

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

# “Violencia y Derecho Proceso Penal Chileno”.

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Autores:

**Rafael Collado González.**

**Pablo Ortiz Chamorro.**

Profesor Guía: Loreley Friedmann

**Santiago, Chile 2004**



I.- PROBLEMA. .	1
II.- HIPÓTESIS. .	3
III.- FUNDAMENTACIÓN DE LA HIPÓTESIS. .	5
IV.- DEFINICIONES OPERACIONALES: .	7
V. INDICADORES. . .	11
INTRODUCCIÓN GENERAL .	11
PRIMERA PARTE: INDICADORES INTERNOS .	12
A.-INDICADORES HISTÓRICOS: .	12
B. INDICADORES TEÓRICOS: .	35
C. <u>INDICADORES</u> LEGALES: .	54
SEGUNDA PARTE: INDICADORES EXTERNOS. .	81
PROCESO PENAL COMO PRODUCTO CULTURAL .	81
A. Historia. .	82
B. Política. .	83
C. Criminología. . .	84
A. Historia y represión en Chile. “El porque de un Estado violento” . .	85
B. Derrotero hacia una democracia real: . .	92
C. El Enemigo “externo”: el delincuente. .	110
VI.- CONCLUSIONES. . .	119
VII.- Bibliografía .	123



## I.- PROBLEMA.

A pesar de los avances de los derechos humanos en diversas áreas del derecho, resulta problemático comprender porque en el derecho procesal penal no ha sido de esta manera. El problema se presenta en Chile de una manera especial, que amerita su estudio, ya que estamos en pleno proceso de reforma del mismo.



## II.- HIPÓTESIS.

Comprobar que el nuevo proceso penal chileno es el producto del desarrollo de los derechos fundamentales dentro de la historia de la represión chilena.





## III.- FUNDAMENTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

El año 2005 comenzará a regir en Chile en plenitud el nuevo proceso penal. En términos simples el nuevo proceso es diametralmente opuesto al antiguo. De esta afirmación simple y de fácil comprobación, surgen las siguientes preguntas ¿Por qué ahora?, ¿Por que tan diferente? Estas preguntas deberán tener una respuesta al final de esta memoria.

La violencia como eje de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, ha sido una realidad que ha llevado a la doctrina constitucional y procesal penal a crear una institucionalidad que reprima la violencia intrínseca del poder. Así, con la finalidad de reducir la represión al límite necesario, han ideado una serie de garantías al interior del procedimiento penal, que en general han sido conocidas como “debido proceso”. Con este armado dogmático, han ido cercando al Estado de policía y modificando los principios que inspiran la persecución penal, prefiriendo las garantías de los intervinientes a la eficiencia del proceso de búsqueda de la verdad.

La evolución de los procesos antes descritos será mostrada en su real dimensión, como una dialéctica constante de avances, retrocesos y de grises más que de blancos y negros. Por todas estas razones es que la construcción de binomios en conflicto será necesaria. Por una parte encontramos el binomio Represión/Derecho y al interior del proceso penal, eficiencia garantía.

Demostraremos que estas instituciones teóricas tiene un desarrollo particular en Chile, ya que la represión tiene una historia propia en nuestro país, la criminalidad tiene

una versión particular y sobre todo la evolución política chilena, genera particulares formas de relaciones entre los binomios, tal como intentaremos mostrarlo.

## IV.- DEFINICIONES OPERACIONALES:

**1.- Violencia:** Se entenderá por violencia la represión que el Estado ha realizado durante toda su historia, más allá de la represión necesaria para mantener la cohesión social. Los medios por los que esta represión se lleve a cabo serán irrelevantes para efectos de nuestro trabajo, ya que nos centraremos en la represión que se lleva a cabo por el Estado a nivel legal, como violación de derechos fundamentales de las personas a favor de fines colectivos que cumple el procedimiento, siempre, mas allá de lo que la doctrina considera proporcionado.

**2.- Estado:** Institución histórica que a través de las distintas épocas de su existencia ha hecho uso monopólico del derecho de castigar, y que se ha visto afectado por la continua labor de la teoría del derecho proceso penal, que le ha ido imponiendo con el tiempo mas requisitos para ejercer este derecho. Distinguimos entre Estado de policía y Estado de derecho, mostrando estos conceptos como puntos extremos de predominio de la violencia o del derecho.

**3.- Proceso Penal:** Siguiendo a Alberto Binder <sup>1</sup> entenderemos por proceso penal a la síntesis culturalmente condicionada que se produce en el marco de un ordenamiento jurídico ya constituido entre dos fuerzas o tendencias que se encuentran en la base de formación del proceso penal. Estas tendencias son la eficiencia y la garantía, la primera se encarga de conseguir una efectiva aplicación de la coerción penal; la segunda se ocupa de establecer un sistema de resguardos que protege al individuo frente al uso del

---

<sup>1</sup> Binder Alberto, "Política Criminal: de la formulación a la praxis", Editorial Ad-Hoc, 1ª ed., 1997, Buenos Aires.

poder estatal. Como vemos, por los distintos objetos que persigue cada una de estas tendencias es que se nos presentan como antagónicas. El resultado de esta pugna al interior de una determinada cultura es lo que denominamos proceso penal.

**4.- Derecho Procesal Penal:** es “la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él”<sup>2</sup>. Así se entenderá por derecho procesal penal al conjunto de normas jurídicas que expresan un determinado punto de equilibrio en la pugna eficiencia/garantía.

**5.- Derechos Fundamentales:** concepto ambiguo referido a aquel núcleo de derechos auto-exigibles que posee el hombre en cuanto genero, superiores a cualquier poder comunitario. Los entendemos como concreción histórica de la dogmática del derecho sobre la violencia, en sentido amplio, y la represión, como la definimos arriba.

**6.- Ius Puniendi Estatal:** represión estatal considerada legítima por su función de mantenimiento de la sociedad. Es esta la violencia en cuestionamiento por nuestra hipótesis, solo respecto de aquellos márgenes de violencia que sobrepasan un umbral de afectación de los derechos fundamentales no permitido por principios de racionalidad y proporcionalidad.

**7.- Principio de Proporcionalidad:** restricción doctrinaria a la intervención estatal sobre las personas. Impone la obligación de actuación razonable de las agencias estatales (verbi gracia: juez, policía, fiscal), por sobre del mínimo expresado en la Constitución. Se distinguen tres tipos de exigencias: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Las dos primeras son mandatos de optimización de los medios a ocupar respecto de las posibilidades fácticas que se poseen en un momento determinado a fin de lograr un fin querido. El principio de proporcionalidad en sentido estricto es un mandato de optimización respecto de las posibilidades jurídicas existentes de acuerdo con la Constitución, es decir, de ponderación al momento de elegir los fines constitucionalmente posibles. Con este mecanismo es perfectamente posible analizar la progresividad de distintos procesos penales respecto sus niveles de cumplimiento del fin de reducción de los márgenes de represión excedente.

**8.- Democracia Real:** modo de ejercicio de la autonomía política que viene asegurado sólo por la participación plena de los integrantes de la comunidad política en procesos de formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes.

**9.- Criminalidad:** bien negativo que se distribuye desigualmente según la jerarquía de intereses fijada por el sistema socioeconómico y según la desigualdad social de los individuos.

**10.- Medios de Comunicación:** instituciones productoras y reproductoras de información y opiniones.

**11.- Clase Social:** grupo intermedio entre el individuo y la unidad homogenizadora. Actores sociales que dan forma a los procesos históricos. En cuanto poseen intereses y

---

<sup>2</sup> Maier Julio, “Derecho Procesal Penal Argentino”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

---

costumbres similares, generan identidades colectivas. En Chile han existido la clase alta, conocida como oligarquía, aristocracia, burguesía, la clase media a partir del siglo XX y la clase popular. Solo podemos hablar de clases sociales a partir del término de los estamentos, lo que en América es discutido, por lo que trataremos desde un comienzo a la clase dirigente como la clase alta, la clase sometida a este régimen implantado como la clase popular y al grupo intermedio entre ellas, nacido producto de las progresivas modernizaciones , clase media, de entre la que encontramos la sub-clase de los profesionales, importantes para nuestro análisis, por su formación mesocrática y basada en el aprendizaje de técnicas.



## V. INDICADORES.

**Con el fin de demostrar nuestra hipótesis veremos los siguientes indicadores:**

Primera parte: Indicadores internos:

Indicadores Históricos.

Indicadores Teóricos.

Indicadores Legales.

Segunda parte: Indicadores externos:

Historia y Represión en Chile.

Derrotero hacia una democracia real.

El enemigo externo.

## INTRODUCCIÓN GENERAL

La hipótesis planteada propone un estudio acabado de la historia de la violencia (represión como se expresó en las definiciones) al interior del Estado, y en particular la represión del derecho procesal penal, como la regulación del *ius Puniendi* estatal. Por este motivo dentro de la primera parte de esta memoria mostraremos la relación dialéctica, que tanto en el ámbito histórico, teórico como en el legislativo, se ha dado en el

binomio Estado de policía/Estado de Derecho, a nivel estatal, y entre eficiencia/garantía a nivel procesal penal.

Una vez hecho este análisis general y teórico, y adelantando que la conclusión estará orientada hacia un proceso penal enmarcado en un estado de Derecho moderno, constitucional y racional en sus decisiones legislativas y judiciales, como prohibición de regreso, en el cual el factor garantista sea de un peso específico mayor en la balanza del binomio que comparte con la eficiencia, analizaremos en particular la evolución de ambos binomios (Represión/Derecho, Eficiencia/Garantía) en Chile.

## PRIMERA PARTE: INDICADORES INTERNOS

### A.-INDICADORES HISTÓRICOS:

---

#### A.1. Historia del Estado Moderno.

La concepción histórica que se asumió arriba implica referirse a las instituciones que históricamente han ejercido la represión, por ahora en cualquiera de sus formas. De entre ellas la que resalta con mayor fuerza, como arriba ya dijimos, es la figura del Estado, como ente que a partir del siglo XVIII monopoliza la facultad de ejercer la violencia legítima. Sin embargo para llegar al Estado como forma de poder, debe hacerse mención al Rey, como su predecesor y causa de aparición. Esta es la época del “Ancient Regim”, anterior a la denominada, Era moderna. En ella es la figura del rey<sup>3</sup> aquella que, desde la alta edad media, se atribuye para sí la facultad de ejercer la represión, asumiéndose como la fuente de toda justicia. En este sentido es el rey sabio para conocer cuando reprimir y cuando no. Frente a esta situación la doctrina del derecho<sup>4</sup> ha dicho de esta etapa que no habría todavía un derecho estatal pleno, puesto que se equipara al derecho con la voluntad real. Desde este punto de vista, en esta etapa todavía no existe una justificación para reprimir, el rey lo hace solo porque es el más fuerte, o mejor dicho, porque se encuentra dentro del binomio Poder-sometimiento, en una posición ventajosa.

La disolución de esta relación fue la premisa de todos los movimientos iluministas en el siglo XVIII y comunistas del siglo XIX y XX a nivel político. Por su parte, la morigeración

<sup>3</sup> Ejemplo paradigmático, “Ricardo III” de William Shakespeare, obra ambientada en esta época. Muestra con extraordinaria lucidez la concepción que se tenía del poder en esa época. Principalmente se remarca la irresponsabilidad absoluta del rey en sus decisiones.

<sup>4</sup> Sobre todo la doctrina del derecho administrativo que menciona a esta etapa como del Estado de policía. Lo mismo en Zaffaroni, Derecho Penal, Parte General, Ed. Soc. Ano. Editorial, comercial, Industrial y financiera, EDIAR, Bs As, 2002. Más este autor asume que el derecho penal ha recubierto este derecho de policía que aun se mantiene latente en los estados constitucionales modernos, de racionalidad, siendo misión de los juristas mantener este estado y procurar que el derecho penal histórico (el de todos los días) no retroceda a estados ya superados y vuelva a ese estado primigenio del estado de policía.



de esta relación es la lucha de toda la doctrina del derecho constitucional y administrativo. Por ello es tan importante encontrar un sentido histórico al Estado, al derecho en general y al derecho procesal penal en particular, porque es desde ahí que se puede alegar a favor de un derecho procesal penal más racional y proteccionista de los derechos fundamentales, tratando de argumentar a favor de un progreso hacia el término o la morigeración, de la represión estatal excesiva.

Volviendo a la historia de la institución “Estado”, el avance desde los reyes represores hasta el estado constitucional de derecho ha sido, a nuestro modo de ver, el siguiente:

### **A.1.1 Despotismo ilustrado.**

Es el periodo de instauración de las monarquías constitucionales (despotismo ilustrado), las cuales someten la actuación del gobernante a criterios legales mínimos tanto en faz privada (nace la teoría del fisco) como en su faz poder público, lugar que nos interesa a nosotros. Este periodo de la historia comenzó a ser criticada por los “reformistas” del derecho penal. Cesare Beccaria, en el comienzo de su clásico libro “De los delitos y las penas”<sup>5</sup>, refiriéndose a esta etapa dice:

***“Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador hechos compilar por un príncipe que reinaba en Constantinopla hace doce siglos, mezclados después con ritos lombardos y contenidos en farragosos volúmenes de interpretes privados y oscuros, forman la tradición de opiniones que en una gran parte de Europa recibe todavía el nombre de leyes...”***

La crítica se funda principalmente en la falta de certeza de las normas, y de legitimidad de su creación. Beccaria, de estas críticas, funda los principios del derecho penal de la nueva etapa en el Estado. No son parte de este trabajo, por lo menos en este momento, la enumeración de los principios de esta nueva etapa, pero a modo de ejemplo se pueden mencionar la creación del principio de legalidad penal, basándose en la teoría del contrato social, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de las penas. Son de especial importancia, por que muestran el cambio de eje, la prohibición de la tortura (*Medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles*<sup>6</sup>) como el primer freno al *ius Puniendi* real. Acompaña a esta prohibición la conclusión del libro que asume la violencia del derecho como legal<sup>7</sup>, en comparación de *una violencia de uno o muchos contra un ciudadano*.

### **A.1.2 Estado de paz y justicia.**

Con esta crítica, que acompaña a la revolución<sup>8</sup> Francesa surge el Estado moderno. Se entiende que este tipo de Estado el primero que se somete a derecho. Es en esta época

<sup>5</sup> Beccaria Cesare, “De los delitos y las penas”, Editorial folio, Barcelona, 2000, Pág 39.

<sup>6</sup> Foucault Michel, “Vigilar y Castigar”, Nacimiento de la prisión, 31ª edición, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.

<sup>7</sup> El debate moderno sobre la violencia legítima difiere de esta postura, mirando más la protección de derechos fundamentales que la simple legalidad de la medida o a ley. Este es el sistema de análisis que más nos acomoda.

que surge la idea de constitución, la idea de Poder limitable. Surge el derecho estatal propiamente tal, es decir la administración controla ahora mas formalmente, mas universalmente y sobre todo mas legítimamente.

La idea de toda la revolución fue legitimar el poder del Estado, que hasta ahora era solamente fáctico. Locke, Rousseau, Hobbes, son los grandes arquitectos de una forma de entender el poder de castigar que sobrevive hasta hoy. La teoría se funda en los derechos naturales de las personas y como ellas contratan con el resto de a sociedad la limitación de estos derechos para lograr realizar valores superiores de la sociedad: La seguridad, la paz, la felicidad. Solo la ley puede limitar los derechos naturales, solo así se cumple el principio de igualdad de trato de los semejantes (ciudadanos). Esta es la explicación a nivel político, pero a nivel procesal penal, esta nueva forma de estructurar la represión de las instituciones, exige matizaciones que deben ser analizadas.

Principalmente el paso de una etapa a otra implica el cambio en la forma de entender la represión desde un hecho, que se aceptaba por los sometidos a él, a ser un derecho del nuevo ente creado: el Estado. La justificación que se da ahora al derecho de castigar la explica magistralmente Michael Foucault <sup>9</sup>, en su libro “Vigilar y castigar”, quien sin dejar de ser un poco escéptico acerca de la verdad de la justificación y sobre todo de lo que hablaba ya Marcuse, considera que esta nueva forma de castigar no logra extirpar la represión excedente, sobre todo por que este nuevo derecho penal y este nuevo proceso penal, si bien incluyen en una nueva forma de estructura social, mantienen la misma perspectiva sobre la represión excedente y su función, el control de la sociedad por aquellos que tienen, ahora, el poder de la regulación.

En palabras de Michael Foucault:

***“Al nivel de principios, esta nueva estrategia se formula fácilmente en la teoría general del contrato. Se supone que el ciudadano ha aceptado de una vez y para siempre, junto con las leyes de la sociedad, aquella misma que puede castigarlo....el infractor se convierte en un enemigo común.....el derecho de castigar se ha trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad”***

La nueva forma que adopta la legislación penal en esta época se basa en la benignidad de las penas (se terminan las penas de suplicios, se reputa ilegítima la pena de muerte al menos para un serie de delitos) a cambio de una mayor represión en los derechos de los sometidos al proceso penal. En esta época se crea la prisión, como concepto criminológico. Se entiende que ella es el método más efectivo de asegurar el contrato social, aislando al “transgresor”, y a su vez, de dar legitimidad al derecho monopólico de castigar del Estado. Tiende a borrar lo exorbitante del castigo. Reemplaza los suplicios físicos por técnicas de disciplinamiento <sup>10</sup>. En conclusión la represión ha cambiado, la

<sup>8</sup> La novela “Los miserables”, de Víctor Hugo muestra, entre otras cosas, una crítica al sistema penitenciario del antiguo régimen y la forma de reacción del sistema criminal de esa época.

<sup>9</sup> Foucault Michel, Op. Cit. Pag. 14.

<sup>10</sup> Foucault Michel, idem.

sociedad ha cambiado, el poder ha cambiado, pero ninguno de estos fenómenos ha dejado de existir o se ha modificado. Como dijimos arriba, hay un cambio en la forma de ejercer el ahora, derecho de castigar. Y este cambio es necesario porque desde esta época en adelante se le exigirá al Estado explicar porque es él el único con este derecho. A esta necesidad de justificación del *Ius Puniendi* se le une el nacimiento de la prisión, y los primeros límites a poder-derecho de castigar del Estado.

Importa de este periodo, para las intenciones de entender nuestra hipótesis, el avance de la ciencia del derecho en pos de reducir el margen de irracionalidad del Estado al castigar a sus ciudadanos.

### **A.1.3 Estado social de derecho.**

La historia del Estado ha avanzado desde este punto en adelante desde la total irresponsabilidad por sus actos, hacia una responsabilidad hasta por las leyes que causen daño a las personas. Junto con esto el discurso legitimador de *Ius Puniendi* ha tenido que refinarse más y más. Esto porque el arribo del Estado social de derecho implica una mayor interacción Estado-ciudadano. Por ello estas nuevas relaciones necesitan justificarse también. De la economía familiar, se pasa a una economía social, en la cual se necesita del otro para subsistir. El entramado social crece de una manera radical, principalmente por el arribo de la revolución industrial. Todos necesitan de todos y eso se refleja en la composición del Estado.

Nace la gran ciudad con todas sus consecuencias, se intensifica la diferenciación social por el aumento de los capitalistas, nacen nuevos conflictos entre las clases sociales debido a los cambios más generales que afectan a la humanidad.

Es la guerra la que trunca el avance de este nuevo tipo de Estado. Las dos guerras mundiales provocaron el cese de la discusión en torno al poder de represión del Estado, en gran parte porque la discusión se hizo evidente. La represión de este tipo de organización, sin un control (como puede ser el derecho), puede matar a 5 millones de personas en 5 años. Sobre el deplorable espectáculo que nuestra época dio a la historia de la humanidad, del hombre, de los derechos de las personas, creemos, las palabras sobran.

Pero pasado el invierno, llegó la primavera del entendimiento y con ella el florecimiento de un sin número de doctrinas en contra del poder ilimitado del Estado, de la forma de organizar este poder, de la legitimidad de este poder y sobre todo una crítica general de la civilización que lo sustenta.

Esta crítica al poder tiene, sobre todo, una raigambre política. Se le critica como arma de conformación social, como dirigismo desde arriba. Se critica a las cúpulas de poder de toda índole. Nacen en este sentido movimientos políticos anarquistas que asumen una posición abolicionista. La ausencia de Estado implica la ausencia lógica de poder desde arriba. Otros plantearon un cambio de eje en la forma del Estado. Tendencias comunistas coagulan en los socialismos reales, nuevas formas de administrar a una población, en principio en ausencia de violencia estatal, pero en la práctica, violentos.

Entre otras tendencias, el arte pasa a ser importante como manifestación de un

existencialismo profundo. La pérdida de confianza en la razón moderna, implicó una pérdida de rumbo. El refugio en uno mismo fue el efecto de esta causa. Nace el existencialismo a nivel filosófico, como la filosofía de la crisis <sup>11</sup> frente a la autoridad. Se critica el poder en su modo más abstracto. No olvidemos que el poder implica siempre un tipo de represión que puede ser ilegítima. El nivel de abstracción de la crítica al sin sentido de esta ilegitimidad llega a un campo tan etéreo como el epistemológico. Se critica a la razón, a secas, como una imposición sin suficiente justificación lógica <sup>12</sup> asumiendo la historia humana, las teorías más radicales, como la única fuente de conocimiento cierto.

#### **A.1.4 Estado existencialista de derecho.**

De las ideas antes mencionadas surge el último periodo analítico. En este periodo el Estado es un conformador social, es decir planea la forma de la realidad. Esta forma de ejercer el poder es consecuencia del escepticismo existencial de la época. Es desde este periodo que nos proponemos la “**prohibición de regreso**” <sup>13</sup>. La crítica de esta época se reduce a remedios intra sistema, principalmente por la consagración mundial de un sistema económico. El poder ya no es eliminado en la teoría, sino solo limitado, tratando de equilibrar la situación del ciudadano frente al *Ius Puniendi*. El Estado se limita a conformar, pero deja de prestar servicios de manera directa. Es una fase por lo mismo, mucho más ideológica, ya que el conflicto por la limitación de la violencia dentro de los aparatos estatales, se da ahora a un nivel normativo más que práctico. La lucha se concentra en adquirir voz <sup>14</sup> en la toma de decisiones, más que en luchar directamente contra el Estado, creando contra-poderes. Nace en esta época una crítica al poco control que los legisladores tienen al crear las leyes en el campo sobre todo de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El control de constitucionalidad de las leyes ha avanzado mucho en este último tiempo, pues se han sumado a los controles clásicos, otros más abarcadores de los contenidos de las leyes que hacen posible la intromisión de contenidos dogmáticos dentro de la etapa de discusión de las leyes. Por ejemplo las intervenciones del tribunal constitucional, el control de la legalidad de la contraloría que incluye tanto la ilegalidad formal como la desviación de fin de las normas, es decir, un control respecto del fondo de las mismas.

Julio Maier <sup>15</sup> se refiere, dentro del ámbito latinoamericano, a la relación que tiene en

<sup>11</sup> Bobbio Norberto, “El existencialismo”, Fondo de Cultura Económica, 5ª ED., México-Buenos Aires, 1966.

<sup>12</sup> Ver “Sobre un concepto histórico de ciencia”, Pérez Soto Carlos, ED. Lom, Santiago, 1999.

<sup>13</sup> Zaffaroni, Ob. Cit. Pág. 14. El autor previene esta medida, en cuanto no aceptar en la legislación del derecho procesal penal, regresos a épocas ya superadas.

<sup>14</sup> Fundación Paz ciudadana es un ejemplo de este cambio de escenario de lucha en Chile, aunque paradójicamente, en nuestra opinión fue ella la que impulsó un proceso penal que va en contra de sus pretensiones. Para más información [www.pazciudadana.cl](http://www.pazciudadana.cl).

particular el derecho procesal penal con las tendencias dogmáticas:

***“...es allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la ideología vigente, se nota más claramente, más a flor de piel, que en las otras ramas jurídicas...”***

En nuestra opinión la crítica es justificada. El derecho de castigar monopolizado en el Estado no ha variado de la misma forma que lo ha hecho el derecho del Estado, como lo muestra el presente análisis. La crítica es una lucha por la puesta en marcha de un proceso de reforma de los procedimientos penales vigentes en Latinoamérica, para concluir con un paso hacia el presente del sistema de enjuiciamiento criminal que lo acerque a los estándares que en derecho constitucional se le exigen a un Estado para ser considerado hoy en día, un Estado derecho.

Es en este periodo histórico en el que nos encontramos hoy en día<sup>16</sup>. Chile intenta plantearse como un país que moldea su desarrollo desde la ley. La configuración de la sociedad ya no se da creando fábricas, sino concesionándolas y regulando su mercado. La creación de sectores de servicios públicos concesionados, de superintendencias que los controlen, la modificación de la ley de bases de la administración, en pos de un mayor incentivo de los contratos administrativos, son ejemplos de una política de consolidación de las privatizaciones que la concertación de partidos por la democracia consolidó luego de salir de la dictadura. Por lo anterior decimos que Chile se encuentra en el estadio donde para ser Estado de derecho, debe cumplir con los estándares que se mencionaron para el Estado existencial de derecho. Esta característica del estado chileno, implica sobre todo, como ya dijimos, una preocupación especial por la forma y el contenido de las leyes, lugar donde hoy en día se manifiesta el *lus Puniendi* estatal.

## **A.2 Derecho Procesal Penal y su inserción en la historia política.**

### **A.2.1 Necesidad del estudio histórico político del proceso penal:**

El derecho es un producto cultural, es un determinado orden normativo contingente a un tiempo y espacio preciso, propio de la sociedad que le da vida. Así la forma y el contenido de un ordenamiento jurídico varía en torno a diversos factores que se dan al interior de ésta, tales como cambios en la organización política, cambios demográficos, creación de nuevas formas de intercambio económico, etc.

Nuestra intención es plantear al proceso penal como una tensión constante entre dos fuerzas básicas determinada culturalmente. Por lo tanto nos parece importante conocer el recorrido que este proceso ha tenido a lo largo de la historia política de la humanidad y de esta manera poder comprender de forma más cabal la conformación de nuestro objeto de estudio.

<sup>15</sup> Maier Julio, Op Cit. Pág.22.

<sup>16</sup> Debemos mencionar que en Chile se presentan fraudes de acuerdo a la etapa que relatamos. Los sobresueldos, son una forma de incremento indebido de sueldos de funcionarios públicos que solo tiene cabida ahora que el Ministerio de Obras Públicas puede generar normas jurídicas.

Esta mirada histórico-universal del proceso penal nos permitirá enmarcar a los procesos penales que han tenido vigencia en Chile dentro de un contexto global. Seguramente desde esta perspectiva podremos tener un debate más enriquecedor en torno a los límites que debe considerar todo proceso penal en su conformación y actuación.

Como consideración final para esta parte introductoria podemos señalar que en el ámbito del derecho procesal penal el análisis de su historia y el aprendizaje a partir de ella nos parece un elemento indispensable para la conformación de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales de todo ciudadano que deba participar en él. Es absolutamente necesario hoy dar una mirada hacia atrás e intentar vislumbrar cuales han sido las consecuencias para la dignidad del hombre cuando el proceso penal ha estado lejos de dar protección. Hoy el escenario que enfrentamos es amenazante en cuanto a que el proceso penal está sometido a múltiples presiones, en especial la política, área de la sociedad en donde la “seguridad ciudadana” se ha convertido en una bandera de lucha para nuestros ideológicos partidos políticos. Esta revisión hacia el pasado intenta encontrar así las respuestas que nos permitan controlar un poder político que a menudo parece más al servicio del mercadeo político que de la libertad del hombre.

### **A.2.2 Grecia:**

La concepción ateniense del poder hacía residir la soberanía en la ciudadanía (no eran ciudadanos los esclavos). Así el régimen político ateniense se caracterizó en primer lugar por la participación directa de los ciudadanos en el proceso penal (ya sea en la tarea de juzgar o acusar). En Grecia los delitos se clasificaban en públicos y privados. Respecto a los primeros se daba la situación de que cualquier ciudadano podía perseguir penalmente al infractor (esto se denominó acusación popular). Respecto a los segundos solo el ofendido o sus sustitutos podían reclamar su juzgamiento.

Existían varios tribunales encargados de conocer y juzgar los delitos cometidos en Atenas, cada uno poseía una competencia distinta. La totalidad del poder de ello recaía en la Asamblea del Pueblo. Uno de los tribunales más importantes era el de los Heliastas (conformado por ciudadanos honorables elegidos por sorteo), tribunal popular que conocía de la mayoría de los delitos (era la jurisdicción común en materia penal) y funcionaba en la plaza pública. También existía el Areópago cuya competencia comprendía sólo los crímenes mayores, que con el tiempo vio aún más restringida su competencia.

Durante el proceso penal la regla general era la libertad del acusado. El procedimiento, de carácter oral y público, variaba según el tribunal. Destacan también la utilización de torturas y ordalías como medios probatorios lo que demuestra que no era objeto del procedimiento la estricta reconstrucción de una verdad histórica. Además la prueba se valoraba según la íntima convicción del juzgador. Generalmente las decisiones del tribunal eran inimpugnables.

### **A.2.3 Roma:**

Dada la extensa vigencia del derecho romano en el tiempo y las diversas formas de

organización política que se dieron los romanos, Roma es un ejemplo compacto de cómo un proceso penal responde a las transformaciones políticas y culturales al interior de una sociedad. Para facilitar la exposición la dividiremos en tres períodos históricos romanos: la monarquía, la república y el imperio. No por esto se debe entender que el paso de una a otra es abrupta, sino más bien producto de una evolución. Lo mismo se aplica a los cambios que va sufriendo el proceso penal a lo largo de la historia de Roma.

Un aspecto común a todos los períodos es la distinción que hicieron los romanos entre delitos públicos y delitos privados. Los últimos eran sólo perseguibles por el ofendido o sus representantes y en general se conocían a través del procedimiento propio de los litigios privados.

Monarquía: No quedan mayores rastros del procedimiento penal aplicado durante este período. Lo único que se conoce con relativa certeza es lo que hacia el final de ésta: se dio una suerte de delegación desde el rey hacia distintos magistrados dotados de imperio (*duumviri*). Este magistrado antes de decidir realizaba una investigación denominada *cognitio*. El rey era el depositario de todo el poder de conocer y juzgar. Aparentemente no existían normas que delimitaran la instrucción y la decisión del magistrado. Por regla general el imputado se encontraba libre durante la investigación.

Hacia el final de la monarquía nace un elemento que va a formar parte de la evolución posterior que va a tener el proceso penal en Roma: *la provocatio ad populum*. Esta consiste en una especie de instancia de gracia capaz de anular los efectos de la decisión tomada por el magistrado. La *provocatio ad populum* es conocida por la Asamblea Popular, primer indicio de una modificación al sistema penal instaurado en la Monarquía.

República: La conformación de un nuevo proceso penal tiene como antecedente inmediato a la *provocatio ad populum* que ésta al ser conocida por la Asamblea popular es una de las primeras muestras del control popular al poder del rey. Es también una muestra más del advenimiento de la primera república.

b.1.-Una primera modificación la encontramos en las tres leyes *Valeriae* que institucionalizan la jurisdicción popular al permitir que el ciudadano<sup>17</sup> pueda provocar la intervención de la asamblea popular en un determinado procedimiento penal. Así comienza una lenta transmisión del poder de juzgar desde los magistrados hacia los tribunales populares (típicamente *Comicios*).

b.2.-Hacia finales de la República se produce una segunda transformación de relevancia: la creación de los jurados. Esta reforma de carácter permanente produce el traspaso del poder de decidir y requerir desde las manos del magistrado hacia las manos del ciudadano. Es factor determinante en esta reforma el gran número de casos a tratar para los cuales las Asambleas Populares no daban a vasto. El jurado era compuesto por un magistrado con imperium y por ciudadanos que cumplieran ciertos requisitos (sociales, económicos, de edad) que fueron variando con el tiempo.

La característica fundamental de este nuevo sistema acusatorio es que la persecución penal pasa a manos del ciudadano, es éste el encargado de realizar la

<sup>17</sup> Recuérdese que la calidad de ciudadanía plena facultaba para participar en toda clase de derechos públicos y privados.

acusación. Se instaura así un sistema de acusación popular en el que cualquier ciudadano ejercía la facultad de perseguir penalmente. El acusador debía recolectar los elementos de prueba que fundaran su acusación y debía basar esta en elementos fácticos y jurídicos. Esta acusación pasaba previamente a ser conocida por un juicio de admisibilidad realizado por el pretor.

Tras la acusación comienza la etapa del debate oral y público. El acusador en esta etapa era un representante de la comunidad agraviada por el delito. El objetivo del procedimiento era el descubrimiento de la verdad histórica; así se utilizó la tortura como medio de obtención de testimonios. Durante el procedimiento el imputado se encontraba en libertad, salvo excepciones tales como la flagrancia; la sentencia obtenida era inimpugnable.

Al procedimiento anteriormente descrito se le llamó *judicium publicum, quaestio o accusatio*.

Imperio: Durante el Imperio se produce una nueva transformación en el procedimiento penal romano, esta se debe en gran parte al cambio de régimen político, cambio que hace ver en la figura del emperador (y ya no en la ciudadanía) la fuente de la soberanía. Esta transformación, al igual que las anteriores se produce a través de un paulatino cambio legislativo que crea un nuevo procedimiento extraordinario que va desplazando al procedimiento ordinario anterior. Al no ser los ciudadanos la fuente de la soberanía el poder de perseguir penalmente y la de juzgar pasan a ser funciones del emperador. Se vuelve así a un paradigma que en algún sentido es similar al de la monarquía.

Esta nueva transformación del procedimiento penal va de la mano con la decadencia del procedimiento de corte acusatorio que la precedió.

En primer lugar se produjo un fenómeno de incapacidad del sistema procesal penal para conocer eficientemente todos los conflictos que se producían en un Imperio que estaba en expansión. Se hizo necesario dada la extensión del Imperio delegar funciones en empleados estatales y de esta manera las funciones del pretor se fueron traspasando hacia funcionarios públicos designados por el emperador generando así una estructura jerárquica.

En segundo lugar ya en esta época el jurado era compuesto por diversas capas de la población las cuales no supieron responder adecuadamente a sus funciones lo que transformó al jurado en un órgano decadente.

En tercer lugar la acusación popular se transformó en un instrumento de venganza privada lo que hizo que muy pocos ciudadanos serios se atrevieran a realizar una acusación.

El tiro de gracia a este procedimiento de corte acusatorio lo dio el nombramiento de funcionarios públicos encargados de la seguridad pública y de la persecución penal.

Tenemos así que son características del nuevo sistema que se instaura en Roma la escrituración de las actuaciones del procedimiento, el secreto de los actos del procedimiento y la impugnabilidad de las resoluciones. El objeto del procedimiento es la reconstrucción de la verdad histórica y en materia de valoración de la prueba se exige de



parte del sentenciador que ésta se funde en su certeza moral. En este período la prisión preventiva pasa a ser la regla general en cuanto el imputado pasa de ser sujeto de derechos a objeto de la investigación. Este procedimiento denominado *cognitio extraordinem* es el germen de la inquisición medieval.

Debemos resaltar que la influencia de la filosofía estoica hace nacer en algunos juristas una especie de humanitarismo gracias al cual se crean principios que perduran hasta hoy, tales como el *ne bis in idem*, *in dubio pro reo* y la necesidad de evidencia para encarcelar al acusado.

#### **A.2.4 Derecho germano antiguo:**

El procedimiento penal germano se caracterizaba originalmente por ser un sistema acusatorio privado y por poseer un fuerte sentido subjetivo a la hora de valorar la prueba.

Dada la conformación comunitaria (en tribus) del pueblo germano toda infracción a las reglas de convivencia era considerada un quebranto de la paz de la comunidad, quebranto que daba lugar a la venganza privada del ofendido, de la parentela de éste o en los casos más graves, de cualquier miembro de la comunidad. Una de sus instituciones típicas es la composición: la familia ofensora paga con bienes al ofendido evitando la venganza.

El proceso judicial es subsidiario, sólo se produce cuando la composición fracasa. Este proceso es conocido por una asamblea popular compuesta por hombres aptos para la guerra a través de un procedimiento de carácter oral, público y contradictorio. La prueba posee un carácter mítico y representa una lucha entre las partes (existía el duelo y el juramento como medios probatorios).

##### **A.2.4.1 El período franco:**

El Derecho Procesal Germano durante este período se ve afectado por la creciente organización monárquica. Así sin abandonar muchas de sus formas existen diversos cambios que van marcando el camino hacia un procedimiento más relacionado con el autoritarismo que con la composición privada. El procedimiento se sigue fundando en la idea de que ha existido un quebrantamiento de la paz pero esta paz ya no es la denominada paz comunitaria, es la paz del rey, se está aproximando el antiguo régimen. El combate judicial ya no es mirado como una venganza hacia el ofensor sino que más bien pasa a ser una forma de protección de la comunidad. El derecho del rey (órgano encargado de asegurar la paz comunitaria) comienza a influir en la composición del tribunal (antes populares) y en la persecución penal (antes netamente privada). El procedimiento sigue siendo oral, público y contradictorio pero existe una mayor ingerencia real en su dirección. Las ordalías, los duelos y el juramento continúan como los principales medios de prueba. Vemos así una vez que más la modificación en la organización política de una comunidad influye decisivamente en el proceso penal que esta instaura.

Durante este período se están asentando las bases de lo que será el proceso penal del Antiguo Régimen, período en el cual el derecho es la palabra del rey, palabra que no

conoce límites.

#### **A.2.4.2 La alta edad media:**

En este período la principal modificación del procedimiento penal se produce a nivel de organización judicial por la concentración del poder político en pequeñas comunidades frente al reino. Además en este período comienza a ser evidente la separación del poder político y el religioso, hecho por el cual la jurisdicción eclesiástica gana amplio terreno. Las principales características del procedimiento de esta época son la existencia de un tribunal popular, el que la persecución penal sigue siendo preeminentemente privada quedando en manos del ofendido y su parentela, la publicidad y oralidad del juicio, la existencia de un sistema de prueba que tiende a dirimir subjetivamente la contienda y que la decisión del pleito es inimpugnable.

Es en este punto donde culmina la vida independiente del Derecho Germano, en lo consecutivo le espera un proceso de asimilación del derecho extranjero que lo hace abandonar su propio derecho de creación popular.

#### **A.2.5 La inquisición:**

##### **A.2.5.1 Presupuestos histórico-políticos:**

Al finalizar la edad media el escenario político nos muestra una pugna por el poder político cuyos protagonistas son: por una parte los señores feudales y por otro el monarca; este último pretende concentrar un conjunto de diferentes comarcas que reclama como suyas.

Esta pugna se resuelve a favor del poder real dando paso a la creación de los Estados Nacionales y a la monarquía absoluta (como idea de organización política) cuya principal característica es la concentración del poder de legislar, juzgar y administrar en la persona del rey.

El nacimiento de los Estados Nacionales también viene de la mano con un proceso expansivo de la Iglesia Católica la cual bajo la idea de *universitas cristianas* había ganado universalidad y poderío.

En el ámbito jurídico esta lucha entre el poder real y señorial se traduce en la pugna entre el derecho foral (germánico) popular y el derecho romano (imperial)-canónico, este último considerado como un derecho culto conservado en las Universidades (principalmente por los glosadores italianos) y la Iglesia, derecho que se aviene con el nuevo tipo de organización política en la que la soberanía y sus atributos residen en el rey.

El cambio de régimen político y la universalidad que adquiere la Iglesia Católica son los principales factores para que se produzca la recepción del derecho romano-canónico, derecho más desarrollado que viene a dar la forma a una idea inquisitorial que viene dada como una nueva visión política. Debemos tener presente que el sistema que comenzaremos a estudiar y que denominaremos inquisición perdura por casi seis siglos.

### **A.2.5.2. Derecho canónico:**

Existen diversas causas que asisten al proceso de expansión de la Iglesia: unas dicen relación con el prestigio y organización crecientes que alcanza esta institución durante la edad media; otras tienen que ver más bien con una organización político feudal fundada en el privilegio y la irracionalidad. Así frente a un sistema jurisdiccional que se basó en la desigualdad la Iglesia mostró cierta racionalidad derivada de la conservación del derecho romano y de un cierto espíritu de liberación.

La expansión de la jurisdicción eclesiástica pasa en primer lugar por la reivindicación que esta hace, como privilegio, de juzgar a los clérigos. Esta expansión jurisdiccional no termina allí en el ámbito personal pues también la jurisdicción eclesiástica reconoce ciertos privilegios a determinadas categorías de laicos (ej. Los cruzados). En segundo lugar, y no por esto menos importante, la Iglesia se irroga competencia para conocer de ataques directos contra la fe. Esta categoría con el transcurso del tiempo sufre una gran expansión dando cabida a un sinnúmero de infracciones pudiendo así la Iglesia juzgar a cualquier trasgresor que realizara actos supuestamente contrarios a sus intereses. Esta expansión culmina con una serie de delitos de competencia mixta entre la jurisdicción secular y la eclesiástica.

El enjuiciamiento penal canónico comenzó practicando un sistema acusatorio. Su lucha por universalizarse y la razón de fe avaló el nacimiento de la inquisición. Ya en el siglo XII se realiza una primera modificación (fundada en la herencia del derecho romano imperial de la última época) admitiendo la denuncia anónima como una herramienta para dar inicio al enjuiciamiento penal. Como consecuencia lógica al poco tiempo se admitió la posibilidad de comenzar el procedimiento de oficio, bastando para esto el rumor público. Con el tiempo este fue la principal forma de dar inicio al procedimiento penal inquisitivo y la puerta para la transformación del procedimiento penal.

Siguiendo la línea de las reformas anteriores la investigación se transformó paulatinamente en el eje central del procedimiento y la jurisdicción eclesiástica pasa a manos de un cuerpo especializado de monjes. El secreto del procedimiento abolió la publicidad y la escrituración dejándose de lado la oralidad de las actuaciones y el debate oral. Del combate judicial germano pasamos a la aparente búsqueda de la verdad histórica y para esto el medio predilecto de prueba es la confesión para la cual se habilita el uso de la tortura (la que es regulada detalladamente). Consecuencia de lo señalado es que el acusado cambia de categoría para transformarse en un objeto de investigación, como tal pierde toda posibilidad de defensa y se le considera como un posible obstructor de la búsqueda de la verdad por lo que la prisión preventiva de éste es la regla general.

### **A.2.5.3.Recepción del derecho romano canónico en la legislación europeo continental:**

El siglo XIII en la historia europea marca un cambio en la organización política de este continente así como también una transformación en el procedimiento penal.

Aquí mencionaremos los puntos principales de estas transformaciones y los cuerpos legales que las recogen, cuerpos que van a ser fuentes en la construcción de los

procedimientos penales latinoamericanos. A partir de este momento veremos como la eficiencia se transforma en el eje central del proceso penal.

Un primer elemento de transformación dice relación con la organización judicial. De tribunales comunes y locales constituidos por jueces accidentales, y tribunales eclesiásticos se pasa a un sistema de tribunales compuestos por funcionarios de la administración de carácter profesional. Se pasa así de una jurisdicción feudal/eclesiástica a una jurisdicción real que hacia el siglo XV ya tiene el monopolio de la facultades jurisdiccionales.

El rey para imponer su poderío utiliza dos herramientas:

La soberanía residía plenamente en el rey por lo tanto éste era quien administraba justicia: esta idea le permitió delegar el poder jurisdiccional en funcionarios permanentes organizados jerárquicamente. De esta jerarquía se deviene la posibilidad de recurrir, ante el superior jerárquico, de la resolución del inferior. Esta organización se vio más fuerte y ordenada que la jurisdicción feudal caracterizada por su jurisdicción local cada una con su ley aplicable.

Los señores feudales para conservar su poder utilizaron como criterio de competencia el lugar del domicilio, criterio que permitía aplicar la legislación local. El rey impuso como criterio el lugar del hecho.

Otro factor de cambio dice relación con el fin del procedimiento. El derecho feudal (básicamente el enjuiciamiento germano) planteó el procedimiento penal como una lucha entre el acusador y el acusado, sistema que perpetúa la derrota del más débil (hecho que se agrava con la posibilidad de designar representante para el combate). En este aspecto la imposición de un derecho real culto que busca en el procedimiento penal la reconstrucción de la verdad histórica no fue una tarea difícil. El problema se suscitó cuando esta finalidad se transforma en absoluta generando situaciones inhumanas.

Consecuencia de lo anterior fue el reemplazo del combate judicial por el testimonio como elemento central de prueba.

Con este nuevo paradigma se afirma la persecución penal de oficio (la que demuestra el poder real) y también institutos como la denuncia anónima y la prevención (autorización a funcionarios públicos para que investiguen delitos que se configuran a partir de un rumor público).

Nace el ministerio público, órgano encargado de la persecución penal. Sus orígenes se remontan a los procuradores del rey franceses, funcionarios encargados de la renta real y de la persecución de todos los derechos reales. Estos funcionarios paulatinamente van ganando competencia en materia de persecución penal.

Otro cambio fundamental se da en cuanto a la finalidad del proceso penal. Dado que el procedimiento penal busca la reconstrucción de la verdad histórica debe éste poseer un alto grado de certeza en su decisión por lo que la escrituración de los actos y el secreto de la etapa de investigación pasan a ser un elemento más de este nuevo procedimiento.

Como en el derecho canónico, el acusado pasa a ser el objeto principal de investigación por lo que por regla general se encuentra privado de libertad durante el

proceso. El acusado como objeto de prueba y el fin absoluto de averiguar la verdad dan nacimiento a una de las características más recordadas de la inquisición: la tortura como medio sistemático para obtener la confesión del acusado.

Ella fue reglamentada en torno a tres variantes: quien podía aplicarla, cuando podía ser aplicada y la forma en que podía aplicarse. Esta reglamentación intentaba impedir que el acusado corriera riesgo vital y exigía la presencia de un juez para ser realizada.

Conjuntamente a la tortura se establece un sistema de valoración legal de la prueba en donde la confesión es el principal medio probatorio en cuanto la ley le otorga mayor valor. Como vemos es la ley quien regla el valor probatorio de las distintas pruebas estableciendo así determinadas exigencias para condenar. El juzgador no fundaba el fallo en su convicción personal sino en la verificación de requisitos legales.

Por último, otro elemento importante que compone este nuevo sistema procesal penal es la apelación como regla general respecto a las resoluciones emanadas de tribunales inferiores en la jerarquía establecida. Esta jerarquía tenía como su cúspide al rey el cual podía llegar a conocer de determinados casos. Esta devolución consecutiva del poder de juzgar desde los funcionarios públicos hacia el rey se denomina el efecto devolutivo.

Existen una serie de cuerpos legales que van a ser muestra fiel de la cumbre de la Inquisición como procedimiento penal, los que en mayor o menor medida van a influir en América y en la posterior creación de cuerpos legales propios. Algunos de estos son:

Las Partidas: Fueron sancionadas por Alfonso X promediando el siglo XIII. Este texto recoge el derecho romano-canónico e introduce el sistema inquisitivo de persecución penal en España teniendo éste como nota característica al Tribunal de la Inquisición. Este sistema inquisitivo toma inusitado vigor bajo el reinado de los Reyes Católicos a través de dos instituciones:

Tribunal de la Inquisición: creado en 1480 esta institución está compuesta por religiosos quienes conocían artículos de fe (herejías y delitos conexos). Se extendió por toda España y América sirviendo para asegurar el poder real y la doctrina en que éste se basaba. Es reconocido por la crueldad de sus procedimientos.

Paralelamente al Tribunal de la Inquisición se crean ciertas organizaciones denominadas Hermandades las que se encargaban de perseguir los delitos. En base a ellas se crea en 1498 la Santa Hermandad, institución competente para juzgar la mayoría de los delitos contra la propiedad y las personas.

Junto a las Partidas deben destacarse dos cuerpos normativos: la Nueva y la Novísima recopilación (1567 y 1805 respectivamente) las cuales ordenan la aplicación de las Partidas como derecho común en América.

La Carolina: La recepción del derecho romano-canónico y del procedimiento inquisitivo cierra en Alemania el desarrollo de un pensamiento propio y abre las puertas para la recepción del derecho extranjero. Este proceso de cambio es paulatino y tiene como su mayor expresión al cuerpo legal denominado "La Carolina" que es considerado como el primer código penal alemán (imperial), el que fue dictado en 1532. Si bien en él aun quedan vestigios de formas germanas en el procedimiento penal, éste constituye la

puerta de entrada para la inquisición en Alemania. Desde su consagración hasta el s. XIX las ideas inquisitivas del procedimiento penal se desarrollan hasta alcanzar sus efectos más absolutos.

La Ordenanza Criminal Francesa de 1670: La introducción del derecho romano-canónico en Francia aparece con la ordenanza de 1254, debida a Luis IX. Este primer reconocimiento a la jurisdicción real genera una contrarreforma en la primera mitad del siglo XIV, pero esta no puede frenar el avance del procedimiento inquisitivo el que ya en 1670 sella el triunfo del poder real. Características importantes del procedimiento inquisitivo francés es la creación de un órgano encargado de la persecución penal (mediados del siglo XIV) denominado ministerio público. Este órgano deviene de la posibilidad que tenía el rey de ser representado en sus derechos a través de procuradores los que lentamente van ganando competencia en materia criminal.

Derecho Castellano: en América Debemos precisar que la legislación indígena no posee ninguna influencia en la evolución del proceso penal en América por lo que la evolución del proceso penal comienza en nuestro continente junto con la conquista y colonización europea. Reduciendo el campo de observación podemos señalar que al menos en Hispanoamérica el derecho que regía durante la conquista y colonia española al proceso penal americano era el derecho castellano, básicamente las Partidas y su sistema inquisitivo. Sólo el derecho de la organización judicial tenía independencia de la regulación castellana.

## **A.2.6 Reforma al sistema inquisitivo:**

### **A.2.6.1 Iluminismo y derecho penal:**

En Europa el siglo XVIII es sinónimo de renovación intelectual y cultural, de espíritu crítico e innovador; es el momento en que se forjan las ideas que en siglo venidero van a modificar la organización social en todos sus aspectos.

El derecho penal no queda ajeno a esta revolución intelectual ya que se le consideraba como un instituto de control social que permitía la mantención del antiguo régimen. Así los pensadores del siglo XVIII fueron arduamente críticos con las instituciones que conformaban el derecho penal y el derecho procesal penal. La contracara a esta corriente la constituían los juristas quienes representaban el espíritu conservador.

Uno de los principales objetos de crítica en contra del sistema de persecución penal fue la utilización de la tortura como un medio para reconstituir una verdad histórica. Así ya en 1682, Agustín Nicolás, magistrado y presidente del partido de Dijón, tras la sanción de la Ordenanza de Instrucción Criminal de Francesa de 1670 postula una posición crítica ante el sistema recién consagrado.

Los precursores del movimiento reformista (en relación al proceso penal) fueron los filósofos prácticos del siglo XVIII (Voltaire, Montesquieu, Beccaria). Estos con la idea de reemplazar el absolutismo por un sistema republicano cuyo centro fuera la dignidad de la persona, postulan un nuevo proceso penal el que surge a partir de dos fuentes: el

derecho romano republicano y el derecho inglés (libre de la recepción del derecho romano-canónica). Este nuevo modelo se basa en las ideas de publicidad y oralidad de los debates, el juzgamiento por jurado y la libertad de defensa.

Revisemos brevemente las principales ideas relacionadas con el proceso penal de estos pensadores:

Montesquieu planteaba que el derecho penal y el derecho procesal penal constituirían una unidad política que debía caracterizarse por ser una garantía a todas las libertades de los ciudadanos. Así nacen ciertas necesidades mínimas como las de garantizar la libre defensa y la de abolir la tortura. También manifiesta simpatía por el sistema de jurados (tribunales populares), es contrario a la delación (denuncia anónima) como una de las formas de iniciar el procedimiento penal y partidario de la necesidad de certeza para condenar.

Cesare de Beccaria es un discípulo intelectual de Montesquieu y autor del reconocido libro “De los Delitos y de las Penas” en el cual realiza una crítica a todas las instituciones penales y postula su reforma. Plantea el derecho de cada hombre a ser creído inocente durante el procedimiento penal, en consecuencia señala que el encarcelamiento preventivo sólo puede tener lugar cuando la ley lo establezca para situaciones en que sea probable la participación del individuo en el hecho punible y establece la necesidad de certeza sobre la culpabilidad del acusado para condenarle. Es partidario de la inclusión de jueces accidentales (legos) en el procedimiento con ciertas restricciones, ataca el secreto de las actuaciones judiciales proponiendo su publicidad, es contrario al sistema de prueba legal y a la delación como forma de iniciar el procedimiento penal. Por último defiende la persecución penal pública señalándola como “regla óptima” en materia de acusación.

François-Marie Arouet, llamado Voltaire, fue de los tres pensadores aquí señalados quien con mayor dedicación se ocupó de la temática penal. Defiende el juzgamiento por jurados en juicio oral y público en el que el imputado debe ser asistido por un abogado. Crítica el sistema de prueba legal abogando por un sistema basado en la íntima convicción, crítica como irracional a la tortura y exige la libertad de defensa.

Otros grandes pensadores que participan de este movimiento reformista fueron Christian Thomasius y Johan Anselm Von Feuerbach quienes defendieron el programa penal del iluminismo en Alemania.

Este movimiento iluminista tuvo una amplia aceptación popular y en los foros de abogados y jueces, y en el siglo XIX sus postulados comienzan ya a tener consagración normativa, esa es la materia que veremos a continuación.

Debemos destacar también como un fenómeno contemporáneo a la crítica del sistema penal inquisitivo el nacimiento de la idea de derechos fundamentales incorporados al derecho constitucional. Así a fines del siglo XVIII nos encontramos con las primeras declaraciones de derechos individuales con fuerza legal y fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano las cuales establecen estos derechos en oposición al poder Estatal. Así tenemos la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Este hecho es relevante en cuanto la concepción de derechos fundamentales y se

transformará a lo largo de la historia de la modernidad en uno de los límites fundamentales a la actuación del Estado.

#### **A.2.6.2.Código de instrucción criminal francés de 1808:**

Para poder hablar del Código de Instrucción Criminal de 1808 debemos primero revisar el camino que recorrió la legislación procesal penal francesa para dejar atrás el sistema inquisitivo propio de la monarquía. Esto en el entendido, como se ha dicho, que las transformaciones que afectan la perspectiva desde la cual el ordenamiento jurídico se sitúa, se producen insertas en procesos de reformas sociales y políticas que las incluyen y que como tales son paulatinas.

Como sabemos la Ordenanza Criminal de 1670 es la piedra angular del procedimiento penal francés de corte inquisitivo. En 1789 con el advenimiento de la revolución francesa y con la masificación de las ideas iluministas se produce una fuerte reacción en contra de todo el legado del absolutismo.

Así en 1791 la revolución da a luz a su primera ley de enjuiciamiento penal que derogó por completo a la Ordenanza de Instrucción Criminal de 1670, dejando atrás el sistema inquisitivo consagrado por ella. En cambio intenta establecer un sistema acusatorio al estilo inglés. Publicidad y Oralidad son características fundamentales del procedimiento, se introducen jueces accidentales (jurado de acusación y jurado de jueces), el juicio se transforma en contradictorio pasando el imputado a tener la calidad de sujeto de derecho. La decisión de la controversia se basa en la íntima convicción del jurado y su resolución no es apelable (si puede ser objeto de un recurso de casación). Obviamente la tortura se deja atrás.

El escollo más difícil de sortear que tuvo que enfrentar esta ley fue que no pudo dejar atrás uno de los pilares del sistema inquisitivo: la persecución penal pública que queda entregada al juez de paz quien actuaba por denuncia y en casos muy restringidos podía actuar de oficio.

El sistema de persecución penal instaurado se consideró como poco eficiente y confuso, esto junto con el hecho de que los operadores del sistema seguían actuando bajo paradigmas inquisitoriales hizo nacer un nuevo espíritu crítico que llevó a modificar el sistema de procedimiento penal francés desarrollando de mejor manera el principio de persecución penal pública. En este espíritu se dictan el Código de Delitos y Penas de 1795 y la ley de Pluvioso del año IX (1801).

En 1808 el imperio sustituye al consulado, gobierna ya Napoleón. Precisamente en este año se dicta el Código de Instrucción Criminal. Este Código que regula tanto derecho penal como derecho procesal penal representa una solución de compromiso entre la Ordenanza Criminal de 1670 y la Ley de Enjuiciamiento de 1791. El compromiso se da entre las máximas de la inquisición y los principios del Estado Republicano, es decir entre la persecución penal pública y reconstrucción de la verdad histórica; y la dignidad del ser humano.

El procedimiento se dividió básicamente en tres etapas: una instrucción preparatoria marcada fundamentalmente por la impronta inquisitorial, una etapa intermedia en la que



se decidía acerca de la procedencia de la acusación y por último el juicio definitivo.

Este Código consagra una instrucción escrita y secreta que quedaba a cargo de un juez de instrucción. Pero a su vez establece un debate oral, público, contradictorio y continuo.

Se crea el Ministerio Público como el organismo que posee el monopolio de la persecución penal<sup>18</sup>. Crea también este código la institución del defensor obligatorio quien ejercía sus funciones sólo durante el juicio público.

Como observamos existía una fuerte dicotomía entre la etapa de instrucción y la de juicio, esta producía que durante la primera la situación del imputado fuera la de un objeto de investigación y durante la segunda se le viera más bien como un sujeto de derechos. Se consideraba así que la libertad no era un derecho del imputado y esta se prohibía respecto a los crímenes. El sistema probatorio consagrado fue el de íntima convicción y se exigió la certeza absoluta como criterio de condena. Con respecto a las impugnaciones consagradas por el Código en estudio debemos señalar que la apelación se concedía en un ámbito cerrado de casos y que la casación de las resoluciones se estableció tanto en la forma como en el fondo.

### **A.2.6.3.Reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental:**

El nuevo sistema instaurado por el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808 se denominó sistema inquisitivo reformado o sistema mixto y a lo largo del siglo XIX vino a dominar el ámbito procesal penal europeo continental.

Este nuevo sistema acepta los principios fundamentales de la inquisición (persecución penal pública y averiguación de la verdad histórica) relativizándolos por valores de carácter humanitario (libertad y dignidad) propios de un Estado Republicano. Este nuevo procedimiento sería la realización de un sistema inquisitivo bajo formas acusatorias.

Durante el siglo XIX se transforman todas las legislaciones de Europa

Continental. Así se dictan diversos Códigos Procesales Penales que recogen este nuevo sistema: el Alemán (1877), el Español (1882), el Húngaro (1896), etc.

Las características principales del sistema instaurado en Europa son:

- Jurisdicción penal ejercida por tribunales integrados parcialmente por jueces populares.
- El Estado posee el monopolio de la persecución penal la que ejerce a través de un órgano generalmente denominado Ministerio Público.
- División formal entre la función de perseguir y decidir.
- Reconocimiento legal de la dignidad del imputado: abolición de la tortura, nacimiento del derecho a defensa y de la presunción de inocencia.
- Supresión de la valoración legal de la prueba.

<sup>18</sup> Siéndole originalmente ajenas las labores de instrucción.

- Procedimiento dividido en tres fases: instrucción escrita y limitadamente pública; procedimiento intermedio y juicio público, oral y contradictorio.
- Decisión Final Inimpugnable (Salvo recurso de Casación).

### **A.2.7 Siglo XX:**

Es considerado como una época de transición y desarrollo de los principios heredados del sistema mixto. Destacan la inclusión de la idea de derechos fundamentales como medida y límite de la actuación punitiva del Estado. Esta inclusión del concepto de derechos fundamentales se hace especialmente visible tras las dos guerras mundiales y luego de experimentar las atrocidades de los regímenes nazis y fascistas.

Se suma a lo anterior el nacimiento de la idea de un sistema penal integrado, el que sigue las directrices de una política criminal dirigida y respetuosa de los principios del derecho penal liberal.

Se constata a su vez un fenómeno de selectividad penal que tiende a escoger al individuo más vulnerable frente al sistema penal estatal para ingresarlo a él, lo cual perpetuaría una estructura de poder que es profundamente desigual y que se encuentra en las bases de la sociedad neoliberal a la que casi todo el mundo occidental pertenece o aspira a pertenecer.

Conjuntamente a lo anterior estamos siendo testigos del desarrollo y la actuación de un movimiento de “seguridad ciudadana” (o ley y orden) que pretende de distintos modos restringir los derechos fundamentales de quienes caen en manos del sistema penal en pos de la “seguridad”. Además plantean la ampliación del sistema penal tanto desde una perspectiva típica como desde una perspectiva punitiva. Se pone hincapié en labores preventivas las cuales se centrarían en aquellas personas más propensas a transformarse en criminales.

### **A.2.8 A modo de conclusión.**

Como vemos a lo largo de la historia del proceso penal existe una alternancia entre procedimientos de corte inquisitivo o acusatorio. Diversas instituciones o características que desde antiguo configuran el proceso penal van tomando mayor relevancia, se van opacando o se modifican según las contingencias determinadas por el tiempo, el espacio y la actuación del hombre, la cultura y el poder predeterminado. Es por eso que al finalizar con este acápite de nuestro trabajo podemos señalar que esta historia tiene la estructura de un espiral en ascenso, evoluciona pero vuelve sobre sí misma según las contingencias políticas, económicas y sociales.

Si miráramos esta historia ya no desde una perspectiva cronológica sino desde una perspectiva que abarque la totalidad de ella podríamos definir, a groso modo, la existencia de ciertas clases de procesos penales.

Es por esto que al culminar este capítulo queremos reproducir la tipología del proceso penal realizada por el profesor argentino Julio Maier pues será una importante herramienta de análisis en nuestro trabajo posterior.

El profesor Maier <sup>19</sup> distingue entre sistemas procesales de corte inquisitivo, acusatorios y mixtos, veamos sus principales características:

Sistema Inquisitivo:

- a. La jurisdicción penal está entregada a funcionarios públicos.
- b. La persecución penal está en manos de un funcionario público.
- c. El acusado de realizar un delito es mirado como un objeto de persecución.
- d. El procedimiento se caracteriza por ser secreto, escrito, discontinuo, no - contradictorio y mediato.
- e. La prueba es valorada según las reglas establecidas en la ley.
- f. La sentencia es fundada e impugnable.

Ejemplo: el sistema romano, el chileno de justicia penal vigente hasta el 2005.

Sistema Acusatorio:

La jurisdicción penal está entregada a tribunales populares (compuesto por personas no letradas).

La persecución penal está en manos de un acusador particular (la víctima o su representante).

El acusado es un sujeto de derechos.

El procedimiento se realiza a través de un debate público, oral, continuo y contradictorio.

La prueba es valorada libremente por el juez.

La sentencia es fundada e inimpugnable.

Ejemplo: sistema germano, de la provincia de Córdoba, el sistema penal estadounidense.

Sistema Mixto:

La jurisdicción penal está entregada a tribunales de jurados o mixtos.

La persecución penal está en manos del Ministerio Público o del Juez.

El acusado es un sujeto de derechos.

El procedimiento se estructura a través de una investigación preliminar, una audiencia intermedia y un juicio oral. Es un debate público, oral, continuo y contradictorio.

La prueba es valorada libremente por el juez.

La sentencia es fundada e impugnable en forma excepcional.

Ejemplo: sistema de justicia penal español.

El Código de Procedimiento Penal Chileno vigente todavía en varias regiones es de un marcado corte inquisitivo y ha tenido vigencia plena por casi un siglo en nuestro país.

---

<sup>19</sup> Maier, Op Cit. Pág.9.

Este Código recoge una línea de pensamiento que se gestó en el siglo XII y que comenzó a ser reemplazada ya en el siglo XVIII. De ahí la preocupación por el retraso de nuestro país ¿Qué contingencias han permitido la mantención de este proceso penal durante tantos años? En capítulos posteriores desarrollaremos este punto con mayor detalle.

### **A.3 Historia de la protección de los derechos fundamentales<sup>20</sup>.**

La idea ahora, es centrarnos en el producto que la ciencia del derecho creó para limitar al *ius Puniendi*, los derechos fundamentales. De manera preliminar podemos decir que a efectos de este trabajo son los derechos de los ciudadanos y su defensa, el gran arma que puede ocuparse para limitar al *ius Puniendi* estatal, principalmente por su consagración al interior del sistema de represión en un nivel constitucional. Con esto las intromisiones violentas del Estado en las personas y sus derechos, están de partida, limitadas en su creación formal por el sistema de garantías (no así las limitaciones informales). Los derechos fundamentales, son útiles además de lo anterior, porque su consenso es de nivel internacional, lo que permite universalizar las críticas al *ius Puniendi*. Es amplio el consenso que existe respecto de que toda persona tiene derecho a un debido proceso, en todo el mundo. Por último, son estos derechos los inspiradores de los procesos de reforma dentro de nuestro entorno más local, es decir Latinoamérica.

El comienzo de la teoría de los derechos fundamentales está en el Renacimiento y su Humanismo. Desde que se coloca al hombre como centro del universo la preocupación por sus derechos fue mucho mayor. Relacionando este tema con el del Estado, se puede decir que el paso del Rey al Estado de derecho es en gran parte el suceso que posibilita el ingreso de los derechos ciudadanos a la discusión pública.

Los hechos que llevan a esta creación son varios, pero uno de los principales es la aparición del capitalismo, sistema económico que da más importancia al hombre individual. Con la aparición de este sistema económico nace la burguesía, factor productivo independiente, que se encuentra fuera de las lógicas feudales. De aquí en adelante el rompimiento con lo medieval se expande al campo filosófico y jurídico. De este paso es que nacen los derechos naturales, reemplazante de Dios, antecedente necesario de los derechos fundamentales.

La idea de libertad que aporta el nuevo mundo se mezcla con la idea de nuevos negocios, de una nueva vida. Desde que las colonias inglesas se asientan en territorio americano, fundan su vida en sociedad desde la perspectiva de la libertad. La Constitución y los derechos emanados de ella son desde ahora la base de la convivencia. Otro hecho relevante es la reforma protestante. Con ella se rompe el consenso que durante siglos el cristianismo había logrado sostener sobre el origen de la vida, la moral, la buena vida en comunidad, etc. Con este rompimiento, la necesidad de nuevas bases es evidente. La filosofía liberal, nacida desde el Renacimiento, con el apoyo del Estado de paz y justicia, posibilitan que la filosofía de los derechos fundamentales reemplace la

---

<sup>20</sup> Todo este capítulo, salvo mención expresa se basa en “Historia de los derechos fundamentales”, tomo I: transito a la modernidad siglos XVI y XVII, dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García. ED. Dikinson, Madrid, 1998.

doctrina cristiana.

Todos estos procesos generan un cambio de mentalidad. El humanismo renacentista reflota al humano, que es ahora el centro del universo. Desde este punto de vista el hombre deja de ser visto como un simple medio para la realización de Dios, sino que un fin en si mismo. El hombre desde este periodo tiene dignidad, merece respeto, básicamente porque conoce la experiencia del deber. Emmanuel Kant, filosofo, crea este sistema ético, dando forma a una serie de derechos inherentes al ser humano. No es esta la oportunidad de explicar todo el sistema ético Kantiano, solo nos sirve de ejemplo para mostrar el intento de dar nuevos fundamentos a la ética, ahora desde la razón, y no escuchando la homilía del domingo.

Este nuevo paradigma cambia la forma de creación del derecho y su contenido material. Del derecho medieval plural, consuetudinario y judicial, se pasa a la codificación y el constitucionalismo, principalmente en los siglos XVIII y XIX. Nace la idea de legislador soberano<sup>21</sup>. Nacen principios nuevos como el de la seguridad jurídica, que surge como necesidad de la estandarización de las relaciones comerciales con el capitalismo. Como ya adelantamos, nacen los derechos naturales. Específicamente va avanzando un proceso de petición de derechos básicos al monarca. Inglaterra es el lugar donde se comienzan a pedir derechos, consiguiendo que se separe al parlamento de la monarquía y a los tribunales de justicia del rey. El *Bill of rights*, es el resultado de estas peticiones desde el punto de vista de los derechos.

Con el derecho moderno, la concepción de él se modifica. Esta modificación es más bien un avance en la concreción de la protección más efectiva de los derechos de los ciudadanos. Comienza en este periodo la cobertura del Estado de Policía por el Estado de Derecho.

Entre los principales rasgos o concreciones del derecho moderno se cuentan:

El derecho como ley y el derecho subjetivo.

La principal innovación del derecho moderno es la consideración de él como elemento del poder, como *lex*, y ya no más como un arte jurídico emanado de los juristas. La ley comienza a ser el instrumento que el poder del estado encuentra para legitimarse, con ella se logra el monopolio de la represión que es considerada legítima. Surge la teoría de la soberanía, que excluye a todo grupo aparte de las agencias estatales, en la tarea de reprimir las conductas anti-sociales. El derecho penal surge así, con esta nueva teoría, como el separador de lo bueno y lo malo, desplazando a la religión.

Se crea la dogmática, disciplina a cargo de sistematizar la ley y de crear conceptos transversales, verbi gracia: “negocio jurídico”, “declaración de voluntad”, que atraviesan todas las áreas del derecho y que hacen del conjunto de normas un ordenamiento jurídico entendible y unido. La Constitución se entiende como la consagración de este tipo de pensamiento, como la punta de la pirámide normativa en la que todos los principios de la filosofía liberal de los derechos naturales se convierten en derechos subjetivos de las personas. Esta solución solo fue posible una vez que el hombre tuvo dignidad para poseer tales derechos.

<sup>21</sup> Nos remitimos a lo señalado la referirse al Estado moderno en capítulos anteriores.

Los derechos subjetivos, tal como los explicamos arriba, son el otro gran cambio que acarrea el advenimiento del derecho moderno. Hobbes los define como la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder y añade: “los que hablan de este tema, confunden a menudo *ius* y *lex*, derecho y ley, estos debieran, sin embargo, distinguirse, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos...”<sup>22</sup>. Desde esta época aparte de la ley, que es emanación del *ius Puniendi*, las personas tienen derechos, los que pueden oponer a estas leyes. Esta distinción, que nace con el derecho moderno, es fundamental para corroborar nuestra hipótesis, puesto que con ella el proceso penal, emanación del *ius Puniendi*, debe confrontarse con derechos de los ciudadanos, aún con los derechos de los imputados, y es deber del legislador incluirlos dentro de la ley de procedimiento. El nivel de su inclusión determinará cuán represor va a llegar a ser.

La coactividad en el Derecho.

La idea de coactividad adquiere en el derecho moderno un nuevo sentido. El derecho, en su faz de ley, necesita de la coactividad para distinguirse de otros ordenamientos normativos, como la moral y los usos sociales. Este derecho es poder institucionalizado. Es decir que la coactividad en este sentido es sinónimo de represión, pero legitimada por su forma de creación. Para la historia de los derechos fundamentales, parámetros de nuestra tesis, este rasgo del derecho moderno implica el fin de la ilusión de derechos sostenidos por su pura racionalidad, es decir, el inicio del concepto de positividad de los derechos, como característica esencial, que si falta degenera los mandatos en otra cosa, pero no en derechos.

La distinción entre derecho público y derecho privado.

Otra característica del nuevo derecho es la distinción entre lo público y lo privado. Además, esta característica es fundamental para la formación de los derechos fundamentales. La nueva ideología liberal respecto de la formación del Estado diluye la distinción entre lo público y lo privado, siendo la categoría fundamental del derecho público el concepto de pacto social, ente construido desde los derechos privados e individuales de los ciudadanos. El derecho público se mira como el derecho que organiza al Estado. Desde la perspectiva de la teoría del Estado que aquí planteamos en esta época surge el Estado de paz y justicia, primer Estado de policía limitado por el derecho.

El Estado en esta época existe solo para proteger el mantenimiento de las libertades privadas. Los derechos fundamentales aparecen como derechos que los ciudadanos pueden oponerle al poder político. Ejemplo de esta postura es la concepción sobre las garantías procesales de los ciudadanos, como un freno que la dogmática impuso a las arbitrariedades del derecho penal de la monarquía absoluta. Dicho esto desde la criminología, se puede decir que en esta época comienza la dialéctica entre el sujeto individual y sus derechos y el poder en abstracto del nuevo Estado.

La distinción entre derecho y moral.

Esta distinción es fruto de la secularización de la vida. Importa para nuestra hipótesis el carácter obligatorio del derecho versus el carácter propositivo de los mandatos

---

<sup>22</sup> Hobbes Thomas, “Leviatán”, edición de Moya y Escotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980.

morales. Solo los derechos limitan al *Ius Puniendi*, no los meros mandatos morales. Pero existe una sutileza que es funcional a nuestro trabajo. La idea de que el derecho es solo forma no es tan cierta. Dentro de cada mandato jurídico hay un *telos* ético que le da legitimidad ante la comunidad en que debe aplicarse. Nuestra tesis analiza este contenido de las normas que es obligatorio, desde la perspectiva de la represión, por ello es importante decir que el derecho por ser tal no se salva de ser analizado desde el punto de vista ético, por ser su contenido un contenido ético. En el caso particular del derecho procesal penal, su contenido viene dado por su historia y la del estado que le da legitimidad. Se justifica la inclusión de la historia del estado, de los procesos penales, en este sentido, porque muestran el contenido ético de lo que es obligatorio, materia de nuestro presente análisis.

Con estas características del derecho moderno en general nos podemos adentrar ahora hacia el tema del proceso penal y su modificación por la filosofía de los derechos fundamentales.

Sin duda el nuevo discurso que, desde el poder, se daba respecto de la dignidad de la persona trajo aparejada la discusión a profundidad de que era lo permitido dentro de la sociedad, ahora que ya no había un norte claro. Frente a este problema la respuesta de la doctrina fue la filosofía de la tolerancia. Con ella se trató dar cabida a todo pensamiento legítimo, teniendo como límite el derecho ajeno.

Este nuevo tipo de pensamiento generó una dura crítica al derecho penal del antiguo régimen.

## **B. INDICADORES TEÓRICOS:**

---

### **B.1 Teoría de la violencia estatal.**

El concepto de violencia de las instituciones puede ser reconducido, para su aclaración conceptual al concepto de represión. Así las ideas no violentan sino que reprimen algo o a alguien o a un grupo de estos. En otras palabras la represión es un concepto más abstracto que violencia, al menos el concepto que definiremos como represión. Se incluyen en él la idea de menoscabo de legítimos derechos, como el caso de leyes discriminatorias, o aquellas que permiten el registro de vestimentas sin la correspondiente autorización judicial para su realización. Se incluye además, el concepto de abuso de poder, como el vejamen que sufre una persona a causa de la posición de poder de otra.

Generalizando consideramos que el concepto de represión se entiende como toda fuerza ejercida fuera de lo que es razonable, sobre legítimos derechos de los ciudadanos de un Estado. Desde este punto de vista la violencia física que puedan ejercer los agentes de policía queda fuera del concepto de violencia que ocuparemos, quedando solo la represión de los demás agentes comprendidas en el concepto, como por ejemplo aquella represión legal que se produce al regular la libertad dentro del proceso penal como "provisional", disminuyendo la presunción de inocencia o la represión judicial que se produce cada vez que las declaraciones del imputado son hechas sin la presencia de su abogado.

Herbert Marcuse<sup>23</sup> haciendo una interpretación de la teoría freudiana de la represión, a nivel social, señala que dentro de la historia de lo humano, la represión es un acompañante cambiante pero permanente. Basa su teoría social de la represión partiendo de casos personales y prototípicos como la relación paterna, la muerte del padre por el clan de hermanos y la exaltación, ahora simbólica del padre, que fuerza el quiebre de este clan de hermanos, como un orden efectivo a nivel personal y familiar. Según el autor, el clan de hermanos utiliza la represión en nombre del interés común de conservar al grupo como conjunto. De este hecho surge el desarrollo del sentimiento de culpa (la culpa por el parricidio) como efecto psicológico que los separa de la barbarie y que fuerza la cohesión del grupo en torno a trabas que la represión mantiene vigentes. De estas premisas Marcuse extrae el concepto de represión necesaria y represión excedente, y además lo saca de su contexto biológico (propio del análisis de Freud) y lo inserta en el análisis histórico y social que está realizando. Dice:

***“ Los diferentes modos de dominación dan lugar a varias formas históricas del principio de la realidad (este principio se refiere a la represión que el contexto social produce sobre los instintos, como el modo mas efectivo de control y cohesión social)..... Estas diferencias afectan la esencia del principio de la realidad, porque cada forma del principio de la realidad debe expresarse concretamente en un sistema de instituciones y relaciones, leyes y valores sociales que transmiten y refuerzan la requerida modificación de los instintos..... Instituciones históricas específicas del principio de la realidad y los intereses específicos de dominación introducen controles adicionales sobre y por encima de aquellos indispensables para la asociación humana civilizada. Estos controles adicionales, que salen de las instituciones específicas de dominación son los que llamamos Represión Excedente”<sup>24</sup> .***

Con esta conclusión el autor traslada el análisis de Freud a las civilizaciones, evaluándolas según cuanta represión excedente permitan o fomenten, dentro de un marco de análisis histórico, que por lo tanto siempre abre un horizonte a la superación de la situación imperante y permite el distanciamiento de lo inmediato aceptando su enjuiciamiento objetivo, a la luz de la historia humana, fuente de toda objetividad, al menos en las ciencias sociales.

Otro autor que reflexiona sobre la represión y su carácter histórico es Hegel<sup>25</sup> . En su filosofía la historia ocupa un lugar principal y es así que llega a decir que nada está dado por la naturaleza, que todo lo dado es más bien lo muerto, lo positivo, como imposición.

<sup>23</sup> Herbert Marcuse, Eros y Civilización, 5 edición, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1970. Partimos con este autor por ser integrante de lo que se denominó, promediando el siglo XX, la teoría Crítica. Es necesario en este punto de partida, si lo que se quiere es criticar ideas y sobre todo la crítica de ideas violentas. La crítica al sistema capitalista es un ejemplo de cómo es posible en un nivel teórico, la crítica de ideas que violentan al ser humano, más allá de lo razonable. Este esquema de trabajo nos servirá de base para el análisis y crítica de otra idea moderna, el proceso penal, como el legitimante de la violencia del Estado.

<sup>24</sup> ***Marcuse Herbert, Op. Cit. Pag 60. Adelantamos que será desde esta perspectiva que mediremos la violencia al interior del proceso.***

<sup>25</sup> Lukacs Georg, “El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista”, ED. Grijalbo, 1985, Buenos Aires.



Dice el autor que es la subjetividad del hombre la que modifica la realidad. Por eso es que la represión es solo un dato histórico y no parte de la naturaleza del hombre, al menos en temas sociales. Dice Hegel:

**“Pero cuando un estamento-el del los gobernantes o el de los sacerdotes, o los dos a la vez-pierde este espíritu de sencillez que fundó y animó hasta el momento sus leyes y sus ordenamientos, no solo se pierde irrecuperablemente su libertad, sino que es además cierta la opresión del pueblo, y su deshonra, su humillación (de aquí que la división en estamentos sea, ya en sí misma peligrosa para la libertad...)”**

Resumiendo, podemos concluir que la represión de las instituciones existe y que, por otra parte, es histórica, es decir que depende de las distintas culturas jurídicas la determinación de los márgenes de represión que sus instituciones específicas, ya sea proceso penal o instituciones insertas en él, ejerzan sobre sus ciudadanos.

Nos acompaña en nuestra opinión Julio Maier<sup>26</sup> quien afirma que el derecho penal-en verdad todo el orden jurídico-, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar.

Una versión parecida, pero a nuestro entender incompleta por su falta de historicidad, es la que da Mirjan Damaska en su libro “Las caras de la justicia y el poder del Estado”<sup>27</sup>.

Propone el autor citado un espectro de posiciones que puede asumir el Estado frente a los problemas que se generen en su interior. En un extremo sitúa al Estado del *laissez faire*, dentro del cual los problemas sociales son vistos como problemas entre particulares limitándose el Estado a dar un foro para la resolución de sus problemas. En el otro extremo se sitúa al Estado intervencionista o inquisitivo, un Estado que imperativamente señala a sus ciudadanos que deben hacer para la solución de ellos. Entre medio están todas las mezclas posibles entre estas dos posiciones extremas. Dentro de este análisis creemos, se reflejan todos los tipos de estados que han existido. Cada uno ha tenido sus niveles de represión más o menos excesivos, pero creemos que si hubiera que elegir entre ambos, el menos invasivo sería el modelo del Estado reactivo, puesto que procura no imponer ninguna visión sobre el mundo sino que deja que sean los ciudadanos los que elijan sus propios valores. Ahora este modelo, como hemos dicho antes, depende de igual manera de la forma como se reparta el poder de decisión dentro de la sociedad.

## **B.2 Teoría del *ius puniendi* estatal**

Ya asumimos en otros capítulos, como criterio metodológico, que no es posible argumentar con posturas que la propia historia de la humanidad ha superado. Por esto la teoría del *ius puniendi* que aceptamos en este trabajo es la que asume al Estado, en su faz de poder público, como sometido a derecho. Junto con esto consideramos que

<sup>26</sup> Maier Julio, “Democracia y administración de justicia penal en ibero América”, los proyectos para la reforma del sistema penal, en “Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos”, CPU, Santiago, 1993, Pág. 25.

<sup>27</sup> Damaska Mirjan, “Las Caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

históricamente, el Estado ha sido una institución violenta por esencia, pero que la dogmática del derecho penal se ha encargado paulatinamente de recubrir de legalidad. Se forma en esta relación el primero de muchos binomios de conceptos dialecticos, que ocuparemos para explicar fenomenos particulares que tienen relación con manifestaciones particulares del choque entre Violencia y Derecho.

En palabras de Zaffaroni <sup>28</sup>, existe una relación dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía, en la cual es el Estado de derecho el encargado de contener al Estado de policía que lleva dentro. Cuando nos referimos a Estado de policía queremos referirnos a las agencias que el poder público dispone para suprimir las conductas ilegales para él, sin límite de actuación. En otras palabras el estado de policía es aquel en que la criminalización primaria y secundaria no tiene límite alguno. El poder suelto a su suerte.

Esta relación entre Derecho y poder presupone la violencia intrínseca que el Estado como poder ejerce sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, y considera al Estado de derecho como un concepto creado por la dogmática del derecho que como función principal tiene la de reglar el actuar de la violencia estatal. Juntando conceptos podemos ver que los márgenes de violencia de una ley de procedimiento penal, depende de los esfuerzos que se realicen desde la dogmática penal para suprimir en su mayor medida al estado de policía.

Este proceso se produce también históricamente, es decir es una relación que se modifica de tiempo en tiempo, impulsada al cambio por la lucha de los extremos. Así, si el estado de policía logra superar en un momento histórico al Estado de Derecho, el resultado será la desprotección de los derechos fundamentales <sup>29</sup>.

Esta estructura de razonamiento frente al Estado, por más que quisiéramos, no es nueva. Desde antiguo la teoría sobre el Estado ha entendido que la legitimidad del actuar del poder depende del respeto por los derechos de los ciudadanos. Que se entienda por derechos de los ciudadanos es un tema que sobrepasa los límites de nuestra investigación, pero podemos decir que es sobre este punto que se dividen las distintas teorías. Algunos dirán que los derechos que deben ser protegidos por el Estado de derecho son la vida y la propiedad <sup>30</sup>, otros dirán que la libertad, en sus dos vertientes, los que consideran a la libertad como derecho formal que posibilita la realización de los otros derechos <sup>31</sup>, y los que piensan que la libertad solo se muestra como derecho autónomo, cuando materialmente es posible realizarla <sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Zaffaroni Raul Eugenio Op Cit Pág.14.

<sup>29</sup> Ejemplo de esta situación es el proceso vivido por Chile desde 1973 a 1988. Dentro de este periodo el Estado de policía dominó al Estado derecho chileno y el resultado de este triunfo fueron muertes, violaciones, torturas y exilios.

<sup>30</sup> Reflejan esta posición autores como Beccaria, Hobbes, Locke.

<sup>31</sup> Reflejan esta posición autores como Kant, Rosseau, Montesquieu, Berlin, Rawls.

<sup>32</sup> Reflejan esta posición autores como Hegel, Marx, Engels, Marcuse.

---

A nivel de tipos de gobiernos y su relación con la violencia, Montesquieu dentro de su esquema de gobiernos, defiende la democracia como el mejor de todos. Lo hace pensando en que en ella, por su creación popular, es en donde mejor se protegen los derechos de los ciudadanos porque son ellos los que construyen, con el uso de su libertad, la República. La vigencia de esta aseveración es total. Solo si el pueblo elige sus leyes, es legítimo el uso del poder sobre ellos. De eso se trata la libertad para el autor, y nos permitimos citarlo por la belleza de la frase:

“En un Estado, es decir en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse”<sup>33</sup>

El auto gobierno de si mismo es la clave. Si las leyes de un Estado posibilitan el auto-gobierno, sería legítimo utilizar la violencia en contra del que infringe esas leyes. La idea está también en Beccaria y en Rosseau. De hecho, este autor considera que la creación conjunta del Derecho, implica que el rompimiento del pacto convierte al *“malhechor en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes...”*<sup>34</sup>. Como puede verse, desde los primeros propulsores del Estado de derecho, esta presente la idea de legitimidad del derecho de castigar, como presupuesto del ejercicio de la violencia. Con esto queda demostrado que desde el principio de la teoría del Estado de derecho, la función principal de la dogmática ha sido por lo menos legitimar el uso de esta violencia, conteniendo el Estado de policía presente en todo Estado.

Un comentario sobre la tarea de la dogmática. Es preciso decir que la dogmática del derecho se inserta dentro de las llamadas ciencias sociales. Desde la mitad del siglo 20 ha sido fuerte la crítica a este ámbito del saber. Principalmente se le crítica la positividad de su planteamiento, es decir, la falta de crítica a la realidad. Heinz Dieterich<sup>35</sup> desde una perspectiva de izquierdas plantea la crisis de las ciencias sociales, asumiendo que la dogmática se presenta como apoyo al *lus Puniendi* y no como apoyo a los derechos de los ciudadanos. Ejemplifica el autor, la posición de los intelectuales norteamericanos, con la siguiente frase de un teórico americano refiriéndose a la posición que debían tomar en la guerra de Vietnam: “los intelectuales de las ciencias sociales deben contribuir a que la agresión contra las indefensas sociedades de indochina fuese un éxito”. El propósito de esta referencia es distinguir lo que es dogmática de lo que es ideología. En principio nuestra postura es que toda dogmática es ideología. La falacia de la objetividad, sobre todo en las ciencias sociales, no es sostenible. El tema es develar la opción que se sigue. La frase transcrita revela la opción de algún sector de la dogmática, que implica la defensa del *statu quo* imperante. Desde ya decimos que nuestra investigación se coloca de parte de los derechos de los ciudadanos. La crítica a los procesos penales por lo tanto, se medirá dependiendo de la defensa que se haga a los derechos de los ciudadanos, dentro de ellos. Nos planteamos, en conclusión, con una visión crítica frente

<sup>33</sup> Montesquieu (Charles, Louis de Secondat), “El espíritu de las leyes”, ED. Ercilla, Santiago, 1988.

<sup>34</sup> Rosseau Jean-Jacques, “El contrato social”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1999.

<sup>35</sup> Dieterich Heinz, “La crisis de los intelectuales”, ED. 21, Bs. As, 2000.

al ius Puniendi estatal, y de parte de los derechos fundamentales, siendo minoría frente al imperante dominio de teorías avaladoras del poder estatal <sup>36</sup>.

### **B.3 Teoría del proceso penal.**

***“El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del Derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filosófico que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza”*** <sup>37</sup>

La pregunta que intentamos dilucidar en esta parte del trabajo es ¿qué es el proceso penal? y sin duda no existe en la doctrina una respuesta unívoca, existen diversos conceptos que van poniendo énfasis en distintos aspectos que forman parte del proceso penal, de esta manera estos conceptos dan luces respecto a ciertos elementos del proceso penal dejando en la sombra a otros. Por este motivo hemos decidido trabajar principalmente con el concepto construido por Alberto Binder, pues este resalta aquellos elementos que permiten un mejor desarrollo a este trabajo en cuanto es un concepto dinámico, esto es, permite la comprensión del proceso penal en la perspectiva del devenir de la historia, ya que como hemos dicho en capítulos anteriores, la pugna eficiencia/garantía ha estado siempre en la conformación básica de cualquier proceso penal. Así este concepto nos permite realizar comparaciones entre distintos procesos penales, los cuales son una síntesis distinta entre las dos tendencias ya señaladas; y además nos posibilita el vislumbrar la estrecha relación que existe entre el poder, el proceso penal y la violencia.

Una segunda perspectiva que utilizaremos es la perspectiva instrumental del proceso penal, la que nos permite vislumbrar a este y a su expresión normativa (el derecho procesal penal) como un mecanismo que permite la realización del derecho penal material. Esta segunda mirada nos permite observar como el proceso penal está inmerso en un sistema, el sistema penal, el que obedece a las orientaciones dadas por la política criminal; así tanto derecho penal material como derecho procesal penal se encuentran bajo directrices, funciones y límites comunes los que cada uno a través de sus instituciones propias va a intentar realizar y respetar. Esta concepción también nos es útil en cuanto permite la comprensión del proceso penal inmerso en la problemática penal e íntimamente relacionado con la política social propia de una sociedad determinada en un momento histórico específico.

#### **B.3.1 Del proceso penal como una síntesis entre eficiencia y garantía.**

El primer concepto que abordaremos es el postulado por el profesor Binder quien plantea que en la formación básica del proceso penal coexisten dos fuerzas que se plantean

---

<sup>36</sup> Volvemos a mencionar el caso Paz Ciudadana, institución que avala la represión estatal, en perjuicio de los derechos fundamentales.

<sup>37</sup> Binder Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Segunda edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

como antagónicas, estas son la eficiencia y la garantía.

La eficiencia se preocupa de lograr una efectiva aplicación de la coerción penal. Su objetivo primordial es lograr la mayor concreción posible en la aplicación de la fuerza estatal. Es la tendencia que al interior del proceso penal intenta garantizar, a través de la fuerza, los intereses socialmente relevantes que son protegidos por el derecho penal material, intentando generar en la ciudadanía una sensación de seguridad. Según Binder la eficiencia no debe confundirse con pura capacidad de castigar pues la oposición eficiencia/garantía se produce al interior de un sistema jurídico que como tal nace para limitar y darle un sentido al poder estatal.

La garantía a su vez se inclina por establecer una serie de resguardos frente al uso de la coerción penal. Intenta así evitar que el uso de la fuerza estatal sea arbitrario, dando protección a la libertad y dignidad humana. Ahora bien cada una de estas síntesis logradas posee componentes de ambas tendencias por lo que es difícil de imaginar un sistema procesal que sea compuesto por pura eficiencia o puras garantías. Esto es así en cuanto un sistema que sólo otorgue garantías no tendría sentido al interior de un sistema penal que precisamente busca la realización de una pretensión punitiva; sin la eficiencia el proceso penal deja de ser penal. Imaginemos un proceso penal sin ninguna garantía, eso nos da como resultado a la violencia pura institucionalizada lo que nos remonta a la época en donde no se había resuelto la síntesis primera entre poder y derecho, es decir al tiempo en que no existía ordenamiento jurídico el cual precisamente nace como límite (garantías) al poder. Así si no tenemos garantía, no tenemos derecho y sin este no hay proceso penal.

Con lo expuesto podemos darnos cuenta que la pugna mencionada puede ser reconducida a la que se produce entre fuerza y derechos fundamentales y esta a su vez ser vista como una manifestación de la lucha entre poder y derecho. En estas tres instancias lo que tenemos son diversos sistemas o mecanismos que intentan evitar que el Estado actúe violentamente en contra del individuo, tratando transformar a aquel todo poderoso en un Estado de Derecho, esto es uno que a través de la ley pone límites formales y materiales al poder, restándole a este parte de su capacidad de realización.

Debemos en esta parte hacer una prevención y esta dice relación con que el proceso penal es una síntesis que sólo va a existir si previamente se ha resuelto la pugna entre poder y derecho, esto es sólo va a existir dentro de un ordenamiento jurídico ya constituido. De esta forma así como el proceso penal es una síntesis entre la pugna eficiencia y garantía, el ordenamiento jurídico es una síntesis primera entre poder y limitación de él. Esta síntesis es anterior al proceso penal pues este precisamente requiere de un sistema normativo que exprese el resultado de la lucha entre eficiencia y garantía, sistema que es eminentemente modificable y que depende de directrices mayores. Así existe obviamente una relación entre el ordenamiento jurídico y el proceso penal, pues el primero constituye un factor determinante en la conformación del segundo ya que éste es una expresión particular y sectorial de la síntesis poder/derecho.

Así el ordenamiento jurídico a través de sus normas entrega herramientas al estado para asegurar la eficiencia en el uso de la coerción penal y a su vez consagra elementos que permiten limitar este uso en pos de la dignidad humana evitando en lo posible usos

desmedidos, y por ende violentos, de la coerción penal.

Esta dialéctica entre eficiencia y garantía va a generar una síntesis, que va dar lugar a un determinado procedimiento penal el cual en algún punto se verá en la necesidad de cambiar por las distintas contingencias históricas y políticas. Al comprender que la eficiencia y la garantía son fuerzas dinámicas al interior de la sociedad y que esta ha ido evolucionando a lo largo de la historia lo que tenemos, pues, son distintos procedimientos penales que evolucionan a la par del acontecer social. Es por esto que hemos señalado que el concepto de Binder es dinámico pues nos permite comprender al proceso penal como una expresión de la pugna de poderes al interior de una sociedad y nos deja seguir su evolución a lo largo de la historia.

Según lo anterior podemos vislumbrar que un determinado proceso penal es “un producto cultural, ligado directamente al resultado de las luchas políticas en cada momento histórico”<sup>38</sup>. A partir de esta afirmación podemos extraer dos elementos que van a determinar la forma en que se va a resolver la pugna entre eficiencia y garantía, el primero dice relación con las diversas pugnas de poder que se dan al interior de una sociedad; el segundo es la sociedad misma, con su configuración determinada por el momento histórico en que ella existe.

Que el proceso penal sea un producto cultural se expresa en que en él podemos develar ciertos aspectos de la sociedad que le da lugar, así podemos acercarnos a comprender cuales eran sus prioridades a la hora de restringir o prohibir la ocurrencia de ciertas conductas y de esta manera intentar entender los intereses sociales, políticos, económicos o de cualquier otra índole que confluyen en la calificación de una conducta como punible y que determinan las formas y las diversas instituciones que estarán encargadas de conocer de ellas y de eventualmente sancionar al que se determine como responsable. El proceso penal así es una expresión particular del ser de una sociedad.

Como producto socio-cultural, puede dirigirse hacia el respeto de la dignidad humana o hacia la total pérdida de humanidad. Es por esto que el determinar cual es la síntesis que estamos viviendo hoy en nuestro país no es una pregunta meramente teórica pues se conecta directamente con la dignidad de todas las personas que forman el Chile de hoy, de los que quieren vivir en un ambiente de paz y de los que están encerrados en jaulas por no propiciarlo.

Una vez que comprendemos que el proceso penal es un producto cultural podemos intentar analizar los elementos que determinan su orientación. Como señalábamos anteriormente un elemento que lo constituye es la pugna de poder político que existe en su configuración, la que da cuenta de una lucha entre distintas concepciones del hombre y de la sociedad. De esta forma el proceso penal puede transformarse en una herramienta que ayuda a perpetuar una doctrina que fue capaz de imponerse a otra vencida. Por lo dicho debemos comprender que ninguna de las opciones que se toman al configurar un determinado proceso penal, son casuales o desinteresadas, sino que responden directamente a tensiones políticas y al interior de estas podemos vislumbrar bandos que tienen objetivos trazados e intereses que defender e impulsar.

---

<sup>38</sup> Binder Alberto, op cit. Pág. 67.

Debemos sumar a nuestro análisis otra variante que también viene a determinar la conformación de un proceso penal, esta es la variable de la contingencia histórica. Lo que queremos destacar aquí es que el proceso penal es un resultado que se da dentro de un contexto histórico que lo determina. Así como veremos el nuevo proceso penal que se está instaurando en Chile es el resultado del devenir histórico de nuestro país de los últimos 30 años.

Según todo lo antes dicho podríamos señalar que el proceso penal es una síntesis culturalmente condicionada que se produce en el marco de un ordenamiento jurídico ya constituido entre dos fuerzas o tendencias que se encuentran en la base de formación de la sociedad, estas son la eficiencia y la garantía.

Por último cabe resaltar que esta síntesis entre eficiencia y garantía se manifiesta al interior del proceso penal en sus instituciones (prisión preventiva, declaración del imputado, etc) existiendo en cada una de ellas una resolución particular de la pugna existente entre estas dos tendencias. También intervienen en la resolución práctica del conflicto penal otros factores importantes, como la condición económica del imputado y la víctima, las presiones de la opinión pública, de grupos de poder y medios de comunicación, las condiciones políticas del momento, la corrupción. Estos elementos son los que aumentan la naturaleza compleja del proceso penal.

Sin duda esta visión del proceso penal no nos permite explicar el fenómeno en su totalidad, pero, si nos permite iluminar aquella parte del proceso penal que nos interesa para la elaboración de esta investigación.

### **B.3.2 Del proceso penal como un instrumento que permite la realización del derecho penal material:**

La existencia de un derecho penal en los términos que modernamente lo conocemos, esto es como un mecanismo de control por un parte y como estudio de esos mecanismos por otra, coincide con el surgimiento en la Europa Continental del concepto moderno de Estado que monopoliza el ejercicio de la violencia, violencia que se caracteriza por ser legítima. El surgimiento de las concepciones modernas del derecho penal se relacionan como hemos dicho, con el nacimiento del Estado absoluto. El derecho penal nace así conjuntamente con lo que denominamos el *ius Puniendi* estatal, es decir la “fuerza de la que dispone el Estado para imponer sus decisiones al ciudadano en materias que afecten sus derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud pública, la libertad, la propiedad, la confianza pública y la seguridad común. Decisiones que se fundan tanto en la protección de bienes jurídicos como en un sentido sancionatorio”<sup>39</sup>. Como podemos apreciar, esta facultad que posee el Estado está íntimamente ligada con la fuerza y con la afectación de los derechos fundamentales de todos los miembros de una sociedad, es por esto que se señala que más derecho penal es menos libertad para todos. Por este motivo entonces es necesario regular y limitar la utilización de este poder penal, pues de esta manera se intenta evitar su uso arbitrario o violento, es decir su utilización sin ningún fundamento válido para el derecho o bien que su ejercicio vulnere

<sup>39</sup> Binder Alberto, Op Cit. Pág.9.

los derechos fundamentales de los ciudadanos más allá de lo permitido. Así ha señalado parte de la doctrina que el derecho penal es “la carta magna del delincuente” y podríamos agregar que es la carta magna de todo ciudadano <sup>40</sup>. El derecho penal realiza esta función señalando lo permitido y lo no permitido al Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi*, además de regularle las formas o mecanismos válidos para su ejecución.

Una vez comprendido el hecho de que el derecho penal limita al poder punitivo del Estado podemos interiorizarnos más en su análisis. Así según Claus Roxin el derecho penal material “establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho”. <sup>41</sup> Este mismo autor nos señala la orientación de la normativa penal, esto es su finalidad: asegurar los presupuestos básicos para posibilitar la convivencia humana.

La norma penal así se preocupa de prescribir conductas y de asociar a ella una consecuencia, la que de alguna manera debe hacerse efectiva si queremos que el derecho penal material cumpla su objetivo. Desde esta premisa nace otra visión (respecto a la explicada en el apartado anterior) del proceso penal, esto es el proceso penal como el mecanismo que posibilita la realización concreta del derecho penal material. Es lo que hemos denominado el proceso penal como instrumento.

El proceso penal se entiende así como un mecanismo al servicio del derecho penal material, es entonces “el instrumento que la jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del *Ius Puniendi* del Estado” <sup>42</sup>. Este mecanismo está regulado jurídicamente y esta regulación es lo que constituye el derecho procesal penal. Esta rama del ordenamiento jurídico nos va a señalar quienes intervienen en el proceso penal y cuales son sus derechos y obligaciones; además nos señala las formas y procedimientos que debemos seguir para aplicar las distintas consecuencias jurídicas del delito.

El derecho procesal penal va a cumplir diversas funciones al interior de la sociedad. Así Maier clasifica estas funciones en función material y función formal. La primera se refiere al fin social que cumple el derecho procesal penal, la segunda tiene que ver con cómo las normas que componen el derecho procesal penal cumplen la función material.

- Funciones materiales del derecho procesal penal:

Sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del derecho penal: en este sentido las disposiciones que lo componen deben permitir la persecución, el juzgamiento y la aplicación de una sanción a aquel individuo que infringió la normativa penal del Estado. El derecho procesal penal así forma parte de lo que se han denominado Derechos de Realización, en cuanto concretiza la pretensión punitiva del estado. De esta manera el Estado cumple con la obligación de proteger a sus ciudadanos haciendo efectivo en la práctica el *Ius Puniendi* estatal. Esta primera tarea encomendada

---

<sup>40</sup> En cuanto todos podemos estar en la posición de delincuente.

<sup>41</sup> Roxin Claus, “Derecho Procesal Penal” (Introducción), Editores del Puerto, Buenos Aires.

<sup>42</sup> Gimeno Sendra Vicente, Moreno Cantena Víctor y Cortés Domínguez Valent, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Colex, 3ª Ed., 1999, Madrid, España.



---

al derecho procesal penal se relaciona con la eficiencia como fuerza conformadora del proceso penal.

Sus prescripciones deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal: es lo que Maier señala como protección personal y dice relación con el poder punitivo del Estado que faculta a una serie de sujetos (tribunales, policía, gendarmería, etc.) para ejercer medidas de violencia legítima en contra del individuo que ingresa al proceso penal, es por esta razón que el proceso penal en el cumplimiento del principio de protección del ciudadano debe proteger a la persona a la que se le imputa o se le acusa de un delito, y también prestar protección a la víctima del delito que se investiga. De esta forma nacen una serie de principios y garantías que tienden a asegurar en todo momento el respeto de la dignidad del imputado y de la víctima, y que procuran evitar que el Estado utilice al proceso penal como medio de represión. La distinción que aquí se hace entre principios y garantías<sup>43</sup> dice relación con que los principios son orientaciones generales a las que puede adherir en mayor o menor medida un proceso penal determinado según las decisiones políticas contingentes, y que generalmente conforman pares antagónicos (ej. Principio Acusatorio vs. Principio Inquisitivo). Las garantías son principios constitucionalmente reconocidos, son determinadas orientaciones que pasan a transformarse en derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico y que son exigibles por todos los ciudadanos que pueden llegar a participar de un proceso penal (ej. Derecho a un Juez Imparcial e Independiente, Derecho a Juicio Previo, Derecho a Defensa, Derecho a la Presunción de Inocencia etc.) Existen hoy en doctrina conceptos complejos que dan cuenta de una serie de garantías que deben cumplirse para encontrarnos frente a un proceso penal válido en cuanto respeta la dignidad de la persona, podemos señalar a modo de ejemplo el denominado principio de formalidad y el derecho al debido proceso. El concepto de principio de formalidad establece que el “juicio sólo será adecuado al ordenamiento procesal cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado”<sup>44</sup>.

En este sentido el principio de formalidad exige que el proceso penal sea un límite a la utilización represiva del *Ius Puniendi* estatal por parte del Estado. A su vez la noción de debido proceso da cuenta de “todas aquellas garantías procesales cuyo respeto nos parecen ineludibles en un Estado de Derecho”<sup>45</sup>. Como vemos la concepción de debido proceso es muy vaga, pero a pesar de su amplitud podemos señalar que la doctrina reconoce como parte de él algunos derechos específicos. Estos son el derecho a defensa, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derecho a la presunción de inocencia, inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. La importancia del concepto de debido proceso va a depender en parte de si en un determinado sistema legal existe en la regulación un amplio o escueto reconocimiento de garantías. Así en un

<sup>43</sup> Distinción tomada del libro “Derecho Procesal Chileno” realizada por el profesor Julián López Masle en el capítulo primero del primer tomo de esta obra.

<sup>44</sup> Roxin Claus, Op Cit. Pág. 74.

<sup>45</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1ª ed., Santiago, año 2002.

sistema que posea un listado enorme este concepto va a carecer de fuerza pues será una mera recopilación de normas expresas que conforman el ordenamiento jurídico y no un núcleo firme de garantías. Debemos destacar que esta segunda tarea encomendada al proceso penal recoge la otra tendencia que conforma el proceso penal, esto es reconoce explícitamente a la garantía.

Tiene como finalidad reestablecer la paz jurídica quebrantada a través de una decisión definitiva: este último elemento cruza todo el ordenamiento jurídico pues parte importante de la doctrina otorga a este la función de permitir la convivencia pacífica del hombre en sociedad. De esta manera se reafirma al derecho como un instrumento que está al servicio del hombre y que permite una redefinición más aceptable para las partes involucradas de los conflictos que tienen relevancia jurídica.

- Función formal del derecho procesal penal.

Esta función según explica Maier se lleva a cabo principalmente a través de normas potestativas que determinan el modo, tiempo y forma de los actos que van a conformar diversos procedimientos penales. También esta función se va realizar a través de reglas de deber las que casi siempre establecen reglas punitivas. Son las diversas normas del derecho procesal penal las que nos van a indicar la forma en que el proceso penal va a realizar sus funciones, es aquí en donde se va expresar en la conjugación normativa que compone a un proceso penal la síntesis entre eficiencia y garantía que lo distingue.

- Función de rehabilitación.

Además de las ya mencionadas, parte de la doctrina otorga otra función al proceso penal, esta es la de la rehabilitación del imputado. Se habla así de que el proceso penal tendría la función de reinsertar al delincuente por lo que se haría necesario establecer sanciones o penas alternativas a la privación de libertad las cuales eviten la estigmatización, especialmente para jóvenes delincuentes no reincidentes. Esta concepción es criticada en el sentido de que el Estado no puede imponer un modo ideal de vida. Así un Estado de Derecho que respeta la dignidad de la persona no puede sancionarlo con la modificación obligatoria de su escala moral, de la forma en que ejerce su libertad.

### **B.3.3 El derecho procesal penal como parte de un sistema.**

En esta sección hemos hablado acerca del derecho penal y del derecho procesal penal y se ha señalado que existe una íntima vinculación entre ellos. Ella no sólo se produce por que ambos persigan, desde una perspectiva política, una misma finalidad (limitar el poder punitivo del Estado), también se produce desde un punto de vista orgánico. Ambos forman parte de un cuerpo mayor, lo que la doctrina contemporánea ha denominado el sistema penal. El concepto de sistema penal es un concepto más o menos reciente en el ámbito penal, antes no se veía al derecho penal y al derecho procesal penal como dos subsistemas sometidos a las mismas directrices, se les vislumbraba más bien como dos fenómenos inconexos y de ahí la eterna disputa catedrática acerca de si el proceso penal debía estudiarse a raíz del estudio del derecho procesal o del derecho penal.

Este sistema penal posee un elemento central o rector; este es la política criminal, este elemento articula e intenta dar coherencia al sistema penal que está conformado por

---

tres subsistemas: el derecho penal material, el derecho procesal penal y la ejecución de la pena.

La política criminal la entendemos como aquel sector de las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado. Se refieren al uso que hará éste del poder penal. Así la política criminal “es un conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal hacia determinados objetivos”<sup>46</sup>. La política criminal es el ente que conduce, coordina y complementa la regulación del derecho penal y del proceso penal. Podemos comprender de este modo al derecho penal y al proceso penal como herramientas que persiguen un mismo fin, por tanto deben actuar coordinadamente teniendo cada uno funciones específicas y mecanismos propios. Cada sistema penal debe trasladar lo más limpiamente posible las decisiones de política criminal a cada caso concreto a través de las herramientas que le brindan los subsistemas que lo componen.

Esta integración orgánica del derecho procesal penal podemos llevarla a un plano mayor en cuanto este forma parte también de un sistema mayor, el ordenamiento jurídico. En este sentido el derecho procesal penal debe estarse a las prescripciones constitucionales de ese ordenamiento, esto en virtud de la regla de la jerarquía que prima dentro del sistema legal. Debemos destacar que la relación entre Constitución y proceso penal es una relación estrecha (o debiera serlo), esto en cuanto es en el proceso penal en donde el poder que más directamente afecta al ciudadano, el poder punitivo, se hace realidad. Por este motivo la Constitución como el cuerpo normativo que inspira y regula todo el ordenamiento jurídico, y en particular como el cuerpo en donde modernamente se reconocen y consagran los derechos fundamentales del individuo, va a ser un importante límite para la configuración normativa y la realización de las prácticas que componen el proceso penal.

#### **B.4 Teoría de los derechos fundamentales dentro del proceso penal.**

En capítulos anteriores nos referimos al avance de la dogmática procesal penal en el argumento sobre la dignidad de los ciudadanos dentro del proceso penal. Ahora podemos darnos cuenta de donde nace específicamente esta intención: desde la cosmovisión liberal en general y desde la perspectiva de los derechos fundamentales en el círculo teórico del derecho moderno.

La apertura moral del Estado laico introdujo, a modo de efecto necesario, la filosofía de la tolerancia. Esta nueva forma de entender lo prohibido complicó la justificación del castigo. Desde esta época la clase legisladora necesitó de un sistema de justicia criminal que fuera de acuerdo con los nuevos planteamientos que a nivel político, ellos mismos impulsaban. Pero este proceso es demorado en Europa, cuna del pensamiento liberal, más de la cuenta. Al parecer el sistema criminal del antiguo régimen servía a sus intereses (la introducción al sistema criminal de las grandes masas urbanas necesitaba de un sistema que objetivara a los intervinientes), pero necesitaba de una adecuación a los tiempos, adecuación que solo se realizó una vez que la burguesía mercantilista, liberal logró arrebatarse el poder a los reyes. Comienza eso sí, un proceso tímido de

<sup>46</sup> Binder Alberto, Op Cit. Pág.67.

crítica a ciertas instituciones del proceso que auguran una crítica más general. Se le reprocha al sistema el exceso de jurisdicciones especiales que beneficiaban la corrupción de algunos magistrados. Se les imputa a los jueces de esa época la falta de independencia. Basan esta crítica en su dependencia del poder real. Y por último se les critica la ambigüedad que generaban al momento de aplicar el derecho, por la gran libertad de actuación que tenían.

Los primeros críticos de este sistema, lo que hicieron fue dar una solución de continuidad. Cambian la forma de argumentar pero no el sistema. Argumentan a favor de la secularización de los tipos penales, del derecho al juez natural, de la proscripción de la tortura, pero no argumentan en contra de la totalidad del sistema o de los principios que lo inspiraban. Esto ocurre principalmente porque el nuevo Estado necesitaba de este sistema represor para asentar el nuevo orden político.

Esta situación comienza a cambiar con Hobbes, Thomasius, Montaigne, Pudendorff. Estos autores comienzan a hablar sobre el sistema penal en relación con los derechos naturales del hombre. De esta reflexión surgen los primeros atisbos de lo que ya con la Ilustración se convierten en principios generales del proceso penal, el debido proceso penal, los derechos humanos. Así Hobbes plantea que no existe obligación de acusarse a sí mismo, principalmente porque el Estado exige la sobrevivencia de sus súbditos. Además, rechaza la obtención de testimonios bajo torturas, esto porque van en contra del derecho a la libertad de conciencia. A nivel de justificación de la pena, plantea que es necesario penar pensando en el bien futuro y no sólo en la magnitud del mal causado. En otras palabras, ya no se castiga el pecado cometido, sino que se castiga por la influencia social de esa conducta. Desde este momento la pena, a nivel doctrinario, comienza a ser limitada por límites racionales mínimos, que implican el cese de la arbitrariedad total.

Este es el nacimiento de la inclusión de los derechos fundamentales en el proceso penal. De aquí en adelante la doctrina se ha encargado de construir una serie de principios obligatorios a todo proceso penal. De última generación es el llamado principio de proporcionalidad<sup>47</sup>. Concepto nacido desde el Tribunal constitucional alemán, en palabras simples, busca ponderar distintos principios encarnados en el texto constitucional, en los casos en que se produce una situación de colisión de derechos fundamentales. Como hemos visto anteriormente, el proceso penal puede ser visto como una síntesis entre la eficiencia y la garantía, como la relación dialéctica entre *ius Puniendi* estatal y garantías personales o como una lucha entre el Estado de policía y el estado de derecho. Como sea, en todas estas relaciones se encuentra dos principios en juego; la persecución estatal de los delitos y el derecho general de libertad de las personas (concepto englobador de los derechos de los intervinientes en un proceso penal). La máxima de la proporcionalidad busca encontrar la ponderación exacta entre dos principios. En este caso veremos como esta máxima puede ayudar a la dogmática constitucionalista a racionalizar las decisiones de política legislativa en el ámbito de la regulación más exacta del *ius Puniendi*.

Cada vez que existen dos principios validos y aplicables en una situación a regular o decidir, debe haber una ponderación. Los principios están destinados a ponderarse y

---

<sup>47</sup> Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de estudios públicos y constitucionales, Madrid, 1993.

relativizarse; las normas, que son la síntesis de la ponderación, son el producto las mas de las veces de una mezcla de diversos principios aplicables a una situación determinada. En el binomio eficiencia/garantía, estos principios igualmente validos, han sido producidos una diversidad de sistemas procesales y como ya dijimos es la ponderación que se haga la que determinara cuan represiva será la norma. Pero el análisis incluye la ponderación de las posibilidades fácticas. Es decir que el análisis se complementa con las posibilidades fácticas de realización de la decisión basada en principios.

Este tipo de sistema ponderación de principios posibilita racionalizar las decisiones legislativas y judiciales al imponerles un criterio para ello al momento de la discusión de las mismas. En ésta debe dársele a cada una de las opciones una importancia determinada y luego con esa importancia relativa, regular. Como veremos el antiguo sistema penal dio mayor importancia a la persecución de los delitos que a la garantía de las personas de tener un juicio justo. La violencia de esta decisión está fuera de toda discusión; la idea de suprimir legítimos derechos en pos de la búsqueda de una verdad histórica, suprime la mayoría de las garantías al interior del procedimiento. Con el autor González-Cuellar<sup>48</sup>, concordamos en que dentro del binomio *ius Puniendi*/*ius Libertatis*, el derecho general de libertad, hoy en día, debe ser preferido en la ecuación. Desde este punto de partida, es más fácil comprobar que el nuevo proceso penal es menos represivo de los derechos de las personas, ya que se ve una preferencia por los derechos fundamentales al regular instituciones como la prisión preventiva o el acceso a la defensa letrada.

La conclusión sería que el proceso penal nuevo, aplicando a posteriori la máxima de proporcionalidad, último baremo que la dogmática del derecho produjo para limitar la actuación de las agencias estatales que reprimen derechos fundamentales, es menos represivo que el antiguo proceso penal, el cual por buscar una verdad histórica dentro del proceso, sacrificó el respeto de las garantías mínimas de las personas.

Por último debemos decir que este tipo de razonamiento también llega al juez, el que debe justificar la legitimidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales, encontrando un principio constitucional que lo permita y la relevancia social del fin que esa medida se propone<sup>49</sup>.

#### **B.4.1 Contexto:**

Como ya hemos mencionado luego del primer esfuerzo recubridor del estado de policía en el siglo XIX y su retroceso durante el primer cuarto del siglo XX, con la conclusión de la segunda guerra mundial, se inicia el mayor esfuerzo conocido por colocar en el centro de la discusión jurídica a los derechos fundamentales. La Declaración Universal de los derechos del hombre (10/12/48), la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (2/5/48), Pacto de San José de Costa Rica (22/11/69), el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos (16/12/66), son ejemplos de que a nivel mundial, por sobre

<sup>48</sup> Gonzalez-Cuellar Nicolas, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Editorial Colex, Madrid, 1990.

<sup>49</sup> González-Cuellar Nicolás, "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Editorial Colex, Madrid, 1990.

toda discusión ideológica, se tenía ya un consenso en estos principios. Estos mismos principios generales, fueron progresivamente incluidos en las Constituciones nacionales, esta vez transformados en normas jurídicas aplicables a casos concretos. En Chile la Constitución del 25 y la del 80 agregan a los derechos “de primera generación”<sup>50</sup>, los derechos de “segunda generación”<sup>51</sup>. Es decir amplían la carta de derechos constitucionalmente reconocidos a aquellos derechos aplicables al conjunto de la sociedad como sujeto activo del mismo, sin perjuicio del avance que, durante este siglo, ha logrado la exigibilidad de los derechos sociales y económicos, por personas individuales<sup>52</sup>.

#### **B.4.2 Legislación procesal penal.**

Como ya hemos dicho existen una serie de derechos que, según la doctrina, conforman un proceso justo y acorde con el avance de la teoría constitucional. El estado de derecho recubre históricamente de derechos a las personas para defender a los ciudadanos del estado de policía. De este proceso surgen catálogos de derechos, los que en materia procesal han sido conocidos en su conjunto como “debido proceso”<sup>53</sup> y que toman forma como deberes del estado (estándares mínimos de servicio) o derechos individuales. Advertimos que este análisis es teórico, y que dejaremos la descripción de los procesos chilenos para otros capítulos a fin de compararlos con este marco ideal.

Dentro de un Estado de derecho constitucional es la constitución la base de todo el sistema de enjuiciamiento de un país determinado. A esta afirmación hay que agregar el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, como ya mencionamos antes, como un complemento de las constituciones nacionales. En la mayoría de los casos los derechos consagrados en tratados internacionales ingresan al sistema constitucional, convirtiéndose en parte de la misma y limitando el actuar del legislador, por ello es que deben ser considerados.

El catálogo, en su faz de derechos de los intervinientes, se conforma de la siguiente

<sup>50</sup> Son conocidos por este nombre los derechos humanos referidos a la persona individualmente. Se encuentran dentro de este grupo los derechos civiles y políticos, en particular el derecho a la libertad, la propiedad, a elegir a los representantes.

<sup>51</sup> Este grupo de derechos esta compuesto por los derechos sociales, culturales y económicos, solo en cuanto se refieran a derechos aplicables a toda la sociedad o una parte de ella, para distinguirlos de los derechos de “primera generación”. Se entiende por una parte de la doctrina que tales derechos son programáticos para los Estados.

<sup>52</sup> Un comentario sobre el problema de la exigibilidad de los derechos sociales en “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, Victor Abramovich y Christian Curtis.

<sup>53</sup> La comisión constituyente del 80 discutió, en su sesión N° 101, acerca del origen y alcance del concepto “debido proceso”. Luego de reconocer que el debido proceso es un concepto de origen anglosajón, y que se encuentra reconocido en la mayoría de las declaraciones internacionales, consideró que lo debido no era solo lo enumerado en la ley sino que a lo “racional” y “justo”, palabras que reflejan las dos fases del debido proceso, racional aplicable al procedimiento y justo aplicable a lo sustantivo. Este tipo de argumentación, estableció como mínimo interpretativo, la racionalidad y la justicia tanto para el legislador como para el juez, integrando de esta manera elementos dogmáticos a la definición de proceso debido.

---

manera:

### **B.4.3 Legislación internacional:**

En esta sección nos referiremos específicamente a los tratados internacionales ratificados por nuestro país: la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José de Costa Rica; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El pacto de San José de Costa Rica señala una serie de derechos de las personas al momento de interactuar con el Poder Judicial estatal, las normas más relacionadas con la materia son:

Artículo 5. Derecho a la integridad personal. Incluyendo la integridad física, psíquica y moral. Se prohíbe por el: torturas y penas crueles, tratos inhumanos o degradantes, tratar a los procesados en igualdad de condiciones que los condenados. Se define la finalidad de la pena como instituto reformativo y de readaptación social.

Artículo 7. Derecho a la libertad personal. Incluyendo el principio de legalidad, la prohibición de detenciones arbitrarias, derecho a ser informado de las razones de la detención, a ser llevado sin demora ante el juez que las leyes determinen, al habeas corpus, la prohibición de la prisión por deudas.

Artículo 8. Garantías judiciales. Incluye este derecho la presunción de inocencia mientras no se compruebe judicialmente lo contrario, a ser escuchado por un juez competente, a la defensa letrada, a guardar silencio, a recurrir del fallo, a no ser juzgado por los mismos hechos una vez absuelto.

Artículo 9. Principio de legalidad y retroactividad. Este derecho incluye todos los principios a que hiciera mención Beccaria como son el principio de que no hay delito ni pena sin ley anterior, y que la pena debe ser la determinada a la época de la comisión del delito, salvo si una nueva regulación es más beneficiosa para el delincuente.

El Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos consagra los siguientes derechos y deberes:

Artículo 7. Prohibición de la tortura, prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 9. Nadie podrá ser sometido a detenciones o prisiones arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas en la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. Derecho a ser informado de las razones de su detención, derecho a un juez preexistente, derecho a ser juzgado en un plazo razonable, derecho al recurso de amparo.

Artículo 10. Derechos de la persona sometida a un proceso judicial. Derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Derecho a ser separado de los condenados, derecho de los menores a ser separados de la población adulta, consagración de la finalidad reformativa y de readaptación social de la pena.

Artículo 11. Derecho a no ser encarcelado por deudas.

Artículo 14. Principio de la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia. Derecho a ser escuchado, con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, Principio de la publicidad de los procedimientos, Derecho a la presunción de inocencia, Derecho a defensa letrada, derecho a guardar silencio y a no autoinculparse, derecho a apelación de la sentencia condenatoria, se consagra el principio de “*ne bis in idem*”.

Artículo 15. Se consagra el principio de legalidad penal y el principio de irretroactividad de las penas.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, señala en su articulado:

Artículo 1. define tortura como “todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o accidentales a estas”. Como se ve con esta definición la violencia en su aspecto físico y psicológico esta prohibida.

Artículo 10. Obligación para los estados parte de educar a sus agentes respecto de la prohibición de uso de la tortura como método de trabajo o investigación.

Estos son los principales catálogos de derechos y deberes que los principales tratados internacionales contienen dentro de su articulado. En su conjunto esta legislación es el debido proceso considerado obligatorio por la comunidad internacional. En Chile, adelantando nuestros próximos análisis, la Constitución de 1980 reconoce en su artículo 19 n° 3 la mayoría de los derechos antes mencionados, en especial reconoce el derecho a un racional y justo procedimiento.

Podemos ver que distintos autores tratan sistemáticamente el desarrollo de sus catálogos nacionales de acuerdo con los principios que acabamos de mencionar. Así por ejemplo el español Vicente Gimeno Sendra<sup>54</sup> señala que el proceso penal contemporáneo no solo debe buscar la realización del *ius Puniendi* estatal sino que busca además la protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima y la rehabilitación del imputado. Desde esta nueva perspectiva la legislación procesal penal debe regirse por el conjunto de los principios mencionados. Toma como punto de partida el principio acusatorio y desde ahí señala los derechos que un “Debido Proceso” debe contener hoy en día. Del catálogo reformado de garantías el autor señala que en España rigen los principios contenidos en los tratados internacionales y que estos se ven reflejados a nivel constitucional. Dentro de la legislación española el autor ve los

---

<sup>54</sup> Gimeno Sendra Vicente, Moreno Catena Victor y Cortés Domínguez Valentín, Op Cit Pág 75.



---

siguientes principios derivados de este nuevo impulso reformador:

Derecho constitucional a defensa. También España asegura a nivel legislativo el derecho a un abogado desde el momento de la detención.

Derecho constitucional al Habeas Corpus. Con su consagración legislativa a través de un plazo legal de la prisión preventiva.

Derecho constitucional al juez imparcial. Con su concreción legal en la separación de las funciones de enjuiciar y de decidir la contienda dentro del proceso penal<sup>55</sup>.

Vigencia del principio de proporcionalidad. Es decir la decisión judicial debe justificarse con el fin perseguido por la medida restrictiva de la libertad a aplicar. Ejemplo de la vigencia de este principio es la necesidad legal de *motivación* de cualquier resolución que limite el ejercicio de un derecho fundamental.

Derecho constitucional a la participación en el jurado.

Derecho constitucional a un juicio justo. El artículo 24.2 de la CE consagra expresamente este derecho. Dentro de este derecho la jurisprudencia ha dejado entrar cualquier derecho fundamental de índole procesal que no puedan ser subsumidos en los demás. El autor señala que forman parte del proceso actual en España: el derecho a la igualdad de armas, el principio acusatorio (en especial la separación de las funciones de investigar, enjuiciar y sentenciar), libre valoración de la prueba producida en el juicio, presunción de inocencia.

Derecho constitucional a un juicio público.

Derecho a los recursos. Sin consagración constitucional, el autor lo incorpora dentro de los derechos fundamentales por estar contenido, como ya vimos, en declaraciones internacionales que forman parte del ordenamiento español.

Derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas.

Estos son a juicio del autor las garantías que el proceso penal español posee hoy en día. Como se ve esta estructura se corresponde teóricamente con la evolución de la teoría constitucional y la propia historia del Estado.

En Chile Julián López y María Inés Horvitz Lennon, en su libro sobre el proceso penal, utilizan un criterio semejante al coordinar los principios con la legislación chilena. Consideran que el proceso vigente en Chile a partir del 2004 contiene principios como el de oficialidad (persecución y preocupación pública de los delitos), el de investigación oficial y de aportación de parte (respecto de quién debe producir la prueba), acusatorio (separación de funciones dentro del proceso) y de legalidad procesal y oportunidad (se oponen respecto de la obligación de perseguir todos los ilícitos), como también principios que nacen del proceso de discusión que en Latinoamérica se generó con el fin de terminar los 200 años de persecución estatal sin límites.

---

<sup>55</sup> El TC español, en sentencia 145/1998 reafirmó esta garantía al obligar al legislador español, concordando con el tribunal europeo de derechos humanos y la constitución española, a derogar tres procedimientos ordinarios (en estos procedimientos el juez acumulaba las funciones de enjuiciar y de sentenciar) y exigir su reemplazo por procedimientos acordes con el derecho al juez imparcial.

## **C. INDICADORES LEGALES:**

---

### **C.1 Legislación chilena.**

Una vez hecho el análisis teórico de la reforma del proceso penal cabe analizar la legislación chilena que ejemplifica las orientaciones político-criminales que el legislador tuvo en cuenta al momento de regular el *Lus Puniendi Estatal*.

A nivel Constitucional, Chile ha tenido tres Constituciones que han marcado momentos en la historia del país, estas son la de 1833, 1925 y 1980. La primera de ellas es fruto de una serie de intentos de darse un ordenamiento puramente chileno. En lo que respecta al proceso penal se deja toda su regulación a la ley, y solo regula el aspecto orgánico de los tribunales por lo que hasta la constitución de 1925, en Chile rigió la ley española hasta 1906 y de ahí el código de procedimiento penal<sup>56</sup>. En lo que respecta a la constitución de 1925, esta consagra garantías constitucionales como el recurso de amparo y el derecho a un debido proceso, pero nada de esto se traduce en cambios concretos en la situación de los intervinientes en el proceso, puesto que rige todavía el código de 1906<sup>57</sup>. La historia sigue siendo la misma con la constitución de 1980, pues si bien se reconoce el derecho a un justo y racional procedimiento, a defensa, a un juez imparcial, al habeas corpus, la presunción de inocencia y el principio de legalidad<sup>58</sup>, hasta la fecha no rige en su plenitud el nuevo proceso penal, por lo que las declaraciones de derechos constitucionales se deshacen en la legislación inquisitiva de 1906.

### **C.2 Ley de procedimiento penal de 1906.**

El código de procedimiento penal entró a regir el 1 de Marzo de 1907 y en su mensaje da cuenta del proceso de reforma del proceso penal en Europa y da las razones del porque en Chile no podrá aplicarse este proceso. En primer lugar el sistema de jurados es abandonado porque a juicio del legislador considera que en Chile no hay ciudadanos dotados de la capacidad intelectual para formar jurados. Por otra parte, el Mensaje considera que este sistema conlleva gastos que el fisco nacional no esta en condiciones de soportar. Respecto del procedimiento con juicio oral el Mensaje señala que por falta de recursos tampoco será posible tener este tipo de procedimiento. Como se puede

<sup>56</sup> La constitución del 33 señala en su artículo 12 n°4 que nadie puede ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes. Consagra el principio de legalidad y se intuye la consagración del recurso de amparo. En los artículos 108 y ss. La constitución se encarga de regular la Orgánica del poder Judicial.

<sup>57</sup> La Constitución del 25 consagra los siguientes derechos de los intervinientes en el proceso penal: Art. 10 n° 15 libertad de movimiento y prohibición de detenciones ilegales. Art. 11 Derecho a un proceso legal y consagración de la irretroactividad de la ley penal. Art. 12 Prohibición de ser juzgado por comisiones especiales. Art. 13 Prohibición de detenciones ilegales. Art. 14 Prohibición de mantener en prisión sino solamente en lugares habilitados. Art. 16 Consagración del recurso de Amparo. Art. 18 Derecho a no autoinculparse. Art. 19 Excepcionalidad de la prisión preventiva. Art. 20 Derecho a la indemnización por error judicial.

<sup>58</sup> La Constitución de 1980 contiene dentro de su Art. 19 n° 3 las garantías mencionadas.

apreciar ya a la época del Mensaje se tenían nociones de procedimientos por jurados o por juicios orales, pero fueron rechazados por motivos tangenciales.

Con esta serie de excusas, se deja en claro en párrafos siguientes que el tipo de procedimiento que regirá en Chile será uno en que el juez conocerá de los hechos y fallara la causa, y con el tiempo, luego que los fiscales serán derogados, también argumentando la falta de recursos, incluso llegará a acusar y a juzgar. En términos generales puede decirse que este procedimiento del código de 1906 se califica dentro de los procedimientos inquisitivos puros, en gran medida por su falta de publicidad (secreto de sumario), principio de oficialidad (obligación de investigar todas las denuncias), acumulación de funciones, objetivización del imputado (mirado como medio probatorio) y la consagración de medidas cautelares como la prisión preventiva y el arraigo, con carácter general<sup>59</sup>. Ahora desarrollaremos su estructura, guiados desde la perspectiva garantista, es decir mostraremos las fases del procedimiento penal chileno y las violaciones (represiones, violencias) a los derechos fundamentales.

### **C.2.1 Estructura del procedimiento penal**

En términos generales el código de procedimiento penal divide el procedimiento en dos etapas claras, el sumario y el plenario. El sumario es la etapa de investigación de un hecho punible y que puede partir por una denuncia, querrela o de oficio por los tribunales. Generalmente la denuncia es la forma en que se inicia la mayoría de los procedimientos, con ella debe el tribunal instruir sumario, el que por regla general es secreto hasta que las partes consigan tener acceso a él. Durante la etapa del sumario es el tribunal el que tiene la obligación de investigar si los hechos denunciados son constitutivos de delito, sin perjuicio de que las partes pueden solicitar al juez diligencias. Durante el sumario un hito importante es el auto de procesamiento, con esta resolución el “procesado” comienza una escalada de pérdida de derechos, en conjunto con la represión de la presunción de inocencia. Cabe precisar que el auto de procesamiento requiere que le haya tomado declaración indagatoria al imputado, es decir que la confesión judicial es la principal prueba dentro del sumario. Con el procesamiento se produce el arraigo de Derecho y procede en la mayoría de los delitos la prisión preventiva<sup>60</sup>. Una vez que se considera cerrada la investigación uno de los funcionarios le entrega el expediente al juez para que este cierre el sumario y acuse por los delitos que él crea se hayan configurado.

Una vez hecha esta resolución la causa pasa a estado de Plenario. Aquí comienza un procedimiento contradictorio en donde las notificaciones son la regla general, en donde el acusado puede controvertir en parte las acusaciones en la contestación de la acusación, en el plenario puede el querellante hacerse parte en la acusación fiscal y salvo que las partes lo expresen, puede abrirse un término probatorio.

En general el plenario es una etapa cosmética, ya que toda la prueba se produjo en

<sup>59</sup> La libertad provisional se ve como un “beneficio”, siendo la prisión preventiva la regla general una vez que se procesa a alguien y el arraigo es uno de los efectos del auto de procesamiento.

<sup>60</sup> El Art. 275 del CPP. señala que la resolución que declare el procesamiento señalará si se le concede el “beneficio” de la libertad provisional al procesado. Los artículos 357 y 359 señalan los casos en que será procedente el beneficio.

el sumario, generalmente en contra del imputado y las partes en la etapa del probatorio poco pueden aportar para controvertir la acusación fiscal. La mayoría de las veces se falla definitivamente la causa luego de que los trámites de la contestación están terminados.

Esta es la estructura del procedimiento, a grandes rasgos. Pero hay estructuras paralelas y fácticas que lo caracterizan aún mejor. Por eso es que nos daremos en tiempo de mostrar estas verdaderas “instituciones” del proceso antiguo.

Por la obligación de conocer de todas las causas (principio de oficialidad), los tribunales se ven atochados de denuncias. Frente a este problema la solución ha sido archivar las denuncias hasta que el denunciante ratifique la denuncia.

Esta forma de funcionamiento ha sido llamada “partes de mesón”, e implican una aplicación del principio de oportunidad espontánea e ilegal. Otro problema congénito del sistema actual es la demora de los juicios. En promedio los juicios criminales demoran 7 años en terminar. Los atrasos se deben a múltiples causas, la desidia de los funcionarios, el exceso de trabajo, el atochamiento de causas en la corte de apelaciones (al 2004 se están viendo causas que ingresaron el 2002), la escrituración de todo el procedimiento. Pero más importante que las causas de la demora de los juicios son los efectos que esta demora provoca.

En primer lugar el efecto más importante y violento es que los imputados sometidos a prisión preventiva pueden cumplir hasta 5 años dentro de la cárcel, sin tener sentencia definitiva que lo justifique. Pero las demoras generan otras consecuencias ahora de percepción del sistema y de sensaciones de justicia. Las víctimas no encuentran que el sistema funciona como se espera y de la sensación de indefensión pasan, en algunos casos a la autotutela. La cadena de efectos puede verse amplificada cada vez que el proceso penal es objeto de la mayoría de los proyectos políticos que postulan a algún cargo público, por lo que la dureza de trato a los “delincuentes” se amplía desde la detención y, la prisión preventiva se convierte en la verdadera condena, sin que haya sentencia que lo declare.

La idea de secreto sigue a todo el procedimiento penal actual. En primer lugar el secreto de sumario es la regla general y para tener conocimiento de las actuaciones del proceso, es necesario la más de las veces realizar una especie de “lobby”, en el cual el abogado debe extraerle al actuario de la causa las informaciones que necesita o simplemente solicitar diligencias en el aire. Esta “institución” de las conversaciones del abogado con el actuario depende del sentido ético de los involucrados para que no se convierta en lugar propicio para la corrupción.

El derecho a defensa es uno de los puntos sensibles que la doctrina procesal penal tomó para impulsar el proceso de reforma. En Chile por ejemplo el imputado solo necesita abogado desde que es procesado, pero la mayoría de las veces el abogado designado actúa en el plenario al momento de contestar la acusación, puesto que por una modificación legal se consideró trámite esencial a la contestación. La indefensión del imputado se acentúa ya que la mayoría de las veces son alumnos en practica los encargados de contestar las acusaciones, los que compiten contra abogados, generando una desigualdad de armas manifiesta.

Pero junto con estas “instituciones” paralelas, existen algunas instituciones que aunque legales no se adecuan a los parámetros que majaderamente hemos expuesto. El Instituto Interamericano de derechos humanos en su informe penal de 1986 realizó un catastro de los sistemas penales y su adecuación con los derechos reconocidos en los principales pactos internacionales<sup>61</sup>. El informe, en el apartado dedicado a la legislación procesal, comienza señalando que los procedimientos penales latinoamericanos distan de cumplir con todas las garantías que requiere la ideología de los derechos humanos, y le llama la atención la distancia que han tomado los procedimientos de las constituciones de los países latinoamericanos.

Entrando en materia, el informe analiza las principales lesiones a los derechos humanos que ocurren dentro de los procedimientos penales. Por su aporte a nuestro tema mencionaremos una por una esas lesiones, mencionando como se refleja en Chile esa lesión.

Vigencia inmediata de la legislación penal. Se entiende que un debido proceso requiere que la ley solo sea retroactiva si beneficia al sometido al procedimiento. En Chile rige la aplicación de la ley penal más benigna, sin perjuicio de que en general por virtud de la ley de efecto retroactivo, la ley procesal rige “in actum”. No hay por tanto quebrantamiento a este derecho.

Violaciones al principio “*ne bis in idem*”. Este principio es indirectamente reconocido en todo Latinoamérica por el reconocimiento de la cosa juzgada. En Chile las instituciones de la reincidencia y el sobreseimiento parcial morigeran un poco la validez general de la cosa juzgada. Mediante ellos procesos ya resueltos son vueltos a valorar para agravar o suspender los efectos que la cosa juzgada tiene sobre los derechos de las personas.

La violación de la garantía del juez natural y los fueros especiales. En Chile la vigencia de una justicia separada que juzgue delitos en que aparezcan vinculados militares (código de justicia militar) y la ley de seguridad del Estado que establece procedimientos especiales para delitos cometidos por civiles, son atentatorios contra esta garantía.

Jurisprudencia obligatoria. En Chile y en el resto de Latinoamérica, por seguir la tradición continental, la jurisprudencia de los tribunales de justicia solo cumple una función unificadora y solo en algunos países la presión la convierte en obligatoria, pero en general no se viola esta garantía.

Independencia del ministerio público. En Chile la independencia del juez que investiga, órgano similar al ministerio público, es nula por ser el mismo el que luego deberá decidir la inocencia o culpabilidad del investigado.

Las manifestaciones extrajudiciales y las declaraciones judiciales viciadas. Este tipo de violación tiene que ver con las declaraciones del imputado y su valor probatorio. Sobre todo se busca prohibir la coacción del imputado al momento de prestar la declaración ya sea en agencias administrativas como judiciales. En Chile las presiones físicas como las

<sup>61</sup> Instituto Interamericano de derechos Humanos, “Sistemas penales y derechos humanos en América Latina”, informe final, coordinador Eugenio R. Zaffaroni, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1986

esposas, el escarnio público y las chaquetas amarillas, son coacciones indebidas contra los declarantes. Por otra parte la incorporación de las órdenes de investigar al expediente con las declaraciones ante la policía de investigaciones, también son indebidas ya que este tipo de declaración no puede tener valor probatorio.

Libertad provisoria o excarcelación. Desde que la prisión preventiva es la regla general en América latina, la regulación de la libertad provisoria es fundamental. Debe perseguir la regulación que la libertad provisional haga de la prisión preventiva un aseguramiento del procesado y no una anticipación de la condena. En Chile como en la mayoría de los países de la región existen supuestos en que la prisión preventiva se mantiene hasta la sentencia, no tiene un límite formal sino que dura hasta que se mantengan las circunstancias que la hicieron procedente.

Incomunicación de la persona privada de libertad. Este tipo de violación esta regulada en el CPP chileno hasta por 10 días.

El derecho de defensa. En general este derecho está reconocido en términos generales. Ahora desgranándolo, se ven situaciones que son atentatorias contra el derecho de defensa. En Chile la intervención del abogado defensor es nula dentro del sumario y como ya dijimos la mayoría de las veces se reduce a la contestación de la acusación. A las actuaciones del proceso tanto el abogado defensor como el querellante no pueden tener acceso, es decir que no pueden representar a sus clientes sino por escrito.

Con este análisis buscamos mostrar el procedimiento de 1906 tal como se da en el día a día. Las violaciones expresadas son la muestra representativa de un sistema que como ya se analizó, deja mucho que desear en términos de respeto a los derechos fundamentales y que en términos ya ocupados violenta los derechos de las personas.

### **C.3 Procedimiento penal ordinario en el nuevo código procesal penal.**

En esta sección describiremos como se estructura el procedimiento ordinario contemplado en el nuevo código procesal penal, revisaremos las instituciones que lo componen e intentaremos avizorar las funciones que estas cumplen al interior de un sistema penal abierto y compuesto por diversos subsistemas. Es importante a su vez que no perdamos de vista que cada proceso e institución que lo compone es un producto cultural el cual para su cabal entendimiento debe remitirse necesariamente a la sociedad que le da vida y dinamismo.

Debemos también darle sentido al hecho de que dediquemos páginas de nuestro trabajo a desarrollar una estructura que leyendo algunos artículos del código ya citado queda clara. En este sentido el profesor Alberto Binder nos señala: “La organización del proceso penal no es un problema menor ya que en numerosas ocasiones dependerá de ella que el proceso penal cumpla efectivamente con los principios que lo fundan o deberían fundarlo”.<sup>62</sup> Vemos así que la coherencia entre la estructura de nuestro proceso y los principios que lo fundan determinará que éste constituya una barrera más o menos exitosa en contra del uso ilegítimo del *ius Puniendi* estatal. Pensemos por ejemplo que el

---

<sup>62</sup> Binder Alberto, Op Cit. Pág. 67.

nuevo proceso penal instaurado en Chile tiene como una de sus bases fundamentales el hecho de que el tribunal del juicio oral sea un tribunal imparcial, así si nuestro procedimiento penal se estructurara de tal forma que los jueces que lo componen tuvieran acceso en forma previa a la audiencia de juicio oral a los antecedentes que se obtuvieron de la investigación realizada por el Ministerio Público el principio de contar con un juez imparcial se quebrantaría y junto con esto se quebrantan las garantías que la sociedad chilena ha entendido como básicas para someter a una persona a juicio. El tema no es menor cuando de por medio se encuentra la distribución de autonomía que tan radicalmente realiza el proceso penal.

### **C.3.1 Sujetos procesales.**

Juez de Garantía.

Es uno de los principales actores durante la etapa de investigación. Tiene a su cargo el asegurar el respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado y de los demás intervinientes durante la etapa de investigación. Dirige las audiencias que se realizan durante esta etapa y otras señaladas por la ley procesal penal<sup>63</sup>; y en algunos procedimientos conoce y/o falla<sup>64</sup>. Debemos destacar que este es un órgano de control jurisdiccional de las actuaciones propias de la investigación, por lo que posee un marcado rol garantista al interior del nuevo proceso. El juez de garantía es un órgano nuevo al interior del proceso penal.

Tribunal del Juicio Oral.

Éste es un tribunal colegiado y letrado que está compuesto generalmente por tres jueces que deben conocer y juzgar las causas por crimen y simple delito. Su creación implica la separación de las funciones de investigar-acusar-juzgar en cuanto estas últimas dos quedan radicadas en el Ministerio Público. Cuestión importante es el señalar que ha diferencia del procedimiento penal anterior el tribunal antes de la realización de la audiencia de juicio oral no posee ningún antecedente de la investigación por lo cual su decisión debe fundarse solamente en las pruebas exhibidas durante la audiencia<sup>65</sup>. Esta nueva reglamentación<sup>66</sup> intenta asegurar la imparcialidad del tribunal que resuelve.

Ministerio Público.

Es un órgano autónomo respecto de los otros poderes del Estado<sup>67</sup> y jerarquizado introducido en la Constitución Política de la República<sup>68</sup>. Le corresponde dirigir en forma

<sup>63</sup> Audiencia de Preparación del Juicio Oral, Audiencia en procedimiento simplificado y Audiencia en procedimiento por delito de acción penal privada.

<sup>64</sup> Procedimiento simplificado, procedimiento monitorio y procedimiento abreviado.

<sup>65</sup> La excepción a esta normativa se da en el caso de la anticipación de prueba que veremos más adelante.

<sup>66</sup> Ver Art. 296 del Código Procesal Penal de la República de Chile (de ahora en adelante CPP).

<sup>67</sup> No está inserto dentro ningún otro poder del Estado y no depende de ninguno de ellos, es un órgano "extrapoder".

exclusiva la investigación de hechos que pueden revestir el carácter de delitos, ejercer en el caso que corresponda la acción penal pública y adoptar las medidas para proteger a las víctimas y testigos. Su estructura orgánica está conformada por un Fiscal Nacional (superior jerárquico), por órganos administrativos de la fiscalía nacional, por fiscales regionales y fiscales adjuntos<sup>69</sup>.

El hecho de ser un órgano autónomo no quiere decir que esté exento de control. El Ministerio Público es objeto de varias clases<sup>70</sup> de control: político, procesal, interno y ciudadano.

#### La Policía.

Se comprende dentro de éste término a la Policía de Investigaciones, a Carabineros de Chile y a Gendarmería. A estas les corresponde ser auxiliares del ministerio público en las labores de investigación y ejecutar las medidas de coerción legítimamente ordenadas. La policía es un ente que posee subordinación funcional al Ministerio Público por lo que sus funcionarios realizarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales de acuerdo a las instrucciones por estos entregadas. Como vemos la policía es un sujeto no interviniente en el proceso penal. Posee un campo restringido de actuación autónoma el cual comprende el ámbito de los delitos flagrantes, la recepción de denuncias, la protección de imputados, testigos, víctimas y del sitio del suceso.

#### El Imputado.

Es la persona a la cual se le atribuye la participación en un hecho punible. Se ostenta esta calidad a partir de la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia<sup>71</sup>. Una cuestión relevante dice relación con que a partir de que se tiene esta calidad se es un sujeto de derechos al interior del proceso penal; así puede gozar de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico<sup>72</sup> tales como el derecho a ser informado de los hechos que se le imputaren y de los derechos que la legislación le otorga, el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, el derecho a guardar silencio, etc.

<sup>68</sup> A través de la ley de reforma constitucional n° 19.519.

<sup>69</sup> Los que generalmente realizarán la investigación.

<sup>70</sup> Según la tipología planteada por la profesora María Inés Horvitz en su libro “Derecho Procesal Chileno” estas corresponden ha El control político es ejercido por los otros órganos del Estado y en particular por el pleno de la Corte Suprema respecto de las actuaciones del Fiscal Nacional y los fiscales regionales. El control procesal se ejerce sobre la actividad persecutoria realizada por el Ministerio Público en las diversas etapas del procedimiento; realizan este control el juez de garantía y la víctima, principalmente. El control interno tiene que ver con la estructura jerárquica del Ministerio Público y con la responsabilidad disciplinaria a la que están sujetos los integrantes del mismo. El control ciudadano tiene que ver con determinadas obligaciones del Ministerio Público como la de rendir cuenta de las actividades del órgano a nivel nacional o regional. También se liga a la publicidad (limitada) de las actuaciones administrativas del Ministerio Público y a la obligación de transparencia que recae sobre la actuación de los fiscales.

<sup>71</sup> Ver Art. 7 CPP.

<sup>72</sup> Para conocer estos derechos ver Art. 93 del CPP.



La calidad de imputado no es equivalente a la calidad de reo o procesado la cual se poseía en el antiguo procedimiento penal tras la dictación del auto de procesamiento. En el nuevo proceso penal la lógica se invierte, la calidad de imputado precisamente intenta dejar atrás la idea propia de los sistemas inquisitivos en que la persona sospechosa de haber participado en la comisión de un hecho delictivo es vista como un objeto de la investigación. Imputado es sinónimo de sujeto de derechos.

#### La Defensoría Penal Pública.

En la nueva estructura que se ha configurado en torno a la reforma procesal penal se ha creado un organismo denominado defensoría penal pública la cual viene a ser un órgano coordinador entre las distintas defensorías locales existentes en nuestro país y tiene como objetivo principal prestar defensa penal a los acusados por un crimen, simple delito o falta que carezcan de abogado.

La Defensoría Penal Pública es un servicio público dotado de patrimonio y personalidad jurídica propia. Es un servicio descentralizado sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.

Su servicio es esencialmente gratuito. Su órgano superior es la Defensoría Nacional presidida por el Defensor Nacional. Posee también una serie de unidades administrativas, defensorías regionales presididas por el defensor regional y defensorías locales compuestas por defensores locales.

El imputado posee el derecho a defensa el cual incluye el derecho a designar a un defensor letrado de su confianza, el derecho de que el Estado le proporcione uno y el derecho a defenderse por sí mismo cuando esto no afecte la eficacia de su defensa. El defensor es precisamente el letrado que asume la defensa del imputado y ejerce sus derechos y facultades a lo largo del procedimiento.

Este órgano permite una mayor eficacia en la realización del derecho a defensa técnica. En el sistema anterior la defensa de los acusados estaba en manos de estudiantes que realizaban su práctica profesional durante 6 meses en las corporaciones de asistencia judicial, o en manos de los abogados de turno. Ante un juicio que en Chile puede llegar a durar más de 10 años vemos que en el sistema anterior el derecho a defensa técnica para aquellos que no podían pagar un abogado era una cuestión programática y por tal inexistente.

#### La Víctima.

Como regla general es la persona ofendida por el delito. Cuando esta persona haya fallecido a consecuencia del delito la calidad de víctima se le otorga a algunos familiares en orden de prelación<sup>73</sup>. Lo relevante de tener esta calidad son los derechos que esta otorga<sup>74</sup>, la calidad de víctima al interior del proceso penal, al igual que en el caso del imputado, es sinónimo a ser sujeto de derechos. Una de las intenciones de la reforma del proceso penal fue la de otorgar derechos a la víctima con el fin de que sea un agente

---

<sup>73</sup> Ver Art. 108 del CPP-

<sup>74</sup> Ver Art. 109 CPP.

poseedor de una mayor participación en el proceso. Así la víctima se transforma en muchas ocasiones en un agente controlador de la marcha del proceso. Por ejemplo puede impugnar la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad o puede solicitar la reapertura de la investigación ante un archivo provisional de la misma.

La víctima también puede presentar querrela, solicitar medidas de protección<sup>75</sup> y diligencias durante el curso de la investigación, puede pactar un acuerdo reparatorio con el imputado como una salida alternativa del procedimiento, etc. Lo que queremos destacar es que la víctima en el nuevo proceso penal deja de situarse al margen del proceso, situación característica de los procedimientos de corte inquisitivo.

El Querellante.

En general será la víctima que ha deducido querrela. El artículo 111 del CPP establece casos excepcionales en que personas distintas de la víctima pueden interponer querrela.

El código procesal penal admite diversas clases de querellante. Este puede ser querellante conjunto adhesivo en el ámbito de los delitos de acción penal pública. Aquí el querellante es colaborador y controlador de la actuación del Ministerio Público. Una de sus facultades más importantes es el forzamiento de la acusación y la consecuente privatización de la persecución penal. Misma calidad posee el querellante de acción penal mixta. En el ámbito de los delitos de acción penal privada el querellante es quien lleva a cabo la persecución penal a través de un procedimiento especial<sup>76</sup>.

### **C.3.2 Descripción del procedimiento penal ordinario.**

El proceso penal ordinario se divide principalmente en tres etapas: una primera de investigación, la segunda de preparación del juicio, la tercera es el juicio mismo. Podemos agregar dos etapas más: la de ejecución de la sentencia condenatoria y de las medidas de seguridad; y la de control de la sentencia.

#### **2.1 Etapa de Investigación :**

Antes de revisar la estructura de esta etapa nos parece relevante establecer algunas diferencias sustantivas que se dan en el nuevo proceso penal respecto del anterior en relación a la investigación. En el antiguo procedimiento la dirección y ejecución de la etapa de investigación estaba en manos del juez de instrucción, podemos hablar entonces que la etapa de instrucción tenía un carácter judicial. Esto en el nuevo proceso se modificó pasando el control de la etapa en cuestión al Ministerio Público. Con esta modificación la etapa de investigación pasa a manos de la administración cuya actividad es controlada por un órgano judicial como lo es el juez de garantía y en ciertos aspectos por la víctima.

Esta modificación permite que los tribunales se dediquen exclusivamente a realizar

75

76 Procedimiento por delito de acción privada regulado en el Título II del Libro IV del CPP.

---

actividad jurisdiccional dejando de lado actividades que dada la estructura del procedimiento anterior comprometían su imparcialidad y afectaban garantías básicas que componen un debido proceso.

Debemos destacar que en esta fase del proceso se manifiesta en forma evidente la tensión que está tras todo el proceso penal. Los afanes por lograr la eficiencia del proceso se ven reflejados en instituciones que tienen cabida durante esta etapa tales como la prisión preventiva o las medidas cautelares reales; a su vez la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que intervienen en un proceso penal da lugar a audiencias de control de detención y recursos de amparo ante el juez de garantía, esto a modo de ejemplo.

Las actuaciones del Ministerio Público durante la etapa de investigación están orientadas a lograr la máxima eficiencia en la persecución penal y éste afán es controlado por una figura judicial: el juez de garantía. Advertimos entonces el cambio estructural que pasa desde un autocontrol hecho por el mismo juez que investiga, a un control externo realizado por un órgano jurisdiccional respecto a un órgano administrativo.

Hechas estas precisiones adentrémonos en la estructura del proceso.

El proceso penal parte confrontándose con un hecho que a través de alguna vía ha llegado a conocimiento de las autoridades a las que el Estado ha comisionado la investigación de hechos que posiblemente constituyan delito.

Estas vías de conocimiento se han denominado como “actos iniciales del proceso” y en Chile pueden ser tres:

Denuncia: consiste en la comunicación directa que una persona realiza a algunos de los órganos estatales encargados de la persecución penal acerca del conocimiento que esta posee de hechos que pudieren revestir el carácter de delito. Los principales órganos que pueden recibir una denuncia en el caso de un delito de acción pública son el Ministerio Público, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, Gendarmería y los Tribunales con competencia criminal. Debemos precisar que como el órgano que está encargado de la persecución penal es el Ministerio Público todas las denuncias realizadas ante los otros órganos señalados deberán reconducirse a el por expreso mandato legal<sup>77</sup>.

Este acto inicial del procedimiento no tiene lugar en los delitos de acción privada<sup>78</sup>, en estos casos el proceso sólo puede iniciarse por querrela. Debemos destacar que por regla general nadie posee la obligación de realizar denuncias, salvo en los casos expresamente señalados en la ley, y esto denota que el Estado de Derecho intenta una vez más contener al estado de Policía que persiste en nuestras sociedades modernas, la obligación de denuncia es propia de regímenes totalitarios en donde todo sujeto es controlado de forma horizontal por sus pares, y en donde el no denunciar implica ser partícipe del hecho punible.

<sup>77</sup> Ver Art. 173 del CPP.

<sup>78</sup> Esta distinción entre delitos de acción privada y delitos de acción pública era ya realizada por los Griegos. Esto refuerza la idea de que existe un cierto grado de continuidad histórica en la conformación del proceso penal.

Querrela: La querrela es una denuncia especial ya que es realizada por un sujeto particular (la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, por regla general) y acompañada de la solicitud de intervenir en el procedimiento ulterior. Esta especialidad de la querrela hace que los requisitos de su admisión sean más estrictos. Así nuestro Código Procesal Penal establece límites a la legitimación activa para realizar una querrela, establece también límites temporales, de forma y de contenido <sup>79</sup>.

Conocimiento de Oficio: en este caso los órganos de persecución penal toman noticia directa de la comisión de un supuesto hecho delictivo. Un caso típico se daría cuando carabineros toma conocimiento de un presunto delito y comienza a investigar bajo las órdenes del Ministerio Público. No se puede iniciar de oficio el procedimiento en los casos en que estemos en presencia de un delito de acción pública previa instancia particular ya que en estos casos se requerirá una denuncia o querrela de la víctima del delito.

Como señalamos, una vez que el Ministerio Público, toma conocimiento de un hecho que reviste las características de un delito comienza la etapa de investigación. Es aquella en que se realiza la “indagación preliminar, por parte del Ministerio Público y la policía, de los hechos denunciados que revistan carácter de delito. Su función principal es la recopilación de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado” <sup>80</sup>.

En opinión de la profesora María Inés Horvitz <sup>81</sup> durante esta etapa se buscan tres objetivos:

1. Obtener antecedentes probatorios que fundamenten una eventual acusación y asegurar estos antecedentes hasta su oportuna presentación.
2. Descartar aquellos casos en que los antecedentes sean insuficientes para demostrar la comisión de un delito dejándolos fuera del procedimiento.
3. Dar pie cuando corresponda a soluciones alternativas al juicio propuestas por la nueva normativa legal.

Esta fase se caracteriza en parte por ser la etapa de preparación de la acusación. Es aquí en donde el fiscal reunirá los antecedentes que le permitirán fundar una eventual acusación. Precisamente por ser esta etapa decisiva para la acusación lo será también para el eventual juicio oral pues precisamente ésta determinará en parte el contenido del juicio.

En la opinión del profesor Alberto Binder <sup>82</sup> durante este período pueden existir cuatro tipos de actividades:

---

<sup>79</sup> Ver artículos 111 al 114 del CPP.

<sup>80</sup> Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julián, Op Cit Pág 77.

<sup>81</sup> Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julián, Idem.

<sup>82</sup> Binder Alberto, Op Cit. Pág 67.

2.1.1 Actividades puras de investigación.

2.1.2 Decisiones que influyen sobre la materia del procedimiento.

2.1.3 Anticipos de prueba.

2.1.4 Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.

**2.1.1** Las actividades de investigación son dirigidas por los fiscales quienes pueden realizar actuaciones por sí mismos, pueden ordenar que la policía realice determinadas diligencias o estas pueden requerir de la presencia o autorización del juez de garantía. En este acápite nos referiremos a las características generales de las actuaciones de investigación y luego mencionaremos cuales son las actuaciones que el fiscal puede realizar en forma autónoma.

Las actividades de investigación se caracterizan por ser predominantemente desformalizadas<sup>83</sup> y de carecer de valor probatorio. De esta forma se supera la burocratización que esta etapa había sufrido en Chile bajo el procedimiento inquisitivo anterior que formaliza en demasía esta etapa otorgándole el valor de prueba a los antecedentes recolectados en ella. La etapa de investigación se transforma en el nuevo procedimiento en una etapa más creativa y menos formal, lo que no quiere decir que se transforma en una etapa que queda a la arbitrariedad del fiscal (eso sería reemplazar la arbitrariedad del juez por la del fiscal), pues si bien es éste el que la dirige, sus actuaciones se encuentran controladas por el juez de garantía en parte por la víctima.

Estos nuevos rasgos del procedimiento permiten devolver la centralidad al juicio, esto en cuanto en el sistema anterior en esta etapa el juez que investigaba, acusaba y dictaba sentencia se formaba convicción acerca del hecho delictivo; si agregamos que en esta etapa el imputado no tenía posibilidad alguna de ingerencia o defensa y que la investigación tenía el carácter de secreta<sup>84</sup> queda claro que la etapa de plenario era un vano intento por transformar la convicción de una persona que acusó a otra por la comisión de un delito. Con el nuevo proceso el juicio vuelve a ser la instancia decisiva en la cual jueces imparciales decidirán acerca de la culpabilidad o la inocencia de una persona por las pruebas que ante ellos se presenten.

De lo anteriormente señalado podemos mencionar otras características generales de las actuaciones durante la etapa de investigación. En primer lugar este nuevo procedimiento penal afirma en forma indirecta la publicidad de las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y la Policía respecto de los intervinientes en el proceso<sup>85</sup>. Según lo dicho el imputado en cualquier momento de la etapa de

<sup>83</sup> Podemos mencionar distintas normas que concretan esta desformalización de la etapa de investigación, así el Art. 227 CPP respecto de las actuaciones del Ministerio Público, el Art. 185 acerca de la posibilidad de agrupar o separar investigaciones, el Art. 81 que trata de las comunicaciones entre la policía y el Ministerio Público, etc. A su vez el Art. 229 CPP nos permite afirmar que los antecedentes recopilados durante esta etapa carecen de valor probatorio.

<sup>84</sup> Recordemos aquella frase clásica de nuestros jueces del crimen: “está bajo secreto de sumario”.

<sup>85</sup> Ver Art. 182 del CPP. Estas actuaciones seguirán siendo secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

investigación podrá acceder a los registros de la investigación, este hecho es una expresión concreta del efectivo derecho a defensa que posee el imputado. Este derecho del imputado está limitado por la facultad del fiscal de disponer del secreto de determinadas diligencias u actuaciones de forma temporal para proteger los fines del procedimiento. La publicidad también se extiende a las audiencias realizadas durante la etapa de investigación.

En segundo lugar es característica de esta etapa de investigación el hecho de que la actuación del Ministerio Público se rige por el principio de objetividad, es decir debe investigar con igual celo aquellos hechos que determinen la existencia del delito, aquellos que determinen la participación de un sujeto en él y aquellos que acrediten la inocencia del imputado. Este es un principio constitucional establecido en el Art. 80-A de nuestra carta fundamental.

En tercer lugar debemos comentar el hecho de que durante la etapa de investigación el imputado puede intervenir. A modo de ejemplo podemos señalar que puede solicitar a través de su defensor la realización de determinadas diligencias, puede asistir a determinadas actuaciones del Ministerio Público, es decir puede ejercer en forma plena su derecho a defensa.

Ahora bien con respecto a las actuaciones autónomas del Ministerio Público podemos señalar que son aquellas en las cuales los fiscales las realizan sin necesidad de autorización del juez de garantía. A modo ejemplar mencionaremos algunas de estas actuaciones: tomar declaración a los testigos que se allanen voluntariamente a comparecer; consignar, recoger y asegurar todo aquello que permita la comprobación del hecho y la identificación de los partícipes; disponer la realización de actividades periciales; tomar exámenes corporales al ofendido cuando este se allane voluntariamente; en general realizar todas las actuaciones que no signifiquen privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero de los derechos que la constitución les asegura.

**2.1.2** Durante el transcurso de la etapa de investigación distintos sujetos procesales deben o pueden tomar una serie de determinaciones que influirán de manera decisiva en la marcha del procedimiento. Excluiremos de esta categoría aquellas resoluciones que pueden afectar derechos constitucionales o garantías procesales puesto que las veremos de manera separada. Debemos destacar que todas las instituciones que veremos a continuación son exclusivas del nuevo proceso penal en cuanto responden a un paradigma diverso al que funda el proceso penal anterior vigente aún en parte de Chile.

Veamos entonces las diversas instituciones que componen esta categoría de actuaciones que pueden o deben darse al interior de la etapa de investigación:

Inadmisibilidad de la Querrela: esta es una resolución dictada por el juez de garantía y por la cual declara que la querrela interpuesta no puede ser admitida a tramitación en cuanto:

- los hechos en ella expuestos no fueren constitutivos de delito,
- que de los antecedentes que la acompañan aparece de manifiesto que la responsabilidad del imputado se encuentra extinguida,

- por que es extemporánea<sup>86</sup>,
- es interpuesta por persona no autorizada<sup>87</sup>,
- por que posee vicios de forma en su presentación.

Facultad para no iniciar la Investigación: Esta es una decisión propia del fiscal la cual debe ser fundada y aprobada por el juez de garantía. Consiste en la determinación del fiscal de abstenerse de toda investigación cuando de los antecedentes aportados en la denuncia se pueda establecer que la responsabilidad penal por los hechos que motivan la denuncia está extinguida o bien que estos no sean constitutivos de delito.

El ejercicio de esta facultad no impide que las personas habilitadas puedan interponer la querrela correspondiente.

El hecho de que esta facultad se haya establecido dentro del nuevo proceso penal responde a la intención del legislador de “excluir lo más tempranamente posible del sistema aquellos casos en que el Estado carece de fundamento para hacer actuar al *Ius Puniendi*, generando una selectividad oportuna y racional.”<sup>88</sup>

Archivo Provisional: Consiste en la posibilidad que tiene el fiscal para archivar en forma provisional un caso en el cual carezca de antecedentes o datos que le permitan continuar con la investigación. El fiscal en el transcurso de esta ha llegado a la convicción de que no existen expectativas razonables de éxito para investigar.

Esta institución se funda también en la consideración de evitar el desgaste injustificado del sistema penal el cual a través de estas instituciones pretende seleccionar aquellos casos que poseen una probabilidad razonable de ser resueltos.

Esta decisión la debe tomar el fiscal antes de que el juez de garantía intervenga en el proceso, una vez judicializado el procedimiento estas mismas consideraciones pueden llevar al fiscal a ejercer su decisión de no perseverar<sup>89</sup>.

El archivo provisional no extingue la acción penal.

Principio de Oportunidad: No hablamos aquí de aquella orientación que otorga fundamento a todo el nuevo proceso penal sino de una facultad concreta que está en manos del fiscal para no iniciar o abandonar la persecución penal ya iniciada cuando no se trate de delitos<sup>90</sup>:

- que comprometen gravemente el interés público;

<sup>86</sup> La querrela puede presentarse en cualquier momento mientras el fiscal no haya cerrado la etapa de investigación, ver Art. 112 del CPP.

<sup>87</sup> Ver Art. 111 CPP el que señala las personas que pueden interponerla.

<sup>88</sup> Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julián, Op Cit Pág. 77.

<sup>89</sup> Ver Art. 248 letra c CPP.

<sup>90</sup> Ver Art. 170 CPP.

- cuya pena mínima asignada exceda la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo;

- cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Esta facultad puede ser ejercida durante toda la etapa de investigación y puede ser sometida a múltiples controles.

Puede ser controlada por cualquier interviniente en el proceso quienes pueden reclamar por su aplicación ante el juez de garantía y respecto de la resolución negativa de este pueden recurrir al Fiscal Regional.

La víctima en cambio tiene la facultad de dejar sin efecto esta medida dentro de los 10 días siguientes a su comunicación manifestando de cualquier modo su interés en el inicio o la continuación de la investigación.

El juez de garantía puede dejarla sin efecto a petición de algún interviniente o de oficio cuando esta facultad se aplicare a un delito excluido.

Esta multiplicidad de controles se justificaría en cuanto el ejercicio de esta facultad extingue la acción penal.

Formalización de la Investigación: Esta es una actuación unilateral del Ministerio Público y consiste en la “comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”<sup>91</sup>.

Esta es una institución que como tal no existía en el procedimiento anterior en el cual la persona se enteraba de la existencia de una investigación en su contra ya sea por las diligencias propias de la investigación o bien por el auto de procesamiento (declaración oficial) el cual implicaba de forma inmediata la restricción de distintos derechos del imputado (implicaba ipso facto la orden de arraigo, la de prisión preventiva del imputado y la respectiva anotación prontuarial).

Según lo dicho podemos mirar a la formalización de la investigación como una garantía en favor del ciudadano en cuanto ella es indispensable para la realización de una serie de actividades que lesionan sus derechos<sup>92</sup>. A través de la formalización de la investigación el imputado tiene la posibilidad de una defensa adecuada en cuanto está al tanto del delito que se le imputa y del inicio de una investigación criminal en su contra.

La formalización de la investigación posee los siguientes efectos:

- Suspende el curso de la prescripción de la acción penal.

- Desde su realización comienza a correr el plazo legal de 2 años para cerrar la investigación.

- A partir de ella el Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

---

<sup>91</sup> Ver Art.229 CPP.

<sup>92</sup> Por ejemplo es requisito para solicitar la prisión preventiva del imputado por parte del fiscal el hecho de que éste haya previamente formalizado la investigación.



- En el caso de que el imputado a raíz de otro procedimiento haya pactado en éste suspensión condicional del mismo, la formalización de la investigación produce la revocación de esta medida.

Tanto la formalización de la investigación del imputado libre como la del detenido<sup>93</sup> se realizan a través de una audiencia en la cual es imprescindible la presencia del juez de garantía, el fiscal, el defensor y el imputado.

Una vez formalizada la investigación en la misma audiencia pueden solicitarse una serie de medidas, diligencias, y formas de conocimiento o resolución del hecho ilícito<sup>94</sup>.

Plazo Judicial para el cierre de la investigación: Este constituye una garantía en favor del imputado en cuanto tiende a impedir la extensión excesiva de la etapa de investigación. Se protege así el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable además de establecerse al Ministerio Público una exigencia de eficacia en la realización de sus actuaciones.

Este plazo es decretado por el juez de garantía de oficio o a petición de parte y esta resolución debe fundarse en la cautela de garantías de los intervinientes y en las características propias de la investigación.

Juicio Inmediato: Es una resolución que el juez de garantía toma en la audiencia de formalización de la investigación, a solicitud del fiscal y en la que se ordena que la causa pase directamente a juicio oral.

Suspensión Condicional del Procedimiento: “es un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplan ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen ciertas condiciones<sup>95</sup> fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito”<sup>96</sup>.

Esta institución tiene lugar en un momento en el cual parte de la doctrina penal se replantea la fundamentación de la pena. Esto a partir de consideraciones empíricas que hacen notar que estas teorías no hacen sino perpetuar un statu quo insostenible en una sociedad que respete de forma seria los derechos fundamentales<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Ver Art. 231 respecto a la audiencia de formalización del imputado en libertad y Art. 132 CPP respecto de la audiencia de formalización del imputado privado de esta.

<sup>94</sup> Nos referimos a: Medidas Cautelares Reales y Personales, Diligencias de Investigación que afectan los derechos fundamentales, Plazo Judicial para Cierre de la Investigación, Juicio Inmediato, Procedimiento Simplificado, Prueba Anticipada, Suspensión Condicional del Procedimiento, Acuerdos Reparatorios.

<sup>95</sup> Algunas de las condiciones son: Residir o no residir en un lugar determinado, someterse a tratamiento médico, pagar una suma a título de indemnización y acudir periódicamente ante el Ministerio Público.

<sup>96</sup> Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julián, Op Cit. Pág. 77.

<sup>97</sup> Ver para esto la obra del profesor Raúl Eugenio Zaffaroni, “Derecho Penal Parte General”, Op Cit. Pág. 14, y en particular su teoría agnóstica de la pena allí expuesta.

En este contexto algunos autores y sistemas jurídicos han optado por generar lo que se han denominado soluciones alternativas a la pena siendo la suspensión condicional del procedimiento una de ellas.

Este instituto permite al ministerio público economizar en tiempo y recursos en cuanto evita proseguir con un procedimiento. A su vez le exige la realización de un debate político criminal que permita jerarquizar la persecución penal.

Permite a su vez disminuir los efectos negativos que trae aparejada consigo la extensión de un proceso penal y la imposición (probable) de una pena privativa de libertad<sup>98</sup>.

En último término permite la conciliación de intereses diversos en cuanto es producto del acuerdo voluntario del fiscal y el imputado.

Ahora bien la crítica que se le hace a esta institución es que de todas formas es una sanción impuesta a alguien sin mediar un debido proceso<sup>99</sup>.

La suspensión condicional se aplica a todos aquellos casos en que la pena que pudiere imponerse al imputado no excediere de los tres años de privación de libertad. Lo que se busca de algún modo con este criterio es restringir la utilización de esta institución a aquellos delitos que menos afecten el interés público.

La suspensión condicional del procedimiento puede ser acordada en la audiencia de formalización, en una audiencia posterior especialmente destinada al efecto y en la audiencia de preparación del juicio oral.

Los efectos de esta medida son la suspensión inmediata del plazo para investigar, la no reanudación del curso de la prescripción en materia penal y deja a salvo la acción civil para perseguir las responsabilidades pecuniarias que devengan del delito.

Acuerdos Reparatorios: son convenciones entre el imputado y la víctima, aprobadas por el juez de garantía en las cuales el imputado se compromete a resarcir de alguna forma a la víctima. El principal efecto del acuerdo es la extinción de la acción penal ya que aprobado se dicta el sobreseimiento definitivo.

Este mecanismo forma parte de la privatización del ordenamiento jurídico penal, movimiento que choca con aquellos casos en que el interés público comprometido hace imposible la disponibilidad de la acción penal.

Además este mecanismo produce un efecto perverso ya que en muchos casos esta salida alternativa al procedimiento estará al alcance sólo respecto de aquellas personas que tengan medios para financiar una reparación. En este sentido es una salida que tiende a excluir del sistema aquellas masas que al interior de la sociedad poseen una mayor concentración del dinero y la riqueza.

Los presupuestos de aplicación son que se trate de bienes jurídicos disponibles, que

---

<sup>98</sup> En este punto debemos considerar la inhumana condición en la que viven los reclusos de recintos penitenciarios en Chile. Para esto ver “Situación de las Cárceles Chilenas”, Documento Resumen, Fundación Paz Ciudadana, 20 de Enero del 2003.

<sup>99</sup> Para profundizar ver López Masle Julián, Horvitz Lennon María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, Op. Cit. Pág. 77.

se trate de lesiones menos graves o delitos culposos en los que no exista un interés público prevalente y que justifique la continuación de la persecución penal.

Estos acuerdos pueden adoptarse en la audiencia de formalización, en una audiencia especial solicitada para el efecto y en la audiencia de preparación de juicio oral.

Es controlada por el juez de garantía que debe aprobar el acuerdo y el fiscal puede solicitarle que no lo apruebe cuando no se cumplan los presupuestos ya enunciados.

**2.1.3.** Una tercera categoría de actuaciones que pueden llevarse a cabo durante la etapa de investigación es las que se denominan “anticipos de prueba”. Su trato separado se justifica en cuanto esta institución define en buena medida una de las principales características del nuevo proceso penal. Esta es que la etapa de investigación sea tal y no se transforma en la etapa decisoria del proceso penal en la que el juez que investiga, juzga y acusa (en el procedimiento inquisitivo) forma su convicción acerca de los hechos y la participación del imputado.

En otras palabras, el hecho de que durante la etapa de investigación pueda excepcionalmente rendirse prueba reafirma el carácter preparatorio de esta etapa en cuanto lo común será que los antecedentes y datos en ella recopilados no tengan tal carácter. Así la etapa de investigación no es más que el lugar en donde se recolectan los elementos que servirán para probar la acusación realizada, se reafirma así que el juicio es, en palabras de Alberto Binder, “el momento de la prueba”.

Con esto se viene a concretar el derecho de toda persona de no ser juzgado sin un juicio previo<sup>100</sup> que sea llevado de acuerdo a debido proceso. El anticipo de prueba da cuenta así de una muestra más de cómo la posición garantista ha ido recuperando espacios en nuestro ordenamiento procesal penal intentando dejar de lado la vieja práctica de convertir en forma automática en prueba a los antecedentes reunidos en la etapa de investigación.

Veamos ahora cual es la excepción de la que hemos hablado. Esta se constituye por aquellos casos en que es imposible esperar a la realización del juicio para producir la prueba.

En nuestro ordenamiento jurídico esta posibilidad de prueba anticipada se da respecto a las interrogaciones y contra interrogaciones de testigos y peritos que no puedan concurrir al juicio oral por alguna de las circunstancias señaladas en la ley<sup>101</sup>. En estos casos es precisamente el juez de garantía el encargado de autorizar la rendición de estas actuaciones y de darles el carácter de prueba.

**2.1.4** Por último tenemos aquellas decisiones que pueden afectar garantías procesales o derechos fundamentales.

<sup>100</sup> Ver Art. 1 del CPP.

<sup>101</sup> El Art.191 del CPP establece como causas el hecho de que el testigo tuviere que ausentarse a larga distancia o por la existencia de motivos que hagan previsible su muerte o su incapacidad física o mental. El artículo 280 hace extensibles estas causales a los peritos. Por último el artículo 192 CPP establece otra situación en que puede ser admitida una declaración de testigo como prueba anticipada, esta se da en el caso de que el testigo se encuentre en el extranjero.

En estas la figura del juez de garantía juega un papel fundamental pues precisamente su labor consiste esencialmente en establecer un control jurisdiccional a las labores de investigaciones que pueden llegar a afectar derechos fundamentales y garantías procesales.

Generalmente la actuación del juez de garantía esta siempre ligada a la protección de derechos. Así su presencia en la audiencia de formalización como requisito de la esencia de ésta, su aprobación de la rendición de prueba anticipada, etc. se relacionan con la protección de derechos y garantías.

Así planteado parece difusa esta cuarta categoría de medidas en cuanto podría englobar, desde una perspectiva amplia, a casi todas las actuaciones del juez de garantía. Debemos señalar entonces que en esta categoría hemos seleccionado a aquellas actuaciones que en forma más intensa afectan tales derechos, aquí el juez de garantía no realiza una labor preventiva ante una eventualidad sino que decide respecto de una afección inminente de derechos fundamentales. Además otro elemento distintivo se da en cuanto estas actuaciones son siempre decisiones del ente jurisdiccional, en este sentido la actuación de garantía no se basta con la presencia del juez o su aprobación concurrente.

La nueva regulación del proceso penal lo que establece no es la prohibición de la afección de los derechos y garantías ya señalados, sino que la existencia de un control realizado por un órgano ajeno al ente que realiza la investigación. Es decir los derechos y garantías pueden afectarse siempre y cuando pasen por un test jurisdiccional que entre otros criterios considera la legalidad de la medida, su necesidad y su proporcionalidad.

Este control está compuesto por parámetros normativos dados por el ordenamiento jurídico (por ejemplo los requisitos que la ley establece para dar lugar a la prisión preventiva) y por estándares de actuación que deberán ser construidos por el juez caso a caso (así por ejemplo no puede existir una norma que en forma previa dirima todos los casos en que deben o no proceder las intervenciones telefónicas). En estas decisiones podemos ver en forma clara la contraposición directa entre la eficiencia y la garantía, la primera está representada en el requerimiento de actuación que realiza el fiscal, la segunda en el control jurisdiccional que realiza el juez para proteger derechos.

La gran excepción a este sistema de control jurisdiccional de la actuación del Ministerio Público la constituye la flagrancia. Así el delito flagrante permite realizar en forma autónoma al Ministerio Público y a la Policía una serie de actuaciones que en circunstancias normales deberían ser controladas por el juez de garantía.

Veremos ahora alguna de las decisiones que pueden realizarse durante la investigación que son limitativas de derechos. Las dividiremos en dos grupos: las medidas cautelares y las diligencias de investigación.

#### 1. Medidas Cautelares:

El proceso penal es el mecanismo a través del cual el Estado puede concretar la amenaza punitiva contenida en el ordenamiento jurídico penal. En otras palabras “el poder penal del Estado no habilita a la coacción directa, sino que la pena instituida por el Derecho Penal representa una previsión abstracta, una amenaza, al infractor eventual,

cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por la ley”<sup>102</sup>.

Precisamente por la imposibilidad del Estado de aplicar en forma directa el *ius Puniendi* y el necesario paso por la decisión jurisdiccional en cuanto a la aplicación de éste es que se generan riesgos en la efectiva aplicación del mismo. Concretamente este riesgo está dado por el inevitable transcurso del tiempo que va desde la iniciación del procedimiento hasta la decisión que autoriza la concreción efectiva de la amenaza punitiva.

A partir de éste raciocinio se pretende fundamentar la existencia y necesidad de las medidas cautelares en cuanto estas vendrían a disminuir o a evitar la concreción del riesgo de que toda la actuación estatal, existiendo una autorización para el uso del *ius Puniendi*, se vea frustrada por circunstancias de hecho. Las medidas cautelares pretende asegurar que la amenaza punitiva del Estado tenga un objeto en el cual concretarse a la hora de que el órgano jurisdiccional de el vamos definitivo a la actuación punitiva del Estado. Para completar el argumento se señala que será el mismo ordenamiento jurídico el encargado de señalar cuando serán procedentes estas medidas estableciéndose que los “fines del procedimiento”<sup>103</sup> son el criterio que justifica su procedencia, el cual sería un criterio distinto al de la culpabilidad. Desde esta perspectiva las medidas cautelares son pura eficiencia.

Estas medidas cautelares se clasifican típicamente en personales y reales, según el objeto en el cual recaigan. En el primer caso será una persona consistiendo básicamente en la privación o restricción de su libertad personal; y en el segundo generalmente se tratará de bienes. Ambas categorías tienen como requisito general de aplicación el hecho de que exista apariencia de buen derecho y peligro de retardo; estos requisitos tendrán un contenido diverso según la medida de la que se trate.

Parte de la dogmática, mirando desde una perspectiva garantista, a hecho notar la debilidad de esta argumentación la que podríamos resumir en la siguiente reflexión: si para que el Estado haga efectiva su pretensión punitiva, la que básicamente consiste en la privación o restricción de libertades, requiere de la existencia de un proceso penal complejo y poblado de garantías ¿como es posible que permita los mismos efectos sin la existencia del proceso? En este sentido señala Luigi Ferrajoli:

**“...la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad; que no consiste en poder ser detenidos únicamente por la orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio”**<sup>104</sup>.

Este mismo autor hace notar la contradicción radical que existe las medidas cautelares y el principio de inocencia, derecho fundamental de un ciudadano que se

<sup>102</sup> Maier Julio, op Cit. Pág. 9.

<sup>103</sup> Recordemos que los fines del procedimiento penal son la reconstrucción de la verdad histórica y la ejecución eficiente de la ley penal, ambas herencias de los sistemas inquisitivos de persecución penal.

<sup>104</sup> Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, Valladolid, año 2000.

enfrenta a un proceso penal llevado en su contra. Este es un segundo argumento para el rechazo de la existencia legítima de las medidas cautelares.

Veamos ahora las dos categorías de medidas y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico penal:

**Medidas Cautelares Personales:** Las medidas cautelares personales son medidas restrictivas o privativas de la libertad personal<sup>105</sup> que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento.

Como veíamos aquí se plantea la pugna entre lograr la efectiva ejecución de la sentencia condenatoria y el derecho a juicio previo y la presunción de inocencia. En opinión de Maier este último no ha podido imponerse hasta el punto de eliminar toda posibilidad estatal de coerción durante el proceso<sup>106</sup>.

La doctrina tradicional en esta materia señala que precisamente para evitar la lesión de estos derechos las medidas cautelares personales no pueden constituir un anticipo de pena<sup>107</sup>. Así las medidas cautelares deberían diferenciarse de la pena en que estas no tendrían fines preventivos o retributivos sólo se justificarían para la prosecución de los fines del procedimiento.

Nuestro Código Procesal Penal contempla 4 medidas cautelares personales:

- Citación: consiste en una orden de comparecencia emanada de las autoridades de la persecución penal pública y dirigida a cualquier persona cuya presencia sea necesaria para la realización de un acto del procedimiento.

- Detención (art.125 y cc. CPP): es la privación de libertad ambulatoria de una persona distinta de la prisión preventiva y de la ejecución de una pena, ejecutada bajo la invocación de un fin previsto por el ordenamiento jurídico.

- Prisión Preventiva (art.139 y ss CPP): es la más importante de las medidas cautelares reales en cuanto representa la más intensa afección a la libertad personal. Es la privación temporal de libertad ambulatoria de una persona en un centro penitenciario durante la realización de un proceso penal y que tiene por finalidad asegurar los fines del procedimiento.

Esta se caracteriza por ser una medida excepcional en cuanto requiere de una resolución judicial expresa<sup>108</sup> y sólo procede cuando las demás medidas cautelares no permitan asegurar los fines del procedimiento. Además se exige que esta medida sea

<sup>105</sup> Como vemos el derecho fundamental aquí lesionado es el consagrado en el n° 7 del art. 19 de nuestra Constitución, en el Art.9.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos tratados vinculantes para nuestro país.

<sup>106</sup> Maier, Julio, Op Cit. Pág. 9.

<sup>107</sup> Ahora bien si el hecho de estar privado de libertad por años no es una anticipo de pena nosotros no sabemos que es lo que eso constituye exactamente.

<sup>108</sup> No es consecuencia inmediata de ninguna resolución judicial salvo su aprobación expresa del juez de garantía

---

proporcional al delito investigado, se establecen así límites temporales a la prisión preventiva<sup>109</sup>.

La prisión preventiva sólo procede cuando se haya formalizado la investigación, cuando existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito investigado y que permitan presumir fundadamente la participación del imputado, y que esta sea indispensable para el éxito de diligencias precisas, o que la libertad del imputado sea un peligro para la seguridad de la sociedad o del imputado. La prisión preventiva debe ser solicitada por una de las partes intervinientes en el procedimiento (fiscal o querellante) y debe ser decretada en una audiencia.

Toda esta nueva reglamentación realizada en el Código Procesal Penal que intenta establecer el carácter excepcional de la prisión preventiva se contrapone absolutamente con la aplicación general que se le da a esta medida en el procedimiento penal ordinario de acción penal pública regulado en el Código de Procedimiento Penal. La prisión preventiva constituye en éste procedimiento la principal y más eficiente arma punitiva del Estado en cuanto actúa en forma inmediata tras la dictación del auto de procesamiento.

- Otras medidas cautelares personales: estas consisten en medidas restrictivas de la libertad personal que son distintas todas las ya mencionadas, se encuentran enumeradas en el Art. 155 del CPP.

#### 1.2 Medidas Cautelares Reales:

Estas medidas restringen la libre disposición y administración que el imputado de un proceso penal tiene respecto de sus bienes, restringiendo así el derecho de propiedad<sup>110</sup>. Su objetivo es asegurar la realización de los fines civiles comprometidos en un proceso penal.

Estas medidas pueden ser solicitadas por la víctima o el ministerio público.

#### 2. Diligencias de Investigación:

Pueden existir al interior de la investigación determinadas diligencias necesarias para llevarla a cabo que impliquen una afeción de derechos fundamentales. Generalmente el fiscal para llevarlas a cabo deberá haber formalizado la investigación. El fiscal para realizar estas diligencias debe contar con la autorización del juez de garantía. El fiscal puede solicitar además que la diligencia se realice sin el conocimiento del afectado, el juez autorizará dicha situación cuando “resulte estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”<sup>111</sup>.

A modo de ejemplo podemos señalar a la intervención telefónica y de otras vías de comunicación, entrada y registro de un hogar o local comercial, realización de exámenes corporales y médicos, retención de correspondencia, incautación de objetos, filmación de las actividades de una persona, etc.

<sup>109</sup> Ver Art. 152 del CPP.

<sup>110</sup> Ver Art. 19 n° 24 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>111</sup> Ver Art. 236 CPP.

Hemos visto así las principales actuaciones que pueden realizarse durante la etapa de investigación. Esta termina con la declaración de cierre que realiza el fiscal la cual debe realizarse dentro del plazo legal o judicial que en su caso se haya establecido. Si el fiscal dentro del plazo no ha cerrado la investigación el querellante o el imputado pueden solicitar al juez de garantía que lo aperciba a realizar el cierre. Para estos efectos el juez de garantía citará a una audiencia y ante la no comparecencia del fiscal o bien su negativa a cerrar la investigación éste deberá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa. Allanándose al cierre se le conceden al fiscal 10 días hábiles para formular acusación.

En el caso de que el fiscal haya declarado el cierre de la investigación este puede realizar, en los 10 días posteriores a esta declaración las siguientes actuaciones:

- Solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa.
- Comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación.
- Formular acusación.

## **2.2 Etapa de Preparación del Juicio Oral:**

La preparación del juicio oral posee dos presupuestos: que se haya formalizado la investigación y que se haya cerrado la investigación. También suponemos que el fiscal piense que cuente con antecedentes suficientes para llevar el caso a juicio oral.

La formalización de la investigación es un presupuesto clave pues el Código Procesal Penal exige coherencia entre esta, la acusación y la sentencia, con respecto a los hechos materia del proceso. Esta coherencia exigida tiende a cautelar el derecho a defensa en cuanto se intenta evitar que el fiscal varíe las versiones del hecho delictivo o bien que el tribunal fallé respecto de hechos que no conformen parte de la investigación.

Una vez que el fiscal acusa nos encontramos ante la necesidad de preparar el juicio oral.

El Código Procesal Penal establece que la preparación del juicio oral se realizará en una audiencia presidida por el juez de garantía. Una vez realizada la acusación y su puesta en conocimiento a los distintos intervinientes el juez citará a esta audiencia. En ella se intentará depurar la acusación y eventualmente adoptar otras decisiones importantes respecto del procedimiento. A esta audiencia deben concurrir el fiscal y el imputado con su defensor; la ausencia de este último genera la nulidad de la audiencia.

En esta audiencia se pueden discutir tres cuestiones básicas:

- Excepciones de previo y especial pronunciamiento que hayan sido deducidas por el imputado. A modo de ejemplo señalaremos: la incompetencia del tribunal y la extinción de la responsabilidad penal.<sup>112</sup> Si estas excepciones se acogen producen el efecto de suspender o poner fin al procedimiento.

Con respecto a las excepciones de cosa juzgada y de extinción de responsabilidad penal estas, en algunos casos, pueden exigir, para que el juez las falle adecuadamente,

---

<sup>112</sup> Ver Art. 264 del CPP.



la producción de prueba. Como sabemos la única etapa del procedimiento penal reformado que permite (salvo la excepción de la prueba anticipada) la producción de prueba es el juicio oral por lo que será allí precisamente en donde estas excepciones se juzgarán.

- Definición de los hechos que serán objeto de debate en el juicio: Como ya lo señalamos en este punto es central la congruencia entre los hechos contenidos en la formalización y la acusación. El fiscal, además posee la obligación de exponer claramente los hechos que serán materia del juicio. Si la exposición de hechos realizada por el fiscal en su acusación no es clara, este hecho dará pie para que el imputado plantee la existencia de vicios formales los cuales deberán subsanarse durante la etapa de preparación. El juez de garantía tiene la facultad de solicitarle al fiscal que aclare o complete su acusación, o bien puede discrecionalmente eliminar hechos que la compongan cuando estos no respeten la congruencia que debe existir entre formalización y acusación.

- Preparación de la prueba a rendirse en juicio: El CPP exige además que todas las partes deberán anunciar las pruebas que se rendirán en juicio<sup>113</sup>. Respecto a este punto el juez de garantía discutirá con las partes la procedencia, necesidad, pertinencia y la licitud de las pruebas que ellas han ofrecido.

Las partes podrán realizar convenciones probatorias en virtud de las cuales podrán acordar que hechos ambas partes reconocen como verdaderos evitando así la rendición de prueba inútil en el juicio oral. Además las partes pueden realizar observaciones con respecto a las pruebas ofrecidas por otras partes intervinientes en el procedimiento pudiendo incluso solicitar la exclusión de prueba. Sobre estas cuestiones el juez resolverá de inmediato.

Una cuestión fundamental que debemos destacar es que a diferencia del antiguo procedimiento penal en el que un mismo juez investigaba, acusaba y juzgaba; en el nuevo procedimiento penal los jueces juzgadores sólo decidirán en torno a la prueba aprobada por el juez de garantía. En este sentido la discusión sobre la prueba en la audiencia de preparación será la discusión central y así cuestiones como la prueba ilícita, la pertinencia o no de la prueba serán nuevos tópicos de debate al interior del procedimiento.

Además de lo ya señalado en esta audiencia el juez de garantía puede explorar la posibilidad de adoptar salidas alternativas al procedimiento (suspensión condicional y acuerdos reparatorios), también se ve la posibilidad de continuar el conocimiento del caso a través del procedimiento abreviado.

Para finalizar esta etapa del procedimiento el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral el cual contiene entre otras cosas la(s) acusación(es) que deberá ser objeto del juicio, la demanda civil si la hubiera, los hechos que se den como acreditados en virtud de convenciones probatorias, las pruebas que deberán rendirse durante el juicio y la individualización de quienes deberían ser citados a durante el juicio

114 .

<sup>113</sup> Así se deberá señalar quienes serán y/o de que tratarán los testigos, peritos, documentos, prueba material, etc., que servirán de sustento a la acusación fiscal, particular o a la defensa.

Como vemos en esta etapa del procedimiento lo principal será depurar cada una de las posturas y las cuestiones que sirven de base a la defensa y la acusación con la finalidad de que el juicio oral sea lo más expedito y transparente posible.

### **2.3 Etapa del Juicio Oral:**

#### **2.3.1 Principios que la informan:**

Esta es la etapa principal del proceso penal pues en ella se resuelve o más bien se redefine en forma definitiva el conflicto de relevancia jurídica que ha sido objeto de conocimiento durante él.

Esta etapa también se lleva a cabo a través de una audiencia (o más, según el caso lo requiera) ante el tribunal del juicio oral en lo penal.

Los únicos elementos de juicio que tendrán los jueces serán los aportados en la audiencia de juicio oral. Esta característica del nuevo procedimiento, que intenta resguardar la imparcialidad del tribunal, ha encontrado una fuerte resistencia práctica. Así recién instaurado el nuevo procedimiento penal una instrucción del Ministerio Público señalaba que los antecedentes de las diligencias realizadas durante la etapa de investigación debían enviarse al tribunal del juicio oral. Esta cuestión fue afortunadamente subsanada en cuanto las instrucciones que del Fiscal Nacional son sólo vinculantes para el Ministerio Público y no poseen ninguna obligatoriedad respecto del poder judicial. Pero este hecho muestra lo difícil que es realizar una reforma de envergadura la cual intenta incorporar un fuerte cambio cultural no sólo en los operadores del sistema sino en la ciudadanía toda.

La regulación respecto al juicio oral existente en nuestro Código Procesal Penal es breve y esto se debe a que básicamente el no señala en forma detallada cada uno de los pasos a seguir durante el procedimiento, ni se detiene a regular en forma precisa el valor de cada uno de los medios permisibles de prueba. Parece que la antigua desconfianza al juez propia de los códigos procesales fruto del iluminismo va quedando atrás, así este código procesal ya no toma de la mano al juez y le indica cada uno de los pasos mínimos que debe dar para resolver adecuadamente la contienda. Este Código lo que hace más bien es otorgar ámbitos de actuación legítima los cuales se encuentran delimitados por los derechos fundamentales y garantías procesales dentro de las cuales el poder punitivo del Estado debe desenvolverse.

Así lo que tenemos más bien es una regulación que intenta garantizar que el juicio oral cumpla con ciertas condiciones básicas. Estas son que el juicio sea efectivamente oral, sea público, continuo y concentrado, que en él rija el principio de la inmediación y que sea contradictorio. Además el tribunal que conozca de la causa debe ser imparcial. Estos principios, como veremos, son contrapuestos a los que inspiraban el procedimiento penal anterior.

Veamos la primera exigencia. El Art. 291 del CPP establece que la audiencia del juicio “se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones de las partes, como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a

---

<sup>114</sup> Ver Art. 277 del CPP.

toda intervención de quienes participen en ellas”. La misma disposición establece que la dictación y fundamentación de las resoluciones del tribunal deben realizarse verbalmente. Asimismo se establece que durante la audiencia no se admitirán presentaciones por escrito.

En el antiguo procedimiento, en cambio, se establece como una de sus bases la escrituración de las actuaciones, la cual se manifiesta a lo largo de todo el procedimiento. Cualquier presentación, incluso la más superficial, tanto del querellante como de la defensa debe realizarse por escrito ante un funcionario del tribunal.

Una segunda exigencia del nuevo proceso penal es que el juicio sea público<sup>115</sup>. Con esto se quiere asegurar la posibilidad de que la ciudadanía ejerza algún tipo de control ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Este control se extiende no sólo a los jueces sino también a todos los intervinientes en el proceso penal. Son excepciones al principio de la oralidad aquellas que se fundan en el respeto de la dignidad y la honra de las personas.

Con respecto a la publicidad o secreto de las actuaciones en el procedimiento penal anterior se establecía el secreto de la etapa de sumario<sup>116</sup> con lo que no existía control alguno (ni de las partes, ni ciudadano) acerca de la actuación del juez instructor a lo largo de la etapa de investigación. Este secreto combinado con la nula defensa de algunas personas llevaba incluso a condenas en las que nunca fue levantado el secreto de sumario.

Con respecto a la continuidad y concentración podemos señalar que la intención del legislador es que el juicio oral se realice de la forma más escueta posible, sin interrupciones excesivas de tiempo. Si el tribunal de juicio oral debe fallar a partir de la prueba rendida en las audiencias tiene poco sentido extenderlas demasiado en el tiempo. Esto puede perjudicar la apreciación que el juez debe realizar de la prueba para fallar de manera ajustada a los hechos. Lo que busca en concreto la continuidad y la concentración es que si el juicio debe extenderse por más de un audiencia, éstas tengan lugar en forma sucesiva. Además en razón de estos principios se exige la presencia ininterrumpida de los tres jueces, sólo los jueces presentes en las audiencias pueden deliberar y fallar.

Atendiendo a estos mismos principios debemos destacar que el procedimiento de corte inquisitivo establecido por el Código de Procedimiento Penal tenía un carácter más bien discontinuo y desconcentrado en cuanto el proceso se extendía por muchos años ya que: no existía un plazo legal para el término de la investigación, por regla general procedía el recurso de apelación, la formalidad de las actuaciones retrasaba indebidamente el proceso y existía un fuerte atochamiento del sistema; entre otras causas.

El principio de inmediación exige que toda la información que se pueda utilizar para llegar a la convicción final sólo puede ser aquella incorporada en el debate principal. Así

---

<sup>115</sup> Ver Art. 289 CPP.

<sup>116</sup> Esta se consagra en el Art. 78 del Código de Procedimiento Penal.

una cuarta exigencia para que la actuación del tribunal oral en lo penal sea válida es que éste formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral<sup>117</sup>, prueba producida directamente ante los jueces.

Este principio no tiene ninguna vigencia en el procedimiento anterior en cuanto la prueba se produce casi completamente en la etapa de sumario, el plenario es una garantía cosmética y las actuaciones del querellante y la defensa rara vez se realizan ante el juez y es te solo tiene acceso al expediente para procesar y fallar, el resto del tiempo la causa es llevada por sus actuarios.

En cuanto al principio de la contradicción este se expresa de diversas maneras en el nuevo proceso penal. Así para asegurar la existencia de contradicción (y en particular de defensa) se exige como requisito esencial del juicio oral no sólo la presencia ininterrumpida de los jueces y el fiscal, sino también la presencia del defensor. Este principio entrega a las partes el desarrollo del juicio, así por ejemplo cada una según su estrategia y visión del caso podrá determinar el orden en que presenta su prueba, la idea es que el tribunal se limite a dirigir y presenciar el debate entre las partes. La contradictoriedad también se expresa en la posibilidad de conainterrogar a testigos y peritos presentados en el juicio y en una serie de normas más.<sup>118</sup>

Con el fin de resguardar la imparcialidad del tribunal está prohibido incorporar documentos u actas de actuaciones declaradas nulas o en cuya obtención se vulneraren garantías fundamentales; además se prohíbe dar lectura, incorporar o invocar antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, de acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado.<sup>119</sup>

La contradictoriedad está presente en el proceso penal anterior, pero se plantea entre el juez que acusa y el procesado, este hecho hace parcial la decisión del juez constituyendo su existencia en una burla al debido proceso. Sin perjuicio de esto, existía formalmente la etapa contradictoria, el plenario, pero que la más de las veces era un estorbo, que las partes saltaban renunciando al término probatorio y asumiendo la investigación oficial como suya.

### 2.3.2 Estructura del Juicio:

En una fase inicial el presidente del tribunal recibe el auto de apertura de juicio oral y procede a distribuir la causa entre las salas que componen el tribunal.

El presidente de la sala fija fecha para la audiencia y ordena la citación a las personas que corresponda.

Luego tenemos un segunda fase que es la del debate. Existe una apertura del debate en la que el tribunal constata las condiciones mínimas necesarias para realizar la audiencia (presencia del defensor, del imputado, del fiscal y de todos los jueces hábiles).

---

<sup>117</sup> Ver Art. 340 inc.2 CPP.

<sup>118</sup> Ver Art. 325, 328, 329, 330 inc.2°, 336,338 del CPP.

<sup>119</sup> Ver Arts. 334 inc 2° y 335 del CPP.

Luego se fija el objeto del debate a través de la exposición de la acusación, del alegato de apertura del fiscal, del alegato del querellante (cuando exista) y del alegato de apertura del defensor. Posteriormente se realiza la producción de la prueba para luego discutir sobre ella (alegatos finales). Luego de esto el tribunal clausura el debate con lo que se da inicio a una nueva fase: la producción de la sentencia.

Los jueces se retirarán para deliberar. Para tomar la decisión “podrán apreciar la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Para condenar se exige convicción más allá de toda duda razonable, más que mal estamos privando a una persona de su libertad ambulatoria y de gran parte de su dignidad (por las condiciones de nuestras cárceles, por la cultura carcelaria y por los procesos de estigmatización). La sentencia debe pronunciarse en la misma audiencia comunicándose la decisión relativa a la absolución y condena y las razones que la funden; excepcionalmente si la audiencia se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso lo amerita la deliberación se podrá prolongar hasta por 24 horas <sup>120</sup>.

En el antiguo proceso penal muchas de las sentencias son redactadas por funcionarios del tribunal y se debe esperar incluso meses para que el juez la firme.

Ante esta sentencia sólo puede intentarse el recurso de nulidad. Este recurso puede tener como objetivo anular la sentencia o bien anular la sentencia y el juicio oral. Puede conocer de él la corte de apelaciones respectiva o bien la corte suprema, dependiendo de la causal de que se trate <sup>121</sup>. Las resoluciones tomadas por el tribunal de juicio oral en lo penal son inapelables.

## SEGUNDA PARTE: INDICADORES EXTERNOS.

### PROCESO PENAL COMO PRODUCTO CULTURAL

Podría bastar para justificar un determinado punto de vista el material ya expuesto. Pero creemos quedarnos a mitad de camino si llegáramos hasta aquí. Particularmente en Chile ¿Por qué hoy se cambio de procedimiento penal? ¿Qué circunstancias llevaron a ese cambio? ¿Qué tuvo que pasar para que avanzáramos en la protección de los derechos de los imputados y las víctimas? A este tipo de preguntas no puede responder solamente el derecho.

Pretendemos ahora, poner el acento en las causas de este cambio. Como dice Maier <sup>122</sup>, veremos el proceso penal como un producto cultural, y como dice Roxin <sup>123</sup>

<sup>120</sup> Ver Art. 341 al 345 sobre la regulación de la sentencia definitiva.

<sup>121</sup> Para conocer las causales ver Arts. 373 y 374 del CPP.

<sup>122</sup> Maier Julio, Op Cit. Pág. 9.

demostraremos que es el proceso penal el sismógrafo de la Constitución del Estado.

Terminamos con las causas, en vez de empezar con ellas, porque creemos que el contenido teórico que mostramos en los capítulos anteriores, es la base que nos sirve para explicar como este fenómeno de expansión de los derechos y limitación de la violencia del derecho, es particular en Chile.

Nos apoyaremos metodológicamente en aquellas teorías criminológicas que propician la multidisciplinariedad de las investigaciones en el campo de las ciencias sociales. Estas teorías<sup>124</sup> se apoyan en el convencimiento simple de que más es mejor. De que un análisis que incluya distintas perspectivas permite comprender mejor, el objeto de estudio. Implica asumir este tipo de método investigativo dar respuestas técnicas a temas generales, es decir no perder el rigor investigativo, pero al mismo tiempo, integrar distintas disciplinas que hasta ese momento investigaban un mismo tema, pero que no se comunicaban. Nuestro objetivo particular, desde este punto de vista es contextualizar histórica y sociológicamente la aparición de este tipo de procedimiento en Chile, ocupando para ello, la historia, la sociología, la criminología, y la ciencia del derecho.

## A. Historia.

---

Debemos en este punto comprobar si la hipótesis preliminar que las sociedades tienen los procesos que se merecen, es cierto en el caso chileno. Las relaciones entre la teoría procesal penal y la realidad chilena deben ser comparadas, para relacionar los avances de la ciencia del derecho, con la historia de Chile. Nos centraremos para realizar este análisis en la historia de la delincuencia en nuestro país, o más bien de la relación histórica entre orden y anormalidad que ha existido en él a fin de llegar a los años posteriores a la dictadura y comprobar que nuestra historia tiene un cierto sentido, particularmente después de la reforma agraria, que posibilita la entrada en vigencia de la modernidad, y los derechos humanos, pero que también implica el inicio de una pugna entre conservadores, liberales y socialistas (en sentido amplio), respecto de las normas penales sustantivas que deben gobernarnos. También demostraremos que las distintas realidades sociales han existido en nuestra historia conllevan distintas formas de procesar el fenómeno del delito. En este punto llamaremos la atención respecto de las similitudes de los procesos históricos existentes en Chile con la época en que rigieron los procesos penales chilenos.

La violencia política en Chile fue determinante para el retraso del proceso de reforma del proceso penal. Esta afirmación engloba nuestra hipótesis. La idea de que nuestro país deriva su historia de sus crisis políticas es una afirmación que intentaremos demostrar con la ayuda de una determinada interpretación histórica, con el fin contextualizar, valga la redundancia, el proceso penal que comienza a regir en Chile.

<sup>123</sup> Roxin Claus, Op. Cit. Pág 74.

<sup>124</sup> Este capítulo se basa fundamentalmente en el libro “ La subcultura de la violencia”, Marving E. Wolfgang y Franco Ferracuti, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1975, especialmente en aquel capítulo que se refiere a la criminología como una disciplina integradora

---

La tesis es que si bien el proceso de maduración de la importancia de los derechos humanos había comenzado en Chile, sobre todo con la llegada de lo que hemos denominado estado de Bienestar, se detuvo en punto muerto el 11 de Septiembre de 1973. Las ideas que maduraban en el resto de Latinoamérica respecto de lo violento que resultaba para los derechos de los ciudadanos, el proceso de enjuiciamiento vigente, se detuvo a causa de la serie de Golpes de Estado que los militares latinoamericanos llevaron acabo durante los setentas. Chile había hecho suyos la mayoría de los derechos humanos, quedando a nivel de tarea pendiente el adecuo del proceso penal a una realidad que lo superaba hace más de un siglo.

El crecimiento de las ciudades, la participación de las grandes masas en la elección de los representantes, y un sinnúmero de otros avances modernizadores, fueron avances que si no hubieran sido trancados por el gobierno militar, hubieran provocado el avance en el ámbito penal al cambio de eje respecto del fenómeno delictual. La tesis integradora, desde la óptica histórica, puede reflejarse con estas últimas palabras.

## **B. Política.**

---

El estado de policía que se instauró en Chile a partir del 73, fue el nuevo aire que necesito el procedimiento de 1906 para sobrevivir hasta nuestros días. Las necesidades de los militares, se vieron satisfechas por un procedimiento que beneficiaba el secreto, la tortura, la indefensión, la persecución ideológica, la violencia tanto física como simbólica. La sociedad militarizada necesitaba de la mantención del procedimiento de 1906. Como ya dijimos, el estado de policía sin control es pura violencia, y los datos del informe Rettig lo confirman en el caso chileno.

Creemos que un punto especialmente importante que explica la mantención de este sistema es el tipo de delincuencia que tuvimos en esa época. Chile conoció el terrorismo, o por lo menos era eso lo que nos dijeron, y este tipo de delincuencia "política" necesitaba de un procedimiento que los tratara como traidores, como anómicos. El delincuente sin derechos procesales básicos, solo es posible concebirlo en un sistema que lo trata como enemigo del sistema, como un traidor a la patria. En esta época era delincuente el que no quería la sociedad instaurada. La mejor manera de sacarlo de la sociedad era sometiéndolo a proceso. Tan efectivo era este sistema que incluso el ingreso al mismo algunas veces (la mayoría de ellas) significaba la expulsión del mundo de los vivos para el imputado.

Un procedimiento con derechos para los imputados solo puede ser posible ahora, que consideramos a los delincuentes no como enemigos. Este cambio en la forma de entender el fenómeno del delincuente nos lleva a la segunda conclusión: cada proceso penal supone una determinada forma de entender al delincuente. Depende ahora de la teoría a la que uno se afilie, la forma en que considerara al delincuente, como una persona o como un anormal, pero siempre un integrante de la sociedad, un ciudadano merecedor de derechos. Por ejemplo el Señor Denis Szabo, Presidente del Consejo de dirección del Centro internacional de Criminología de Santiago, concuerda con la tesis que define al delito como un hecho irracional, de autor anónimo, generalmente inexperto y joven, y con la consecuente cuota de inseguridad que este tipo de delincuente provoca

(puede haber uno al lado suyo, y usted no darse cuenta). Este nuevo tipo de “delincuencia”, se preocupa de los lugares más que de las personas, y los clasifica a ellos de “peligrosos”.

Por otro lado las teorías funcionalistas y garantistas se unen en cuanto a considerar al actor delictual como una persona racional, con un objetivo racional, y por lo tanto responsable penalmente. No es que las otras teorías consideren al delincuente un irresponsable, sino que las teorías garantistas parten de la responsabilidad (juicio de culpabilidad) como piedra de tope del *Ius Puniendi*. Estas ideas, aunque por razones diversas de las anteriores, auspician un sistema de procesamiento del delito lleno de garantías, transparencia, contradicción, en general de derechos fundamentales para el imputado. Este proceso en Chile solo comenzó a ocurrir una vez llegada la democracia en 1988.

La tesis integradora se vuelve a describir con los párrafos anteriores, al menos desde el punto de vista político, en cuanto a la forma de Estado y su repercusión en el proceso penal.

### **C. Criminología.**

---

Por último, la llegada de Chile a un nivel evolutivo determinado, que haya posibilitado la entrada de este nuevo proceso penal, desde este enfoque multidisciplinario, se debe a una evolución cultural. Los fenómenos sociales de cambio a la modernidad y políticos de llegada a una democracia, que posibilitan márgenes aceptables de consagración de los derechos fundamentales, incluyen a nivel subcutáneo, un relevo de principios éticos. El proceso penal se ve afectado, en nuestra opinión, del cambio de principios que operó en nuestra sociedad.

A modo de explicación, solo es posible un producto cultural de la naturaleza del nuevo proceso penal, si el relevo de principios se enraizó de manera general en otros sectores del mismo ordenamiento jurídico chileno. Conceptos como pluralismo, transparencia, eficacia, libertad de expresión, son construcciones que la dogmática chilena ha extraído de la constitución, y son estos mismos principios el catálogo de derechos que el nuevo código consagra. Lo señalado demuestra un cambio de visión respecto al crimen y al delincuente.

Con estas palabras basta describir las intenciones que siguen, pero antes debemos advertir una cosa. Los indicadores multidisciplinarios descritos arriba, solo pueden ser vistos como un proceso dialéctico, que a modo de escenario, muestra la pelea, el choque, la disputa, de ideas fuerza en conflicto, unas y otras tratando de mostrarse como “LA” realidad, y que por lo tanto todas ellas deberán ser mostradas en sus avances y retrocesos, desde la opción política tomada.

La concepción moderna de Chile es contradicha por una visión más nostálgica, que en su lucha por volver a las viejas tradiciones, logra distorsionar la idea clara de la modernidad. Ejemplos de esta situación son las instituciones anacrónicas que aún se encuentran en nuestras leyes y códigos. Paz Ciudadana es otro ejemplo de pugna entre ideas fuerza. La sensación de inseguridad creada por ellos, vía comunicacional, busca



consagrar un tipo de delito a perseguir y un tipo de delincuente a encarcelar. Teorías garantistas se ven desprestigiadas socialmente porque la sensación de inseguridad construida, provoca el rechazo a medidas tendientes a reducir los niveles de violencia del sistema de enjuiciamiento.

## A. Historia y represión en Chile. “El porque de un Estado violento”

### A.1.- Siglo XIX, el comienzo de la diferenciación.

Chile nació como república independiente en el siglo XIX. Por la forma de independencia que tuvimos, en la que la clase terrateniente logra la autonomía económica porque busca comerciar libremente con los mercaderes internacionales, desde sus inicios fue la élite dominante chilena la que intentó ordenar el país. Esta élite, conformada tanto por especuladores como por empresarios agrícolas, prefirió un modelo de país que se proyectara hacia fuera en desmedro de la integración interior<sup>125</sup>. Por ende, el tema del orden fue una de las obsesiones de los primeros años del país.

El nivel discursivo de esta situación fáctica puede construirse diciendo que las coordenadas preferidas en la construcción del Estado chileno fueron la estabilidad y el gobierno representativo y oligárquico y preteridas fueron, la legitimidad (al preferir la estabilidad, el orden, los vacíos de legitimidad se muestran como estallidos de ciudadanía), la ciudadanía (luego se explicará mejor) y el gobierno local.

Como decíamos, la clase dominante ganó violentamente el poder y se hizo del aparato estatal. Una vez hecho esto y con la institucionalidad de su lado, intentó hacer del país una reproducción de sus aspiraciones mercantiles y por ello adoptó un discurso integrador hacia fuera, es decir más que integrar a la desunida comunidad chilena, fragmentada en polos de poder local, centralizó el Estado a fin de concluir mejores tratos con los mercaderes extranjeros. De este grupo sobresale Portales como el configurador de este estado autoritario y preocupado del exterior más que del interior. Los autores<sup>126</sup> describen a este personaje como un patricio, romántico, escéptico del poder, autoritario, que en busca de lograr un monopolio de las importaciones del tabaco, llegó a tomarse al estado para su grupo social, dejando una tradición oligárquica y autoritaria que perdura hasta hoy en día.

El país se creó, discursivamente desde arriba, fue esta clase poderosa la que rápidamente apagó todo foco de democracia real o federalismo, modelo más acorde a la realidad chilena y que funcionaba de facto con los cabildos y luego lo intentó con las municipalidades. Desde sus inicios esta clase, ahora, política, se diferenció del resto de la sociedad chilena, dando paso a acantilados oligárquicos que nunca la sociedad civil pudo superar<sup>127</sup>. Durante este siglo XIX este acantilado fue construido por pelucones y

<sup>125</sup> Salazar Gabriel y Pinto Julio, “Historia contemporánea de Chile”, Tomo I, ED. LOM, 1999, Págs. 130 – 146.

<sup>126</sup> Entre ellos Jocelyn-Holt Letelier Alfredo, “El peso de la noche”, ED. Ariel, 1997, Págs. 105 – 145.

<sup>127</sup> Salazar, Op. Cit. Pág. 152

pipiolos, los que enfrascados en sus luchas internas por el dominio del poder, se apoderaron del Estado y desterraron la ciudadanía al voto, en relación con aquellos que eran los que realmente tomaban las decisiones públicas.

Este discurso de proyección hacia el exterior, fruto de una clase nostálgica de sus antecedentes extranjeros, implicó imponer un forzado orden interno. Así, esta clase dominante minoritaria en número, necesitaba controlar a “la barbarie” que vivía en los campos e incipientes ciudades. Por ello el discurso de armonía macroeconómica se vio respaldado en el ámbito social por un disciplinamiento que, en la práctica, terminaba siendo violencia contra ese grupo de la sociedad que vivía bajo el famoso “peso de la noche”<sup>128</sup>, del que habló Portales al referirse al bajo pueblo chileno y lo que debía ser su sumisión natural frente a las elites. El mismo Portales dijo:

***“La democracia que tanto pregonan estos ilusos, es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud...”***

Como se aprecia el grupo dirigente en Chile tanto política como socialmente basó su actuar en la violencia y su diferenciación del resto de la sociedad. Así como pensaba Portales, pensaba toda la clase política chilena, nos remitimos al mensaje del código de procedimiento penal ya comentado, en el que el legislador argumenta que la falta de ciudadanos capaces para ser jurados, era la razón para no adoptar este sistema. En pocas palabras, ser chileno y ciudadano era muy difícil, y los que lo eran, debido a sus capitales o influencias, solo tenían acceso al voto como demostración de soberanía. Es decir la política en Chile desde sus inicios perteneció desde un comienzo a la clase que pudo sostenerse en el poder y controlar desde ahí el Estado y el derecho.

### **A.1.1. Violencia oligárquica o de la represión del bajo pueblo en el siglo XIX.**

El planteamiento general que se mostró arriba, con la clase dominante oligárquica, que creo un estado autoritario, se vio refrendado por la Constitución del 33. Esta constitución implicó la derrota de otros proyectos políticos que pugnaban en Chile, como el propuesto por los gobiernos locales de Coquimbo, Concepción y Valdivia, y la implantación de un presidencialismo parecido al reinado de un monarca. Se instauró hasta 1869, un autoritarismo comandado por el grupo Portaliano, el que siguió en las sendas de las armas como anteriormente lo hicieron los padres de su “Patria”.

Gabriel Salazar y Julio Pinto<sup>129</sup> señalan:

***“Es preciso admitir que la violencia armada desempeñó un rol determinante en la fundación y reestructuración del Estado chileno y en la construcción de la “Nación” como una entidad que alojó dentro de sí, crónicamente, un enemigo interno. Y admitir también que esa violencia fue ejercida, normalmente por profesionales de las armas en obediencia a un elite de generales y comandantes, los que, a su vez, actuaban en razón de una conjura hegemónica planificada con un grupo de jefes de familia.”***

<sup>128</sup> Jocelyn Holt, idem.

<sup>129</sup> Salazar Gabriel y Pinto Julio, “Historia contemporánea de Chile”, Tomo IV, ED. LOM, 1999, Pág. 17.

Este sistema de mando que nace con las guerras de la Independencia, fue ejercido durante todo el siglo XIX por los militares o la policía, en pos de buscar el ansiado orden interior. Pero una vez que los países vecinos ya no fueron amenaza suficiente, el “enemigo interno” se transformó en el objeto de esta violencia. Un hecho claro es que esta violencia no fue producto de una descarga irracional de la elite, sino que, de igual manera que como se argumentó al momento de conformar el estado autoritario, invocando principios superiores como la defensa de la familia (aristocrática), el estilo de vida considerado óptimo (la moral católica traspasada desde la colonia a la elite), la acumulación de capital (protección de la minería y la hacienda) y todo esto usando al derecho como legitimador, se logró el mismo efecto tranquilizador.

Desde el punto de vista social, la clase popular fue siempre el “otro” para la elite dominante. El efecto de ser el “otro” es el miedo y la represión. Las elites decimonónicas no dudaron, en general por ignorancia y espíritu oligárquico, en definir al bajo pueblo como bárbaro, inmoral e ignorante <sup>130</sup>. En este sentido las políticas estatales siempre fueron orientadas a enseñar a la chusma o a reprimir las escaramuzas libertarias. Con el avance de la modernidad en Chile esta actitud se modificó ya que al nacer una clase media que se rozaba con el bajo pueblo y el nacimiento de doctrinas que hacían de la “cuestión social”, su bandera de lucha, las elites buscaron alejar al pueblo del marxismo, el anarquismo, etc. Cada vez que el paternalismo no era efectivo las elites se hacían de las armas del derecho para reprimir al bajo pueblo bárbaro. Es decir ocuparon el terror como medio de control social.

### **A.1.2. Ciudadanía, autonomía y derecho.**

La discusión actual respecto de las formas de la democracia, distinguen la democracia formal de la democracia real y participativa. Entre ambas existen diferencias sustantivas como: la democracia formal exige un principio de representatividad político, ya que la ciudadanía se expresa en la votación por representantes. La Democracia participativa postula la ciudadanía como una autonomía para construir la realidad social. En este tipo de democracia el principio de representatividad es bajísimo sino nulo y la ciudadanía implica participación.

Chile, como ya dijimos, desde sus inicios se configuró como una democracia formal, en la que la ciudadanía se restringía al voto censitario, y en la que el poder legislativo era dominado por una sola clase social que incluso pacto un acantilado oligárquico durante el parlamentarismo que alargo la introducción de partidos que representarían a la clase popular. Por esta relación entre la ciudadanía y el poder es que en Chile la cuestión social no se postuló como parte de la política legislativa en todo el siglo XIX, considerando a la pobreza un mal congénito de la sociedad chilena.

Por estos motivos es que la política “civil”, que si se preocupa de la pobreza, la falta de movilidad social, la represión del estado, etc., fue vista como transgresión negativa <sup>131</sup>

<sup>130</sup> Sobre esta actitud puede verse Pinto Julio y Salazar Gabriel, “Historia contemporánea de Chile”, Tomo II, ED. LOM, 1999, pp. 55 – 57; Canessa de Sanguinetti Marta, “El Bien Nacer”, ED. Taurus, segunda edición, Montevideo, 2000, pp. 10.

<sup>131</sup> Salazar, Tomo I, Op. Cit. Pág. 152.

. Es decir ingreso dentro de la ilegalidad.

Así el triunfo político del peluconismo, implicó la exclusión de otro tipo de pensamiento, ya que su raigambre militar y el influjo Portaliano de este triunfo, llevo a que el “peso de la noche” sofocara cualquier intento lucha contra el Estado. En este periodo la lucha fue por la sobrevivencia fuera del Estado, por parte de las clases no-ciudadanas y la lucha por el acceso al poder del ala liberal de la elite. Incluso con la creación del partido radical, aglutinante de este pensamiento “no-pelucón”, no provoco la apertura del sistema político, sino más bien a la oligarquización del sistema de partidos.

Como sea, de este sistema político solo podía surgir un derecho clasista y autoritario. Como dicen algunos, este tipo de Derecho, necesariamente, debía ser el eco de la violencia y machismo del primer Chile. En este sentido el procedimiento penal de esta época es el reflejo del nulo respeto que se tuvo sobre los derechos humanos de los intervinientes en el sistema, que como se vio, fueron mayormente las clases no-ciudadanas. Este proceso, acompañado de un brutal “peso de la noche”, implicó la despreocupación total por la suerte de los bárbaros que caían en las garras de la policía, y en general por toda la “cuestión social”. Solo una vez que el pueblo importó o tomó la palabra, estos temas pudieron salir a la luz.

## **A.2. Siglo XX, el acantilado que se rompió, la crisis de legitimidad.**

Las cosas al partir el siglo XX siguieron siendo mas o menos las mismas, la clase dominante en un pacto político que creo el parlamentarismo, homogeneizo las oligarquía de facciones en una sola clase política que mantenía la legitimidad a raya en pos de la, ya en duda, estabilidad.

Pero estos años de no-ciudadanía, para gran parte de la sociedad chilena, significo el retiro a sus propias instancias de participación, así las mutuales, mancomunales, asociaciones obreras, eran fuertes y comienzan en esta época a traslucir el autoritarismo de la constitución del 33, nace la “cuestión social” como problema de Estado, y el preciado orden de la oligarquía dominante comenzó a debilitarse.

Este escenario era propicio para liderazgos, ya sea del pueblo oprimido o de la clase política desorientada y afectada por la falta de legitimidad. De este revoltijo surgió Arturo Alessandri, quien con un discurso populista, pero siguiendo las directrices de la clase política, logro reformar el sistema autoritario del la constitución del 33, disminuyendo la crisis social, pero sin ampliar la participación ciudadana. De entre los proyectos de la sociedad civil y los proyectos de la clase política, Alessandri opto por el último, construyendo un nuevo acantilado oligárquico, que disimulado por mayores grados de participación electoral, tenia los días contados.

### **A.2.1. Construcción de la ciudadanía, la clase media profesional.**

Varios factores determinaron que la sociedad civil marginada de la política durante el siglo XIX, fuera entrando cada vez más a dirigir las instancias de poder del país.

En primer lugar la pérdida de eficiencia del Estado, implicó integrar a sectores medios de la sociedad, puntos de intercambio entre las clases populares y las elites

dirigentes, respetadas por esta última por su gran capacidad intelectual y técnica. Fueron incorporados al Estado, ya sea en su creciente burocracia o en puestos técnicos. Esta nueva clase social intermedia entre los polos determinó una serie de cambios, de los cuales el que más nos importa, tiene que ver con la introducción al Estado de teorías configuradoras de la realidad social. Tiene importancia porque este proceso que fue iniciado por ingenieros de la Universidad de Chile, quienes inician el periodo industrial chileno con la CORFO, implicó la introducción de ciudadanos en las decisiones, antes privativas de la élite dirigente. Si bien el golpe militar de 1973 modifica el análisis más bien lineal que hasta ahora hemos hecho, esta misma clase, comprometida con la sociedad civil y escéptica del poder, será la que proponga la reforma del procedimiento penal en Chile <sup>132</sup>.

Por otro lado la política dejó de ser el lugar indicado para la elite, la que empresarialmente se separó del Estado. Por ello, cada vez con mayor presencia, los partidos populares fueron ocupando un lugar dentro de la estructura política. Los partidos clásicos (oligárquicos) por su parte tuvieron que ir en busca de votos en la clase popular que durante este siglo fue progresivamente adquiriendo el derecho a voto. “Mi querida chusma”, fueron términos con que la clase política se refirió a este nuevo mercado electoral. Es que la falta de legitimidad del sistema político, comenzada ya la reforma agraria, era de tal tamaño que los partidos oligárquicos tuvieron que implementar nuevas técnicas de obtención de votos, comenzando la fase populista de la derecha.

Pero en paralelo con esta nueva preocupación por la clase popular de parte de los partidos políticos, la misma sociedad civil tuvo la oportunidad de mostrar los dos siglos de trabajo que en sus gobiernos locales y comunitarios habían aprendido. Dominados por ideologías marxistas, construyeron confederaciones de trabajadores como la CUT, con un poder real de negociación frente al Estado. Cambiaron la violencia contra el sistema (bandolerismo), por la lucha por el reemplazo del mismo por el socialismo. En nuestros términos la sociedad civil, fue ganando cuotas de ciudadanía participativa en contra de las aspiraciones de la élite que aunque retirada de los centros de poder político, comenzó a ver este proceso de expansión de la participación como la pérdida del orden. Esta actitud se basa en que siempre la clase alta chilena considero al bajo pueblo como bárbaro, lo que junto a pensamientos marxistas, hicieron volver a esta clase a tácticas compartidas con los militares, una vez que los trabajadores y el marxismo llegó al poder, en 1973. Como se ve la élite de nuevo minoritaria, ocupó la violencia para devolverse su estabilidad y de paso retroceder todos los márgenes de legitimidad que entre 1920 y 1973 se lograron.

### **A.3. De las consecuencias históricas de la dictadura militar.**

Las consecuencias de la búsqueda de ciudadanía de la clase popular, fue el golpe militar. Siguiendo la argumentación de los siglos XIX y XX, el golpe militar es la respuesta

<sup>132</sup> Las ONGs Corporación de promoción Universitaria y Fundación Paz Ciudadana crearon un foro de académicos y de la profesión jurídica para la discusión de los lineamientos de la reforma del proceso penal. Durante el gobierno de Frei fue que esta iniciativa nacida en la sociedad civil, ingresó al ámbito público, por petición del ministerio de justicia de la época. López, op. Cit. pp., 21.

oligárquica de una clase alta acostumbrada a su “orden” y que lo vio perdido a manos de los plebeyos. Frente a esta coyuntura la clase política buscó la ayuda militar como antes ya lo había hecho. Nuevamente la violencia se muestra como la salida a los conflictos Inter –clases. El autoritarismo propio de una clase que se ha sentido dueña del país desde sus inicios volvió a golpear, pero esta vez con una fuerza inusitada. Perder el control de la realidad social, más que la realidad política, es algo a lo que la élite no estaba dispuesta.

Los autores han tratado esta intervención militar y sus consecuencias de revolución, ruidosa o silenciosa <sup>133</sup>. La dictadura mostró las estrechas relaciones de la clase dirigente y la represión. Con la supresión del Estado de derecho y la vigencia de un Estado policial de 17 años de duración se consiguió la instauración de las políticas económicas y sociales de derecha creadas en las universidades de Estados Unidos, que por su rapidez y radicalidad muestran las características de una revolución.

Chile tenía una clara definición desarrollista hasta el 73, después del golpe, de un mazazo fuimos experimento de las políticas neoliberales.

Pero más que hacer un catastro de muertos y desaparecidos, cara visible de la represión de la dictadura, nos vamos a remitir a los efectos que perduran hasta hoy. Especialmente las consecuencias en la creación del derecho, por ser este objeto de nuestra investigación.

### **A.3.1. La ciudadanía renovada, el derecho y la sociedad civil.**

Los historiadores contemporáneos están contestes de que la concertación al plebiscitar la continuidad de la constitución otorgada de 1980, legitimó “ex post”, toda la revolución neoliberal. La mayoría de los efectos de la dictadura tiene que ver con esta aceptación. Ello por que la constitución del 80 se asegura la estabilidad que buscaba la clase dirigente (civil y militar) cuando se tomó el Estado en el 73. A modo de efecto necesario el primer efecto de la dictadura es la crisis de legitimidad de la misma, lo que trae aparejada la indiferencia ciudadana hacia el Estado. Durante esta época se remarca la figura de la mujer como la productora del sustento diario, frente a una realidad de franca anarquía, ya que el Estado no existía, como conjunto de derechos, sino solo como burocracia y represión. Se desintegro la red de ayuda social sindical, lo que individuó a una gran masa de personas, se destruyeron las redes de la clase popular y media, quedando todos a su suerte.

Este efecto se reflejó en la época concertacionista en la creación de asociaciones de ciudadanos, que como ya dijimos, repensó sus problemas, ahora desde la perspectiva ciudadana, sin intermediar con la clase política. Los partidos pierden su acantilado, ya que la ciudadanía buscó caminos distintos. De este tipo de asociaciones nació la reforma del proceso penal. Lo que ocurrió fue que una vez que el derecho fue visto como un legado de la dictadura, y la llegada de la democracia se vislumbró como la vuelta de la posibilidad de movimiento, la ciudadanía, acostumbrada a desconfiar (y con razón) de la

---

<sup>133</sup> Jocelyn-Holt, “El Chile Perplejo”, Editorial Planeta chilena S.A. , 3ª Edición, 1999, Santiago, pp. 255 – 266; Salazar Gabriel, Tomo I, Op. Cit. Pág. 146, pp. 99 – 102.

clase política, la que nunca resolvió sus problemas sociales, tomó la iniciativa y buscó modificar ella misma su realidad, tomó su ciudadanía renovada e incentivo cambios que el ordenamiento jurídico chileno necesitaba.

La ilegitimidad de la dictadura se transformó en el motor de las principales luchas ciudadanas de recuperación de la ciudadanía. Partiendo por la vigencia de los derechos humanos (pacto constitucional de 1989), las clases oprimidas durante la dictadura comenzaron a lidiar con el marco neoliberal que impusieron los arquitectos sociales de Chicago. Habiendo perdido la seguridad social, el mercado del trabajo, la previsión, las luchas sociales se trasladaron a la participación directa en las decisiones políticas. Para esta época la clase media contaba con la organización como para conducir al país, y fue así que para 1988 lograron construir un discurso alternativo al neoliberalismo y lograron llegar al poder. Como ya dijimos, al hablar del pacto constitucional, esta llegada al poder fue confiando más en la legalidad otorgada, que en la capacidad ciudadana para crearse una nueva institucionalidad, por lo que ha sido la tarea de estos años lograr revertir el neoliberalismo puro implantado por la derecha durante la dictadura, sin salirse del marco constitucional que dejaron.

La Concertación devolvió el poder de voto, pero no devolvió la ciudadanía plena, puesto que mantuvo las estructuras descentralizadas y desintegradoras de la dictadura.

El proceso de recuperación de la ciudadanía es ajeno al derecho, es dentro de la sociedad civil que estas intenciones de participación se han dado. Por ello los intereses de la clase dominante no han podido tocar estas intenciones, la sociedad civil, gracias al ambiente de mayor libertad y tolerancia, ha impulsado propuestas que antes, con el acantilado partidista instalado, no hubiera sido posible. Creemos que esta posibilidad histórica, en conjunto con el retiro de la clase autoritaria del poder, posibilitó discutir seriamente, la disminución de la represión estatal excedente, en particular la del Estado juez y Estado gendarme.

Pero en conjunto con esta realidad, la derecha también ha ido aceptando las nuevas reglas del juego y aprovechando la desintegración de las redes ciudadanas de la baja sociedad civil, busca volver al poder utilizando a “su chusma querida”, de nuevo para instaurar el sistema que ellos mismos crearon en épocas de dictadura, sin contradictores.

#### **A.4. Conclusiones y perspectivas.**

Las luchas por la conquista de la ciudadanía participativa, es solo uno de los ejes por los que se puede mirar las distintas formas como se ha elaborado el derecho en Chile. Pero todas las miradas, conducen a una misma respuesta: el derecho a pesar de ser objetivamente obligatorio, es creado por un grupo. Con esta conclusión, deben poder mirarse las líneas dogmáticas y reconocer en ellas a un sector productor del derecho.

El caso del procedimiento penal, por su vinculación con la mantención del “orden” interno, implica mirar al grupo que estuvo en condiciones de decidir las políticas criminales y transformarlas en derecho vigente en cada época. Se ve que la clase dirigente del siglo XIX fue la que implantó en Chile, siguiendo la tradición medieval española, el primer procedimiento penal puramente chileno, el de 1906, que en contraste con la realidad latinoamericana, fue la mejor manera de contener a los “bárbaros” que

habitaban Chile por esa época. Recuérdese que se planteaba que, en Chile no existían ciudadanos preparados intelectualmente para participar en un jurado.

La mantención exagerada de este tipo de procedimiento, es producto de la poca o nula preocupación por la cuestión social de la clase política durante todo el siglo XX, a pesar de las luchas de la sociedad civil por inmiscuir estos temas al interior de la clase política. Por lo que solo una vez que una clase con conocimientos técnicos, que constara con la posibilidad de llegar a postular su iniciativa al poder central, la reforma se hizo posible. En cierto sentido consideramos que el nuevo proceso penal es el fruto de este nuevo tipo de ciudadanía construida en dictadura y ejercida en democracia, la que se toma para sí su soberanía y deja a los partidos como simples mandatarios de sus decisiones.

Pero el futuro no se ve simple para el garantismo. Esta nueva forma de ejercer la ciudadanía también llegó a la derecha. La implantación de políticas creadas en centros de pensamientos es una de las formas nuevas de ejercer la ciudadanía, tanto para la derecha como para la izquierda o la intelectualidad garantista. Teorías importadas como la “tolerancia cero” a nivel de política criminal y el entendimiento de la criminalidad como peligro y no como personas concretas cometiendo ilícitos, son posturas que la derecha <sup>134</sup> sostuvo durante el proceso de creación del proceso nuevo y que pueden ser “gobierno” pronto.

Si bien el Estado de Derecho, nacido desde los centros académicos chilenos, logró disminuir al Estado de policía heredado de la élite despreocupada por temas, “que no le tocan” como es la intervención en procesos penales, la tensión sigue vigente, pero mostrándose en distintas facetas que veremos en el último capítulo de esta segunda parte.

## **B. Derrotero hacia una democracia real:**

---

### **B.1 Introducción:**

Como hemos señalado en la primera parte de este trabajo entenderemos al proceso penal como una síntesis culturalmente condicionada. En otras palabras el proceso penal es un producto cultural. En su conformación confluyen distintos lenguajes, tradiciones y prácticas <sup>135</sup> componentes de una cultura. Un componente esencial en la conformación del proceso penal es el fenómeno político y en particular la forma en que este fenómeno se desenvuelve. Así influirán en la conformación de este proceso las pugnas por alcanzar el poder, quienes lo alcanzan, cómo lo ejercen y para que lo ejerzan. De alguna manera la configuración del poder político y su ejercicio es determinante a la hora de mantener, modificar, o reinterpretar un sistema procesal penal.

<sup>134</sup> Se recuerda que Paz Ciudadana, fundación creada por Agustín Edwards (quien es dueño de El Mercurio), fue parte del proceso de discusión y es la impulsora en Chile de la teoría de la peligrosidad y la tolerancia cero.

<sup>135</sup> Con respecto a este concepto de cultura ver Kymlicka Will, “Ciudadanía Multicultural”, Capítulo 5: Libertad y Cultura, Editorial Piados, Barcelona, 1999.



Esta relación necesaria se da en cuanto el proceso penal será el principal mecanismo para concretar la faz más violenta y amenazante de este poder, el ius puniendi; y además podrá constituir un elemento de garantía de los derechos de los ciudadanos o un arma de represión sin igual. Como vemos la cuestión es de extrema importancia.

Con respecto a Chile podríamos caer en la tentación (legítima por cierto) de explicar al proceso penal como una gran reforma legislativa que comenzó a gestarse en 1993<sup>136</sup> a partir de un foro creado para discutir acerca del funcionamiento de la justicia criminal en Chile, revisar la historia fidedigna de la ley y las discusiones parlamentarias y mirar de que manera este proceso ha dado sus frutos concretándose en una reforma del proceso penal. Podríamos caer en esta tentación, pero no lo haremos en cuanto creemos que incluso este proceso de discusión nacional y de reforma legal se enmarca dentro de una historia mayor que tiene como fecha simbólica de inicio el 11 de Septiembre de 1973, fecha en la cual cae junto a los escombros del palacio presidencial nuestra naciente tradición democrática la que a partir de la década de los '60 había asumido como actores principales a la clase media primero y a la clase popular después.

Así el nuevo proceso penal no puede ser sólo entendido como la ocurrencia genial de un grupo de expertos, ni como la manifestación de la conciencia garantista de nuestros parlamentarios. El nuevo proceso penal es una respuesta cultural, es una manifestación tardía (como generalmente lo son las respuestas en derecho) de una sociedad que quiere alejarse del autoritarismo y del estado de policía que imperó sin contrapeso durante 17 años y que aún pervive en una serie de instituciones que forman parte de nuestra estructura política. El proceso penal es una respuesta histórico cultural, pero no debemos ser ilusos ya que puede transformarse en una simple solución de continuidad. Esta preocupación inspira el trabajo que sigue.

## **B.2 Estado, poder y proceso penal bajo la dictadura militar: el comienzo de la reforma.**

### ***“Estábamos al borde del abismo y hemos dado un paso adelante” (Augusto Pinochet Ugarte)***<sup>137</sup>

El proceso penal como hemos señalado posee un carácter instrumental. En este sentido es una herramienta que permite al Estado hacer efectiva la amenaza de punición que existe sobre toda la sociedad. De ahí que exista una estrecha relación entre Estado, poder y proceso penal.

Ahora con esto no estamos afirmando que el proceso penal en si sea neutro, este dará cuenta de una determinada síntesis entre la eficiencia y la garantía. Como sabemos los diversos procedimientos penales vigentes en Chile durante toda la dictadura militar

<sup>136</sup> En este año un grupo de ONG's convocaron a un foro con la finalidad de realizar propuestas para lograr una mejora en el desempeño de la justicia criminal. Estos trabajos duraron por tres años y en este lapso de tiempo el Gobierno comenzó a involucrarse. Una vez que las propuestas estuvieron completas el Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz Tagle, las transformó en proyectos de ley en 1995.

<sup>137</sup> *Palabras pronunciadas en un discurso de conmemoración del 11 de Septiembre, en Tal-Tal en el año 1974.*

eran los establecidos en el Código de Procedimiento Penal y los establecidos en leyes especiales. Todos tenían carácter inquisitivo. Aquí nos avocaremos al estudio del procedimiento criminal ordinario y de que manera este fue funcional a la dictadura militar de Pinochet. Fue precisamente este régimen el que permitió la supervivencia de este procedimiento dejándonos atrás de las reformas procesales penales llevadas a cabo en todo el mundo, incluyendo las de América Latina.

Para esto comenzaremos analizando la estructura y el ejercicio del poder durante estos años. Luego daremos un breve vistazo al procedimiento ordinario establecido en el Código de Procedimiento Penal para terminar realizando las relaciones correspondientes.

### **B.2.1 Configuración del poder político bajo el régimen militar:**

Una primera pregunta relevante es quien ejerció el poder político en Chile durante la dictadura. La respuesta, considerando el régimen autocrático del que hablamos, en teoría no es difícil: un dictador, Augusto Pinochet Ugarte. Veamos como llegamos a esta conclusión.

Una vez acaecido el golpe de Estado una Junta de Gobierno compuesta por el Comandante en Jefe del ejército Augusto Pinochet Ugarte, por el Comandante en Jefe de la Armada Almirante José Toribio Merino, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea Gustavo Lee y el Director General de Carabineros Cesar Mendoza asumieron a través del decreto ley nº1 el poder ejecutivo. Luego a través del decreto ley nº 128 asumen el poder legislativo y constituyente. El Congreso Nacional fue disuelto y los medios de comunicación sometidos a censura. El poder judicial mantuvo una aparente autonomía justificada por la simpatía de numerosos Supremos al nuevo régimen y por el monopolio legislativo ejercido por la junta, situación que evita el control judicial efectivo.

El ejercicio del poder político dejó de ser rápidamente una función conjunta y coordinada de las Fuerzas Armadas y de Orden al acogerse como estructura para el ejercicio de este la verticalidad del mando militar. Así se hizo prevalecer la categoría de primus inter pares del Ejército, situación que se legalizó.

Así la junta fue presidida por el Comandante en Jefe del Ejército primero bajo el título de Jefe Supremo de la Nación luego como Presidente de la República (ambos títulos auto designados por la Junta y el segundo de ellos intentando otorgar una imagen de legitimidad a un ya cuestionado régimen militar en el extranjero). Lo que tenemos así es como lo señala acertadamente el informe Rettig un Presidente de la República/ Comandante en jefe del Ejército; jamás antes en nuestra historia había existido tanto poder en una sola mano. Así Augusto Pinochet Ugarte gobernaba y administraba la nación, además presidía el aparato legislativo y constituyente (la Junta de Gobierno) y comandaba el ejército. En último término la Contraloría General de la república, órgano controlador de la potestad reglamentaria, quedó supeditado a la voluntad del “Jefe Supremo de la Nación” en cuanto era la Junta quien designaba al Contralor.

Como vemos lo que sucedió en Chile entre 1973 y 1989 en Chile fue la apropiación del poder por un hombre que se autoproclama titular del poder, que ejerce sin límites jurídicos virtuales y sin someterse a renovación o a revocación<sup>138</sup>. Lo que sucedió en Chile fue la instauración de un régimen autoritario en la tipología clásica, de un Estado

Activista en la tipología de Damaska <sup>139</sup> .

Como vemos existe un único detentador del poder. Además existía la imposibilidad de que los destinatarios del poder participaran en la formación de la voluntad estatal; el ejemplo más patente es la disolución del Congreso Nacional, símbolo en toda democracia moderna de la voluntad popular y la suspensión y la posterior disolución de los partidos políticos existentes. Por último existía una ideología que justificaba este régimen autoritario y que determinará la forma en que se ejerció el poder político. Esta ideología será el objeto de nuestra preocupación en las líneas que siguen. Esta será la que nos permitirá calificar al Estado como activista y luego realizar las necesarias conexiones con el procedimiento penal.

Para el 11 de Septiembre de 1973 la junta militar no poseía ningún curso claro de acción política. Así el informe Rettig señala al respecto: “Una señal clara de estas dudas había sido la justificación misma, inicial, del 11 de Septiembre. Por una parte se había denunciado el quebrantamiento de la Constitución por el régimen depuesto; por la otra se hablaba de un país enteramente distinto, recuperado para la chilenidad” <sup>140</sup> . Así no se tenía claro el plazo de duración del régimen, su finalidad, su estructura política interna y existían en su interior muchas diferencias en cuanto a doctrinas políticas.

Ahora bien a pesar de este desconcierto las Fuerzas Armadas poseían ventajas evidentes en el ejercicio del poder político en circunstancias que ellas mismas fueron conformándose como fundacionales; estas se constituían por la verticalidad del mando ya mencionada, por la unidad que demostraron al realizar el golpe de Estado. Además la actuación militar contó con un importante apoyo popular <sup>141</sup> y extranjero, sobre todo de Estados Unidos, país que propició la caída del Gobierno Socialista de Allende <sup>142</sup> y auspicio la ascensión de la dictadura militar.

Esta relativa incertidumbre se fue disipando a través de tres causas principales:

Existió un grupo uniformado fundamentalmente perteneciente al Ejército que tuvo una fuerte coherencia ideológica y de acción y que fue determinante en la ocurrencia de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos que acaecieron en Chile durante el régimen militar. Este grupo se manifestó principalmente en lo sería la Dirección Nacional de Inteligencia, órgano encargado desde 1973 a 1977 de llevar a cabo una dura represión sobre los “enemigos” del régimen militar, principalmente la gente de izquierda.

La ideología que movilizaba a este grupo nace a partir de los movimientos contrainsurgentes coordinados por Estados Unidos y originados a raíz de la revolución

<sup>138</sup> Al respecto ver García de Enterría Eduardo, “El Derecho, la ley y el juez”, Cuaderno Civitas 2000.

<sup>139</sup> Damaska Mirjan, Op Cit. Pág.62.

<sup>140</sup> Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, página 51.

<sup>141</sup> Así lo ha reconocido el Informe Rettig e historiadores como Alfredo Jocelyn-Holt en su obra “El Chile Perplejo”.

<sup>142</sup> Recordemos las palabras de Nixon quien prometió “hacer gritar la economía” de nuestro país. Esto es una muestra de que la caída del gobierno de Allende, desde una perspectiva internacional, era un capítulo más de la guerra fría.

cubana. Estos grupos poseían una técnica común de lucha armada en contra de la guerrilla urbana o rural. Las ideas fundantes de esta ideología son: que la guerrilla no es tal, sino que se trata de una verdadera guerra la cual constituye una guerra continental dirigida por Cuba y la U.R.S.S. destinada a aniquilar las instituciones democráticas del mundo libre, esta guerra no se declara ni respeta las leyes jurídicas ni éticas de la guerra; los Estados deben responder ante la guerrilla a través de la contrainsurgencia la cual requiere responder con los mismos métodos utilizados por la guerrilla. Esta contrainsurgencia miraba a quien luchaba contra la guerrilla como un héroe que intentaba rescatar los valores fundamentales de la patria y principalmente velaba por el más alto de ellos: la seguridad nacional: valor supremo.

Este discurso se instaló fácilmente en cuanto existía en Chile un clima de división absoluta (más aún a nivel de elite política) que venía gestándose desde la década del '50 y tuvo su ebullición en los gobiernos de Frei Montalva y Salvador Allende. Esta mirada de “buenos” y “malos”, de “ellos” y “nosotros” permitieron legitimar ante la población el terrorismo de Estatal que formó parte de la dictadura....por la razón o la fuerza.

El régimen militar llamaba a la unidad nacional y a una labor colectiva de la cual nadie estaría excluido pese a que en forma paralela la DINA continuaba su actuar represivo y delictual<sup>143</sup>. Mientras existía este desconcierto un primer grupo de civiles intentaba influir políticamente al régimen militar. Estos eran jóvenes, de clases acomodadas, profesionales universitarios relacionados –en su mayoría- con el gremialismo. Además poseían una fuerte formación católica. En particular este primer grupo era partidario de un autoritarismo al estilo de Portales. Esta primera oleada origina en 1973 la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” documento que busca sentar las bases doctrinarias del nuevo orden. Esta Declaración proclama a “una democracia más de sustancia que de formas, unas Fuerzas Armadas y de Orden Garantes de un amplio concepto de seguridad nacional”<sup>144</sup>; asevera además que el gobierno militar realizará una reconstrucción moral, institucional y material de Chile. Esta declaración no fue del gusto de Pinochet por lo que esta declaración no alcanzó sus objetivos. A pesar de ello estos civiles continuaron colaborando con el régimen militar.

Una segunda oleada de civiles colaboradores era conformada por jóvenes de las mismas características anteriores más el hecho de ser economistas con postgrados en universidades norteamericanas y de ser liberales no sólo en su disciplina sino también en su concepción del hombre y de la sociedad. Este segundo grupo tuvo mayor acogida que el primero. Así el plan económico basado en las ideas de Frederic Von Hayek y Milton Friedman fue aplicado por el gobierno militar. El régimen entonces buscaba una “sociedad libre” y por lo tanto las doctrinas neoliberales se aplicaron a todo el ámbito de la acción estatal. Se dio entonces en Chile una curiosa mezcla entre autoritarismo y liberalismo económico, la amalgama perfecta era el catolicismo y esta conjunción de elementos queda claramente demostrada en la Constitución de 1980.

<sup>143</sup> Con esto nos referimos a las detenciones ilegales, las desapariciones de personas, las ejecuciones sumarias y sin proceso previo, a las torturas, el uso indebido de la fuerza, muertes en hora de toque de queda, abusos de poder, etc.

<sup>144</sup> Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, Página 59.

Con lo dicho no nos resulta difícil imaginarnos de qué manera se llevó a cabo esta estructura ideológica. Podemos señalar, en resumen, que el gobierno militar una vez pasada una primera fase de desconcierto se autoproclamó como un gobierno “fundacional”<sup>145</sup>. El cual recuperaría los valores tradicionales de Chile, extirparía el “cáncer marxista”, nos brindaría una nueva institucionalidad y nos llevaría a una sociedad de individuos libres.

Para el logro del primer objetivo abrazó al nacionalismo, a cada uno de los próceres de la patria, al catolicismo y puso de vez en cuando sobre la mesa el peligro del ataque foráneo.

Para el logro del segundo de los objetivos creó la DINA y posteriormente la CNI y mantuvo al país en constantes estados de excepción que aumentaban aún más las cuotas de poder de la Junta y de quien la presidía. Así aniquilaron al enemigo a través de la violación masiva y sistemática de los derechos humanos fundándose en una inexistente guerra interna, generando terror en la población, terror que les brindó obediencia, obediencia que les dio el orden público tan anhelado por la clase media chilena.

Para el tercero creó una constitución autoritaria, fundada en el iusnaturalismo y no puesta en vigencia hasta el período de transición a la democracia. Además ejerció plenamente el poder constituyente y legislativo a través de decretos leyes completando de esta forma una nueva institucionalidad.

Para el logro del último de los objetivos dio rienda suelta a un liberalismo económico radical, sólo sostenible a través del poder concentrado en una mano y que carece de toda oposición; en Chile se instauró el liberalismo en gran medida porque Pinochet así lo quiso, sino pensemos, ¿qué país democrático puede soportar una crisis económica como la del '81 sin que se alteren en forma seria sus instituciones políticas?

En resumidas cuentas, el Estado se hizo del control de cada uno de los ámbitos del quehacer social: en materia de salud y jubilación cambió el sistema previsional y el de pensiones privatizándolos (creación de las Isapres y las AFP), en materia de educación desintegró la infraestructura de la Universidad de Chile y nombró rectores delegados en cada una de las Universidades del país; en materia de medios de comunicación los controló en forma total y estableció primero una censura explícita para luego hacer funcionar un sistema de autocensura; en materia de intervención económica empequeñeció al Estado haciendo del principio de subsidiariedad un dogma; en materia de libertades públicas eliminó a los partidos políticos y puso trabas a la formación de organizaciones gremiales y sindicales; en materia de libertad de desplazamiento Chile vivió bajo el toque de queda y la actuación arbitraria de los agentes policiales; en materia judicial dictó una ley de amnistía que dejó en la impunidad crímenes cometidos por agentes del Estado, controló a su antojo a la Corte Suprema legitimando de manera posterior decisiones ilegales tomadas por esta<sup>146</sup> y traspasó casos de “crímenes

<sup>145</sup> A este respecto ver el artículo del profesor José Zalaquett “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina” publicado en “Presente y Futuro de los Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

políticos” a la jurisdicción militar.

En cada una de estas áreas el Estado impuso su forma de ver la buena vida, cada una de estas instancias fue una oportunidad de aleccionar a la población a través del terror y el autoritarismo, es por esto que señalábamos al principio que Chile fue un Estado activista, y tan radicalmente lo fue que exterminó, torturó, exilió y aterrorizó a todo el que estuviera en su contra.

### **B.2.2 El régimen militar y el sistema procesal penal.**

Describamos ahora brevemente las características del procedimiento penal ordinario como expresión del sistema procesal penal vigente en ese entonces, para luego señalar de qué manera éste fue funcional a la dictadura.

El procedimiento penal establecido en el Código de Procedimiento Penal de 1906 es, sin temor a equivocarnos, un procedimiento de corte inquisitivo, llegando casi a la ortodoxia.

De hecho si tomamos la clasificación de los sistemas procesales penales hecha por Maier veremos que el procedimiento penal en estudio coincide de forma escalofriante con las características que según el autor conforman el sistema inquisitivo <sup>147</sup>.

Describámoslo someramente. La persecución penal tiene el carácter de pública y está regida por los principios de legalidad e inexcusabilidad. El principio de la eficiencia se manifiesta sin contrapesos. Quien tiene a cargo la etapa de instrucción es el juez del crimen de primera instancia, este a su vez realizará la acusación <sup>148</sup> y luego dictará sentencia.

La función policial la ejercen Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones. La primera realiza principalmente labores de policía preventiva y la segunda se concentra básicamente en la investigación judicial.

Las garantías individuales consagradas en la Constitución del '80 no tienen aplicación práctica en el procedimiento. Esto se observa a que no responde a ningún “racional y justo procedimiento” <sup>149</sup> el hecho del juez que investiga acuse y juzgue, esto rompe con toda imparcialidad necesaria en la adopción de decisiones judiciales legítimas. Además estas garantías no están consagradas en la legislación especial (CPP de 1906).

Con respecto a las garantías individuales debemos también resaltar las precarias condiciones en que se puede desenvolver la defensa. La etapa de sumario

<sup>146</sup> Por ejemplo en casos de recursos de amparo en que no existía orden de detención los tribunales rechazaban el recurso y luego estando éste en apelación esperaban la llegada de la orden para rechazar el recurso.

<sup>147</sup> Para realizar este ejercicio ver Maier Julio, Op Cit. Pág. 9

<sup>148</sup> Esto en el Código de 1906 no era así originalmente ya que la acusación la presentaba el Ministerio Público, órgano suprimido en 1927.

<sup>149</sup> Garantía consagrada en el Art. 19 n° 3 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 y que ha sido mayoritariamente interpretada por la doctrina como una garantía que establece el debido proceso.

(investigación) es por lo general secreta, la defensa no tiene acceso ni a las diligencias ni a las actas de la investigación, puede proponer diligencias las que pueden ser aprobadas o rechazadas por el juez. Sólo luego de que el juez acusa se abre la etapa de plenario en que se permite contestar la acusación por escrito. Esta inexistencia de garantías hace que el acusado sea mirado como un objeto de prueba más que como un sujeto de derechos.

Como podemos apreciar el juicio como tal es inexistente puesto que el juez ya ha formado su convicción al realizar la acusación. El debate es escrito y discontinuo y se da respecto a la prueba ya producida por el juez.

A esto le podemos sumar el hecho de que la dictación del auto de procesamiento implica per se la orden de prisión preventiva<sup>150</sup> y la restricción de una serie de derechos fundamentales, como por ejemplo la suspensión de la ciudadanía y del derecho a sufragio.

Además por regla general casi todas las decisiones de los jueces de primera instancia pueden ser objeto de recurso, la utilización excesiva del recurso de apelación hace que el proceso se retrase y que exista un fuerte control de las cortes superiores respecto a la juez de primera instancia quitándole a éste autonomía en sus decisiones.

Toda esta institucionalidad fue funcional al régimen militar por las siguientes razones:

La vigencia irrestricta del principio de eficiencia está de acorde con un régimen político en el cual la seguridad nacional es el valor supremo. El orden público debe ser conseguido a todo costo y es por esto que las garantías reconocidas en la Constitución no poseen una vigencia efectiva. La garantía es la tendencia inexistente.

La preeminencia de la eficiencia como sinónimo de seguridad permite tratar al acusado como condenado. Sobretudo cuando durante 17 años de dictadura el delincuente fue mirado como un ente ajeno que no deseaba la conformación de la sociedad libre prometida: era un terrorista. Había que reprimir y para esto el sistema más eficiente es aquel en donde la imparcialidad se hace innecesaria. El Estado Activista es esencialmente parcial y por ende su aparato judicial promueve una concepción del bien. Ello por que la unidad entre las funciones de investigar y juzgar es una cuestión que permite al Estado mayor control sobre las decisiones judiciales.

Favorece a este control el hecho de que exista un poder judicial fuertemente jerarquizado. Existieron casos en Chile de jueces que ante actitudes proclives por ejemplo a dar lugar a recursos de amparo fueron amonestados por la Corte Suprema en el ejercicio de sus facultades correccionales.

Con respecto a la persecución penal esta fue arbitraria. Bajo la justificación de la guerra interna y la mantención del orden las policías existentes tenían plena libertad para cometer abusos que quedaban en la impunidad. Además esta misma justificación dio lugar a la creación de nuevos órganos de persecución penal (DINA, CNI) los cuales secuestraban, mataban y torturaban a personas no partidarias del régimen con la

<sup>150</sup> En Chile alrededor del 50% de la población de nuestros centros de reclusión no ha sido condenada. Ver "Estadística de la Población Penal a cargo de Gendarmería de Chile", 30 de Noviembre del 2002.

finalidad de concretar un plan de sociedad diseñado.

Precisamente un sistema procesal penal que fomenta el secreto, la indefensión del acusado, la impunidad de los agentes del Estado, el control de los jueces inferiores, es un sistema que permite al Estado seleccionar a los indeseables (los rotos, los comunistas, los terroristas) y someterlos a control.

Además de lo señalado el procedimiento penal ordinario pierde importancia en cuanto diversos casos calificados como delitos terroristas son traspasados a la jurisdicción militar la cual establece procedimientos aún menos respetuosos de cualquier garantía procesal<sup>151</sup>.

Así a modo de conclusión podemos señalar que la represión más dura fue realizada por órganos especializados y por la jurisdicción militar; el control del resto de la población, la que fue políticamente activa hasta 1973, quedó en manos de la judicatura la cual poseía un mecanismo de actuación (el procedimiento penal del CPP de 1906) que permitía al Estado un control efectivo sobre la decisión judicial.

Creemos que es importante rescatar la experiencia de la humanidad a este respecto. Recordemos pues que, como lo señalamos en la primera parte de éste trabajo, el sistema inquisitivo nace con la instauración de las monarquías absolutas cuya principal característica estaba dada por la concentración del poder de administrar, juzgar y legislar en la figura del monarca. Este sistema le permite a éste ejercer un control efectivo sobre los señores feudales que, hasta antes del proceso de formación de los Estados Nacionales, eran independientes. Lo que tenemos bajo el régimen militar es a una persona que concentra la administración del Estado y participa de manera decisiva en la faz legislativa y constituyente. Además ejerce un control de facto sobre la judicatura. En uno y otro caso el afán de control total propio de cada régimen permiten en un caso la creación, en otro la supervivencia de sistemas inquisitivos que en el resto del mundo hace rato se dejó a un lado.

Queremos destacar al finalizar esta sección que bajo nuestra apreciación se dio un fenómeno, a nivel general, que señalábamos como casi imposible en la primera parte de este trabajo. Señalábamos que era difícil imaginar un proceso penal compuesto por pura eficiencia. A nuestro juicio en Chile el proceso penal durante los años de la dictadura militar fue más allá de la pura eficiencia ya que se constituyó en un medio predilecto para el uso de violencia en forma ilegítima, fuera a través de su actuación o de su omisión de intervenir<sup>152</sup>.

### **B.3 Estado, poder y proceso penal hoy:**

#### **B.3.1 Chile hoy.**

<sup>151</sup> Así, por ejemplo, a través del decreto ley n° 3655 se dio competencia a los tribunales militares para “sancionar con el máximo rigor las acciones terroristas que dirigidas desde el exterior lesionan los superiores valores patrios y procuran la destrucción de la bases mismas del ser nacional”.

<sup>152</sup> Por ejemplo en los miles de recursos de amparo interpuesto en la época de la dictadura.



Una vez consolidado el modelo económico social de la dictadura (lo que se produce tras la crisis económica del '81) podemos comenzar a percibir una transformación en la visión que la sociedad tiene del fenómeno criminal. Esta afirmación es evidente en el sentido que la sociedad (re)fundada <sup>153</sup> durante la primera década de la dictadura comienza a cobrar vida propia, son los ciudadanos que aceptan el modelo y actúan según sus pautas normativas y lógica interna.

En esta nueva sociedad se produce una segregación clara de los distintos sistemas funcionalmente diferenciados que componen la sociedad. La economía, la política, el arte, el derecho, la ciencia se transforman en espacios clausurados sobre si mismos los cuales desarrollan una lógica interna y un lenguaje propio.

La estructura social anterior <sup>154</sup> era diversa en aspectos fundamentales. Influida por las ideas ilustradas se planteaba que la razón o racionalidad podía llevar a la sociedad a un estadio superior de evolución, un lugar en donde la utopía burguesa de la autorrealización del hombre por medio de la autonomía se haría realidad. La razón a su vez se personifica en el Estado el cual en pos del mundo prometido dirige o bien interviene en distintas áreas de la sociedad.

La modernidad más clásica es un intento de transformación de la sociedad que en Chile tuvo su lugar en el proyecto mesiánico de Frei Montalva y en el programa revolucionario de Allende; y en este proyecto la persona posee un rol fundamental, en ella reside el poder de transformación. Evidentemente el color del mundo prometido dependía de la ideología que lo sustentara.

El Estado hoy constituye principalmente un coordinador de diferencias no poseyendo un concepto propio de la buena vida; así un aspecto que debemos resaltar del Chile de hoy es que el sitio dejado por el Estado como ente directivo del proyecto modernizador ha intentado ser ocupado por otras entidades. Así hoy parece que es la lógica económica la que pretende situarse como lenguaje común a toda la sociedad chilena. Si nos fijamos las consideraciones económicas (costos, beneficios, ventajas comparativas, riesgo, etc.) forman parte central de cualquier tipo de decisión ya sea en el ámbito político, legislativo, laboral, educacional, personal, etc.

Por su parte la desideologización de todos los aspectos sociales ha generado que el individuo pierda protagonismo en el desarrollo de las estructuras sociales, así se deja atrás el mesianismo que dominó la década la década del '60 y los principios de la del '70 y el chileno delega todo su poder de transformación en el mundo político. El hombre hoy para participar en la sociedad debe acoplarse a la lógica y al lenguaje de cada una de las esferas que la constituyen, el individuo para participar en la sociedad debe sacrificar su libertad y su identidad para homogeneizarse respecto a los parámetros dados por cada esfera. Así si se quiere participar en la esfera del trabajo se debe cumplir con los requisitos educacionales, de "presencia personal", de aptitudes psicológicas y físicas, de

<sup>153</sup> El Chile actual comenzaría a ser una realidad tras el plebiscito de 1980 en opinión de Tomás Moulian, en su obra "Chile Actual, Anatomía de un Mito".

<sup>154</sup> La que se conforma en Chile desde la década del '50 y alcanza su máxima expresión durante los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende Gossens.

horario, de disciplinamiento, etc.

En este escenario la promesa de libertad se hace irrelevante en cuanto ésta sólo se alcanza cuando el individuo no participa de ninguna de las lógicas propias de los sistemas autónomos y clausurados que componen a la sociedad<sup>155</sup>. El individuo será libre sólo entonces cuando no participe de la sociedad, lo que convierte a la libertad en una cuestión inútil.

Ahora bien el disciplinamiento exigido por cada sistema social tiene como recompensa el acceder a la nueva promesa: el consumo. Éste puede entenderse como un conjunto de dispositivos económicos simbólicos, el cual no sólo da cuenta de un fenómeno de adquisición de bienes y endeudamiento sino a su vez define la manera en que el individuo se siente partícipe de la “modernidad”. El consumo así es un mecanismo de integración y a su vez los objetos del consumo pasan a formar parte de la identidad de los individuos. Se es lo que se tiene.

Nos interesa destacar dos situaciones más referentes al consumo: la primera es una observación realizada por el sociólogo Tomas Moulian<sup>156</sup> en el sentido de que el consumo implica una forma de disciplinamiento. Esta observación parte de la base que una de las principales fuentes de consumo de nuestro país se realiza a través del endeudamiento.

Precisamente la masificación del crédito, según el autor, permitiría el ejercicio de “una nueva forma de ciudadanía”, el consumir a través de crédito. El sujeto que consume en base al endeudamiento hipoteca su futuro, al endeudarse en cierta medida se compromete a seguir siendo asalariado, a seguir constriñéndose por las lógicas y el lenguaje del mundo laboral, comercial y económico. El consumo es el “purgatorio de la explotación”.

La segunda cuestión que nos interesa destacar es que el mensaje de consumo y el marketing comunicacional que sindicaron a Chile como país modelo llega a todos los estratos sociales casi sin excepción; todos en esta sociedad mediatizada estamos constantemente expuestos al mensaje: consumo es igual a bienestar, por lo tanto cada cual en la medida de sus posibilidades intentará consumir o adquirir bienes de una mayor significación social. Esta afirmación es relevante para comprender ciertas conclusiones en el análisis de la criminalidad.

Como acabamos de señalar, los medios cumplen hoy una función destacada en la estructuración de la sociedad. La masificación casi absoluta de los medios de comunicación han dotado a estos de un poder incontrarrestable. Estos no sólo perpetúan el mensaje de consumo<sup>157</sup> sino que también incorporan otros discursos con la finalidad

---

<sup>155</sup> Como lo señaló el profesor Aldo Mascareño en sus clases del Curso de Teoría Social: “La libertad sólo se logra en la cama antes de dormir”.

<sup>156</sup> Para profundizar ver: Moulian Tomas, “Chile Actual, Anatomía de un Mito”, Colección Sin Norte/Universidad Arcis/ LOM Ediciones, 19ª edición, Santiago, 1998.

<sup>157</sup> Pensemos que su existencia depende básicamente de la publicidad.

de legitimarlos y expandirlos en la opinión pública. Así los medios de comunicación constituyen herramientas poderosas que permean la conformación de la sociedad y los cuales sirven a sus dueños pertenecientes a una elite social. Las bases políticas, económicas y culturales defienden y mantienen su posición privilegiada a través de la utilización de la mayoría de estos medios. El público de estos recibe un mensaje uniforme, centralizado y estandarizado que pasa en el medio social a ser hegemónico.

Esta revolución mediática se da al interior de una revolución tecnológica y científica que no tiene parangón en la historia de la humanidad. La tecnología ha permitido la creación de nuevas formas de comunicarse e interactuar las cuales han derrocado las tradicionales fronteras del tiempo y la distancia <sup>158</sup>. A su vez el conocimiento se ha multiplicado, se ha complejizado y se expande a un ritmo acelerado; y si bien Chile no es fuente de un gran desarrollo tecnológico y científico si es un país que abierto al mundo recibe parte de la técnica y conocimiento producido en el extranjero y a medida que Chile se ha constituido en una economía “sólida” este proceso se ha acelerado.

Junto a esto se han profundizado los procesos de urbanización, democratización e industrialización, lo que ha producido una casi desaparición del campesinado, un asentamiento de un procedimiento de legitimación política <sup>159</sup> y la creación de una clase poblacional-marginal que fluctúa en diversas actividades económicas dada su escasa preparación.

*Lo ya señalado constituirá la base sobre la cual trabajaremos a continuación.*

### **B.3.2 Configuración del poder político en el Chile de hoy:**

Chile se presenta hoy como un “plan piloto global” <sup>160</sup>. En el último tiempo frente a las distintas crisis que han atravesado distintos países de Latinoamérica <sup>161</sup> Chile se ha mostrado como un país económicamente estable, políticamente ordenado, con un proceso de transición a la democracia ejemplar; un jaguar en vías de desarrollo. Muestra de este reconocimiento a la “imagen país” es la firma de tratados de libre comercio con Estados Unidos, la Unión Europea y Japón (entre otros).

Chile, a nuestro juicio, constituye hoy una democracia formal (ya explicaremos este término), económica y políticamente liberal. Este juicio se funda más bien en lo que fuimos que en lo que quisimos ser y nos permitirá entender luego la necesidad de la

<sup>158</sup> Según Anthony Giddens una de las características centrales de la modernidad tardía es que en esta se produce un fenómeno de desanclaje, las relaciones sociales se desvinculan del contexto social. Existe de esta forma una pérdida de identidad comunitaria (Ver apuntes del curso “Teoría Social” del profesor Aldo Mascareño, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

<sup>159</sup> Podemos entender a la democracia como un procedimiento que permite el acoplamiento entre derecho y política, para que el poder actúe a través del derecho debe legitimarse a través del procedimiento predefinido, la democracia.

<sup>160</sup> Nef Jorge, “La Caja de Pandora”, Capítulo 3: “Contradicciones en el Modelo Chileno”, Editorial Planeta S.A., Santiago, 1999.

<sup>161</sup> Pensemos en la profunda crisis económica y de corrupción que afecta a Argentina y que se manifestó con mucha fuerza el 2002, pensemos en el extendido paro general realizado en Venezuela para sacar del poder al presidente Hugo Chávez, los ejemplos se multiplican.

reforma procesal penal, cual es la funcionalidad de esta y los riesgos asociados a su errónea aplicación.

Ya se describió la forma como la dictadura militar impuso de una manera avasalladora su doctrina económica liberal y su ideología de la seguridad nacional. El lus Puniendi estatal utilizado en forma ilegítima fue la principal arma de la dictadura para contener cualquier expresión de divergencia. Como vemos nuestro “éxito económico”, financiado por una mayoría empobrecida <sup>162</sup> y desprotegida laboralmente, es una herencia bien atesorada del régimen militar. Conjuntamente tenemos una fuerte política privatizadora <sup>163</sup> y de desnacionalización.

A su vez el Estado como regulador y no prestador de servicios que actúa en un marco subsidiario a la iniciativa privada, un Estado mínimo que desconoce la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales es también la herencia de las decisión radical de fundar un nuevo país tomada por cuatro militares y apoyada por una elite de derecha de un fuerte poder económico e impuesta a sangre y balas.

Otras situaciones conformadas esencialmente por efectos de la dictadura son (por nombrar algunos): una fuerte desconfianza a la clase política, ya que durante 17 años se sindicó a esta clase como la responsable del caos anterior al golpe de Estado; una fuerte desconfianza hacia el poder judicial <sup>164</sup> dada su actuación ya descrita durante la dictadura; una constante sensación de inseguridad de la población hacia el Estado y hacia los otros ciudadanos, situación que se demuestra en que una de las principales preocupaciones sociales sea la delincuencia, el nuevo “enemigo”; además el régimen militar al prácticamente eliminar a los grupos intermedios representantes de los intereses de los trabajadores y pobladores produjo un fuerte debilitamiento de las bases sociales y económicas en que estos se sostenían, así la clase popular dejó de ser un actor político relevante hasta hoy.

Como vemos el régimen militar constituyó, en primer lugar, una desarticulación de toda una tradición y una posterior rearticulación basada en el “neoliberalismo económico <sup>165</sup> , en el integralismo católico y corporativista en la esfera social, y en la seguridad nacional en el ámbito político” <sup>166</sup> .

Podemos apreciar que gran parte del diagnóstico puede ser reconducido al Chile que hoy vivimos. Nuestra política económica sigue siendo de corte neoliberal, nuestro Estado ha enfatizado su rol regulador y ha asumido un rol absolutamente subsidiario en materias tales como salud, pensiones de vejez y educación superior. Es cierto que Chile crece a

---

<sup>162</sup> Ver el Informe del Desarrollo Mundial del Banco Mundial de 1990, páginas 222 a 224.

<sup>163</sup> Pensemos en la privatización de Endesa, la creación de la Afp´s y las Isapres, la privatización de la Compañía de Teléfonos de Chile, Empresa Metropolitana de Obras sanitarias (bajo el gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle).

<sup>164</sup> Al respecto ver el Capítulo IV de la Segunda parte del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación.

<sup>165</sup> Basado en las teorías económicas de Hayek y Friedman (Escuela de Chicago).

<sup>166</sup> Nef Jorge, Op Cit. Pág.186.

niveles macroeconómicos, pero, para nadie es un misterio que este país posee un pésima distribución del ingreso y sistemas de redistribución ineficientes. La sensación de inseguridad aumenta junto con las penas, las clases populares y medias están lejos de los círculos políticos; ¿qué es lo que cambió con la transición a la democracia?

Cambió la forma. Los gobiernos de la Concertación sin duda han revestido el estado policial de la dictadura, lo han atado al derecho y han intentado dejar de lado un concepto de “buena vida” que le sea obligatorio a toda la población. Sin duda esta nueva forma democrática formal respeta de mejor manera los derechos humanos de las personas, ya que no existe más en Chile el terrorismo estatal, como un método de imposición de las decisiones de los gobernantes. Pero, no nos engañemos, sigue siendo lo que denominaremos una democracia formal.

Con esto queremos decir que la democracia existente en Chile es la democracia que tiempo atrás fue ideada por los ideólogos del régimen militar. En Chile existen algunos de los componentes básicos de una democracia moderna: elección popular (del presidente, de algunos parlamentarios<sup>167</sup> y alcaldes), separación de poderes, sometimiento de los gobernantes y ciudadanos a unas mismas leyes, y razonable respeto a los denominados derechos civiles y políticos. Pero estos aspectos no configuran a nuestro juicio la totalidad del fenómeno democrático.

El espectro completo es lo que denominaremos democracia real vista como un “modo de ejercicio de la autonomía política que viene asegurado sólo por la participación plena de los integrantes de la comunidad política en procesos de formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”<sup>168</sup>.

La imposibilidad de que Chile sea una democracia real está precisamente en la falta de autonomía de nuestro sistema político interno. Esta se debe, en primer lugar, a los enclaves autoritarios existentes aún en nuestra institucionalidad. Así mientras existan los senadores designados, el Consejo de Seguridad del Estado, mientras el presidente de la República no pueda remover a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, mientras no exista una ley electoral que sea representativa de la decisión popular Chile seguirá viviendo bajo los designios del régimen militar y de los que hoy se favorecen con su legado. Cada uno de los enclaves autoritarios significan cuotas de poder fuera del alcance popular, por ende son cuotas de poder fuera de control, son cuotas de autoritarismo; de ahí su peligrosidad.

Podríamos hablar ahora de las leyes de amarre y de la dificultad de realizar reformas constitucionales y de reordenar la orgánica institucional del país dado los altos quórumos que estas modificaciones exigen y dado el equilibrio ficticio de fuerzas producido por el sistema electoral binominal, pero sería en vano, la idea fuerza ya está expresada: el Chile de hoy es un Chile estable y ordenado, pero no es un Chile que pueda modificar sus designios, el Chile de hoy no es el Chile que la mayoría de los chilenos que votaron NO en 1988 quisieron refundar....Chile la alegría ya vino y se fue.

<sup>167</sup> Sin duda la existencia de parlamentarios designados y vitalicios ni siquiera nos deja en buen pié para considerar a Chile un democracia formal plena.

<sup>168</sup> Habermas Jurgen, “Factividad y Validez”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1998.

Nos queda entonces una democracia plebiscitaria, una democracia a lo Hayek, en donde los electores son consumidores de un producto: el gobernante de turno <sup>169</sup>. El principio de representatividad está en crisis “siendo los partidos políticos los agentes y beneficiarios de los procesos electorarios” <sup>170</sup>, así estos partidos se atribuyen la representatividad la cual, desde la perspectiva del electorado, ha pasado a ser más bien una especie delegación absoluta de la dirección política del país; lo que existe entonces es más bien un despotismo electivo.

Así ya no importan los temas “políticos”, lo relevante son “los problemas de la gente”. El Estado se ha reducido a un aparato encargado de dar estabilidad a una elite empresarial adinerada que controla los medios de producción y de comunicación. Existe así un gobierno paralelo que negocia de tu a tu con el Presidente, que decide las leyes en el parlamento pues financia campañas; el Estado “solucionando los problemas reales y concretos de la gente” los ceda restándolos de la participación política.

Hoy Chile es un conjunto de prácticas sociales cada una compuesta de una lógica y lenguaje propio. Cada una se cierra sobre si misma sin atender a consideraciones propias de otro sistema social. Sin embargo la pugna por el poder continúa y hoy en día el ámbito económico lleva la delantera <sup>171</sup>. Se acabó el mesianismo de los '60, otro Chile no es posible, cada cual a lo suyo, el empresario a producir, el obrero a trabajar, el político a las discusiones para la tele, el delincuente al paredón, etc...Chile, ¡por fin! bienvenido a la modernidad.

### **B.3.3 El Chile de hoy y el sistema procesal penal:**

¿Qué tiene que ver la reforma procesal penal con la dictadura y con el Chile actual?

Para responder esta pregunta debemos realizar al menos una prevención esencial: debemos comprender que el proceso penal al interior de una democracia es la única forma legítima en que se puede concretar la amenaza punitiva del Estado; es por ende el arma coactiva más importante que posee el Estado. Además el proceso penal constituye un mecanismo de “legitimación retrospectiva” <sup>172</sup> del conflicto penal y de su redefinición.

Como hemos señalado ya el orden socio-político existente hoy en nuestro país es el orden impuesto por la dictadura revestido por el manto de la democracia formal, y es precisamente este orden sociopolítico el que da lugar a la reforma procesal penal.

De buena fe podemos señalar que la democracia chilena ha permitido mayores

---

<sup>169</sup> Recordemos el enorme trabajo de Marketing realizada por sectores de derecha en la campaña presidencial de Joaquín Lavín. Fue tal su éxito que obligó a rediseñar la campaña del actual presidente Ricardo Lagos Escobar.

<sup>170</sup> García de Enterría, Op Cit. Pág. 170.

<sup>171</sup> Pensemos un segundo en que ámbito de la vida la perspectiva económica y su razonamiento no es introducido como determinante.(ej. Análisis económico del derecho, en políticas públicas, en la discusión de leyes laborales; estas antiguamente eran cuestiones que seguían sus propias lógicas de discusión)

<sup>172</sup> Horvitz Lennon María Ines y López Masle Julián, Op Cit. Pág. 77.

niveles de tolerancia, al menos en el foro público y ha logrado incorporar nuevas formas discursivas vetadas bajo el régimen militar.

Uno de estos discursos es el garantista el cual se enmarca dentro de un fenómeno mayor que es el de la incorporación en nuestro país al discurso de los derechos humanos vistos como un límite al poder. Una vez depuesto el régimen militar Chile empieza a abrir caminos para darle cabida al tema y a la doctrina de los derechos humanos. Muestras claras de lo anterior se avizoran en el ámbito interno y externo. En el primero podemos mencionar las distintas estrategias que se han utilizado en Chile para resolver el tema de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos: así durante el gobierno de Patricio Aylwin se optó por una “justicia restaurativa”<sup>173</sup> la cual se basaba en el conocimiento de la verdad y en la reconstrucción histórica, pero negaba el camino de la justicia criminal<sup>174</sup>. Otro ejemplo lo constituye la reciente propuesta del Presidente de la República Ricardo Lagos en esta materia.

En el ámbito exterior podemos mencionar la paulatina aplicación que se les está dando a los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro país<sup>175</sup>; además podemos mencionar firma y ratificación de nuevos tratados de derechos humanos como la Convención de Derechos del Niño y el reconocimiento hecho por parte del Estado chileno a decisiones tomadas por organismos de control internacional en materia de derechos humanos<sup>176</sup>.

A medida que este discurso se ha ido instalando también ha ampliado su ámbito de aplicación. Esta ampliación ha permitido mirar al antiguo procedimiento penal como un mecanismo que vulnera los derechos humanos del acusado y las obligaciones internacionales de Chile en esta materia. Así la mirada desde la perspectiva de los derechos humanos ha sido una de las razones que ha motivado al Estado chileno a dejar atrás el antiguo sistema inquisitivo y a instalar en Chile un sistema inquisitivo reformado. Debemos prevenir de todas formas que éste discurso garantista no proviene de un sector que busca un cambio radical en la conformación político social de Chile, no es un discurso de izquierda, progresista o si se quiere “revolucionario”. El discurso garantista proviene de una mínima conciencia colmada de pragmatismo y la cual busca poner al día a Chile en materia procesal penal<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> Término acuñado por el profesor José Zalaquett para intentar dar contenido a la idea de justicia transicional, la cual sería el objetivo de los procesos de transición a la democracia en América Latina.

<sup>174</sup> Este camino sólo se abrió respecto de casos emblemáticos como por ejemplo el del asesinato de Orlando Letelier.

<sup>175</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Chile en 1976 el cual fue publicado en el diario oficial recién en 1989; Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>176</sup> Recordemos el caso de la película “La última tentación de Cristo” en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló impidiendo al Estado chileno prohibir su exhibición.

<sup>177</sup> Recordamos aquí al profesor Jorge Bofill quien en su cátedra de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile señalaba que la reforma procesal penal era “un salto hacia el presente”.

Sin duda la instalación del discurso garantista <sup>178</sup> no es la única razón de la reforma. La reforma tiene que ver también con un proceso dialéctico propio de la historia. Es un intento de dejar atrás un mecanismo de utilización del *ius Puniendi* propio del autoritarismo fomentando el respeto de los derechos humanos y la separación de los poderes; en fin es un intento por controlar el poder estatal y la violencia, por acercarse a la democracia. En este sentido la profesora María Inés Horvitz señala: “El modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal se aviene mejor con formas de organización política que reconocen el valor de la autoridad y la centralización del poder; en suma, con el régimen político del absolutismo. En cambio, el modelo acusatorio prospera allí donde existe un sistema republicano de ejercicio del poder político, con separación de funciones de aseguramiento de la igualdad de posiciones de las partes” <sup>179</sup> .

Esta última afirmación la realizamos en el convencimiento de que entre democracia y derechos existe una relación necesaria de tal forma que más derechos es más democracia en cuanto estos aseguran (tanto en su faz positiva como negativa) la autonomía de la participación democrática <sup>180</sup> .

La reforma intenta acercar al uso del *ius Puniendi* estatal a la democracia pues pretende realizar sobre éste un control que era inexistente en la época de la dictadura <sup>181</sup> , control que aleja al poder estatal de la arbitrariedad y la atrocidad y le otorga legitimidad. Además la reforma genera un nuevo sistema de decisión, sistema más democrático ya que en él participa una triada: dos contendores y órgano imparcial que decide. Así se deja la pugna directa que se produce entre el Estado (manifestado en el juez de instrucción) y el acusado, pugna que, como ya hemos explicado, favorece al Estado autoritario y que se deja de lado a través del autocontrol estatal a través de órganos jurisdiccionales. Esta organización triádica permite que la decisión judicial sea producto de un proceso comunicacional directo, abierto, público y controlado; permite por lo tanto legitimar la decisión ante la comunidad. La separación de las labores de perseguir penalmente y de juzgar, entregados a órganos y a lógicas de actuación distintas también favorece la autonomía al interior del proceso penal.

Como muestra de la democratización del proceso penal están la serie de garantías que al interior de éste han sido consagradas por la nueva legislación:

- el derecho de defensa del imputado

<sup>178</sup> Muestra clara de este discurso la encontramos en el primer capítulo de la obra “Derecho Procesal Penal Chileno” , obra ya citada realizada por Julián López Masle y María Inés Horvitz Lenon, en la cual se refiere a los orígenes de la reforma.

<sup>179</sup> Horvitz Lennon María Ines, López Masle Julián, Op Cit. Pág. 77.

<sup>180</sup> Para profundizar en esta idea ver Rivera Ramos Efrén, “Los Derechos y la Democracia: ¿Conflicto o Complementariedad?”, en el libro “Los Derechos Fundamentales”, Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

<sup>181</sup> Pensemos en este sentido sólo en la figura del Juez de Garantía, órgano controlador de toda la actuación estatal cuyo principal parámetro de medición son los derechos fundamentales.



- la consagración de la presunción de inocencia.
- el derecho a juicio oral y público regido por los principios de la inmediatez y la continuidad la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.
- la consagración de la prisión preventiva como una medida de última ratio, etc.

La reforma es una muestra particular de un proceso de democratización mayor que alcanza a distintas áreas del país, proceso que es impulsado por la necesidad de alejarse del pasado dictatorial y del sistema procesal penal que le servía como mecanismo de represión. Pero esta reforma no puede ser sólo la muestra de la democracia que algunos sectores quieren lograr, también existen en ella enclaves de autoritarismo. El nuevo proceso penal es también una cierta síntesis entre la eficiencia y la garantía y por esta vez el carro de la transformación fue movilizadado por el segundo de sus componentes. Que el péndulo se mueva hacia el respeto de los derechos humanos no quiere decir que con facilidad llegaremos a ese ideal.

¿Cual es el peligro al cual tememos? El peligro lo constituye la democracia formal de la que hemos hablado y de cada una de las expresiones de autoritarismo que aún abundan en nuestro quehacer sociopolítico. Daremos ahora algunas muestras de lo que estimamos una amenaza latente.

En Chile los enclaves autoritarios hoy utilizan su poder económico y comunicacional para instalar un discurso de seguridad ciudadana que tiende a la represión y al exterminio de la delincuencia y aumentar las ganancias de las empresas de seguridad privada. Como hemos dicho anteriormente estas elites son poseedoras de un poder paralelo al estatal no despreciable y cuentan con una organización político estructural que les asegura importantes cuotas de poder político. Así Chile ha sido escenario en el último tiempo de fenómenos de inflación penal, de aumento de penas, de represión diferencial<sup>182</sup> y de derecho penal simbólico. También hemos visto el nacimiento de instituciones como Fundación Paz Ciudadana, cuya preocupación constante es sembrar inseguridad en la población, sin ésta la oferta de barrer con la delincuencia no es atractiva ni para el electorado ni para los consumidores.

En resumidas cuentas existe en Chile una fuerte tradición autoritaria ligada a la dictadura reciente y que está dispuesta hoy en día a dar la pelea por recuperar espacios al interior del sistema procesal penal intentado acrecentar sus niveles de eficiencia<sup>183</sup>.

Este discurso se ha logrado instalar en todo el sector político, sector que como ya dijimos, separado del electorado decide en parte nuestros destinos en materia penal. Es por esto que la preocupación es mayor, todos los sectores postulan “mano dura” con la delincuencia, “mano dura” con “EL DELINCUENTE”, mano dura con “EL OTRO”, “EL AJENO”...este es un discurso ya sabido.

<sup>182</sup> Recordemos solamente la actuación estatal con respecto al allanamiento masivo de toda la población La Legua y toda la discusión en torno a la responsabilidad penal de los menores.

<sup>183</sup> Recordemos todas las discusiones y reformas parlamentarias que se produjeron en torno al control de identidad (Art. 85 del CPP).

Sumado a lo anterior está el hecho de que la reforma exige un fuerte cambio cultural en los operadores del sistema procesal penal. Así la reeducación que reciban los viejos operadores y la educación de los nuevos será un elemento central en la aceptación de una nueva “cultura” procesal penal. Muestras de reticencias durante el tiempo que la reforma está en marcha son varias, por ejemplo ciertas disposiciones que pretendían hacer llegar las actas de la investigación al tribunal de juicio oral previa a la sustanciación del juicio, o bien la práctica de dar a conocer, previa a la decisión de culpabilidad o inocencia del imputado sus antecedentes criminales.

Pero esta reforma no sólo exige un cambio al interior del sistema procesal penal chileno, también implica un cambio sociopolítico severo y este cambio (el fundamental) es sólo posible a través del paso a una democracia real que permita la creación de una cultura societal cercana al respeto de la dignidad de la persona. Es por esto que el nuevo proceso penal no es ontológicamente “mejor”, digamos más bien que es un continente, el contenido se lo da la dialéctica social, de ahí nuestra preocupación por el destino de la reforma.

## C. El Enemigo “externo”: el delincuente.

---

### C.1 Introducción:

Una manera, tan común como antigua, de mirar el fenómeno de la criminalidad por parte de la ciudadanía, del mundo político y de las ciencias penales ha sido el de pensar, sentir y actuar como si quien participa en determinados hechos que configuran delito<sup>184</sup> fuera ontológicamente un extraño, un otro con respecto a la sociedad. Nos referimos a una seguridad previa al delito de que quien lo cometerá será una persona que se enmarca en un determinado estereotipo. Así podríamos señalar que hoy forman parte de éste las siguientes características: ser relativamente joven, perteneciente a un estrato socioeconómico bajo. Pensemos que en Chile al año 2001 el 49,95% de la población recluida que cumplía condena en Chile lo hacía por alguna clase de robo o por hurto<sup>185</sup> y agreguemos a estos datos que entre 1986 y 1995 las personas aprehendidas por robo son en su mayoría obreros y personas sin oficio, de estos, la mayoría tienen solamente algún nivel de educación básica<sup>186</sup>. Hablamos de los estigmas y las etiquetas que se han gestado en nuestra sociedad chilena en los últimos 30 años con respecto a la criminalidad.

La invitación en esta parte del trabajo es intentar mirar al fenómeno de la criminalidad

<sup>184</sup> En el lenguaje común el fenómeno de la delincuencia se asocia por los políticos y la ciudadanía solamente a aquellos delitos de mayor connotación social y que están relacionados con bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la propiedad. Se dejan fuera delitos como la estafa, la malversación de fondos públicos, la evasión tributaria, el tráfico de influencia, los llamados “delitos de cuello blanco”.

<sup>185</sup> Gendarmería de Chile, “Delitos por los cuales se cumple condena intramuro”, Registros a Diciembre del 2001.

<sup>186</sup> “Análisis Empírico de la Delincuencia: 1986 a 1995”, Fundación Paz Ciudadana.

como otro factor determinante en la concreción de la reforma procesal penal. Para que la reforma procesal penal se este transformando en proceso penal a secas en Chile se han sucedido una serie de cambios económicos, políticos y culturales que han permitido por ejemplo la ascensión de un discurso garantista impensado durante los años de dictadura. Pero seamos honestos no es el afán garantista la única razón de ser de nuestra reforma; nuestros políticos y principalmente nuestra ciudadanía cree que la reforma mejorará los niveles de eficiencia de la justicia criminal en Chile. Ven en la reforma un mecanismo que acelera la actuación de la represión estatal.

Este afán eficientista, también causa de nuestra reforma procesal penal, está fuertemente relacionado con la nueva forma de mirar la sociedad y en particular el fenómeno criminal. Esta se corresponde con la llegada de la sociedad del riesgo la cual se ha instalado a nivel de discurso y de actuación (política, económica, individual) y la creación cultural de un nuevo estereotipo de delincuente.

A continuación intentaremos dar un vistazo al proceso de cambio que ha sufrido la visión social que se tiene sobre la criminalidad y de que manera este cambio determina en cierta medida el proceso penal que hoy paulatinamente se instaura en Chile.

Antes de comenzar el análisis mencionado debemos señalar que es lo que entenderemos por criminalidad. Sin duda determinar que constituye el objeto de conocimiento de la criminología es una tarea ardua respecto de la cual al interior de la señalada disciplina no existe consenso. No queda más que tomar posición. Siguiendo a Baratta entenderemos por criminalidad a un determinado bien negativo que se distribuye desigualmente según la jerarquía de intereses fijada por el sistema socioeconómico y según la desigualdad social de los individuos.

## C.2 La criminalidad desde la perspectiva social durante la dictadura militar:

***“Nuestro mundo libre se caracteriza por una generalizada expansión de la delincuencia, lacra mayor de las tres lacras que, complementariamente, forman con ella un tradicional conjunto en la historia de la humanidad...”*<sup>187</sup>**

Durante la dictadura la sociedad chilena vivió la represión brutal de todas sus expresiones. La política, el arte, la cultura, las asociaciones ciudadanas, las ciencias, la educación, los medios de comunicación, etc; fue objeto de un estricto control que daba a la ciudadanía la sensación de una vigilancia constante, en Chile durante la dictadura la sociedad en su conjunto percibía que aquí no se movía una hoja sin que Él (nos referimos a Pinochet) lo supiera.

El miedo se fue instalando paulatinamente como un criterio rector principal del actuar individual y social. Antes de salir a la calle, antes de conversar con un compañero de universidad o de trabajo, antes de decir, antes de reunirse, antes de realizar una gran o pequeña inversión, se pensaba en las posibles consecuencias, en los riesgos; se sentía el temor.

Sin duda existieron aquellos cercanos al poder que no tenían miedo a nada pues eran ellos quienes instalaban el terror, eran quienes tenían las armas y la decisión de

<sup>187</sup> Morató Rodríguez Octavio, *“Las Lacras Sociales”, Tipografía Atlántida, Montevideo, 1960.*

matar a sangre fría sin reparos, eras quienes llenaron de doctrina un golpe accidental, eran quienes después se apropiaron de las empresas del Estado. Era Pinochet y su séquito, los que determinaban las lacras sociales y criminalizaban a los opositores a sus políticas.

Como sabemos el miedo no se instaló por arte de magia; existieron diversas instituciones encargadas de crearlo, expandirlo y mantenerlo como el principal sostén de la dictadura y sus políticas. Una de estas instituciones fue el sistema penal el cual elaboró nuevos discursos los cuales se asentaron en las raíces de la fundación de una nueva sociedad. Estos nuevos discursos fueron introducidos por la doctrina de la seguridad nacional y la necesidad de control que exige la mantención de un régimen autoritario y se corresponden a la idea de que el delito constituye “una violación del deber de fidelidad y obediencia que se tiene frente al Estado”<sup>188</sup> y que el delincuente se constituye en un disidente de la comunidad.

En un régimen autoritario el cual guía su actuar político y represivo en el discurso de la guerra interna en contra del “cáncer marxista” no es difícil comprender que el delincuente común sea visto como un remanente de la mala sociedad y su actuación como la negación de la concepción de la “buena vida” impuesta por el régimen autoritario. En un momento que se plantea como fundacional y bajo la proclama de rescatar los valores inmanentes del ser nacional<sup>189</sup> es necesario eliminar cualquier atisbo de diferencia.

¿Quién es el criminal durante el régimen militar? Es un terrorista, un comunista, un subversivo, un upeliento, un roto (todos estos términos se confunden y se hacen similares); es el enemigo, el enemigo externo porque está fuera de un supuesto marco valorativo compartido (en realidad impuesto) al que tenemos que adherir por terror. La ventaja de mostrarlo fuera de nuestras fronteras sociales es que es más fácil ponerlo al paredón sin cuestionar la conformación social, es más fácil deshacerse de él, el discurso de segregación legítima ante los ojos del ciudadano el uso abusivo del *ius Puniendi*. Pensemos por un segundo la relevancia que tomaron las ideas políticas como un factor preponderante de criminalización durante el régimen militar; así el sólo hecho de estar adscritos a partidos de izquierda, de propugnar ideas socialistas o bien ser asociado con el mundo de la izquierda era razón suficiente para ingresar a un oscuro sistema represivo estatal cuyos instrumentos predilectos eran el secuestro, la tortura, la desaparición y el exilio<sup>190</sup>.

Este mismo discurso intenta legitimar la utilización indiscriminada de la detención por sospecha como el principal medio de selección inconstitucional que permite el ingreso de clientes al sistema penal. Este mecanismo se transformó en el principal medio represivo en contra del estereotipo ya mencionado una vez que la cruenta persecución que se llevó

---

<sup>188</sup> Pérez Pinzón Álvaro, “Curso de Criminología”, Capítulo III: Política y Sistema Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1991.

<sup>189</sup> Determinado por los gobernantes de turno.

<sup>190</sup> Reacuérdesse la ley de defensa de la democracia (anterior al 11 de Septiembre de 1973), antecedente de este sistema de criminalización de autor y, téngase presente que el sistema represor fue una mezcla de legalidad con excesos.

a inicios del régimen había bajado su intensidad (década del '80 en adelante). Utilizando esta figura legal se efectuaron cientos de miles de detenciones, alcanzando cifras de 279.245 en el 84, y bordeando las 300 mil detenciones en 1980, transformándose en ese año en aproximadamente el 40% del total de las detenciones de la nación <sup>191</sup>. Esta práctica aunque ilegal hoy en día, registra 30.000 detenciones por sospecha desde la vuelta de la democracia hasta el día de hoy.

Este enemigo representa ayer y hoy todos nuestros temores sumados en un perfil que día a día se acerca más a la pobreza y a la desocupación. Esta es la etiqueta del delincuente tipo durante la primera década de la dictadura.

Este discurso de la guerra interna legitima ante la sociedad la actuación del Estado. La represión tiene así dos caras por una parte nos resta libertades básicas por otra nos seda, nos hace sentir más seguros, otorga a una sociedad en crisis la necesaria sensación de que el orden ha vuelto.

Durante este período se sentaron las bases de lo que vendrá, la ascensión a la modernidad tardía y el cambio correlativo en diversas estructuras sociales. Todo esto tendrá sus efectos en la criminalidad el cual asociaremos oportunamente a la reforma del proceso penal. Conceptos claves serán el miedo, la seguridad y la estigmatización; conceptos que irán tomando mayor vida a partir de la década del '80 para transformarse en actores principales en el mundo de hoy.

### C.3 La criminalidad desde una perspectiva social en el Chile de hoy:

***“El miedo es la materia prima de las prósperas industrias de la seguridad privada y el control social. Una demanda firme sostiene el negocio. La demanda crece tanto más que los delitos que la generan, y los expertos aseguran que así seguirá siendo. Florece el mercado de las policías privadas y las cárceles privadas, mientras todos, quien más, quien menos, nos vamos volviendo vigilantes del prójimo y prisioneros del miedo.”*** <sup>192</sup>

Como hemos visto Chile ha cambiado y junto con él la criminalidad. Algunos cambios que podemos señalar son:

El cuociente medio de escolaridad del delincuente ha aumentado en cuanto existe en nuestro país una educación más generalizada. Podemos señalar que entre 1990 y el año 2000 todos los indicadores que dan cuenta de la cobertura educacional aumentaron en cada nivel de enseñanza llegando en el caso de la educación básica al 98,6% de los niños en edad escolar <sup>193</sup>.

La evolución tecnológica y económica han dado lugar a nuevas formas y técnicas para cometer delito. De esta manera se comienza a discutir sobre la necesidad de tipificar determinadas conductas en el ámbito de la informática, se sanciona la piratería, el

<sup>191</sup> Anuario de Estadísticas Policiales, Instituto Nacional de Estadísticas.

<sup>192</sup> Galeano Eduardo, *“La Industria del Miedo”, Siglo XXI Editores, México, 1999.*

<sup>193</sup> Datos obtenidos del Informe Ejecutivo sobre la Situación de la Educación en Chile realizado por MIDEPLAN en el año 2000.

criminal de cuello blanco desarrolla nuevas formas más complejas de realizar sus delitos, nacen los especuladores quienes realizan una labor muchas veces al filo de la legalidad.

El crimen organizado amplía su campo de acción en el mundo globalizado. El tráfico de drogas, el microtráfico, las redes de trata de blancas y de pedofilia, el lavado de dinero, el terrorismo, la corrupción, son nuevas realidades de la criminalidad.

La delincuencia de connotación sexual ha encontrado un nuevo lugar de acción. La inclusión de la mujer al mundo laboral ha hecho del acoso sexual una figura tipificada en varios países. Este mismo fenómeno social ha sido uno de los factores que ha permitido conocer las realidades de violencia que se viven al interior de las familias en cuanto la mujer ha alcanzado una mayor independencia económica respecto de su pareja.

Las barras bravas y las pandillas poblacionales son nuevas formas de asociación delictiva.

Las grandes urbes <sup>194</sup> en donde en nuestro país se concentra la mayor incidencia de delitos otorgan un cierto manto de impunidad al actuar delictivo ya que quien lo comete puede confundirse fácilmente en el gran flujo de población flotante que se concentra en los lugares de trabajo y comercio.

Han aumentado las dosis de violencia en los delitos contra la propiedad y contra las personas, es más común hoy la utilización de armas blancas o de fuego y en muchos casos el actuar delictivo se realiza bajo los efectos de las drogas y el alcohol.

También hoy en día hemos presenciado en nuestro país una disminución en la edad de las personas que son aprehendidas por hechos delictuales.

Las denuncias por robos, hurtos, violaciones, daños y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes han aumentado en los últimos 13 años <sup>195</sup>. Si bien este no es un indicador concluyente respecto de las tasas de criminalidad <sup>196</sup>, estadísticas como estas dadas a conocer a la opinión pública contribuyen para aumentar la sensación de inseguridad. No se observa la misma curva ascendente respecto al homicidio.

Este conjunto de circunstancias hoy constituyen para los políticos, las elites socioeconómicas y morales, para el ciudadano corriente un riesgo. La criminalidad es uno de los principales riesgos de una sociedad que actúa básicamente motivada por el miedo.

Lo relevante de esta afirmación es que hoy la idea de riesgo define las relaciones sociales y las formas de estar en el mundo. Así el riesgo es un criterio determinante en cualquier clase de actividad, hoy cualquier actividad es riesgosa: salir a la calle, andar en automóvil, comer, contraer cualquier enfermedad, respirar, trabajar, estar en el hogar, etc. A través de esta lógica lo central en nuestra sociedad chilena contemporánea pasa a ser

---

<sup>194</sup> Ciudades populosas de más de 150.000 habitantes.

<sup>195</sup> Ver anuarios de estadísticas criminales, años 2001 y 2003 confeccionados por la fundación paz ciudadana. Ver también “Análisis Empírico de la Delincuencia” de la misma fundación.

<sup>196</sup> Considerando por ejemplo que no todos los delitos se denuncian y que no todos los hechos que se denuncian constituyen delitos.

el análisis, circunscripción y distribución de riesgos. El delito al ser un riesgo genera formas de categorizarlo (dogmática penal), distribuirlo (sistema procesal penal) y ubicarlo (a través de los medios de criminalización) para lograr niveles óptimos de seguridad. ¿Quiénes analizan, circunscriben y distribuyen los riesgos? En primer lugar el Estado quien posee gran parte del poder punitivo, en segundo lugar los privados quienes han montado alrededor de la criminalidad una industria que sólo busca la rentabilidad de su negocio.

Veamos el funcionamiento de toda esta maquinaria. Partimos de una premisa básica: una ciudadanía que actúa, que consume por miedo y que en estos últimos ha manifestado a través de las encuestas de opinión que la delincuencia es una de sus principales preocupaciones. Esta situación no es novedosa en nuestro país, no es propia de los últimos 13 años ya que nuestra sociedad desde antes de 1973 comenzó a actuar por miedo, ¿o no fue el terror una de los elementos determinantes en la realización del golpe militar? ¿O acaso los chilenos durante la dictadura vivieron sin temor a la desaparición, a la tortura, a la cesantía? ¿O acaso en el plebiscito de 1988 la gente de derecha no tuvo temor por la vuelta del socialismo? Volvamos al presente: tenemos por una parte diversos grupos poderosos cuyos intereses diversos se conjugan en la mantención de la industria de la seguridad<sup>197</sup>: está así la elite política la cual por una parte ofrece seguridad y mano dura a los electores como una de sus principales ofertas; están las diversas empresas que venden seguridad: empresas de seguros (se venden seguros de vida, contra robos, de salud etc.), de alarmas para casas, autos y establecimientos comerciales, las empresas de guardias de seguridad, de rejas electrificadas y de transporte de valores, no descartemos la participación de políticos en estas empresas. Por otro lado están las elites económicas (estas pueden participar en la industria de la seguridad y tener injerencia política indirecta: ser militantes de partidos políticos, financiar campañas, etc.) las cuales son básicamente conservadoras del statu quo que les asegura bienestar; por lo tanto a estas les conviene en cierto modo que la mirada del ciudadano común esté puesto fuera de su problemática cotidiana ya sea en la delincuencia, en el programa de entretenimiento, en la farándula, en el fútbol, en todo lo que impida la reflexión del ciudadano.

De esta manera “todos ganan”: las elites socioeconómicas mantienen el statu quo, las elites políticas obtienen votos y captan electores, las empresas ganan dinero, los consumidores seguridad.

Toda esta elite poderosa se sirve de los medios de comunicación<sup>198</sup> (los cuales están en su poder) para justificar su posición dominante en la sociedad convenciendo a los miembros de la sociedad que los intereses de las elites son a su vez los del colectivo social. De esta forma los medios realizan campañas de criminalización en contra de segmentos específicos de la población y transmiten de manera constante un mensaje

<sup>197</sup> Estos grupos pertenecen a distintos sistemas sociales funcionalmente diferenciados por lo tanto sus lenguajes y lógicas e intereses son diversos y en ocasiones contrapuestos. La criminalidad representa una especie de causa común.

<sup>198</sup> Entenderemos por medios de comunicación a determinadas instituciones productores y reproductores de informaciones y opiniones. Englobamos en este concepto a la radio, la televisión y el periódico

criminalizador de los estratos más bajos de la sociedad. Estos medios <sup>199</sup> colaboran en generar un sentimiento general y colectivo de inseguridad a través de la difusión de noticias sobre delitos relacionados con la vida, la propiedad, la indemnidad sexual. Así se genera un “nuevo” estereotipo de delincuente idéntico al generado durante la dictadura salvo que hoy a priori no forma parte de este una determinada ideología política: nuestro delincuente sigue siendo moreno, vestido modestamente, relativamente joven, de estrato socioeconómico bajo.

Debe decirse en este punto que estos grupos, con la llegada de la concertación, necesitaron este sentimiento. En parte para justificar su dominio económico, “el malo es el que quiere quitarme las cosas que tanto me costaron”, y en parte para incrementar el nivel de desconfianza hacia la democracia, y lograr de esta manera desestabilizar el dominio de la Concertación.

La población con niveles de miedo creciente consume: compra alarmas, rejas, contrata guardias y seguros, vota por el político que lucha por la delincuencia.

Todo este sistema posee un lenguaje común, este lenguaje es el de la tolerancia cero. Esta es una doctrina que nació en la ciudad de Nueva York cuyo objetivo es reorganizar la fuerza policial para apalea la sensación de inseguridad de las clases altas y medias permitiendo la intervención instantánea de las fuerzas policiales y una inflexible aplicación de la ley principalmente en contra de determinadas actividades que se consideran como antecedentes a la comisión delictiva (vagancia, ebriedad, ruido, etc.). Paralelamente se incrementa el volumen de policía privada, argumentando de la misma manera <sup>200</sup>. El concepto de tolerancia cero es incorrecto pues no designa la aplicación inflexible de todas las leyes del sistema penal sino que más bien consiste en la actuación selectiva de las fuerzas policiales sobre zonas de población marginales que cumplen con los estereotipos establecidos.

La lógica de la tolerancia cero o más bien de la “intolerancia selectiva” <sup>201</sup> permea el actuar político, policial y se hace vox populi en el ciudadanía: todos exigen efectividad en la represión estatal del delito, se pide aumento de penas, la reinserción de la pena de muerte, que los delincuentes no salgan más de las cárceles, que la condena sea rápida, que el imputado no salga en libertad mientras se le investiga; así el discurso de la eficiencia se instala como clamor popular y como uno de los motores de la reforma procesal penal.

---

<sup>199</sup> En nuestro país destacan en la promoción del mensaje estigmatizador los periódicos El Mercurio, La Segunda, Las últimas Noticias (todos pertenecen a un grupo económico ligado a intereses de la derecha chilena y el empresariado) y La Tercera (ligado a su vez con sectores de Derecha). El espectro se completa al mirar los canales de TV. De los 6 existentes en la red abierta al menos tres (Canal 13, Megavisión, La Red) están íntimamente ligados a las elites que promueven el discurso eficientista y otro está ligado a los intereses estatales (TVN).

<sup>200</sup> En Chile existen actualmente 50.000 guardias de seguridad y 500 empresas de seguridad.

<sup>201</sup> La Rocca Natalia y Spoletti María Eugenia, “Los medios de Comunicación y la Política Criminal”, Libro de Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología.



#### C.4 Reforma procesal penal y criminalidad:

En nuestro país se ha generado un doble fenómeno. Ciertas elites intelectuales y un grupo minoritario del mundo político han promovido un relevo de principios éticos el cual se ha concretado en una corriente garantista que ve en el respeto de los derechos humanos la fuente de la legitimidad de la actuación represiva del Estado. Esta corriente ha sido recogida en el proceso de reforma del proceso penal chileno dando lugar a diversas instituciones como el juez de garantía, un listado de derechos del imputado, como el declarar a la prisión preventiva como medida excepcional y de última ratio, etc.

Como decíamos esta corriente no es la única que da origen a nuestra reforma del proceso penal. La corriente autoritaria basada en el discurso de la intolerancia selectiva y la mano dura ha transmitido su mensaje a la ciudadanía; este bloque social unido por la “lucha contra la delincuencia” exige mayores cuotas de represión estatal. Sus efectos en el ámbito de la reforma son claros, así aun en Chile existe el denominado control de identidad <sup>202</sup> institución heredera de la detención por sospecha y que sólo permite oficializar la selectividad del sistema penal en contra de los más pobres; la necesaria parcialidad de los tribunales orales ha intentado alterarse con prácticas propias de un sistema inquisitivo <sup>203</sup>; el Ministerio Público expresa un problema para desestimar casos lo cual se percibe como una dificultad en cuanto le ha sido difícil desligarse del irrestricto principio de legalidad propio de los sistemas inquisitivos <sup>204</sup>; se han producido conflictos en el acceso de los imputados a los antecedentes de la investigación en cuanto algunas fiscalías lo han restringido a un par de horas semanales y han impedido la extracción de copias; etc.

Podemos ver así que la situación de la criminalidad en Chile y en particular todo el sistema que en torno a ella se ha montado está reflejado en diversas instituciones que forman parte de nuestra reforma procesal penal la cual se ha presentado a la ciudadanía como una solución definitiva a los problemas de seguridad urbana <sup>205</sup>.

Desde nuestra perspectiva el problema no radica en la presencia de la eficiencia pues éste es un elemento intrínseco en todo proceso penal, el punto radica en que las elites que promueven una mayor eficiencia están ligadas a un autoritarismo reciente el cual pervive en su modus operandi y además utilizan a la represión del sistema penal

<sup>202</sup> Art.85 CPC.

<sup>203</sup> En un momento inicial los antecedentes de la investigación se hicieron llegar a algunos tribunales orales con el fin de que los jueces se formaran alguna impresión del caso a conocer.

<sup>204</sup> Ver “Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena” Estudio realizado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudios de la Justicia de la Escuela de derecho de la Universidad de Chile

<sup>205</sup> El Gobierno de Chile ha realizado diversas campañas publicitarias en torno a la reforma procesal penal, en todas ellas se ofrece mayor celeridad en la solución de los conflictos. El mismo gobierno auspicia una serie en un canal nacional denominada “Justicia para Todos”.

para mantener sus posiciones de poder.

Como vemos el aumento supuesto de los delitos de mayor connotación social, el aumento de la violencia social son datos tomados por estos grupos hegemónicos y utilizados como elementos legitimadores de su posición y su actuar. No es redundante decir que esta legitimación surge a raíz de la pérdida de control político de la sociedad desde la llegada de los gobiernos elegidos por votación popular. De esta manera el fenómeno criminal se transforma en excusa para cohesionar a grupos económicos y políticos en el poder. El nuevo proceso penal contiene obviamente una cuota de eficiencia, ahora ya sabemos como esta se gesta, se legitima y quien da la lucha por la represión, de ahí la peligrosidad de su crecimiento.

## VI.- CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto planteamos:

1.- Chile es reconocible como un Estado existencial de Derecho, según ya se vió y distinguió, en particular porque las luchas ideológicas ya no son violentas físicamente, sino más bien son subcutáneas, intersticiales y ocultas. Concluimos que un reflejo de esta característica es precisamente el nuevo código procesal penal ya que en su texto puede verse la lucha de una ciudadanía más comprometida con sus derechos.

2.- El estado chileno ha disminuido los márgenes de represión excedente paulatinamente dentro de su historia, sin dejar de tener ese sesgo autoritario que sus luchas de clases le han otorgado. Concluimos que, confirmando nuestra hipótesis, el cambio socio-cultural chileno, deviene en una mayor relevancia del Estado de Derecho por sobre el Estado de policía y por ende, de una mayor preponderancia del garantismo dentro del proceso penal, como efecto piramidal del sistema completo del ordenamiento jurídico y ético.

3.- El procedimiento penal regulado en el código de 1906 es clasificable como un procedimiento inquisitivo en forma pura, por la forma en que se enfrenta el tema del imputado (objeto y no sujeto), del procedimiento de investigación, por la conjunción de funciones, la generalidad de la prisión preventiva, la presunción de culpabilidad, el secreto del procedimiento. Esta característica del procedimiento penal es fruto de una determinada tradición autoritaria en Chile, de una despreocupación de las cúpulas políticas hacia problemas que no eran de su propia clase social y de lo funcional que resultó ser el procedimiento penal inquisitivo a la dictadura militar. En general podemos

concluir que el legislador de este tipo de procedimiento, ocupando el principio de proporcionalidad, prefirió la eficiencia en la persecución por sobre las garantías de los intervinientes, ya que sus decisiones, frente a la colisión de los principios antes mencionados, siempre prefirieron la eficiencia en cuanto esta tendencia le aseguró control sobre la población que no fue alcanzada por el sistema de terrorismo estatal. Su vigencia hasta el día de hoy, aparte de ser un anacronismo en si mismo, configura una violación de los derechos humanos y no cumple minimamente con los estándares que la dogmática procesal penal, tanto chilena como comparada, le exige a un procedimiento penal para ser considerado un “debido proceso”.

4.- El procedimiento creado por el nuevo código procesal penal es clasificable como un procedimiento mixto<sup>206</sup>, en el cual se respetan de mejor medida las garantías de las personas, al menos en abstracto. De esta manera, también se concluye que la opción legislativa esta vez la balanza se pronunció a favor de las garantías al interior del procedimiento en vez de la eficiencia en la búsqueda de la verdad. Pero esta conclusión se matiza por la poca variación que el sistema penal en general ha tenido. Desde este punto de vista abogamos por un cambio en el código penal que introduzca el mencionado recambio ético del que ya se habló y así modificar una serie de tipos penales que revelan etapas superadas de la dogmática constitucional y penal. Concluimos que este tipo de procedimiento es el producto y muestra de un nuevo sistema de relaciones entre el Estado como monopolizador de la represión y sus ciudadanos.

El ejercicio del *ius Puniendi* si bien ilimitado en la primera etapa del estado moderno, fue limitándose por los avances que la dogmática jurídica fue interponiendo entre su poder y los ciudadanos. En Chile este proceso de limitación, en el ámbito específico del sistema penal, llegó luego de una historia de autoritarismo y de gobiernos oligárquicos que o se despreocuparon del tema o intencionalmente necesitaron de un proceso penal que fuera funcional a sus fines. Solo una vez que se logró un poder organizado y civilizado y la expulsión histórica de la elite dominante, fue posible que los propios ciudadanos comenzaran un pequeño programa de libertad y autonomía que permitió la creación de esta instancia privada de discusión<sup>207</sup> que derivó en un nuevo estándar de enjuiciamiento que sí cumple con los requisitos que el “debido proceso” contemporáneo exige.

5.-La dinámica política chilena, en conjunto con la asunción de una clase profesional que creció estudiando y se independizó de la ética de la elite dominante, provocó un recambio de principios éticos, los que plasmados parcialmente en la reforma de la Constitución de 1980, dejaron el piso teórico para que un grupo de profesionales del ámbito privado incentivara el recambio del procedimiento penal. En este sentido observamos que la visión de la criminalidad como ente abstracto genera una lucha al interior de la sociedad civil, respecto del sentido y orientación de esta reforma,

---

<sup>206</sup> Recordemos que esta solución de compromiso fue consagrada por primera vez a nivel legal en 1808, en Código de Instrucción Criminal Francés.

<sup>207</sup> Recordemos que la historia del nuevo proceso penal comienza con una serie de discusiones sostenidas entre ONG's acerca del problema del sistema penal chileno.

percibiendo al procedimiento penal como un instrumento de implantación de nuevas políticas criminales. El Estado pasa a ser un actor de segundo plano, regulador, administrador, pero no decisorio. La sociedad civil por primera vez en la historia de Chile tiene estos grados de participación y autonomía, si bien no contemplados por el poder central, pero de hecho es la primera vez que las luchas sociales no se llevan al Estado sino que directo a la sociedad. Hoy se toman los terrenos, se crean grupos de ayuda a los pobres, se crean procedimientos penales y se discute desde la sociedad civil el dominio del mismo. Desde este punto de vista confirmamos la producción de este nuevo proceso penal como la introducción en Chile del pensamiento garantista, gracias a este recambio cultural.

6.- La violación sistemática de los derechos humanos durante la dictadura militar, en conjunto con la visión de la criminalidad como el “enemigo externo”, mostró con mayor crudeza las deficiencias de nuestro sistema de justicia penal. De todos los reproches que la doctrina latinoamericana le hace en la teoría al procedimiento inquisitivo, el chileno cumplió con todos. Demostramos que este sistema de represión permitió hacer evidente lo que llevaba 200 años de aplicación, y produjo, con la llegada de la democracia, una situación asimilable con la respuesta mundial que la doctrina de los derechos humanos una vez terminada la segunda guerra mundial, es decir, el nacimiento de la doctrina chilena de los derechos humanos. De estos derechos (algunos de los que se incluyeron en el pacto de la concertación con la derecha el 89), surge el derecho a un debido proceso, como piedra angular del proceso de reforma que luego se iniciaría.

7.-En general, puede decirse que el Estado chileno redujo la represión excedente que intrínsecamente posee, gracias a que se introdujo en el país, por una clase profesional que tuvo la libertad y autonomía para hacerlo, la doctrina del procedimiento penal acusatorio, parte de un movimiento más general de vigencia de los derechos humanos en el mundo. El que este proceso se diera de esta manera es producto de un atraso chileno en la forma de entender la ciudadanía, el uso del poder y la convivencia.

8.- Que si bien Chile ha evolucionado hacia la consagración a nivel normativo y cultural de la doctrina de los derechos humanos aún quedan en nuestro país una fuerte tradición autoritaria la cual es defendida por importantes grupos económicos, por elites morales y políticas; y la cual todavía forma parte de nuestra ciudadanía. Para la mantención viva de esta tradición han sido relevante enclaves autoritarios insertos en nuestra estructura constitucional dejados por el régimen militar tales como el sistema binominal de elecciones, los senadores vitalicios y designados, la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas, los altos quorums exigidos para realizar reformas constitucionales y de la orgánica del país. También han colaborado en la mantención de esta tradición el manejo de los medios de comunicación, los cuales están en manos de las elites ya mencionadas. Precisamente una de las excusas que ha servido para mantener a flote esta tradición es el “fenómeno de la delincuencia” y más profundamente la sensación de inseguridad creciente en el ciudadano medio. Así la exigencia de eficiencia que la ciudadanía requiere del sistema procesal penal se hace cada vez más alta, exigencia sin límites racionales y que es manipulada por grupos poderosos principalmente de derecha. Es por este motivo que en Chile se debe estar particularmente alerta en la implementación y evolución legislativa de la reforma del

proceso penal, en cuanto en su interior aun vive el legado del autoritarismo y el terror.

## VII.- Bibliografía

- Alexy Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de estudios públicos y constitucionales, Madrid, 1993.
- Beccaria Cesare, "De los delitos y las penas", Editorial folio, Barcelona, 2000.
- Beck U., "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Editorial Paidós, Buenos Aires, 1998.
- Binder Alberto, a. "Política Criminal: de la formulación a la praxis", Editorial Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, 1997.
- Introducción al Derecho Procesal Penal, Segunda edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Bobbio Norberto, "El existencialismo", Editorial del Fondo de Cultura Económica, 5º edición, México-Buenos Aires, 1966.
- Bofill Jorge, "Preparación del Juicio Oral y Juicio Oral", Transcripción de Charla efectuada el 12 de Octubre del 2000, publicada en Seminario "Las Reformas del Proceso Penal", Colegio de Abogados de Chile A.G.
- Canessa de Sanguinetti Marta, "El Bien Nacer", ED. Taurus, segunda edición, Montevideo, 2000.
- Código Procesal Penal de la República de Chile, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 2002.
- Constitución Política de la República de Chile, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, Santiago, 1998.

- Damaska Mirjan, “Las Caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- Dieterich Heinz, “La crisis de los intelectuales”, Editorial 21, Buenos Aires, 2000.
- “Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena”, año 2001, Estudio realizado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudios de la Justicia de la Escuela de derecho de la Universidad de Chile.
- Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, Valladolid, 2000.
- Foucault Michel, “Vigilar y Castigar”, Nacimiento de la prisión, 31ª edición, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- Fundación Paz Ciudadana, a. “Análisis Empírico de la Delincuencia: 1986 a 1995”.  
b. “Anuarios de Estadísticas Criminales”, años 2001 y 2003.  
c. “Situación de las Cárcenes Chilenas”, Documento Resumen, 20 de Enero del 2003.
- Galeano Eduardo, “La Industria del Miedo”, Siglo XXI Editores, México, 1999.
- García de Enterría Eduardo, “El Derecho, la ley y el juez”, Cuaderno Civitas 2000.
- Gendarmería de Chile, a. “Delitos por los cuales se cumple condena intramuro”, Registros a Diciembre del 2001.  
b. “Estadística de la Población Penal a cargo de Gendarmería de Chile”, 30 de Noviembre del 2002.
- Gimeno Sendra Vicente, Moreno Cantena Víctor y Cortés Domínguez Valent, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Colex, 3ª edición, 1999, Madrid , España.
- Gonzalez-Cuellar Nicolas, “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Editorial Colex, Madrid, 1990.
- Habermas Jurgen, “Facticidad y Validez”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1998.
- Hayek Friedrich August, “Los Fundamentos de la Libertad”, Unión Editorial, Madrid, 1975.
- Hobbes Thomas, “Leviatán”, edición de Moya y Escohotado, Editorial Nacional, Madrid, 1980.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1ª ed., Santiago , año 2002.
- Iglesias Juan, “Derecho Romano: Historia e Instituciones”, Ariel Derecho Editorial, 11ª edición, Barcelona, 1997.
- Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, Santiago, 1991.
- Informe del Desarrollo Mundial del Banco Mundial de 1990.
- Instituto Nacional de Estadísticas, Anuario de Estadísticas Policiales, año 1997.
- Jocelyn-Holt Letelier Alfredo, a. “El Chile perplejo, del avanzar sin transar al transar sin parar”, Editorial Planeta chilena S.A. , 3ª Edición, 1999, Santiago.  
b. “El peso de la noche, nuestra frágil fortaleza histórica”, Editorial Ariel, 1ª Edición, 1997, Santiago.



- 
- Kymlicka Will, "Ciudadanía Multicultural", Editorial Piados, Barcelona, 1996.
- La Rocca Natalia y Spoletti María Eugenia, "Los medios de Comunicación y la Política Criminal", Libro de Ponencias del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología.
- Loveman Brian y Lira Elizabeth, "El Espejismo de la Reconciliación Política": Chile 1990-2002, LOM Ediciones, 1ª edición, Santiago, 2002.
- Luhmann Nicklas, "Sociología del Riesgo", Triana, México, 1997.
- Lukacs Georg, "El joven Hegel y los problemas de la sociedad capitalista", Editorial Grijalbo, 1985, Buenos Aires.
- Maier Julio, a. "Democracia y administración de justicia penal en ibero América", los proyectos para la reforma del sistema penal, en "Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos", CPU, Santiago, 1993.
- b. "Derecho Procesal Penal Argentino", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Marcuse Herbert, "Eros y Civilización", 5ª edición, Editorial Seix Barral, Barcelona, 1970.
- Mascareño Aldo, Apuntes de Clases del Curso "Teoría Social", primer semestre del 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Ministerio de Desarrollo y Planificación, "Informe Ejecutivo sobre la Situación de la Educación en Chile", año 2000.
- Montesquieu (Charles, Louis de Secondat), "El espíritu de las leyes", Editorial Ercilla, Santiago, 1988.
- Morató Rodríguez Octavio, "Las Lacras Sociales", Tipografía Atlántida, Montevideo, 1960.
- Moulian Tomas, "Chile Actual, Anatomía de un Mito", Colección Sin Norte/Universidad Arcis/ LOM Ediciones, 19ª edición, Santiago, 1998.
- Nef Jorge, "La Caja de Pandora", Capítulo 3: "Contradicciones en el Modelo Chileno", Editorial Planeta S.A., Santiago, 1999.
- Niken Pedro, "El Concepto de Derechos Humanos", Estudios Básicos de Derechos Humanos, IIDH, San José, 1994.
- Peces-Barba Martínez Gregorio y Fernández García Eusebio, Historia de los derechos fundamentales", tomo I: tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII, . Editorial Dickinson, Madrid, 1998.
- Pérez Pinzón Álvaro, "Curso de Criminología", Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- Riego Cristián, "Informe de Chile", Informe Nacional de Chile en Maier, Julio, Ambos Kai y Woischnik Jan (coord.), "Las Reformas Procesales Penales en América Latina", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- Rivera Ramos Efrén, "Los Derechos y la Democracia: ¿Conflicto o Complementariedad?", en el libro "Los Derechos Fundamentales", Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Rosales Elsie, "Sistema Penal y Relegitimación Procesal", instituto de ciencias penales, Universidad Central de Venezuela, 2000.

Rousseau Jean-Jacques, “El contrato social”, Editorial Losada, Buenos Aires, 1999.

Roxin Claus, “Derecho Procesal Penal” (Introducción), Editores del Puerto, Buenos Aires.

Salazar Gabriel y Pinto Julio, a. "Historia contemporánea de Chile". Tomo I Estado, Legitimidad, ciudadanía, Editorial LOM, 1ª Edición, Santiago 1999.

b. "Historia contemporánea de Chile". Tomo II, Actores, identidad y movimiento, Editorial LOM, 1ª Edición, Santiago 1999.

c. "Historia contemporánea de Chile". Tomo III, La economía: mercados, empresario y trabajadores, Editorial LOM, 1ª Edición, Santiago 1999.

d. "Historia contemporánea de Chile". Tomo IV, Hombría y feminidad, Editorial LOM, 1ª Edición, Santiago 1999.

e. "Historia contemporánea de Chile". Tomo V, Niñez y Juventud, Editorial LOM, 1ª Edición, Santiago 1999.

Szabo Denis, “Cambio Social, Criminalidad y Justicia Penal: Algunas Reflexiones en este fin de Siglo”, Cuadernos de Criminología nº 7, Instituto de Criminología, Santiago, 1997.

Wolfgang Marving E. y Ferracuti Franco, “La subcultura de la violencia”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

Zaffaroni Eugenio Raul, Derecho Penal, Parte General, Editorial, comercial, Industrial y financiera EDIAR, Buenos Aires, 2002.

Zalaquet José, “Procesos de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina” publicado en “Presente y Futuro de los Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.