguieron los pasos de la Patriot Act y se dictaron normas de emergencia similares, también con reformas a la legislación procesal. Así, en el Reino Unido, la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*, promulgada el 14 de diciembre de 2001, que establece disposiciones para combatir la financiación de las organizaciones terroristas, para el control de las comunicaciones de los sujetos

¹²⁶ BRANDARIZ GARCÍA. José Ángel. Política Criminal de la Exclusión. Comares, Granada, 2007. pp. 214-215.

¹²⁷ BRANDARIZ GARCÍA. José Ángel. Política Criminal de la Exclusión. Op. cit.

¹²⁸ BRANDARIZ GARCÍA. José Ángel. Política Criminal de la Exclusión. Op. cit.

investigados, y para la expulsión y denegación de asilo a los sospechosos de terrorismo.

Más recientemente, con posterioridad al atentado terrorista en Londres de julio de 2005, se aprobó, en marzo de 2006 la *Terrorism Act*.

“La parte más estrictamente procedimental del texto normativo, entre otros extremos, amplía las potestades de la Administración para declarar la ilicitud de grupos que promocionen o induzcan a la comisión de hechos de terrorismo (secciones 21 y ss.). No obstante, en esta parte de la norma se encuentra la disposición más polémica: la extensión hasta un máximo de 28 días del período de detención preventiva sin cargos de sujetos sospechosos de intervención en actividades terroristas (sección 23 y ss.).¹²⁹”

Colocamos estas normas como ejemplos ya que resultan emblemáticas del derecho procesal penal del enemigo. Como señala Guillermo PORTILA CONTRERAS, estas normas no sólo cumplen su finalidad especial, sino que tienen un carácter adicional, “se oculta tras ella un componente represivo que trasciende su finalidad esencial”. Con esto quiere decir que muchas de ellas buscan, más que el logro de un fin procesal un objetivo adicional de castigo, en el marco de la “guerra contra el delito”, incluso mostrando un espíritu de venganza, injustificado en el marco de un Estado de derecho, y en especial considerando el principio del debido proceso. Son normas que dejan en la completa indefensión al imputado, dejando en manos de la administración la investigación y en algunos casos la sanción de determinado tipo de delitos. En la medida en que estas normas existan en las diferentes legislaciones, entonces se hace necesario, o por un lado darles un fundamento teórico a aquella excepción que las vuelva consistentes con la teoría (como la teoría de Günter JAKOBS), o por otro oponerse a esos cambios y denunciarlos como un abuso de las políticas legislativas procesales contemporáneas, es decir, mantener la teoría contrafácticamente o reformularla.

¹²⁹ BRANDARIZ GARCÍA. José Ángel. Política Criminal de la Exclusión. Op. cit. p. 218.

Sin embargo la influencia del derecho procesal penal del enemigo no sólo es posible constatarla en la legislación. Se ha señalado también que en aquellos ámbitos donde se desarrolla la legislación penal de “guerra” también se ven afectados los estándares de decisión a que están sometidos los jueces.

Juan DAMIAN MORENO por ejemplo cita como los elementos más característicos del derecho procesal penal del enemigo en la legislación española los siguientes:

“a) La existencia de una fase preliminar presidida por la intervención de órganos investigadores y decisores especiales; b) la posibilidad de recurrir a medios de investigación mucho más incisivos; c) la existencia de un régimen menos riguroso para acordar la prisión preventiva del inculpado y para resolver sobre su posible incomunicación; d) la tendencia excesivamente expansiva por la preconstitución de los distintos medios de prueba y por una propensión algo acusada a no valorar adecuadamente la racionalidad de la denominada “inferencia probatoria”, la cual como se sabe, permite fundar las resoluciones de condena sobre la base de deducciones de carácter indiciario, con lo que el derecho a la presunción de inocencia podría verse afectado debido a la relajación que, en el cumplimiento del deber de motivar las sentencias, esta situación ocasiona¹³⁰”. (subrayado agregado)

En el mismo sentido se pronuncia GRACIA MARTÍN:

“Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos *procesales* de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba.¹³¹”

Es decir, el interés por sancionar de manera estricta este tipo de delitos, conlleva que los jueces relajen los criterios para condenar, tanto por que se exige menos prueba para acreditar un hecho como por que se admite prueba que antes podía ser

¹³⁰ MORENO, Juan Damian. ¿Un derecho procesal de enemigos? Op. cit. pp. 470-471.

¹³¹ GRACIA MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el derecho penal del enemigo. [En línea] Ciminet. < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [consulta: 1 abril de 2008]. p. 10-11.

desechada por haber sido obtenido en contra de los derechos del imputado. Lo más preocupante es que desde el punto de vista de la opinión pública aquello no es visto como un problema sino, muy por el contrario como una virtud.

En el plano de las otras normas de Derecho penal del enemigo contra organizaciones se encuentran las normas contra el narcotráfico. Respecto de ello podemos señalar como un adecuado ejemplo, ya en el plano de la legislación nacional, la relativamente reciente ley 20.000 “Que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, promulgada por el Congreso Nacional el 2 de febrero de 2005. Ella se sitúa perfectamente dentro del contexto de normas penales y procesales que tratan especialmente el problema del narcotráfico estableciendo un estatuto especialmente intenso. Nos detendremos en ella y en particular en uno de los instrumentos de investigación más discutidos y que ha sido sindicado como uno de los reflejos más claros del Derecho procesal penal del enemigo: el agente encubierto.

5.2. LEY 20.000 “QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS”

Uno de los ámbitos en los que más se ha hablado de la instauración de una legislación penal de guerra, que coincide con las características del derecho penal de enemigo, es la legislación penal contra el tráfico de drogas. La lucha contra el narcotráfico en las últimas décadas ha cobrado una gran relevancia en todas las legislaciones, incorporándose nuevas fórmulas de investigación más intensas, y que muchas veces presentan problemas de constitucionalidad complejos.

En el caso de Chile, la ley 20.000 es un muy buen reflejo de esa tendencia global. Dicha ley además de contemplar figuras penales estableció una gran cantidad de modificaciones procesales, para facilitar la investigación de este tipo de delitos. Ellas constituyen un estatuto general de excepción, organizado en torno al problema de la

producción y tráfico de drogas. Las normas procesales de excepción más relevantes que contempla esta ley son:

i. Entregas vigiladas o controladas: Se autoriza al Ministerio Público a mantener control y vigilancia sobre el traslado, guarda o interceptación o circulación de sustancias prohibidas, con el propósito de individualizar a las personas que participen en la ejecución de tales hechos, conocer sus planes, evitar el uso ilícito de las especies o prevenir y comprobar cualquiera de tales ilícitos. (Art. 23 ley 20.000).

La diferencia entre la entrega vigilada y la entrega controlada esta en el grado de intervención de la autoridad. En la entrega vigilada hay una “circulación autorizada por el Ministerio Público...” “de una remesa de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores o sustancias químicas esenciales, o los instrumentos que hubieren servido o pudieren servir para la comisión de alguno de los delitos sancionados en la ley de drogas y sus efectos, sin interferencia de la misma pero bajo la vigilancia de la autoridad”¹³², en cambio en la entrega controlada hay una “circulación autorizada por el Ministerio Público...” “bajo el control de la autoridad”, es decir por ejemplo con intervinientes que han sido previamente contactados por la policía y que colaboraron para que la entrega sirva para la captura de los intervinientes en ella¹³³.

El inciso tercero del artículo 23 admite expresamente en caso de peligro para la vida o integridad de funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, el proceder a la detención en virtud de flagrancia.

Se permite que el objeto de la entrega pueda ser sustituido y se establece expresamente que no obstará a la consumación de los delitos que se pesquisen con ocasión de la aplicación de esta técnica de investigación, dicha sustitución (art. 23 inciso final, ley 20.000)

¹³² Oficio N°065 del Ministerio Público. Mat. Técnicas de investigación y medidas investigativas del Ministerio Público específicas de la Ley N°20.000. 2 de febrero de 2005. p.2

¹³³ Op. cit.

ii. Retención e incautación de correspondencia, interceptación de comunicaciones y otros medios técnicos de investigación: La incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, relativa a los delitos de la ley, no queda sujeta a la restricción de la gravedad de la pena. Esto implica que, por ejemplo, no es aplicable la exigencia de que se trate de delitos que tengan asociada la pena de crimen respecto del artículo 226 del CPP. A si mismo se reducen las exigencias de individualización para que proceda la interceptación de comunicaciones (Art. 24, ley 20.000).

iii. El agente encubierto, el agente revelador y el informante: Estos medios de investigación ya se encontraban regulados previamente en la ley 19.336, aunque de manera distinta. Será analizados especialmente más adelante.

iv. Medidas de protección a los testigos y colaboradores. Se garantiza la protección de su identidad incluso respecto de la defensa. Se permite que el Ministerio Público pueda realizar un cambio de identidad del testigo protegido.

El legislador ha establecido como regla general en el procedimiento penal el conocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa (Art. 307 inc. 1º del CPP), esta regla admite dos excepciones: los delitos terroristas¹³⁴ y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

¹³⁴ La ley 18.314 que “Determina las conductas terroristas y fija su penalidad” en su artículo 16 establece que: “El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.”

v. Secreto de la investigación. Se permite que la investigación en su conjunto pueda ser secreta respecto del imputado durante un período de tiempo de 120 días, prorrogables por el Juez de Garantía.

El cambio que implicó la reforma en materia de secreto fue uno de los avances más grandes en la modernización del procedimiento penal. El cambio se refiere a la posibilidad que tienen los intervinientes de tener conocimiento de la carpeta de investigación, en contraposición al antiguo procedimiento donde buena parte de la etapa sumarial era secreta incluso para la defensa.

El régimen de secreto es absoluto sólo para aquellos terceros ajenos al procedimiento (art. 182 CPP), mientras que para los intervinientes hay un régimen de secreto sumamente restrictivo, limitado por varias vías: sólo es posible para el Ministerio Público decretar secretas “determinadas actuaciones, registros o documentos”, y sólo por un plazo no prorrogable de 40 días. Además hay actuaciones que no pueden ser declaradas secretas como la declaración del propio imputado. Todas estas restricciones son eliminadas por la ley 20.000 que permite un régimen de secreto muchísimo más amplio y por un plazo de 120 días prorrogable.

vi. Ampliación del plazo para la audiencia de control de la detención. En la primera audiencia judicial del detenido, el fiscal podrá pedir un aumento de plazo por parte del Juez de Garantía, para poder proceder a la formalización del imputado. El plazo podrá aumentarse hasta en 5 días, es decir 2 días más que el plazo general que indica el artículo 132 del CPP.

Todas estas normas son alteraciones del régimen procesal regular dirigidas a priorizar la labor investigativa por sobre garantías individuales como el derecho a la privacidad, el derecho a la defensa, el derecho a guardar silencio, etc. Se trata de diferencias en algunos casos sutiles pero que en su conjunto conforman un procedimiento mucho más hostil para el imputado. Este estatuto especial no sólo existe en Chile sino que se corresponde con la gran mayoría de las legislaciones

internacionales.

5.2.1. El agente encubierto.

5.2.1.1. Regulación legal.

Uno de los cambios procesales que contempla la ley 20.000 respecto de la legislación común son las figuras del agente encubierto, el agente revelador y el informante. El agente encubierto se encontraba regulado anteriormente en la ley 19.366, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, promulgada el 12 de enero de 1995. Posteriormente este cuerpo normativo fue sustituido por la Ley 20.000 ya referida, donde se mantuvo este medio de investigación con algunas modificaciones. El agente revelador y el informante revelador no se encontraban regulados en la antigua ley.

La ley define el agente encubierto como “el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación” (art.25, ley 20.000)

No se contemplaba en la ley antigua la posibilidad de dotar al agente encubierto de una identidad ficticia. La ley 20.000 dispuso esta posibilidad y estableció que el Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de la historia ficticia.

El agente revelador es “el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga” (art.25, ley 20.000).En este caso el agente no se involucra en la organización sino que simplemente simula

ser comprador o adquirente.

El informante por su parte es “quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa como encubierto o revelador”.

Para las policías el informante es un particular, que realiza la labor de entrega de información a los funcionarios policiales y que se encuentra inscrito en los registros de dicha institución con la calidad de informante¹³⁵.

Puede tratarse de un informante propiamente tal, esto es, “aquella persona que, no actuando como agente encubierto o revelador, suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él”, o informante infiltrado que es aquel que “sin tener la intención de cometer un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y con conocimiento de los organismos policiales, participa en la comisión de dichos delitos como si fuere un agente encubierto o revelador”.

El informante infiltrado aunque actúa como agente encubierto o revelador, no es tal ya que no es funcionario policial sino un particular que por diferentes motivos se ha involucrado en una organización o participa en la misma.

Los sujetos habilitados para poder actuar como agentes encubiertos son “los funcionarios policiales”, que deben ser entendidos como los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, según el artículo 101 de la Constitución Política¹³⁶.

¹³⁵ La regulación de los informantes en materia de ley N° 19.366: en el caso de Carabineros de Chile se encuentra en el Manual de Procedimientos del Departamento Drogas OS 7 y Secciones a Nivel Nacional. En el caso de Investigaciones de Chile se regula en la Orden General N° 1.618 de octubre de 1998.

El agente encubierto sólo puede ser utilizado en los casos de delitos del Título I de la Ley 20.000 titulado “de los delitos y sanciones”, que sean cometidos por organizaciones delictuales, o “meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos”, término vago y que plantea muchas dudas.

La orden de utilizar este método de investigación en un caso específico debe ser dada por el Ministerio Público sin autorización del Juez de Garantía.

5.2.1.2. Aprensiones generadas por estos instrumentos de investigación.

Una de las preguntas que se plantean es en qué medida el agente encubierto y el agente revelador, pero principalmente el primero, provocan afectaciones a derechos fundamentales. El hecho de que la autorización necesaria para utilizar estos instrumentos deba ser dada sólo por el Ministerio Público implica que el legislador estima que *prima facie* no existe tal vulneración. Considerar lo contrario implicaría que la norma es abiertamente inconstitucional, por la infracción del artículo 83 de la Constitución Política, que exige que toda diligencia de investigación que vaya a afectar derechos del imputado sea autorizada por el Juez de Garantía.

A pesar de aquella declaración de intenciones resulta difícil sostener que el agente encubierto va a ser respetuoso de no excederse en su labor y va a utilizar su posición de especial privilegio para infringir derechos constitucionales tales como el derecho a la privacidad, el derecho a guardar silencio, el derecho a la presunción de inocencia, etc.

Para que la institución del agente encubierto no fuera en ningún caso incompatible con la protección de los derechos del imputado sería necesario entender la labor general del agente encubierto como una simple labor explorativa. Es decir su tarea

¹³⁶ BALBONTIN MENESES, Carlos Alberto. El agente encubierto de la ley 20.000. Tesis, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. U. Chile, Facultad de Derecho. 2008. p. 164.

sería sólo observar, del mismo modo como lo podría hacer cualquier particular, sólo que en este casos amparándose bajo la excusa de que, en el evento de que algo salga mal y se vea involucrado en un delito, se encuentra protegido por una causal de antijuridicidad¹³⁷.

Esta forma de entender al agente encubierto es un tanto ingenua en la medida que no se requiere una autorización especial para la realización de aquella tarea, y por ello mismo es que antes de que se establecieran las normas especiales sobre el agente encubierto la técnica de el funcionario policial de civil era sumamente utilizada para la detención de imputados en casos de flagrancia.

En la realidad el agente encubierto tiene una actividad mucho más activa en su labor de involucramiento en la organización delictiva. Esto va a implicar por ejemplo lograr entrar al recinto donde se reúne la organización, buscar obtener declaraciones, grabaciones, u otros medios de prueba, ganar confianza para que se le revele información de operaciones futuras, etc. Estas actuaciones, que normalmente acontecerán, implican que aquel individuo que resulta engañado está renunciando, bajo un consentimiento viciado, a la protección que le reconoce la Constitución Política.

El principio a la no autoincriminación se vería vulnerado en la medida en que no existe una real renuncia del imputado al ejercicio a dicho derecho cuando se encuentra engañado respecto a las circunstancias en las cuales da su declaración (ni siquiera se le puede llamar propiamente una declaración), además de que se infringen las

¹³⁷ RIQUELME, Eduardo. El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. Política criminal. N°2, A2, 2006 (En línea). http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. p. 9. “Una estructura de este tipo se contempla en el ordenamiento alemán (parágrafo 110b StPO). Gascón Inchausti afirma que “la ley alemana parece distinguir dos fases diversas en la infiltración: una primera fase, en la que las labores del agente son más difusas y consisten en una toma de contacto con el entorno delictivo objeto de la investigación -y para la cual resulta suficiente la autorización de la Fiscalía-; y una segunda, en la que la investigación toma rumbo definido y se dirige contra persona determinada. Sólo a partir del segundo momento puede considerarse la infiltración restrictiva del derecho fundamental (...)”.

facultades de la policía para interrogar al imputado, ya que es requisito, según el artículo 91 del CPP,¹³⁸ que se encuentre presente su abogado.

El derecho a la privacidad por su parte se ve vulnerado cuando el agente encubierto, mediante engaño, logra ingresar al hogar del imputado. Nuevamente, el consentimiento que este podría dar no es válido ni produce ningún efecto de renuncia. Su derecho a la privacidad se ve también afectado por la intromisión no consentida del agente en las conversaciones o comunicaciones privadas del imputado con terceros.

Resulta dudoso si la intervención del agente encubierto implica una afectación del principio de presunción de inocencia. Esto por que no se encuentran claramente delimitadas cuales son las exigencias que tiene el Ministerio Público para restringir la utilización de este medio de investigación cuando no hay sospechas suficientes sobre la comisión de un delito. Si la orden del Ministerio Público se dirigirá en contra de una organización respecto de la cual no hay evidencia alguna que estaría pronta a la comisión del delito, entonces la infiltración del imputado naturalmente que implica una afectación al principio de presunción de inocencia. En un caso como ese el instrumento de investigación se estaría utilizando más bien como una herramienta preventiva que reactiva frente al delito. Normalmente se sostiene que aquello no está permitido y que para que se autorice la intervención debe haber un principio de “sospecha” que es el que permite que se adopte la medida. Ese principio sin embargo no se encuentra correctamente delimitado, y, más complejo aún, depende sólo de la decisión del Ministerio Público.

¹³⁸ BALBONTÍN. Op. cit. p.133. “Verificando lo anterior, cabe señalar que, a mi juicio, el método de investigación agente encubierto afecta el principio de no auto incriminación en dos niveles. En primer lugar, al no informar al imputado, de conformidad al artículo 135 CPP, sobre los derechos que le asisten, en particular el contenido del artículo 93 letra g), esto es el derecho al silencio, afecta la obligatoriedad de que la renuncia al silencio sea informada... En un segundo nivel, una vez que se incumple el requisito de renuncia al silencio informada y siempre que se consideren como concreción del principio de no autoincriminación, se incumplen las limitaciones y restricciones establecidas en el artículo 91 CPP, respecto de las facultades de la policía para interrogar al imputado” En el mismo sentido RIQUELME, “El agente encubierto en la ley de drogas.” Op. cit. pp. 12 y sig.

Como señala RIQUELME, “pero si tales actos de investigación, que se basan en la sospecha, afectan garantías, tenemos (¿teníamos?) la tranquilidad que es (¿era?) indispensable obtener autorización de un Juez. Sólo él nos da confianza de tomar una decisión ponderada, examinando las variables, usando la razón y la prudencia”.¹³⁹”

Finalmente se estima que existe un límite muy difuso entre el agente encubierto, el agente revelador y el agente “provocador”, que es aquel que pretende crear el contexto en el cual un individuo que no necesariamente iba a delinquir lo termina haciendo. No es posible en la realidad delimitar con exactitud cuando una revelación, en realidad fue un acto de provocación, ya que si no hubiera intermediado el agente revelador no se hubiera configurado nunca el delito.

Como señala BRAUM “El estado se construye el hecho mismo: concreta la sospecha inicial, a la vez que hace caer al ciudadano en la tentación, poniéndole a prueba sobre su conformidad a la norma. Una vez más, la situación aparece así como una mezcla de prevención y represión que conduce a la ruina del principio de legalidad. La provocación del hecho constituye un acto de auto legitimación del Estado. Éste, al construir la infracción de la norma y revelar a continuación esa conducta, se procura la prueba de la necesidad de su existencia omnipotente: aunque el mal es omnipresente, el Estado y sus medios de poder se muestran lo suficientemente eficientes como para terminar venciendo en la batalla contra él”¹⁴⁰.

5.3. CONCLUSIONES

En este capítulo se ha pretendido explicar el alcance de la teoría de JAKOBS en el derecho procesal penal. El autor, como se mostró, dedica buena parte de sus

¹³⁹ RIQUELME, Eduardo. El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. p.12.

¹⁴⁰ BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: La insostenible situación de derecho penal. Op. cit. p.9.

explicaciones a la aplicación en el proceso de su teoría. Ella permite distinguir en el proceso al estatus de ciudadano y al estatus de enemigo. Naturalmente que, como se señaló en el capítulo 2, se trata de dos imágenes puras que en la realidad no se encuentran de manera absoluta, pero que pueden encontrarse más o menos patentes en una determinada legislación.

En las legislaciones actuales existen algunos ámbitos donde ha tendido a ir predominando el derecho procesal penal del enemigo, dentro de ellos se encuentran en un lugar muy privilegiado las normas dictadas para el combate de organizaciones delictivas y muy especialmente contra el terrorismo y el narcotráfico. La mayoría de los países se han hecho cargo de estos problemas implementando estatutos especiales tanto de derecho penal de fondo como de derecho procesal penal. Chile no se encuentra ajeno a esa tendencia.

La ley 20.000 es un gran ejemplo para ver reflejado en el derecho procesal como existen ámbitos de criminalidad donde la ponderación eficiencia/protección de garantías se inclina peligrosamente a favor de la eficiencia, casi rozando el trato que JAKOBS describe ser propio de un enemigo.

6. EL DERECHO PROCESAL PENAL SIMBÓLICO

6.1. INTRODUCCIÓN

Una de las características que hemos destacado del derecho penal moderno en los primeros capítulos es la tendencia a utilizar el derecho penal como una herramienta comunicacional. Se ha señalado que el efecto preventivo general propio de la sanción penal se ha ido desvirtuando hacia la manipulación política del mensaje disuasivo de la amenaza penal. Los efectos concretos de ello es todo un ámbito de crecimiento del Derecho penal que no está enfocado bajo principios técnicos sino todo lo contrario, amenazando el deber de contención del *ius puniendi*.

La aplicación de una sanción penal tiene siempre un fin preventivo general orientado no a la persona objeto del castigo sino a los demás. Adicionalmente, la norma penal, previo a su aplicación también produce un efecto similar sin que siquiera

sea necesario esperar a su aplicación. El principio es que las personas son obedientes a las normas y por lo tanto frente a una prohibición el comportamiento natural de la población es ajustarse ellas. La sola dictación de una amenaza penal como reforzamiento de una norma de conducta genera en la población un desincentivo fuerte para realizar la acción prohibida.

Pero existe además otro efecto comunicacional adicional a la imposición de una sanción penal. Un efecto, se podría decir, más pedestre. Cuando una sanción penal es dictada como una manera de reforzar una norma prohibitiva de primer grado, en la población se produce una sensación de confianza en que el efecto preventivo de la amenaza penal cumplirá en buena medida con el objetivo de evitar los comportamientos desviados. Se genera por lo tanto en la población una sensación de alivio respecto al problema que motivó la norma penal. Se trata de una confianza general en el efecto preventivo de la norma penal¹⁴¹.

Ese sentimiento de alivio no necesariamente puede encontrar un correlato en la realidad. Es perfectamente posible que la sanción penal dictada, por ejemplo, por problemas técnicos en su redacción, o por problemas prácticos de implementación, no sea posible aplicarla y, por lo tanto, nunca llegue a ser una amenaza seria para sus destinatarios. El efecto preventivo en esos casos podría ser mínimo o no existir.

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, José María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992, p.305. “En realidad, el desempeño de «funciones simbólicas» no es algo específico de las leyes penales, sino común a todas las leyes, al menos en los tiempos modernos. En efecto se suele señalar que las leyes pueden tener, por un lado, una «función instrumental», esto es, influir mediante mandatos y prohibiciones eficaces y mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad. Pero, además de esa función de transformación de esa situación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella, las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros producirá la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos la impresión de tener el problema bajo control”.

Así, por ejemplo, se establece un procedimiento especial para la incautación de especies marinas en alta mar, pero no se entregan recursos a la fiscalía para llegar a investigar los delitos en esos lugares. En ese caso la norma puede generar un efecto comunicacional en la sociedad, que considera que con la sola promulgación de la norma un problema serio de tráfico de especies marinas ha sido enfrentado, pero puede que desde un punto de vista de las estadísticas criminales esa norma penal nunca pueda ser aplicada, y ni siquiera llegue a producir un efecto preventivo general en sus destinatarios.

Toda norma penal conlleva un efecto simbólico, sin embargo cuando se habla de derecho penal simbólico como una característica peyorativa del derecho penal moderno, se habla de un derecho donde “las funciones latentes predominen sobre las manifiestas: del cual se puede esperar que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma”¹⁴². Las funciones manifiestas son aquellas descritas explícitamente en la formulación de la norma, las funciones latentes son aquellas que subyacen al contenido explícito, los cuales pueden ser “desde la satisfacción de la «necesidad de actuar» a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte”¹⁴³.

Las normas de derecho simbólico son aquellas que fueron dictadas privilegiando principalmente ese efecto comunicacional aliviador a la población. Eso no significa que las normas por ello dictadas no vayan a ser aplicadas nunca. Toda norma penal tiene un efecto simbólico. El punto es en qué grado el propósito de la norma es agotarse en ese efecto simbólico. Por ello se trata de una característica que es eminentemente comparativa¹⁴⁴, es decir, se evalúa en comparación con otras. Depende de qué es lo que primó en la génesis de la norma: si su origen tuvo como principal propósito no el

¹⁴² HASSEMER, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. En: BUSTOS RAMIREZ, Juan (director). Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995. p. 25. GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Tirant lo blanch, 2003. p. 148.

¹⁴³ HASSEMER, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Op.cit.

¹⁴⁴ HASSEMER, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Op.cit.p. 24

control de una conducta desvalorada sino generar en la población la sensación de que esa conducta es tratada, entonces estará más cerca del Derecho penal simbólico que del Derecho penal regular.

Lo que más fuertemente ha dado pie a hacer la distinción entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal regular o racional, es el hecho de que algunas normas penales que forman parte del conjunto expansivo del Derecho penal, son básicamente explicables por aquella actividad legislativa irreflexiva. Se trata de delitos que son incluidos de manera apresurada, sin un análisis detenido del problema que se enfrenta y de las mejores vías para su solución. El Derecho penal que resulta de ello suele tener problemas serios no sólo de legitimación, por exceder con creces el principio de *ultima ratio*, sino ya problemas mucho más básicos referentes a la coherencia de esas normas con el resto del sistema penal o a su interpretación¹⁴⁵.

En palabras de HASSEMER:

“El Derecho penal simbólico no aligera este proceso sino que lo fortalece la ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del «empresario moral». Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee.

La legislación penal y la ejecución de la pena como pura fanfarronada: no hace falta fundamentar extensamente por qué esta salida al dilema de la prevención es la vía equivocada. Un Derecho penal simbólico que ceda sus funciones

¹⁴⁵ DIEZ RIPOLLEZ, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión. CANCIO Meliá, GÓMEZ-JARA Díez, (ed.). Buenos Aires, Edisofer, 2006. p.30. “La concentración de los esfuerzos político criminales en un expeditivo abordaje de las manifestaciones delictivas, descuidando las causas sociales y políticas que las generan, pone de forma poco realista las esperanzas en los efectos del aislamiento social de colectivos cada vez más amplios, así como en los efectos comunicativos de una política de ley y orden que tarde o temprano mostrará sus endeble capacidades para la erradicación de las raíces de la delincuencia.” “Esta búsqueda de efectividad a corto plazo no sólo deja sin satisfacer objetivos pragmáticos declarados, sino que produce unos efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal”.

manifiestas a favor de las latentes traiciona los principios de un Derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.”¹⁴⁶

El concepto de Derecho penal simbólico es por lo tanto una crítica a una tendencia del Derecho penal contemporáneo, la cual consiste en hacer excesivamente predominante una función latente u oculta, que no tiene que ver necesariamente con los fines del derecho penal. El carácter simbólico se encuentra, como se señaló, en toda norma legislativa, y por lo tanto el derecho procesal es también susceptible a que se realice ese abuso mermando la función instrumental de la norma. El derecho procesal penal también puede cumplir las mismas funciones, lo que lo hace susceptible a la misma crítica.

El fin instrumental del proceso penal en general es establecer un sistema normativo adecuado para la aplicación práctica del derecho penal. Si ese sistema normativo es eficaz, entonces el derecho penal será capaz de cumplir sus fines, si por el contrario no lo logra entonces el derecho penal en general se volverá un conjunto ineficaz. La implementación de normas procesales que pretenden generar un efecto comunicativo por sobre la eficiencia en el cumplimiento del objetivo manifiesto de la norma, coincide también dentro de la definición que da HASSEMER de derecho penal simbólico.

La calificación de una norma como derecho simbólico no es sencilla. Normalmente una norma no coincidirá de manera categórica con dicha definición, sino que tendrá características coincidentes que permitirán criticarla desde esta perspectiva. El concepto de derecho penal simbólico, como se señaló, no es un concepto binario sino más bien comparativo, hay algunas normas que poseen una tendencia simbólica mayor por sobre otras. No se trata de una categoría que pueda ser reconocida de manera definitiva, pero sí es una crítica válida para aquellas normas que aunque no sea en su completitud, presentan este tipo de rasgos.

¹⁴⁶ HASSEMER. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos . Op. cit., p. 27.

Adoptando aquella prevención buscaremos analizar una norma procesal chilena que sea susceptible a una crítica de esta naturaleza. Consideramos adecuado para ello revisar la ley 20.253 llamada “de agenda corta antidelincuencia”, y específicamente las reformas que dicha ley incorporó al artículo 140 CPP, referente a los requisitos para decretar la prisión preventiva.

La prisión preventiva es sin duda uno de los temas más sensibles cuando se trata de la imagen que la sociedad tiene respecto de la justicia. Cuando se individualiza a un sospechoso de un delito la primera imagen que tendrá la población será la audiencia de control de detención, donde, si se trata de un delito grave, normalmente se requerirá prisión preventiva. La opinión pública no espera a escuchar el veredicto final que se dará al momento de la sentencia condenatoria o absolutoria, por que normalmente el momento en que ella se dicte estará muy alejado del hecho delictivo. Por ello, en los hechos, parece ser mucho más relevante la audiencia de control de la detención y en específico si en ella el imputado queda o no bajo la medida cautelar de la prisión preventiva. Si eso no ocurre se genera automáticamente una sensación de injusticia que es difícil de evitar.

Es por ello que el tema de la prisión preventiva es de tanta relevancia para efectos de la imagen del sistema punitivo. Para la opinión pública que no está familiarizada con los fundamentos de las medidas cautelares y en especial con el principio de excepcionalidad de dichas medidas, no se trata de que los criterios dogmáticos que rigen la prisión preventiva se apliquen bien, se trata de que la libertad es sinónimo de impunidad. Por lo tanto, según esta concepción, si no se concede la prisión preventiva entonces no hay verdadero castigo.

Esa relevancia que tiene la prisión preventiva desde el punto de vista de la imagen que la sociedad tiene respecto del sistema judicial, la hace especialmente proclive a que se dicten normas, por así decirlo, populistas, que tengan como propósito el contribuir a atenuar esa sensación colectiva de injusticia, independiente de que la reforma tenga un fundamento consistente y sólido, e incluso, en algunos casos,

independiente de que su destino sea ser aplicada. Se trata de un ámbito donde es muy normal que se puedan dictar normas procesales simbólicas en las cuales no priman criterios técnicos. Estimamos que la reforma de la ley 20.253 tiene en buena medida esos rasgos.

6.2. LEY 20.253: “AGENDA CORTA ANTI DELINCUENCIA”. CAMBIOS AL ARTÍCULO 140 CPP.

La ley 20.253 es sin duda la reforma más relevante que se le ha realizado al CPP desde su entrada en vigencia, tanto por la cantidad de cambios como por su magnitud. El proyecto se inició por mensaje del Gobierno, el cual fue enviado seis años después de la entrada en vigencia del CPP, y sólo uno de que el nuevo procedimiento se pusiera en marcha en Santiago. Se trató de un período donde se había instalado fuertemente en los medios de comunicación el discurso de que el nuevo procedimiento penal se encontraba desbalanceado a favor de las garantías del imputado, y había despreocupado el interés de la víctima, y por ende el de la ciudadanía en general, por su seguridad. En lo que respecta a la prisión preventiva se criticaba que el criterio de los jueces se había vuelto extremadamente favorable a la libertad del imputado. Esto era más claro en los jueces de primera instancia, ya que varias de aquellas resoluciones eran en definitiva revocadas en segunda instancia. Estas ideas no sólo estaban presentes en los medios y en la opinión pública sino que son sumamente citadas en la historia del debate legislativo

En el mismo mensaje del proyecto de ley, al momento de fundamentar la razón de por qué fue remitido al Congreso, se señaló que:

“Pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal; de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal; la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional; y el

reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor.”¹⁴⁷

Es decir la motivación principal del proyecto estuvo, no en un problema real respecto del cual se tuviera certeza, sino que sería el “temor subjetivo” que tendría la población ante la delincuencia.

El mensaje resulta ser más elocuente que el propio contenido del proyecto. El derecho penal simbólico es justamente aquel que no pretende resolver los conflictos reales que la norma explícitamente trata, sino que busca, con la sola imagen de la ley promulgada, el lograr un propósito latente. En este caso el principal propósito del proyecto estaba dado por disminuir la “sensación” de inseguridad.

Demás esta decir que el sentimiento de inseguridad de la población no es correlativo a la realidad sobre la delincuencia en la sociedad¹⁴⁸. La ley 20.253 se refiere a reformas concretas en materia procesales específicas, sin embargo el propósito que propugna es la aminoración de una sensación subjetiva de inseguridad general. Es posible ver, por lo tanto, la existencia de un objetivo manifiesto en cada norma de aquellas contenidas en la ley 20.253, el cual no necesariamente coincide con el objetivo latente de aliviar aquel sentimiento de la ciudadanía¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Historia de la ley 20.253. [en línea] Biblioteca Congreso Nacional. <http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> [consulta: 2 marzo 2009]. p. 5.

¹⁴⁸ BRANDARÍZ GARCÍA, José Angel. Política criminal de la exclusión. Op. cit. p. 53. “Por lo demás, pocas dudas debería de haber en el presente sobre el hecho de que, del mismo modo que el temor subjetivo al delito (en ocasiones conjugado como verdadero pánico moral) no guarda necesariamente correlación con los índices efectivos de criminalidad o de victimización, la percepción subjetiva de inseguridad es claramente desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros.” En el mismo sentido: VARGAS OVALLE, María Alejandra. Globalización y el derecho penal. Respuestas punitivas en tiempos de incertidumbre. Op.cit. p. 238.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Op. cit. p. 52-53. “Ahora bien, la imposibilidad jurídico-penal o procesal de traducir en muchas ocasiones, tal percepción de inseguridad o de ausencia de azar sentida por el sujeto pasivo en un criterio

Lo que se pretendió con esta ley fue corregir aquella sensación subjetiva de inseguridad dándole más rigor al sistema procesal penal. Uno de los temas donde pareció necesario aumentar ese rigor era en el régimen de medidas cautelares personales, en específico respecto de la prisión preventiva. Consideramos que por el contexto en el cual fue dictada esta norma y por algunas deficiencias técnicas, que serán revisadas más adelante, es posible señalar que existen rasgos de dichas reformas que podrían coincidir con el derecho procesal penal simbólico.

En lo que resta de este capítulo analizaremos los cambios que se introdujeron al artículo 140 del CPP en la referida ley, y los revisaremos a la luz de las características del derecho simbólico.

6.2.1. La prisión preventiva en el antiguo proceso penal y el cambio implementado por el CPP.

El procedimiento penal chileno antes de la entrada en vigencia de la reforma del año 2000 contemplaba a la prisión preventiva como una consecuencia automática del auto de procesamiento (art. 276 y 277 CdPP). Uno de los objetivos del sumario era asegurar la persona del inculpado, garantizando así su presencia en el proceso, y el modo más seguro para lograr aquello era la prisión preventiva. La libertad provisional era considerada un beneficio antes que un derecho.

El que la libertad provisional no fuera la regla general sino una excepción es propio de un modelo inquisitivo, y no se ajustaba a un procedimiento comedido y respetuoso de los derechos del imputado. La abierta contradicción del CdPP con las normas de derecho internacional hacía perentorio un cambio.

efectivo de hiperresponsabilización del sujeto activo puede propiciar todavía más la conformación de una legislación simbólica”.

El Acta Constitucional N°3 de 1976 y posteriormente la Constitución Política de 1980 fueron las que dieron el primer paso para ese cambio. En ellas se establecía la preponderancia de la libertad del imputado, y el carácter excepcional de la prisión preventiva, la cual sólo concurría en las hipótesis que la misma Constitución contempla.

La contradicción entre el CPP y la Constitución se volvió más grave con la dictación de la Constitución de 1980 y con la aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (ratificado en 1972, en adelante PDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada en 1991, en adelante CADH), todas las cuales consagraban el derecho individual a la libertad personal y específicamente el derecho a la libertad provisional salvo casos excepcionales.

Para poder adecuarlo a dichas normas supraleales el CdPP fue modificado sucesivas veces. En este sentido la entrada en vigencia del CPP, con la dictación de la ley 19.696 del año 2000, fue la oportunidad para hacer armónico el régimen de medidas cautelares con los nuevos tiempos.

El cambio que implicó el CPP no fue completo. Se decidió deliberadamente, en lo relativo a las causales justificatorias de la prisión preventiva, el dejar, acorde con lo que señala la Constitución y en contradicción a lo señalado por el PDCP y la CADH, la necesidad de éxito para la investigación y el peligro para la sociedad y el ofendido por el delito¹⁵⁰.

¹⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. p. 396. “Curiosamente, sin embargo, cuando el CPP se enfrenta a la necesidad de superar la mayor fuente de sus contradicciones, que está dada por el reconocimiento legal de finalidades no admitidas en las convenciones internacionales como legitimantes de la prisión preventiva, el CPP cede a favor de la CPR, reproduciendo en su artículo 140 CPP los mismos objetivos que la CPR consideraba legítimos para denegar la libertad provisional (necesidad para el éxito de la investigación, peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido)”

Tres son las imposiciones que establecen el PDCP y la CADH:

- i. Excepcionalidad o instrumentalidad. Todo individuo tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Ello implica que iniciada una investigación criminal, y antes de que se dicte la sentencia, toda persona tiene derecho a permanecer en libertad, salvo casos excepcionales.
- ii. Jurisdiccionalidad. La decisión de si en un caso específico una persona debe ser sometida a prisión preventiva debe ser tomada por un juez que ejerza jurisdicción.
- iii. Fundamentación. Las razones que pueden condicionar la libertad de una persona sólo pueden referirse a las garantías necesarias para su comparecencia en juicio.

El CPP adaptó el régimen de medidas cautelares personales a la imposiciones a las que hacen referencia las letras a y b, no así a la que hace referencia la letra c. Respecto de ese último punto siguió a la Constitución Política de la República.

Respecto al principio de jurisdiccionalidad, que exige que sea el juez en definitiva el que decida sobre la libertad del imputado, el CPP fue consecuente al establecer en su artículo 140, primero, “que el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado”, y, segundo, al establecer como requisito para decretar la prisión preventiva, en la letra c) del mismo artículo, “que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”(subrrayado agregado).

El inciso 3 del artículo 140 del CPP no cambia lo anterior ya que como señala su primera parte sólo constituye un cúmulo de antecedentes que el “tribunal deberá considerar especialmente” (subrreyado agregado), lo que sin duda no restringe su

autonomía para, en definitiva, resolver sobre la efectiva necesidad.

Este recuento lo hemos hecho para mostrar lo relevante que fue para los efectos de la prisión preventiva el cambio introducido por el CPP. El principio de la excepcionalidad y el que no existan delitos inexcusables son reglas esenciales de un sistema de procesal liberal que pretenda ser respetuoso de los derechos fundamentales del imputado. En ese sentido el CPP logró consolidar uno de los principios procesales penales básicos, la presunción de inocencia del imputado y el derecho a la libertad personal.

6.2.2. Reforma de la ley 20.253

El 7 de julio de 2006 se inició por mensaje la tramitación del proyecto de ley que concluiría en la publicación de la ley 20.253. El motivo de este proyecto fue la introducción de varios cambios relativos tanto al derecho penal sustantivo como procesal. En materia procesal los cambios fueron los siguientes.

- i. Se especificaron aún más los criterios para conceder la prisión preventiva.
- ii. Se fijaron criterios más estrictos para la denegación de la prisión preventiva respecto de ciertos delitos especialmente graves.
- iii. Se permitió a los abogados asistentes de fiscal formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares.
- iv. Se permitió la interposición del recurso de apelación en contra de la resolución que declara ilegal la detención y se permitió formalizar y solicitar medidas cautelares de todas formas a pesar de dicha declaración de ilegalidad.
- v. Se creó una base unificada y actualizada de datos para carabineros e investigaciones respecto a las personas que tengan órdenes de detención pendientes.
- vi. Se facultó a las policías para que, sin orden previa del fiscal, procedieran a

controlar la identidad de personas respecto de las que estimen que existen indicios de haber cometido un delito o falta.

vi. Se amplió el límite temporal de la flagrancia para las hipótesis de las letras d) y e) del artículo 130.

vii. Se fijó el procedimiento de control de identidad en un máximo de ocho horas.

viii. Se estableció expresamente que durante el control de identidad las policías quedan facultadas para cotejar órdenes de detención pendientes respecto del controlado.

ix. Se facultó a las policías en ciertos casos especiales a guardar evidencia y a iniciar las primeras diligencias de investigación de rigor en el caso de delitos flagrantes.

x. Se facultó a los menores de edad a rendir declaración anticipada cuando han sido víctimas de delitos sexuales.

xi. Se estableció que la suspensión condicional del procedimiento deberá ser sometida a la vista del Fiscal Regional en los casos de de delitos graves.

El conjunto de estas reformas, como el propio título de la ley lo señala, pretendieron reforzar la tarea persecutoria del Ministerio Público y de las policías, así como hacer más expedita la concesión de la prisión preventiva. Adicionalmente, y en un plano más político, esta ley fue presentada como una reacción a la sensación colectiva de que la reforma procesal penal se había transformado en un estatuto de garantías para el victimario y no así para la víctima. Las reformas que se planteaban buscaban controvertir esa idea, o al menos dar cuenta de que se estaban haciendo esfuerzos para cambiar esa tendencia.

Dentro de las reformas el artículo 140 CPP relativo a la prisión preventiva fue uno de los más alterados. Se suprimió una de sus letras y se incorporó todo un nuevo inciso. Sin embargo, si uno mira más en detalle los cambios que se introdujeron, se

puede observar que ellos no resultan ser de mucha relevancia¹⁵¹. Ellos son básicamente cuatro:

¹⁵¹ A continuación se muestra en un cuadro la comparación del artículo previo y posterior a la reforma:

Artículo 140 del CPP previo a la ley 20.253	Artículo 140 del CPP posterior a la ley 20.253
---------------------------------------------	------------------------------------------------

Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

c) Que existen antecedentes calificados que permiten al tribunal calificar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas, de la investigación o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

d) Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, el hecho de encontrarse sujeto a una medida cautelar personal, en libertad condicional, o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos que se trataran, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes."

Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

- i. Se incluyó una causal de concesión de la prisión preventiva por peligro de fuga del imputado.
- ii. Se especificó que para evaluar la peligrosidad de un sujeto se observará las condenas anteriores, hayan sido cumplidas o no.
- iii. Se incluyó como criterio para considerar que existe peligro para la sociedad el que el delito tenga asignada pena de crimen.
- iv. Se cambió la expresión “el tribunal deberá considerar especialmente” por “se entenderá especialmente que”, respecto a un grupo de antecedentes que influyen en la consideración de existencia de peligro para sociedad.

Sobre el punto i. se discutía antes de la dictación de esta norma si la causal de peligro de fuga, se encontraba o no contemplada en la ley¹⁵². Parte de la doctrina consideraba que ya se encontraba incluido dentro de la causal de peligro para la sociedad. La ley vino a resolver aquello.

Sobre el punto ii, el cambio se introdujo como una manera de evitar una interpretación que se había aplicado la cual consistía en que las condenas anteriores a las que se refería el artículo 140 del CPP debían haber sido cumplidas efectivamente. Con esta norma se evita esta interpretación.

Los puntos iii y iv son un poco más difíciles de analizar. Ellos en realidad son fruto de un álgido debate legislativo, que derivó en dicha redacción final de la norma sin que de ella se pueda extraer una clara intencionalidad. Vamos a analizar especialmente estos dos puntos.

¹⁵² Guillermo PIEDRABUENA es partidario de que si se encontraba contemplado dentro de la causal de peligro para la sociedad. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley 20.253: Agenda corta ante delincuencia. Legis, Santiago, 2008. p. 183. “Además, nos parece incuestionable que el peligro de fuga de un imputado que debe ser prevenido por la justicia, afecta a la seguridad de la sociedad y por lo tanto es procedente la prisión preventiva en caso de peligro de fuga por que la libertad es contraria a la seguridad de la sociedad”. Julián LÓPEZ y María Inés HORVITZ en cambio son contrarios. Op. cit. p. 412.

6.2.3. Cambió la expresión “*el tribunal deberá considerar especialmente*” por “*se entenderá especialmente que*”.

La interpretación de la nueva redacción del artículo no es para nada sencilla. La mayor dificultad está dada porque la literalidad de la norma no se ajusta al sentido del legislador histórico, lo que hace necesario privilegiar entre uno u otro criterio.

Antes de la reforma de la ley 20.253 los criterios que debía evaluar el tribunal en lo relativo al carácter del delito era: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, el hecho de encontrarse sujeto a una medida cautelar personal, en libertad condicional, o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos que se trataran, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.”

Hoy, después de la reforma se mantuvieron prácticamente los mismos criterios pero haciéndose una doble distinción:

i. Casos que el tribunal deberá considerar especialmente: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

b. Casos que en los que se entenderá que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad: cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Al incluirse aquella diferencia entre los criterios que el tribunal deberá tomar especialmente en consideración y aquellos en los que se entenderá que hay peligro para la sociedad, separándolos en dos incisos diferentes, naturalmente que se pretende, acorde con una interpretación sistemática del código, darle un sentido distinto a cada una de estas expresiones. Si el legislador hubiera pretendido que ellas tuvieran un mismo significado las habría dejado en el mismo inciso todas bajo una misma expresión. Ello no fue así, las diferenció, y por lo tanto cada una impone al juez una carga distinta.

La expresión “deberá considerar especialmente” no está sujeta a muchos equívocos. Esta frase es clara en el sentido de que los criterios que le siguen son criterios que deben ser analizados con particular detención dejando siempre en el juez la última palabra al momento de definir la necesidad de cautela. Se trata de la imposición de una jerarquía dentro del conjunto de consideraciones que debe evaluar el juez. Dentro de todos los argumentos que debe evaluar el juez a estos se les debe dar mayor peso.

La segunda expresión en cambio tiene la forma de un mandato. Ya no se refiere a la ponderación de criterios sino a la calificación sin intervención del juez de casos en los que existe peligro para la sociedad en abstracto. La lectura de la expresión “se entenderá especialmente que” tiene la forma de un mandato legislativo, que implica una presunción de derecho o al menos legal, de que en los casos que continúan deberá necesariamente estimarse que existe peligro para la sociedad.

Esta última fue la interpretación adoptada por el profesor TABOLARI en su exposición ante el Congreso durante la tramitación del proyecto¹⁵³ para oponerse a

¹⁵³ El profesor TABOLARI señaló en su intervención en el Congreso: “En cuanto al nuevo inciso tercero que se intercala en el artículo 140, se manifestó, asimismo, contrario, por vulnerar la Constitución, ya que su artículo 19 N° 7, letra e) dispone que la libertad del imputado procederá a menos que la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o la seguridad del ofendido o de la sociedad. Tal norma se vería vulnerada al

dicha redacción, y fue también la adoptada por el honorable Senador ORPIS para defenderla¹⁵⁴.

El adoptar dicha interpretación hace que la norma implique un retroceso asombroso. De haber pasado junto a la dictación del nuevo procedimiento penal al reconocimiento del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, esta norma implicaría nuevamente la supresión de ese principio en determinados casos. Dejaría de ser el juez el único llamado a definir en el caso concreto la necesidad de cautela de determinadas personas en el caso de delitos especialmente graves y se habría establecido un catálogo de imputados que, independiente de las circunstancias específicas al momento del juzgamiento de la procedencia de la medida, no podrían rehuir a la prisión preventiva durante toda la investigación. Así por ejemplo si una investigación es para acreditar la comisión de un delito de con pena de crimen es muy probable que quella calificación no variará durante la investigación lo que hace fútil la variación de la necesidad de cautela. Aquella interpretación, como lo señala correctamente el profesor TABOLARI, es incompatible con los tratados internacionales firmados por Chile y con la misma Constitución Política.

Al parecer lo anterior fue algo que la mayoría de los legisladores tuvieron en cuenta al momento de sus intervenciones porque en al revisión de la historia de la ley se hace hincapié sucesivamente en que la reforma no implica la supresión del juez de la última

señalar este nuevo inciso que la libertad del imputado se entenderá peligrosa para la seguridad de la sociedad cuando se trate de delitos graves (artículo 78 bis); hubiere sido condenado por delito que merezca igual o mayor pena, se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algún beneficio alternativo a la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad, por cuanto se estaría arrogando el legislador efectuar una determinación que la Carta Política entrega al juez.” Historia de la ley 20.253. p. 51.

¹⁵⁴ “El Senador Orpis expresó que cuando se aprobó la reforma procesal penal, el Parlamento tuvo la confianza de entregar al criterio del juez la decisión acerca de quién constituiría peligro para la sociedad, pero que desgraciadamente los tribunales han adoptado una postura garantista y personas con antecedentes previos que objetivamente son un peligro para la sociedad, deambulan por las calles”. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley 20.253: Agenda corta antidelinuencia. Op. cit p. 172

palabra. Muy por el contrario muchos legisladores hacen especial ahínco en que la inclusión de este inciso no implica la pérdida del juez de la decisión final.

Una interpretación alternativa, que pretenda ser armónica con la posición de los legisladores, implica el darle a la expresión “se entenderá especialmente que” un sentido análogo a la expresión “el tribunal deberá considerar especialmente”. Ello presenta dos sub-posibilidades: (i) estimar que tienen sentidos completamente análogos y por lo tanto son sinónimos, (ii) estimar que tienen un sentido análogo por que ambas jerarquizan criterios sin sustraerle la decisión final al juez, pero que no tienen un significado completamente análogo porque el inciso séptimo le da una preponderancia mayor a los criterios que señala que el inciso sexto.

Según esta última interpretación existirían tres órdenes de criterios que deben ser ponderados libremente por el juez. En último lugar las circunstancias no especificadas, luego los criterios contemplados en el inciso sexto, y en primer lugar los criterios contemplados en el inciso séptimo. Esta última es la interpretación seguida por el honorable senador ESPINA¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Historia de la ley 20.253. p. 443. “La disposición vigente establece “la gravedad de la pena asignada al delito” dentro de los elementos que el juez ha de tener en consideración cuando decide que un imputado sea mantenido en prisión preventiva por estimarse que su conducta delictual constituye un peligro para la seguridad de la población. El texto que se propone divide eso en dos circunstancias distintas. La primera mantiene ese criterio. Y dice: “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito”, etcétera. Se conserva la norma vigente. O sea, el juez ha de tomar en cuenta la gravedad de la pena fijada al delito como factor para determinar que el imputado debe quedar en prisión preventiva porque su libertad pone en riesgo la seguridad de la población. Y luego se agrega otra disposición, proveniente de la Cámara de Diputados, mediante la cual se determina cuándo “Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad”. En el fondo, se le señala al magistrado: “Usted tiene que considerar la gravedad del delito, pero especialmente la circunstancia de que este tenga asignada pena de crimen (sobre cinco años de cárcel). En ese caso, debe tomar muy en cuenta dicho factor. Y, en segundo lugar, también ha de considerar que la persona no haya sido condenada anteriormente por un delito igual a aquel por el cual se le está juzgando”.

El problema que presenta esta última interpretación es que nada en la norma la respalda. Si la expresión “se entenderá” es en realidad una jerarquización de circunstancias y no una presunción legal o de derecho, no hay una razón de texto que la permita distinguir de las circunstancias del inciso sexto. Ambas le señalan al juez que debe valorar “especialmente” determinadas circunstancias. No hay motivo para darle más relevancia, v.gr., a la existencia de procesos pendientes (inciso sexto) que a la existencia de condenas por delitos de igual o mayor pena (inciso séptimo).

La interpretación más razonable en realidad es entender a ambas frases como sinónimos, no dándole un valor adicional a la separación por incisos.

Respecto a la inclusión de la circunstancia de que el delito que se le impute tenga asignada la pena de crimen, es posible señalar que se encontraba incluida sin duda dentro de la gravedad de la pena asignada al delito. La especificación contemplada en el inciso séptimo en realidad, entendiendo que ella sólo constituye una recomendación para el juez, no es un endurecimiento de los criterios que tendrá a la vista el juez. De hecho, los delitos que tienen asignada pena de crimen son los más graves de nuestra legislación.

6.3. CONCLUSIONES.

Los cambios introducidos por la ley 20.253 al CP y al CPP pretendieron, como señaló el mensaje enviado al Congreso, “reprimir con mayor energía el delito y disminuir esa sensación de temor”. En ese sentido se trató con especial énfasis los criterios para conceder la prisión preventiva del imputado. El contenido de la norma sin embargo apenas fue alterado, los cambios sustantivos consistieron en que se incluyó el criterio del peligro de fuga, que en la práctica ya se venía aplicando, se especificó que las condenas anteriores podían o no haber sido cumplidas, lo que solucionó un problema interpretativo, y se especificó que para calificar el posible peligro para la sociedad se debía tomar en cuenta los delitos que tengan asignada pena de crimen, elemento que ya estaba contemplado al momento de considerar la gravedad de la

pena. Tanto las condenas anteriores como el hecho de que el delito tenga asignada una pena de crimen son consideraciones que el juez debe tener en consideración pero que no lo vinculan obligatoriamente.

Adicionalmente, sin embargo, se introdujo un cambio en la redacción de la norma que apunta, bajo la interpretación más lógica, a considerar que se pasó a contemplar un número de presunciones de derecho que indican cuándo hay peligro para la sociedad. Aquello presenta problemas serios de constitucionalidad, que fueron percatados por los legisladores, pero que aún así no se modificó el proyecto. Teniendo el delito asignada una pena de crimen, entonces existiría peligro para la sociedad. Aquella problemática interpretación ha debido ser rechazada por nuestra jurisprudencia.

La Corte Suprema mediante sentencia que se pronunció sobre un recurso de amparo, del 13 de enero de 2009, debió zanjar con determinación la posibilidad de esta interpretación¹⁵⁶. El amparó, como lo señala el considerando primero de la

¹⁵⁶ Corte Suprema, 13-1-2009. Rol: 1185-2008. Número identificador Legal Publishing: 41490. A continuación se transcriben los párrafos más destacados: “PRIMERO: Que del mérito de los antecedentes de autos, particularmente lo informado a la Corte de Apelaciones de San Miguel por el Juez de Garantía de San Bernardo a fs. 11, se desprende inequívocamente que el argumento determinante para sustentar la decisión de mantener la prisión preventiva de los imputados recurrentes, basada en la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, es la gravedad de la pena asignada al delito investigado y por el cual se encuentran formalizados Egon Hoffmann Soto y Ezzio Olivieri Díaz.

SEGUNDO: Que, al efecto, cabe considerar que si bien el artículo 140 letra c) del Código Procesal Penal dispone que para “ordenar la prisión preventiva” del imputado será requisito, entre otros, el que su libertad resulte “peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, ...”, señalándose en su inciso cuarto que para así estimarlo se entenderá especialmente, entre otras circunstancias, el que “cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra”, ello constituye sólo un criterio orientador para el juez, que no inhibe de modo alguno a los tribunales, incluida esta Corte Suprema, para ponderar, a la luz de los principios fundamentales inspiradores del Código, y de la realidad de los antecedentes, la existencia o inexistencia de motivos graves que justifiquen mantener con carácter eventualmente indefinido y durante todo el proceso, la privación de libertad de un imputado por delito castigado con la sanción indicada.

CUARTO: Que un principio capital de la reforma procesal penal es el carácter de medida de último recurso que posee la prisión preventiva, la que procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. El Mensaje con que el Ejecutivo remitió a la H. Cámara de Diputados el proyecto de Código Procesal Penal resulta especialmente clarificador de la filosofía inspiradora del cuerpo legal en materia de medidas cautelares personales.

Efectivamente, se afirma que como consecuencia directa del principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no se haya dictado sentencia condenatoria, surge la necesidad de rediseñar el régimen de medidas cautelares aplicables a quienes se encuentran en calidad de imputados, a partir del reconocimiento de su excepcionalidad y de su completa subordinación a los fines del procedimiento. Como consecuencia de esta característica, “el proyecto propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia, afirmando que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena.”

Asimismo, se contempla la necesidad de establecer un conjunto de controles específicos respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, “buscando racionalizar y limitar al máximo su utilización “. En concordancia con esta idea rectora, “se establece un conjunto de medidas cautelares personales menos intensas que la prisión preventiva y que el juez debe utilizar con preferencia a éstas cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento.”

QUINTO: Que sin desconocer las atribuciones de los jueces para aquilatar las condiciones y circunstancias que les permitan decretar, rechazar o sustituir la prisión preventiva de un imputado, tales facultades han de ejercitarse en el contexto de los postulados antes recordados y manteniendo la concordancia con la Constitución Política de la República, que en su artículo 19, N° 7, letra c), consagra la libertad del imputado como regla general, a menos que su detención o prisión preventiva sea considerada como necesaria para los precisos objetivos allí señalados, debiendo entenderse que el establecimiento por la ley de los requisitos y modalidades para obtenerla no puede tornarla en inalcanzable en un juicio, antes que se pronuncie sentencia condenatoria, que es el estadio procesal en que se manifiesta la convicción de haberse cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

SEXTO: Que, por otra parte, no puede ignorarse que los tratados internacionales sobre derechos esenciales de la persona humana, integrados a nuestro ordenamiento

sentencia, fue interpuesto en contra de una sentencia que basó la aplicación de la

jurídico, excluyen la prisión preventiva como regla general respecto de quienes están sometidos a juzgamiento, señalando, no obstante, que la libertad puede estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (PIDCP, artículo 9).

SÉPTIMO: Que ya Beccaría sostenía en su magna obra que “siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga.” (De los delitos y las penas “, t. XIX, pp. 60 - 61, citado por Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p.

OCTAVO: Que “suficiente“ significa “bastante para lo que se necesita”; en la especie, atendido el tiempo que los imputados han cumplido privados de libertad, sus antecedentes personales exentos de reproche penal anterior y la ausencia de indicios vehementes que permitan prever su fuga y consecuente obstaculización del procedimiento criminal, resultan suficientes para los objetivos enunciados en el inciso 2º del artículo 139 del Código Procesal Penal, las medidas cautelares de privación total de libertad de ellos en su casa y el arraigo nacional, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 155 del mismo cuerpo legal.

NOVENO: Que, por último, y en relación al carácter de mera referencia y criterio orientador que para los jueces representa la disposición del inciso cuarto del artículo 140 del Código Procesal Penal, en materia de prisión preventiva, citado en el motivo segundo de este fallo, resulta útil traer a colación un párrafo contenido en el libro “Agenda Corta Antidelincuencia” del Profesor don Guillermo Piedrabuena Richards (Legis, 2008, pp 182 y 183), en un capítulo o apartado que tituló como de “Algunos comentarios finales a las nuevas normas sobre prisión preventiva” y en referencia a la circunstancia de que se haya cambiado en el texto de la ley el concepto de “la gravedad de la pena asignada al delito” por la de que “los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra, textualmente dice: ““En todo caso y tal como opinaremos a continuación, los criterios o parámetros que fija el legislador para determinar el peligro de la seguridad de la sociedad, si bien son vehementes, no pueden estimarse absolutamente obligatorios para los jueces, por lo que la posible inconstitucionalidad hay que salvarla entendiendo que estos parámetros del legislador, tanto los antiguos como los que se introducen en la nueva ley, son meras recomendaciones y no mandatos imperativos.” A continuación, agrega: “el texto constitucional no permite que una ley obligatoriamente señale a un juez que deberá aplicar automáticamente las normas restrictivas de la libertad en razón de un peligro para la seguridad de la sociedad. Así lo dieron a entender claramente varios Senadores tanto en la Comisión como en la sala, entre ellos, el Senador Gómez, dejándose constancia de su opinión”.

prisión preventiva única y exclusivamente en la gravedad del delito. Aquello, como reafirma la Corte, no puede ser suficiente para justificar la medida cautelar personal más invasiva a los derechos que contempla nuestro sistema. En definitiva, evaluando todas las consideraciones, estima que no existe necesidad de mantener la prisión preventiva.

La sentencia coloca la reforma al artículo 140 del CPP en su adecuada dimensión. Los criterios contenidos tanto en el inciso tercero como en el cuarto son directrices que deben ser evaluadas por el juez y por lo tanto deben ser ponderados con todo un conjunto de otros criterios que permitirán evaluar la necesidad de cautela en ese caso preciso.

La reforma analizada puede ser criticada desde los fundamentos del derecho procesal penal simbólico en la medida en que dicha ley es dictada con el fin de tranquilizar a la población y aquietar la sensación colectiva de inseguridad, y en específico, en relación al artículo 140 del CPP, para disminuir los casos en que mantiene la libertad provisional. Esto, sin embargo, simplemente no es posible señalando taxativamente los casos en los que los jueces deben imponer la prisión preventiva, o estableciendo presunciones legales o de derecho, porque por normas supralegales vigentes, aquellas sólo podrán ser recomendaciones que no hacen variar el hecho de que la decisión final está a cargo del Juez. El propósito latente sin embargo es más fuerte y se crea una redacción legal muy cercana a la presunción de derecho, la cual, independiente de cuan vehemente sea, no puede producir ningún efecto más que ser una mera recomendación¹⁵⁷.

¹⁵⁷ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley 20.253: Agenda corta ante delincuencia. Op. cit p. 185

7. CONCLUSIONES FINALES

El presente trabajo de investigación no ha pretendido acotar el tema de estudio. Es claro que una investigación acabada sobre el problema que se ha abordado requeriría una labor mucho más extensa que la que nos hemos propuesto. Por el contrario, el objetivo que nos trazamos inicialmente es más bien modesto: vincular la discusión sobre la expansión o inflación de la intervención penal, que tradicionalmente se ha dado en la dogmática penal, con la doctrina procesal penal.

Entre ambas áreas del derecho existe una estrecha vinculación que hace que los cambios severos que se producen en una repercutan por distintas formas y vías en la otra. En atención a ello, y siendo que, según la discusión sobre la expansión, el derecho penal desde hace al menos veinte años ha tenido transformaciones sustantivas, entonces necesariamente el derecho procesal penal debe participar de dichos cambios. Nuestro objetivo en este trabajo ha sido corroborar aquella afirmación.

Resulta extraño que la vinculación entre la legislación penal y procesal penal, a pesar de ser palmaria en la realidad legislativa y judicial, no lo sea tanto en el ámbito de la discusión doctrinaria. Dicha falta de comunicación es menos comprensible cuando se habla en específico sobre el problema de la expansión del *ius piniendi*. Como vimos en extenso en el primer capítulo, las causas de la expansión se refieren a cambios de las sociedades modernas que repercuten en la utilización por parte del estado de la herramienta penal, esto es, el ejercicio de la actividad punitiva del estado en general, lo que no sólo incluye el derecho penal sustantivo sino que también, e incluso más relevantemente, al proceso penal.

En oposición a dicha tendencia Raúl Tavolari en su libro “Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos”¹⁵⁸, se refiere en su primer capítulo a la

¹⁵⁸ TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos. Editorial jurídica, 2007, Santiago. p. 13 y sig.

trascendencia de los cambios de la política criminal de los últimos veinte años en el desarrollo de las reformas procesales de América Latina y en especial la de Chile. El capítulo al que nos referimos se titula “la seguridad ciudadana y el proceso penal en la sociedad del riesgo”, y en él se realiza una clarificadora explicación sobre cómo el cambio de tendencia de las legislaciones, provocado por el desarrollo de la tecnología, el aumento del nivel de riesgos, el aumento de la criminalidad y también una más intensa percepción de la criminalidad por los medios de comunicación, ha ido generando un derecho penal (y procesal penal agrega el autor) de la seguridad ciudadana, caracterizado por una exigencia de anticipación y represión cada vez mayor, y donde son cada vez más familiares conceptos como “lucha”, “eliminación” o “represión”, en detrimento de otros como los de “elaboración” o “vivir con”.

Según el autor ese Derecho penal de la seguridad ciudadana no es necesariamente algo en contra de lo que haya que oponerse, de hecho la tranquilidad, la seguridad y el orden público, “han representado una característica largamente anhelada por los grupos humanos a lo largo de los tiempos”, más bien el desafío se encuentra en hacer compatible esos deseos de la población con el resguardo de las libertades personales y los derechos fundamentales.

Las reformas procesales que se han desarrollado en las últimas décadas en América Latina requieren enfrentar bien ese desafío, especialmente en el proceso de contrarreforma que sigue naturalmente a un cambio legislativo de esa magnitud. “El paso que viene, por el contrario, enfrenta enormes dificultades y obstáculos: de lo que se trata es de acostumbrarnos a convivir con un sistema procesal penal – integrante, sin dudas, del sistema penal general del Estado, aunque no le compete la represión del delito-, que elevando el respecto a la dignidad de las personas, no sólo cumple con la promesa constitucional sobre el punto, sino que ajusta a las obligaciones internacionales contraídas por el país y asegura, de mejor modo, la relación entre el Estado, la víctima y el imputado.”

Citamos al autor en este último capítulo de nuestro trabajo por que a través de él hemos llegado a conclusiones similares. Los cambios en la tendencia político criminal

moderna no deben ser rechazados de plano sino que deben ser analizados con detención, muchos de ellos son frutos de del proceso de evolución natural de la sociedad y por lo tanto son incontenibles, otros sin embargo constituyen amenazas serias al desarrollo del derecho procesal contemporáneo, y deben ser identificadas para resistirlas. El realizar dicha labor puede permitir mantener el ideal de una reforma al proceso penal moderna, eficiente, y respetuosa de los derechos fundamentales. El trabajo que nos hemos propuesto en esta tesis ha sido justamente realizar ese análisis, es decir, evaluar en qué medida el derecho procesal penal puede verse afectado por los cambios político criminales y en qué medida esos cambios pueden ser una amenaza al proceso de reforma.

Revisando lo que los autores han escrito sobre el punto hemos podido identificar al menos tres ámbitos especiales de afectación del derecho procesal penal que estimamos requieren ser vistos con detención. El primer ámbito de afectación que analizamos esta dado por la existencia de una mayor demanda de la actividad penal. Esto se refiere tanto a la creación de nuevos tipos penales como a la aplicación más intensa de tipos penales pre-existentes. En nuestra investigación este cambio lo identificamos como la expansión cuantitativa.

La mayor demanda por derecho penal implica que el proceso penal puede cubrir un numero mayor da investigaciones y juicios. Una posibilidad para poder cumplir con ello es el aumento de recursos desde la autoridad central. Esta, sin embargo, en la realidad no ha sido la fórmula más utilizada. En vez de ello las legislaciones procesales han tendido a buscar mecanismos de aceleramiento de los procesos afectando con ello su eficiencia y su carácter garantista. Hemos citado como uno de los ejemplos de esta tendencia los acuerdos entre el Ministerio Público y el imputado. Ellos, que son una práctica que viene utilizándose hace más de un siglo en los países de tradición anglosajona, son una relativa novedad en los países de tradición continental incluido Chile. Su inclusión, sin embargo, viene de la mano de todas las vicisitudes que han sido denunciadas en dichos países.

En segundo lugar existe un cambio mas profundo relativo a la manera en que el derecho procesal penal trata a sus destinatarios. Las nuevas normas penales y los nuevos mecanismos procesales que se han incorporado en las últimas décadas parecen mostrar que el ejercicio de la actividad punitiva en la actualidad enfrenta algunos fenómenos delictivos bajo la política de la guerra. La intensidad y la merma en las garantías penales y procesales penales en algunos ámbitos de la legislación hacen más débiles los fundamentos de legitimación del *ius puniendi*, y hacen aparecer a un derecho penal distinto, ya no sólo por ser más amplio, sino por tener fundamentos de legitimación distintos.

Hemos expuesto este problema al hablar del denominado derecho penal y procesal penal del enemigo. Esta teoría de Günter JAKOBS justamente pretende explicar cual es la diferencia de fundamentación que existe entre las normas penales y procesales penales más tradicionales y las normas de “lucha” que han caracterizado las legislaciones modernas, especialmente contra delitos como el narcotráfico, el terrorismo, y en general los delitos de organización. En el plano del derecho nacional hemos querido retratar este nuevo derecho procesal con la ley 20.000, que estableció para el caso del narcotráfico varias normas de excepción, que convierten a la legislación antidrogas en un estatuto especial.

En tercer y último lugar, hemos destacado el efecto que genera en la legislación procesal la manipulación mediática de la norma penal. Es una característica muy propia de las últimas décadas la utilización por parte de las autoridades de la amenaza penal con un propósito únicamente comunicacional, sin pretensiones reales de que las reformas generen un cambio efectivo en la práctica. Esta tendencia denominada “derecho simbólico”, también tiene efectos dentro del derecho procesal penal. Este último ámbito de afectación lo hemos graficado en las reformas a la prisión preventiva de la ley 20.253, denominada de “agenda corta antidelincuencia. Varias de dicha modificaciones pueden entenderse mucho mejor si se observan los fines no explícitos ni directos de la norma, es decir, sus fines simbólicos.

En definitiva nos referimos a tres ámbitos de afectación de la legislación procesal donde se han ido presentando reformas complejas y muy dudosas desde el punto de su legitimidad o al menos conveniencia. Estimamos que estos ámbitos deben ser evaluados con especial detenimiento al momento de revisar críticamente las normas procesales vigentes, y especialmente al momento de evaluar las llamadas reformas a la reforma como lo fue la ley 20.253.

El haber arribado a estos resultados nos permite comprobar nuestra hipótesis inicial que decía relación con la dependencia que existe entre el derecho penal y el derecho procesal penal y como ella implicaba que la expansión del derecho penal debía a su vez tener consecuencias en el proceso.

Nuestra conclusión, en definitiva, es que las causas que los autores penalistas han destacado en extenso como provocadoras de una expansión o inflación del derecho penal, son también las causantes de cambios muy severos en el ámbito del derecho procesal penal. Esas consecuencias son sumamente relevantes, y se traducen en un conjunto de normas legales novedosas sumamente conflictivas desde el punto de vista de su legitimación. Esos cambios se producen a causa de al menos tres fenómenos más globales que han sido los que hemos resumido más arriba. Consideramos que esos ámbitos especiales de afectación son por lo tanto los que deben ser analizados con especial cuidado, no sólo al evaluar las normas que ya se encuentran en vigencia, sino que también al evaluar la implementación de nuevas normas procesales que tiendan a complementar las actualmente vigentes.

Más aún, estimamos que los cambios legislativos tienen consecuencias secundarias que son igualmente delicadas. Así por ejemplo nos hemos referido a como las nuevas condiciones del ejercicio de la actividad penal repercute en las decisiones que adoptan los jueces.

La expansión del derecho penal implica una mayor presión social y mediática por la represión del delito, lo que muchas veces se transforma en una campaña persistente y

difícil de contener que puede afectar la imparcialidad de los jueces. En un mundo ideal la decisión de un juez debiera ser un acto soberano, no sometido a influencias o intereses, sino dirigido sólo a la correcta aplicación del derecho, ello, sin embargo, sólo es imaginable en un modelo ideal de justicia que no existe en la práctica. En la realidad los jueces pueden estar sujetos a que la presión social, de los medios e incluso la de los propios legisladores, la que puede redundar tarde o temprano en la afectación de sus decisiones.

Así por ejemplo, algunos años después de la puesta en marcha de la reforma procesal penal comenzó a instalarse en los medios la idea de que los jueces estaban utilizando un criterio demasiado garantista o blando al momento de resolver sobre la prisión preventiva de un individuo. Lo que se criticaba, por lo tanto, era la decisión de cada juez de garantía y de apelaciones al momento de decidir sobre los criterios de procedencia de la prisión preventiva, ya fuera la existencia de peligrosidad para la sociedad, peligro para la investigación o para el imputado. Los legisladores hicieron muy pronto eco a estas críticas e incluso se propusieron medidas disciplinarias para los jueces que se sindicaba como autores de este tipo de “faltas”. Es posible imaginar que una campaña de este tipo haya influenciado un cambio de jurisprudencia, restringiendo la procedencia de la libertad provisional.

El problema al que nos referimos no sólo se puede dar respecto a la libertad provisional sino también en las demás decisiones que deben adoptar los jueces, así, por ejemplo, al momento de definir los estándares de prueba que dan por acreditado un hecho. El estándar que exige una prueba “más allá de toda duda razonable” puede verse afectado por la tendencia a exigir más dureza por parte de los jueces al momento de fallar. Naturalmente que un cambio de este tipo constituye una afectación delicada, en un plano que es menos abiertamente perceptible, pero no por ello menos relevante.

Puede constituir una contribución al análisis del desarrollo de nuestra dogmática penal si frente a esos cambios se utiliza la perspectiva de la discusión sobre la expansión del derecho penal como lo hemos intentado en este trabajo. A través de ella,

estimamos, se puede dimensionar de mejor manera el sentido de esos cambios y resistir, como lo propone el profesor TABOLARI aquella parte de ellos que constituyen un retroceso en el proceso de reforma.

8. BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT, Meter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed), La insostenible situación del derecho penal. Granada, Comares, 2000.
- ALSCHULER, Albert W. Plea Bargainig and its History. [En línea] Jstor. <<http://www.jstor.org/pss/3053250>> [consulta: 3 julio 2008].
- AMBOS, Kai. Derecho penal del enemigo. En CANCIO MELIÁ (coord.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, editoriales BdeF (Buenos Aires-Montevideo) y Edisofer (Madrid), dos vols.
- BALBONTIN MENESES, Carlos Alberto. El agente encubierto de la ley 20.000. Tesis, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. U. Chile, Facultad de Derecho. 2008. p. 164.
- BARATTA, Alessando. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director). Pena y Estado. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario. En: AAVV, La insostenible situación del Derecho Penal, Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, ed. Española), Ed. Comares, Granada 2000.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Barcelona, Paidós, 1998.

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Política Criminal de la Exclusión. Comares, Granada, 2007.

- BUTRON BALIÑA, Pedro M. La Conformidad del Acusado en el Proceso Penal. Madrid, McGraw-Hill, 1998.

- CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. El Ministerio Público y la Justicia Negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Comares, España, 1996.

- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. Justicia Criminal Consensuada. Algunos Modelos del Derecho Comparado en Los EE.UU., Italia y Portugal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999

- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. La Conformidad del Acusado. España. Tirant lo Blanch, 1997

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del «Derecho Penal Liberal» al «Derecho Penal del Enemigo». En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). En Serta: In Memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca. 2004.

- DIEZ RIPOLLEZ, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En: CANCIO MELIÁ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, (Eds.). Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires, Edisofer, 2006.

- DRESSLER, Joshua. Understanding Criminal Procedure. USA, Lexis Nexis, 2002.

- DURAN MIGLIARDI, Mario. Introducción al análisis del moderno Derecho penal. Bases teóricas y principales aportes de la denominada escuela de Frankfurt. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Tomo II,

2004.

- FALCONE SALAS, Diego. La absolución en el procedimiento abreviado. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, 2005.

- GRACIA MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el derecho penal del enemigo. [En línea] Ciminet. < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [consulta: 1 abril de 2008]

- GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

- HASSEMER, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. En: BUSTOS RAMIREZ, Juan (director). Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.

- HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico penal? En: Hefendehl, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? España, Marcial Pons, 2007.

- HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999.

- HERZOG, Félix. Micelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. En: AAVV, La insostenible situación del Derecho Penal, Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, ed. Española), Ed. Comares, Granada 2000.

- HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. En: Modernas tendencias en la ciencia del derecho Penal y en la Criminología. Madrid, UNED, 2001.

- HIRSCH, Hans Joachim. Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de derecho. En: FIGUEIREDO, Jorge, SERRANO, Alfonso, POLITOFF, Sergio, ZAFFARONI, Eugenio (coords). El penalista liberal. Argentina, Hammurabi, 2004.

- HORVITZ LENNON, María Inés. LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno (Tomo I). Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2004.

- JAKOBS, Günter. CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid, Civitas, 2003.

- JAKOBS, Günter. La auto comprensión de la ciencia penal del Derecho penal ante los desafíos del presente. En: ESER, Albin, HASSEMER, Winfried, BURKHARDT, Björn. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, Tirant lo blanch, 2004.

- LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargainig. [En línea] Jstor. <<http://www.jstor.org/pss/3053252>> [consulta: 3 julio 2008]

- LANGUER, Máximo, La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En: Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del puerto, 2001.

- MAIER, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. pp. 529 y sig.

- MAIER, Julio. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? En: Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Córdoba, Argentina, Lerner, 2001.

- MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal de la sociedad del riesgo. Civitas, Madrid, 2001.

- MORENO, Juan Damian. ¿Un derecho procesal de enemigos? En: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMEZ JARA DÍEZ, (Coord.). Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión. España. Edisofer, 2006. p.469.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. En: Arrollo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adan. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

- NEUMANN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. En CANCIO MELIÁ (coord.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, editoriales BdeF (Buenos Aires-Montevideo) y Edisofer (Madrid), dos vols.

- PECHI, Carlos. 2005. El procedimiento abreviado. En: Revista de Derecho Procesal, N°20, 2005.

- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley 20.253: Agenda corta ante delincuencia. Santiago, Legis, 2008.

- RIQUELME, Eduardo. El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. Política criminal. N°2, A2, 2006 (En línea). http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_2_2.pdf. p. 9.

- RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. El Consenso en el Proceso Penal Español.

Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999.

- RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. La Justicia Penal Negociada. Experiencias de derecho Comparado. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

- ROXIN, Claus. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. En: MUÑOZ CONDE, Francisco. (coord.). La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia, Tirant-Lo Blanch, 2004.

- ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. En: Problemas actuales de dogmática penal. Lima, Ara, 2004.

- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

- ROXIN, Claus. Derecho penal parte general. Madrid, Civitas, 2001. p. 64.

- SHUNEMANN, Bernard. Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Madrid, Tecnos, 2002.

- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, Civitas, 2001.

- SILVA SÁNCHEZ, José-María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1992.

- SILVA SANCHEZ, Política Criminal en el cambio de siglo. México, ABZ editores, Morelia, 2002.

- STAECHELIN, Gregor. ¿Es compatible la “prohibición de infra protección” con

una concepción liberal del derecho penal? En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt.

- TABOLARI, Raúl. Instituciones del Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Jurídica, 2007.

- VARGAS OVALLE, María Alejandra. La globalización y el derecho penal. La respuesta punitiva en tiempos de incertidumbre. En: Balmaceda Hoyos, Gustavo (coord.). Problemas actuales de derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales. En: VELÁSQUEZ, Fernando, AMBOS, Kai (Coord.) Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez. España, Temis 2005.