



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

“LA CULTURA JURÍDICA CHILENA:

*Un estudio exploratorio de la cultura jurídica chilena desde una perspectiva
sociológica.”*

Memoria para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

DANIEL ITALO SORIANO CORREA.

Profesor guía: Dr. Edmundo Fuenzalida Faivovich

Santiago, Chile

2012

“A mi familia, en especial a Isabel, por su paciencia infinita y contribución en este estudio”

ÍNDICE

CAPITULO I: INTRODUCCION

1.1	Introducción.....	10
-----	-------------------	----

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

a) EL SISTEMA JURÍDICO Y CULTURA JURÍDICA EN CHILE:

2.1	Sistema Jurídico.....	14
2.2	La Cultura Jurídica.....	16
2.3	Revisión sobre el sistema jurídico y la Cultura jurídica Chilena: evolución desde la segunda mitad del siglo XX y principales transformaciones de la cultura jurídica.....	18
2.4	Lineamientos Teóricos:.....	19
	2.4.1 El criterio de las generaciones Históricas.....	19

b) HIPOTESIS:

2.5	Hipótesis.....	22
-----	----------------	----

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1.	Introducción.....	25
3.2.	Enfoque investigativo.....	26
3.3.	Tipo de investigación.....	27
3.4.	Diseño de Investigación.....	28
3.5.	Muestra.....	29
3.6.	Instrumento y Método de recolección de datos.....	30

ANÁLISIS Y RESULTADOS: PERSPECTIVAS DE LA CULTURA JURÍDICA EXTERNA CHILENA RESPECTO DE ANTIGUOS Y NUEVOS PRINCIPIOS, INSTITUCIONES Y DOCTRINAS PENALES Y SUS CONTRASTES RESPECTO DE LA CULTURA JURÍDICA INTERNA CHILENA.

CAPITULO IV: LA PRESCRIPCIÓN PENAL

4.1	Introducción.....	36
4.2	Los orígenes de la prescripción.....	38
4.3	Fundamentos y naturaleza jurídica de la prescripción.....	41
4.4	La prescripción penal en la legislación chilena.....	47
4.5	Percepciones y opinión pública.....	49

4.6	Datos obtenidos en estudio de campo.....	52
4.6.1	Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la prescripción en materia penal.....	53
4.6.2	Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la prescripción en materia penal.....	54
4.6.3	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la prescripción en materia penal, según grupo etario.....	55
4.6.4	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la prescripción en materia penal.....	57
4.7	ANÁLISIS DE DATOS.....	59

CAPÍTULO V: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y OTRAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

5.1	Introducción.....	67
5.2	Las facultades discrecionales del ministerio público.....	70
5.2.1	La facultad de no investigar.....	71
5.2.2	El archivo provisional.....	71
5.2.3	El principio de oportunidad.....	74
5.3	Tratamiento del principio de oportunidad en el nuevo código procesal penal....	76
5.4	Datos obtenidos en estudio de campo.....	77
5.4.1	Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.....	78

5.4.2	Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.....	79
5.4.3	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la discrecionalidad en la persecución penal, según grupo etario.....	80
5.4.4	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.....	82
5.5	Análisis de Datos.....	84
5.5.1	El principio de legalidad y el principio de oportunidad.....	85

CAPÍTULO VI: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

6.1	Introducción.....	102
6.2	Orígenes y desarrollo histórico.....	103
6.3	Concepto y fundamentos.....	106
6.4	Presunción de Inocencia en el derecho chileno.....	109
6.5	Efectos jurídicos derivados de la presunción de inocencia.....	110
6.6	Datos obtenidos en el estudio de campo.....	112
6.6.1	Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la presunción de inocencia.....	113
6.6.2	Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la prescripción en materia penal.....	114

6.6.3	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la presunción de inocencia, según grupo etario.....	115
6.6.4	Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la presunción de inocencia.....	116
6.7	Análisis de Datos.....	119
 CONCLUSIONES.....		125
BIBLIOGRAFÍA.....		130

“Me sentí libre del temor de que alguien pudiera testificar contra mí, porque todos los que tuvieron algo que ver conmigo habían sido ahorcados o deportados. Se me conocía por el nombre de Moll Flanders y aunque hubiera tenido la desgracia de ser detenida diría que me llamaba de otro modo y no podrían achacarme mis antiguos delitos.”

Daniel Defoe

CAPÍTULO I:

INTRODUCTORIO

1.1 INTRODUCCIÓN

La investigación que a continuación presentamos, tiene por objeto analizar las percepciones de la cultura jurídica chilena respecto tres instituciones penales de gran relevancia en nuestro sistema penal chileno; dos de ellas corresponden a claras limitaciones del *ius puniendi* estatal. Por una parte, la prescripción penal, institución que extingue la posibilidad de persecución penal por haber transcurrido un determinado lapso de tiempo y en concomitancia con ciertos requisitos legales, y por otra, ciertas facultades discrecionales en la persecución penal que el nuevo sistema penal pone a disposición de los fiscales, por medio de las cuales puede eventualmente cesar la persecución de ciertos delitos. Por último, se analiza un principio clásico del derecho penal, el principio de presunción de inocencia. Como explica COSTA CARHUAVILCA¹, aun cuando muchos sostienen que el principio de presunción de inocencia se trata de algún beneficio a favor del reo o una prebenda legislativa para “favorecerlo”, corresponde más bien a un límite de la actividad sancionatoria del Estado, dado que garantiza la libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal.

Este estudio es, por sobre todo, un estudio sobre ciertas limitaciones que nuestro sistema jurídico contempla respecto de la persecución penal estatal, sea como extinción de la misma en el primer caso, como facultad de ejercerla en el segundo, o como garantía en la tercera.

¹ Costa Carhuavilca, “La finalidad de la detención preventiva en el marco de la vigencia de la presunción de inocencia del imputado en el proceso penal peruano”. Justicia y Derecho, Referencia electrónica: <http://asociacionjusticiayderechouigv.blogspot.com/2010/03/la-finalidad-de-la-detencion-preventiva.html>

El análisis que a continuación se expone, se enmarca en el contexto de creación e implementación de la Reforma Procesal Penal, la que recientemente ha cumplido diez años desde su puesta en marcha, agregándose a diversos estudios tendientes a la revisión de su funcionamiento durante estos años.

Podemos identificar como un punto de partida de este proceso, el anhelado retorno a la democracia en Chile, hecho que trae aparejado consigo una profunda tarea de reconstrucción institucional de la cual no escapa la Justicia, la que verá durante las décadas venideras profundos cambios para la modernización de sus procesos. Como señala FUENZALIDA, *“El retorno a la democracia en 1990 da principio a una nueva fase en el desarrollo de la cultura jurídica interna en Chile. El cambio es lento, pero es empujado por una fuerte crítica de la sociedad civil a la actuación de los jueces y Tribunales de Justicia frente a los abusos cometidos por agentes del Estado bajo el gobierno militar, revelados más allá de toda duda por el informe Rettig”*.²

En este sentido, durante el periodo de dictadura que experimentó el país, la cultura jurídica externa esperó una respuesta de la Justicia ante los atropellos a los derechos humanos, lo que se ve reflejado fundamentalmente en la gran cantidad de recursos de amparo presentados en dicho periodo, los cuales no fueron atendidos por los tribunales nacionales. Esto generó una visión desfavorable de la Justicia por parte de la cultura jurídica externa dado que se denegaba sistemáticamente una respuesta de justicia ante las solicitudes de los usuarios, lo que posteriormente desembocará en la destitución de un ministro de la corte suprema por notable abandono de deberes.³

Esta Justicia alicaída durante el régimen militar debe repensarse con la transición a la democracia, para así alcanzar un modelo que cumpla con las nuevas

² Fuenzalida Edmundo, “La cultura jurídica externa chilena entre la modernización de la Justicia y la retribución anhelada”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional convocado en Valparaíso para celebrar el centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Junio de 2011. Material inédito.

³ En 1992, varios ministros de la corte Suprema son acusados por notable abandono de deberes (Leonel Beraud, Hernán Cereceda, Germán Valenzuela) lo que concluyó con la destitución de Hernán Cereceda.

necesidades del país y que esté acorde con un acelerado proceso de globalización y apertura de los mercados que se viene experimentado durante las dos últimas décadas del siglo XX, y que trasciende a la esfera jurídica.

Fuenzalida señala al respecto un paso importante en esta materia: la creación de la Academia Judicial para la formación de nuevos jueces en 1994. Conjuntamente con esto, se prepara una reforma aun mayor, impulsada por el Centro de Estudios Públicos de la Universidad Diego Portales conjuntamente con la Fundación Paz Ciudadana y la Corporación de Promoción Universitaria: la Reforma Procesal Penal chilena. Esta, se fue implementado gradualmente en todas las regiones de Chile, iniciándose en la IV Región de Coquimbo y la IX Región de la Araucanía, el 16 de diciembre de 2000, para terminar en la Región Metropolitana de Santiago el día 16 de junio de 2005, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Así, concluido el segundo decenio desde el retorno a la democracia, no solo la justicia penal ha experimentado cambios, sumándose a ésta modificaciones en la justicia de familia y laboral, como así mismo, una inminente reforma de los procesos civiles, compartiendo todas estas la tendencia a la oralidad de sus procedimientos, concentración de audiencias, y otros mecanismos tendientes a la agilidad en la resolución de los diversos asuntos llevados ante la justicia.

En este contexto de reformas la investigación socio-jurídica cobra un papel fundamental. Nuestro propósito es contribuir a un mejor entendimiento de la cultura jurídica chilena, con el objeto de reunir antecedentes que sirvan para un mejor desarrollo en las políticas y reformas orientadas al mejoramiento del funcionamiento del sistema jurídico.

Aun considerando lo anterior, la actividad investigativa en Chile a propósito de la cultura jurídica no se ha caracterizado por ser del todo prolífera, siendo escasos los estudios nacionales que se interesan por esta materia, razón por la cual esta investigación ha tomado la forma de un estudio exploratorio. Sin perjuicio de esto, podemos encontrar importantes publicaciones, aunque no del todo recientes, como por ejemplo, el conjunto de presentaciones realizadas en el marco de la realización del

primer seminario de estudio, dedicado al tema de “la cultura jurídica Chilena”, realizado en 1988, donde figura un importante documento base redactado por Agustin Squella, que ha centrado sus esfuerzos en el estudio de la cultura jurídica interna. En el mismo campo se encuentra la publicación llamada “Evolución de la Cultura Jurídica Chilena”, de autoría de Carlos Peña, Jorge Correa y Pablo Ruiz Tagle, contando nuevamente con Agustin Squella como editor. Aquí nuevamente se delimita el objeto de estudio al análisis de la cultura jurídica externa.

En la misma línea, pero incorporando su interés por el estudio de la cultura jurídica externa, la de los legos en derecho, Edmundo Fuenzalida Faivovich ha venido estudiado sistemáticamente la cultura jurídica de nuestro país, lo que se manifiesta en una serie de publicaciones que constituyen, en gran parte, el *telón de fondo* de la presente investigación.

En consideración de todo lo anteriormente expuesto, buscamos rescatar ciertas percepciones que del sistema tienen tanto operadores como usuarios, con el objeto de profundizar en el conocimiento de la cultura jurídica nacional y, así mismo, comparar la eventual lejanía o proximidad respecto de las percepciones que una y otra tienen, en especial sobre las instituciones que trabajaremos en el presente estudio.

CAPITULO II:

MARCO TEÓRICO

2.1 EL SISTEMA JURÍDICO

Como señala Agustín Squella, *“por “sistema” se acostumbra entender el resultado que arroja la reconstrucción conceptual de un ordenamiento jurídico dado, entendiendo a su vez ordenamiento jurídico el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar y tiempo determinados. De este modo, el “ordenamiento jurídico” es una realidad normativa, en tanto que el “sistema jurídico” es – si se quiere – una realidad cognoscitiva.”*

Los juristas, actuando para ello sobre la base de algunos criterios de identificación, no solo localizan e interpretan las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico históricamente dado, sino que – sobre todo en el nivel más doctrinario de su trabajo – intentan además una suerte de reconstrucción sistemática, aunque no propiamente de las mismas normas jurídicas, sino más bien de los enunciados de tipo cognoscitivo a través de los cuales identifican e interpretan las normas de un determinado ordenamiento.⁴

En este sentido, si entendemos por sistema jurídico lo señalado anteriormente, podríamos concluir que sistema jurídico es una manifestación de la “cultura jurídica”, en particular de la cultura jurídica interna, dado que correspondería al resultados de la actividad del jurista, lo cual a luces de esta investigación, resulta incorrecto.

El concepto al que adherimos es de carácter más amplio. Utilizaremos la noción de sistema jurídico de Lawrence Friedman, quien en trabajo *Cultura Legal y Desarrollo*

⁴ Squella Agustín, *“La cultura Jurídica Chilena”*. Corporación de promoción universitaria, 1998, pág. 29.

Social- lo designa como un todo constituido por elementos jurídicos de tres tipos: *estructurales, culturales y sustantivos*.

El **elemento estructural** se constituye a partir de las instituciones jurídicas, la forma y organización que adopta y los procedimientos que se diseñan para su actividad. Así, por ejemplo, dice Friedman que *“la estructura incluye el número y la clase de cortes; presencia o ausencia de federalismo o pluralismo; división de poderes entre jueces, legisladores, gobernadores, reyes, jurados y oficiales administrativos; formas de procedimientos en las diversas instituciones y sus semejantes”*.⁵

El **elemento sustantivo**, por su parte, se articula a partir de las leyes – y, más ampliamente, de las normas jurídicas – que han sido realmente instituidas como tales, que operan efectivamente en el curso de la vida social, esto es, que son habitualmente usadas por las autoridades y personas que corresponda (si se trata de normas de competencia), o bien que son obedecidas y aplicadas por sujetos imperados y órganos jurisdiccionales (si se trata de normas jurídicas de deber u obligación), y que no han sido, por último, formalmente derogadas.⁶

El **elemento cultural**, por último, designa el conjunto de los valores y actitudes relacionados con el derecho.⁷

En la misma línea, señala Edmundo Fuenzalida en su trabajo disponible en el anuario de Filosofía Jurídica de 1998, que:

“El sistema jurídico es un sistema sociocultural que vincula elementos de variada naturales, que pueden clasificarse en:

a) Estructura institucional y de recursos físicos, financieros y tecnológicos.

b) Normas jurídicas sustantivas y procesales.

⁵ *Íbid.*

⁶ *Íbid.*

⁷ *Íbid.*

c) *Cultura jurídica, tanto interna como externa.*

d) *Personal, incluyendo a profesionales, administradores, de servicio, policía civil y uniformada, y diferenciado por sexo, edad, educación, etc.*

e) *Procesos.*

Concordando los planteamientos de FUENZALIDA con los de FRIEDMAN, tenemos que las letras a), d) y e), corresponden a elementos estructurales, la letra b) al elemento sustantivo, mientras que la letra c) corresponde al elemento cultural.

FRIEDMAN señala que estos tres elementos, “*constituyen un todo que, a falta de un término mejor, llamamos sistema legal (...) el derecho viviente de una sociedad, su “sistema legal” en el sentido analizado, es el derecho en su forma real. Es la forma en que se relacionan uno con otro de los elementos estructurales, culturales y sustantivos, bajo la influencia de factores o “situaciones”, externos, que presionan desde una sociedad más amplia*”.⁸

Para SQUELLA, la cultura jurídica tiene un carácter derivado y explicativo que se da de forma simultánea, por una parte proviene del sistema pero por otra, es parte de él y contribuye a explicarlo. Indica que incluso posee cierta capacidad de movilizar el sistema, de facilitar su preservación o cambio, según los casos.

2.2 LA CULTURA JURÍDICA

Se entiende por “cultura jurídica”, el conjunto de valores y de actitudes relacionadas con el derecho que prevalecen en una comunidad jurídica dada.⁹

⁸ Friedman Lawrence, “*Cultura Legal y Desarrollo cultural*”. Citado por Agustín Squella en “*La cultura Jurídica Chilena*”. Corporación de promoción universitaria, 1998, pág. 30

⁹ Squella Agustín. Ob. Cit. Pág. 30

Sin perjuicio de esto, dentro de una comunidad jurídica dada, ese conjunto de valores y actitudes relacionadas con el derecho, eventualmente pueden ser muy distintas cuando se comparan las opiniones de sujetos que se relacionan activamente con el sistema jurídico y de aquellos que son más bien ajenos a la maquinaria jurídica, relacionándose con ella solo de manera eventual.

En este contexto surge la clasificación entre cultura jurídica interna y cultura jurídica externa.

Como señala FUENZALIDA, *“se entiende por cultura jurídica interna al conjunto más o menos coherente de ideas y creencias que acerca de su quehacer profesional sostienen abogados, jueces, profesores de derecho, notarios y otros funcionarios auxiliares de la administración de justicia que han recibido una educación jurídica formal. Tales ideas y creencias influyen en el desempeño de sus tareas en una variedad de formas que suelen desconcertar al lego, quien al leer solamente las leyes y reglamentos, ingenuamente piensa que su caso tiene fácil y rápida solución”*.¹⁰

La segunda, esto es, la *“cultura jurídica externa”*, o de los destinatarios de sistema jurídico, corresponde al *“conjunto de ideas y creencias que acerca del sistema jurídico mantienen quienes (...) podrían ser afectados en sus derechos de propiedad, libertad, y en general, de toda la vasta gama de derechos que tienen, positivamente o negativamente, por las resoluciones que ella produce.”*¹¹ Por su parte, SQUELLA la define como *el conjunto de valores, actitudes y orientaciones que respecto del derecho, y más ampliamente del sistema legal, prevalecen entre la población de una sociedad determinada, es decir, entre aquellos individuos que solo ocasionalmente, y en forma esporádica, llegan a tener contacto con la esfera de instituciones y estructuras legales.*

¹⁰ Fuenzalida Edmundo, “Cultura Jurídica Interna y Externa en el Chile Finisecular: ¿Convergencia o Divergencia?”. Anuario de Filosofía Jurídica y Social”. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2000, pág. 473

¹¹ Ob. Cit. 478

2.3 REVISIÓN SOBRE EL SISTEMA JURÍDICO Y LA CULTURA JURÍDICA CHILENA: EVOLUCIÓN DESDE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX Y PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DE LA CULTURA JURÍDICA.

Señala FUENZALIDA, refiriéndose al panorama económico del país anterior y posterior a 1973, que se pasó de un sistema productivo con una participación activa del Estado a una economía abierta de los mercados mundiales, reduciéndose considerablemente la labor del Estado en esta materia. En el plano político la democracia representativa es remplazada por una dictadura miliar presidida por el general Augusto Pinochet, lo que produce un quiebre en una larga tradición republicana y la sostenida formación democrática.

En pertinente señalar que desde su independencia, Chile fue uno de los pocos países Latinoamericanos en que la dirección del país no estaba en manos de un caudillo, existiendo procesos democráticos de elección de gobernantes, como así mismo, una estricta observancia a las normas jurídicas vigentes y vinculación del poder a la constitución. Este creciente proceso de una *“democracia en formación”* se ve interrumpido por una seguidilla de dictaduras militares de corta duración que ocurrieron en nuestro país a propósito de la crisis del salitre, retomándose en la década de los años treinta, con la dictación de la constitución de 1925. Entre 1933 y 1973 el país experimente grandes avances en materia económica y política en un contexto de estabilidad jurídica. Este apego a la ley llega a su extremo en 1970 en el gobierno de Salvador Allende, donde se persigue una transición hacia el socialismo por medio de los instrumentos jurídicos existentes, que como señala FUENZALIDA, manifiesta una *“confianza ilimitada en los instrumentos legales como medios eficaces para producir grandes e inmediatos cambios en la estructura económica y social”*.¹²

¹² Fuenzalida, Edmundo. “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”, en Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización, editado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M.Friedman y Rogelio Pérez Perdomo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 203.

En este sentido, los historiadores coinciden cuando señalan que una de las características históricas de los chilenos era su “*apego a la ley*”, lo que se ve interrumpido con el quiebre institucional de 1973, en donde, primeramente a través de *bandos*, luego a través de *decretos leyes*, se comienza gobernar llegando a la promulgación de la constitución de 1980.

2.4 LINEAMIENTOS TEÓRICOS

El presente estudio sigue al menos dos lineamientos teóricos claros, por una parte, la teoría de la transnacionalización en cuanto a cultura se refiere, y la otra es la teoría de las generaciones históricas.

En relación al primer lineamiento, se considera que la transnacionalización cultural y movimiento de globalización, tiene repercusiones respecto de la cultura jurídica chilena. Sobre este punto, no se desarrollara más de lo ya visto en los capítulos anteriores, por lo que recomendamos consultar para una mayor profundización al respecto, la publicación de FUENZALIDA, “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”, en *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, editado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Aquí se entrega una exposición bastante desarrollada al respecto.

En relación al segundo, se analiza en el siguiente apartado.

2.4.1 El criterio de las generaciones Históricas.

Siguiendo los planteamientos de José Ortega y Gasset (1933), para definir los límites temporales de una generación es preciso identificar a un individuo en quien se

manifiesten plenamente los rasgos que caracterizan a dicha generación, y ordenar a los demás en relación con el año en que este individuo cumple treinta años.

Para el análisis de la sucesión de generaciones históricas en Chile y su aplicación respecto de la cultura jurídica, FUENZALIDA escoge como epónimo en su trabajo de 1998 “*Investigación sociojurídica, cultura política y generaciones en Chile: un estudio exploratorio*” a Don. Eduardo Frei Montalva, fundador de la Falange Nacional y proveniente del partido conservador que junto a un grupo donde se incluye a Radomiro Tomic, Bernardo Leighton y Manuel Garretón, comienzan a instaurar una nueva forma de hacer política que viene a marcar un antes y un después en la historia de Chile.¹³

Considerando que Eduardo Frei cumplió 30 años en 1941, es este año el que consideramos punto de partida de la sucesión de las generaciones chilenas de la segunda mitad del siglo XX: 1941.

A continuación, se transcriben las distintas generaciones y sus principales características desarrolladas en FUENZALIDA (1998), a saber:

Primera, o generación de 1941. Eduardo Frei Montalva, escogido como el epónimo de la generación, cumple sus treinta años en 1941. Este año es *el centro de una zona de fechas* que define a la generación: pertenecen a ella los que cumplen treinta años, siete años antes o siete años después de ese año. Los más jóvenes de esa generación cumplen 30 años en 1948; los más viejos, en 1934. La *zona de fechas* se extiende desde 1934 a 1948. Los que cumplen treinta años en alguno de esos años pertenecen a la primera generación de la segunda mitad del siglo XX chileno, que propongo llamar la *generación decisiva*, porque inauguran *un nuevo modo de pensar y de actuar en política*.

Segunda generación, o generación de 1956. Esta generación tiene el centro de su zona de fechas el año 1956. Le pertenecen los que cumplen 30 años siete años

¹³ Las razones que se utilizan para considerar a Eduardo Frei Montalva como sujeto epónimo generacional se desarrollan en “INVESTIGACION SOCIOJURIDICA, CULTURA POLITICA Y GENERACIONES EN CHILE: UN ESTUDIO EXPLORATORIO” Edmundo Fuenzalida, 1998.

antes o siete años después de ese año. Los más jóvenes de esa generación cumplen 30 años en 1963; los más viejos, en 1949. Propongo llamar *continuada* a esta generación, porque elaboran, a veces con notables aportes, el nuevo modo de pensar y de actuar en política.

Tercera generación, o generación de 1971. Ese año es el centro de una zona de fechas que se extiende desde 1964 a 1978. Los más viejos cumplen treinta años en el primero de los años mencionados, y los más jóvenes, en el segundo. Propongo llamarla generación *de la crisis histórica* o generación *desintegrada*, porque a ella le ocurre el agotamiento de aquel modo de pensar y actuar en política.

Cuarta generación, o generación de 1986. Como este año es el centro de una zona de fechas le pertenecen los que cumplen 30 años siete años antes o siete años después de ese año. Los más jóvenes cumplen treinta años en 1993, mientras los más viejos lo hacen en 1979. Propongo llamarla generación *pragmática*, porque para ella las decisiones políticas no se fundan en una visión del futuro de la sociedad, sino en una constatación racional de lo que es posible conseguir en la actualidad, dada la fuerza relativa de cada actor político.

Quinta a generación, o generación del 2001. Le pertenecen los que cumplen 30 años siete años antes o siete años después de ese año. Propongo llamarla generación *desmovilizada o políticamente apática*, porque a ella le ocurre la transición a la democracia, que los moviliza en su juventud, y luego la transición pactada con los militares, que acaba por desmovilizarlos y tornarlos políticamente apáticos.

Considerando la clasificación anterior, el presente estudio se centrará en las dos últimas categorías, esto es, la llamada generación de 1986 o pragmática, y la generación de 2001 o políticamente apática.

Es entonces en consideración de los dos lineamientos teóricos que se han expuesto en este capítulo, es decir, teoría de la transnacionalización en cuanto a cultura se refiere, y la teoría de las generaciones históricas, que se sigue a

continuación con la exposición de hipótesis para luego dar paso al desarrollo y análisis de instituciones jurídicas escogidas para estos efectos.

2.2 HIPÓTESIS

En la presente investigación se indaga sobre las perspectivas de la cultura jurídica respecto de ciertas instituciones anteriormente mencionadas, y los eventuales contrastes que al respecto podemos encontrar en ambos tipos de cultura jurídica, entiéndase interna y externa. Esperamos encontrar que, en términos generales, la cultura jurídica externa mantiene una concepción retributiva de las penas, como así mismo, un alejamiento de la idea de derecho penal como *ultima ratio*. Por su parte, la cultura jurídica interna, siguiendo a Fuenzalida, *ha recepcionado rápidamente los contenidos de una nueva cultura jurídica transnacional, que ha surgido junto con la globalización de la economía y la cultura*. De esta forma nociones como las de soberanía nacional limitada, los derechos humanos universales, el debido proceso, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, entre otras, han logrado una aceptación generalizada entre los miembros de la comunidad jurídica.

La primera institución que estudiaremos será la prescripción penal. Esperamos encontrar diferencias entre ambas culturas jurídicas, siendo la cultura jurídica interna la que debiera manifestar mayores niveles de aceptación respecto de esta institución, dado que ve en ésta un componente de la seguridad jurídica, no siendo esto último del todo claro para la cultura jurídica externa.

Posteriormente, se estudiarán ciertas facultades discrecionales en la persecución penal que introdujo la nueva reforma, particularmente, el principio de oportunidad, respecto del cual esperamos encontrar rechazo por parte de la cultura jurídica chilena que, aunque exacerbado en el caso de la cultura jurídica externa, no debiera ser menor respecto de cultura jurídica interna ya que, por una parte, creemos que aun perduran ciertos elementos de un sistema inquisitivo que reinó largamente en

Chile, y en el cual el principio de legalidad constituía una “*regla de oro*” que, con la incorporación de las facultades discrecionales, se ve amenazada. Por otra parte, respecto de la cultura jurídica externa, consideramos que no ha existido una comunicación satisfactoria de los beneficios que reporta para el sistema la exclusión en la persecución de ciertos delitos, que en atención al principio de subsidiariedad penal, quizás puedan ser abarcados por otras instituciones sociales.

En este sentido, creemos que para la cultura jurídica externa resulta difícil aceptar la idea de que puedan existir delitos que finalmente no concluyan en la imposición de una pena.

Por último, creemos que hay ciertos principios e instituciones penales donde debiera manifestarse una aceptación transversal por parte de ambas culturas jurídicas, fenómeno que esperamos encontrar a propósito del principio de presunción de inocencia. En primer lugar, creemos que la cultura jurídica acepta en su amplia mayoría la presunción de inocencia como un principio fundamental del proceso penal. La explicación radicaría en que, por una parte, se trata de un principio clásico del derecho penal el cual está profundamente arraigado en ambas culturas jurídicas en Chile, ya que no se pone en duda su necesidad para la constitución de un justo proceso y. Por otra, en que sería una de las grandes presiones que la cultura jurídica externa ejerció sobre la cultura jurídica interna en el retorno a la democracia a principio de la década de los 90, en atención a los atentados a los derechos humanos en la dictadura de Pinochet, y especialmente, al letargo del poder judicial para resolver dichos atropellos. Ya hicimos referencia a los numerosos recursos de amparo que durmieron en las cortes, razón por la cual, correspondería a un principio arraigado tanto por el tiempo como por la historia de nuestro país.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de aplicación de penas de carácter alternativo, creemos que existe una aceptación general por parte de la cultura jurídica. En este caso, creemos que, aun tratándose de una doctrina penal de carácter moderno, encuentra aceptación dado que tiene como objeto la sanción de delitos

considerados *menores*, y principalmente, debido a que no omite la imposición de una sanción como en el caso de la prescripción y las facultades discrecionales.

En conclusión, se podría afirmar que la cultura jurídica externa muestra cierta apertura ante algunos nuevos principios y doctrinas penales, siempre y cuando versen sobre delitos considerados menores, a los cuales pueden correlativamente ir aparejadas penas “menores”, como las penas de carácter alternativo, pero nunca ausencia de pena (principio de oportunidad). Esto también viene a reafirmar el entendimiento de la función de las penas como una retribución a la gravedad del delito, sin consideración a la función que la pena puede finalmente lograr en el sujeto sobre quien recae la pena. Respecto de la cultura jurídica interna, si bien se mantiene una distancia respecto de la externa, adaptándose de forma más rápida ante los cambios, aún experimenta cierta resistencia respecto de algunas instituciones como el principio de oportunidad.

CAPITULO III:

METODOLOGÍA

3.1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo se expondrá la metodología que se seguirá para la consecución de los fines de la presente investigación. Nos referiremos en efecto, al enfoque metodológico, tipo de investigación, diseño investigativo, características de la muestra escogida, el instrumento aplicado y recolección de datos, como así mismo, a las características del cuestionario empleado y frecuencias de la muestra.¹⁴

Para el estudio de la cultura jurídica chilena, se aplicó una encuesta con medición por cuota, con objeto de captar las percepciones de personas pertenecientes a la cultura jurídica interna y, también, a la cultura jurídica externa. Así mismo, en el estudio de la cultura jurídica interna, cobra especial importancia la revisión de la doctrina nacional e internacional en los temas de derecho que se abordan en esta investigación, como así mismo, de publicaciones generadas por los operadores jurídicos, noticias y otras publicaciones periodísticas. En el estudio de la cultura jurídica externa, si bien la mayor parte de datos obtenidos provienen de la aplicación de la encuesta antedicha, también se ocupan otras fuentes, como por ejemplo, opiniones expresadas por los encuestados que se consignaron en el estudio de campo realizado, cartas a periódico, artículos periodísticos y otros que se indican caso a caso.

¹⁴ Para el desarrollo de este capítulo se ha ocupado básicamente como fuente el libro "*Metodología de la Investigación*", de Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández y Pilar Baptista, editorial Mc Graw Hill, Tercera edición, año 2003. De esta forma, todos los conceptos ocupados en el presente, se han extraído de dicha fuente aplicándose según las necesidades del estudio.

3.2 ENFOQUE INVESTIGATIVO

Desde la segunda mitad del siglo XX, las investigaciones se han venido desarrollando desde dos enfoques principales, por una parte, el enfoque cuantitativo, y por otra, el enfoque cualitativo.

El primero de estos, señala SAMPIERI, *“utiliza recolección y análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis establecidas previamente, y confía en la medición numérica, el conteo y frecuentemente en el uso de la estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población.”*¹⁵ El segundo, señala, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis (Grinnell, 1997). Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y éste es flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en “reconstruir” la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido”.¹⁶

Sin perjuicio de lo antes señalado, existe la posibilidad de que una determinada investigación posea características de ambos enfoques. En este caso hablamos de *enfoque mixto*, que representa el más alto grado de integración o combinación entre los enfoques cualitativo y cuantitativo.

En un modelo mixto, los enfoques cualitativo y cuantitativo se entremezclan o combinan en todo el proceso de investigación, o al menos, en la mayoría de sus etapas (...) La investigación oscila entre los esquemas de pensamiento inductivo y deductivo,

¹⁵ Hernández Sampieri, Roberto; et al. Metodología de la Investigación. 3ª. ed. McGraw-Hill. México, D.F., 2003. Pág. 5

¹⁶ *Íbid.*

además de que por parte del investigador necesita un enorme dinamismo en el proceso.”¹⁷

En este sentido, y de acuerdo con Tashakkoriy Teddlie (2003) además de Mertens (2005), el enfoque mixto se basa en el paradigma pragmático, y evita usar conceptos como el de “*verdad*” y “*realidad*”, siendo más bien la “*efectividad*” el criterio que otorga valor a una determinada investigación, siendo las circunstancias las que determinan el grado de utilización de los métodos cuantitativos y cualitativos.

Nuestra investigación bien puede clasificarse como de **enfoque mixto**, aunque siempre en consideración de que el modelo de enfoque dominante es de carácter cuantitativo.

3.3 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Es usual que los autores de la metodología de la investigación distingan tres tipos de investigaciones, a saber, *los estudios exploratorios, descriptivos y explicativos*. Otros, entre ellos Danhke (1989), los divide en: *exploratorios, descriptivos, correlacionales y explicativos*.

Como señala Danhke, *los estudios exploratorios sirven para preparar el terreno y por lo común anteceden a los otros tres tipos*.

Señala SAMPIERI, *los estudios exploratorios se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes, en este sentido, sirven para familiarizarse con fenómenos relativamente desconocidos y, como en particular nos interesa en el presente estudio, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación futura de carácter más completo*.

¹⁷ *Ibid.*

En este sentido, “los estudios exploratorios en pocas ocasiones constituyen un fin en sí mismos, generalmente determinan tendencias, identifican áreas, ambientes, contextos y situaciones de estudio, relaciones potenciales entre variables; o establecen el “tono” de investigaciones posteriores más elaboradas y rigurosas. Se caracterizan por ser más flexibles en su metodología en comparación con los estudios descriptivos, correlacionales o explicativos, y son más amplios y dispersos que estos otros tres tipos”¹⁸

La presente, sin perjuicio de tratarse de una investigación en esencia exploratoria, también contiene elementos de carácter descriptivos. En este sentido, señala Danhke que los estudios descriptivos *buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis, pretendiendo medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, ofreciendo la posibilidad de predicciones o relaciones aun cuando sean poco elaboradas.*

3.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El término “*diseño*” se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea. La clasificación que propone SAMPIERI respecto a los diseños de investigación es, por una parte, *las investigaciones experimentales, y por otro, las investigaciones no experimentales.* Señala además, que las primeras se pueden dividir de acuerdo con las clásicas categorías de Campbell y Stanley (1966) en: *preexperimentos, experimentos “puros” (verdaderos) y cuasiexperimentos.*

¹⁸¹⁸ Op.cit. pp. 117

Este estudio, por presentarse como una investigación de carácter mixto, aunque fundamentalmente cuantitativa de tipo exploratorio, ha optado por un diseño experimental, esto es, un estudio en el que se manipulan intencionalmente una o más variables independientes, para analizar las consecuencias que la manipulación tiene sobre una o más variables dependientes dentro de una situación de control. Así mismo, en consideración a la orientación exploratoria, el diseño toma forma de preexperimento, no llegando al grado de complejidad de un experimento puro, en términos de SAMPIERI.

3.5 MUESTRA

Dentro de un enfoque cuantitativo, la muestra corresponde a un subgrupo de la población de interés, sobre el cual se habrán de recolectar datos y que se define o delimita de antemano con precisión, y que tiene que ser representativo de esta. Para un enfoque de carácter cualitativo, la muestra es una unidad de análisis o un grupo de personas, contextos, eventos, sucesos, comunidades, sobre los cuales se recolectan datos sin que necesariamente sea representativo del universo.

Ahora bien, atendiendo a la clasificación de *muestras no probabilísticas* y *muestras probabilísticas*, el presente estudio sigue la primera; en ésta, la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra, siendo controlada la elección de sujetos con ciertas características especificadas previamente en el planteamiento del problema.

A su vez, dentro de las llamadas muestras no probabilísticas, se pueden encontrar diversas clases, entre estas, *muestras de sujetos voluntarios*, *muestra de expertos*, *muestra de sujetos-tipo*, etc. Nosotros utilizamos la llamada muestra por cuota, en la cual los encuestadores reciben instrucciones de administrar cuestionarios

con sujetos en la calle, y al hacerlo van conformando o llenando cuotas de acuerdo con la proporción de ciertas variables en la población.

En base a esto, los sujetos de estudio son, por una parte, operadores del sistema jurídico (cultura jurídica interna) y, por otra, los destinatarios de las normas o legos en derecho (cultura jurídica externa), en ambos casos, pertenecientes a ambos sexos; del mismo modo, este grupo de personas pertenecen a dos grupos etarios definidos para efectos de esta investigación, a saber, aquellos que tienen entre 30 y 45 años, y aquellos de entre 46 y 60 años de edad, esto, con el objeto de analizar a dos generaciones definidas con precisión en el marco teórico.

3.6 INSTRUMENTO Y MÉTODO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Como ya se ha señalado anteriormente, esta investigación utiliza como principal instrumento la encuesta (cuestionario), que en este caso fue diseñada para la medición de percepciones de la cultura jurídica chilena.

En términos de SAMPIERI, *“un cuestionario consiste en un conjunto de preguntas respecto a una o más variables a medir”*.

Las preguntas incluidas en el cuestionario que se realizó en un trabajo de campo, corresponden al tipo de preguntas cerradas, esto es, contienen categorías o alternativas de respuesta que han sido delimitadas, es decir, se presentan a los sujetos las posibilidades de respuestas y aquéllos deben circunscribirse a éstas. Así mismo, las preguntas formuladas son *dicotómicas*, dado que solo permiten al entrevistado elegir entre dos alternativas de respuesta.¹⁹

¹⁹ Es del caso señalar que también en el presente estudio se presentan datos de una encuesta realizada el año 2009, a la cual se hace someramente referencia cuando desarrollemos el capítulo relativo al principio de oportunidad y facultades discrecionales en la persecución penal. Si bien se le hace aplicable todo el marco metodológico señalado para el cuestionario aplicado el año 2010 e instrumento base en el presente estudio, es necesario indicar aun siendo

El cuestionario fue diseñado por el autor de este estudio en conjunto con el Dr. Edmundo Fuenzalida Faivovich. La aplicación del mismo fue encargada a estudiantes de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pertenecientes a la cátedra de Sociología del Derecho del primer semestre del año 2010. Se indicó a los estudiantes que el objetivo de la encuesta es conocer las percepciones de las personas sobre el sistema jurídico, para poder establecer relaciones entre esas opiniones y la posición que tienen en la cultura jurídica chilena los encuestados, esto es, cultura jurídica interna y externa

Cada estudiante recibió 8 cuestionarios para aplicarlos a 8 personas diferentes en base a la siguiente distribución:

Personas con educación jurídica	Entre 30-45 años	Entre 46-60 años
Hombre	1 encuesta	1 encuesta
Mujer	1 encuesta	1 encuesta

Personas sin educación jurídica	Entre 30-45 años	Entre 46-60 años
Hombre	1 encuesta	1 encuesta
Mujer	1 encuesta	1 encuesta

El número de encuestadores participantes en el trabajo de campo fue de 62, razón por la cual el número total de cuestionarios aplicados ascendió a 496. De este total se descartaron 3 formularios por no ajustarse a los requisitos de forma requeridos para el estudio, quedando un universo total de 493.

La distribución en atención a la variable “cultura jurídica” es la siguiente:

preguntas cerradas, no son de carácter dicotómico sino que incluyen varias alternativas de respuesta.

CULTURA JURÍDICA					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Interna	243	49,3%	49,4	49,4
	Externa	249	50,5%	50,6	100,0
	Total	492	99,8%	100,0	
Perdidos		1	0,2%		
Total		493	100,0%		

Como muestra la tabla anterior, se consideraron para este estudio un total de 243 encuestas aplicadas a personas pertenecientes al segmento cultura jurídica interna; por su parte, un total de 249 encuestas aplicadas a personas pertenecientes a la cultura jurídica externa.²⁰

Así mismo, la frecuencia considerando ahora los dos grupos etarios considerados en este instrumento es la siguiente:

²⁰ La diferencia respecto del número de cuestionarios aplicados a personas de la cultura jurídica interna y externa se debe a que algunos encuestadores no respetaron la cuota señalada para la muestra, entregando un número superior de encuestas de personas pertenecientes a la cultura jurídica externa y omitiendo la aplicación de algunos cuestionarios a personas pertenecientes a la cultura jurídica interna. Sin perjuicio de esto, se incluyeron en el presente estudio este excedente de cuestionarios produciéndose esta diferencia, que por ser mínima, no estimamos contraproducente para los efectos perseguidos por este estudio.

Así mismo, un encuestador omitió indicar la formación jurídica en uno de los cuestionarios, razón por la cual se considera un dato perdido. Sin perjuicio de esto, dicha encuesta se incluyó de todas formas ya que aun existiendo esta omisión, los demás datos obtenidos en ella sirven para otros efectos a lo largo del desarrollo de esta tesis.

		EDAD		Total
		Entre 30 y 45 años	Entre 46 y 60 años	
CULTURA JURÍDICA	Interna	122	121	243
	Externa	125	124	249
Total		247	245	492

Las preguntas fueron diseñadas para medir la actitud frente a ésta del encuestado, según su posición según formación jurídica, sexo, edad, ocupación, nivel de educación y nivel de ingresos. Sin perjuicio de lo anterior, el cruce de variables para objeto de análisis, solo se ha realizado tomando en consideración las variables formación jurídica, sexo y la edad de los encuestados.

Esta *actitud* de la que hablamos y que esperamos medir, se puede definir como *una predisposición aprendida para responder consistentemente de una forma favorable o desfavorable ante un objeto o sus símbolos* (Fishbein y Ajzen, 1975; Oskamp, 1991; Eagly y Chaiken, 1993). Las actitudes tienen diversas propiedades, entre las que destacan: *dirección (positiva o negativa) e intensidad (alta o baja)*; estas propiedades forman parte de la medición.

Los métodos más conocidos para medir por escalas las variables que constituyen actitudes son: *el método de escalamiento de Likert, el diferencial semántico y la escala de Guttman*. Nosotros hemos utilizado el método de Likert, que consiste en un conjunto de ítems presentados en forma de afirmaciones o juicios, ante los cuales se pide la reacción de los sujetos. Las afirmaciones califican al objeto de actitud que se está midiendo, expresando una relación lógica.

<i>Objeto de actitud medido</i>	<i>Afirmación</i>
La prescripción	Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos.
Principio de oportunidad y otras facultades discrecionales en la persecución penal	La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia.
Presunción de Inocencia	Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable.

En atención de que el trabajo de campo tiene como destinatarios no solo a la cultura jurídica interna sino que también a personas alejadas de del mundo del derecho, como aquellas pertenecientes a la cultura jurídica externa, consideramos que disminuye la capacidad de discriminación respecto a las cinco categorías propuestas según el modelo de Likert, razón por la cual se han reducido a dos las categorías de medición, a saber, *a) de acuerdo*, y *b) en desacuerdo*.

Las preguntas que contiene el cuestionario mencionado son las siguientes:

1. *Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable.*
2. *La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia.*
3. *Las penas privativas de libertad no deben durar más de diez años.*

4. *Debe haber penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, como prestar servicios gratis a la comunidad.*
5. *Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos.*
6. *Los delitos más graves deben castigarse con pena de muerte.*
7. *El voto es un derecho, no una obligación*
8. *Las personas pueden mostrar símbolos de sus creencias religiosas en las calles, plazas y edificios públicos*
9. *Debe ser legal divorciarse por el solo acuerdo entre marido y mujer.*
10. *Los tribunales chilenos son demasiado blandos con los delincuentes.*

En este estudio, por razones de extensión y objetivos, no se trabajará con la totalidad de preguntas indicadas anteriormente, sino solo con la preguntas N°1, 2, 4 y 5.

CAPÍTULO IV:

LA PRESCRIPCIÓN PENAL

4.1 INTRODUCCIÓN

El tiempo es un hecho que tiene una enorme influencia en las distintas ramas del derecho. Así, una de las manifestaciones más relevantes de esta influencia del tiempo en el Derecho es la institución de la prescripción, la cual se traduce esencialmente y en una primera aproximación, en la adquisición o pérdida de derechos y potestades como producto del transcurso del tiempo.

Dentro de las ramas en que la prescripción como figura jurídica se encuentra presente, el Derecho Civil es el punto de partida de gran parte de los estudios que la materia concita, dado que es en este campo donde ella nace, se desarrolla y extrapola a los demás campos del Derecho. La prescripción en materia civil, se puede encontrar en dos vertientes, una extintiva, y otra adquisitiva. La primera, se produce por la inactividad del acreedor por un plazo que establece una determinada legislación en atención a la naturaleza de las obligaciones respectivas, produciendo de esta forma el efecto de privar al acreedor del derecho de exigir por la vía judicial el cumplimiento de las mismas. La segunda, dice relación con la prescripción adquisitiva, también conocida como usucapión, la que se define en el Código Civil chileno en su artículo 2492, como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberse poseído las cosas durante cierto lapso de tiempo que determina la ley, concurriendo, así mismo, los demás requisitos legales. Es así como en esta doble fase con que se la presenta tradicionalmente, la prescripción viene a importar “un instituto de orden jurídico que estabiliza las relaciones del Derecho, tornándolas inatacables con el andar del tiempo.”²¹

²¹ ROJAS Carranza, Gilberth: *La Suspensión e interrupción de la prescripción negativa en el Derecho Privado Costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.1984. p.1.

Ahora bien, y sin explorar la presencia de dicha institución en otras ramas del Derecho, tan importantes como el Derecho Comercial, Laboral, Tributario, etc. el presente título, como su nombre lo indica, se centra en el estudio de la prescripción en el campo del Derecho Penal. Aquí la prescripción se presenta como la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la ley.²²

Transcurrido ese lapso, se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción, mas no se extingue el delito como tal, ya que como señala CARNELUTTI, no es el hecho, ni si quiera su cualidad jurídica la que se extingue, sino más bien el efecto que deriva de él, esto es, el “vinculum juris”, o hasta, si se quiere, la relación jurídica. La eficacia extintiva se manifiesta en la ruptura del ligamen entre delito y la pena, de suerte que del acto no nazcan ya para determinados órganos el poder y la obligación de aplicar la sanción.²³

Como se señaló, no es el delito lo que prescribe, encontrándose esta institución en el marco de las penas. Así, puede prescribir *la acción penal*, extinguiéndose la potestad punitiva del Estado antes que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria, o bien, puede acaecer *la prescripción de la pena*, extinguiéndose la potestad punitiva existiendo una sentencia de condenatoria.²⁴ En palabras simples, la prescripción en materia penal se puede encontrar, primeramente, como la extinción de la facultad que tiene el estado, el denominado en latín “ius puniendi”, de perseguir e imponer una pena por participación de un sujeto en un delito determinado, y de una segunda forma, como la extinción de dicha facultad punitiva pero, cuando existió una sentencia condenatoria, que por uno u otro motivo, no llegó a cumplirse ya que el

²² Maggiore, G.: *Derecho Penal, Vol. II, traducción de José S. Ortega Torres, Ed. Themis, 1954, pág. 363.*

²³ Carnelutti, F.: *Teoría General del Delito, Trad. De Víctor Conde, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.*

²⁴ Yuseff Sotomayor, Gonzalo: *La prescripción Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág. 17

sujeto pudo zafarse de la ejecución de la misma. Al respecto, se profundizará sobre este tema a propósito del apartado “La Prescripción Penal en el Derecho Chileno.

Para una correcta comprensión del grado de raigambre que esta institución tiene en la cultura jurídica chilena, es necesario indagar en sus orígenes y forma en que se incorporó a nuestra legislación, todo esto, con el objeto de poder determinar si se trata de una institución de reciente o antigua data, su evolución y, más adelante, analizar las percepciones que de esta institución tiene la cultura jurídica chilena.

4.2 LOS ORÍGENES DE LA PRESCRIPCIÓN.

La prescripción en materia penal detenta una génesis bastante antiguo, existiendo al respecto numerosos antecedentes que apuntan a que ya en la Grecia clásica se conoció esta institución.²⁵ Al respecto señala PESSINA, a partir de los textos de Demóstenes y Liplas, de los que se deduce en forma clara que la prescripción de la acción penal, con la exclusión de determinados delitos, fue aceptada por los griegos principalmente en atención a “que las pruebas, especialmente las de inocencia, se han hecho difíciles de obtener por el transcurso del tiempo”²⁶.

Ahora bien, de una forma más directa y como un nexo entre los orígenes de esta institución con el Derecho penal moderno, parece aceptable señalar, como lo hace MANZINI, que la prescripción “comenzó a abrirse camino mediante las influencias

²⁵ Pedreira González Félix. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 2, 2007. Pág. 436.

²⁶ PESSINA, ENRIQUE: Elementos de Derecho Penal, trad. De Hilarión González del Castillo, 4ta. Edición, Editorial Reus, Madrid, 1936, pág. 595.

romanas de naturaleza procesal, destinadas a obtener que los procesos no tuvieran una duración exagerada²⁷.

Existe acuerdo en la doctrina respecto a considerar como una primera manifestación de la aceptación de esta institución, en la “Lex iulia de adulteriis coercendis” — año 18. A.C. —, a través de la cual la acusación por adulterio, estupro o lenicidio sólo podía ejercitarse durante el plazo de cinco años.²⁸ Sin perjuicio de tratarse de la norma más antigua en Roma en materia de prescripción penal, se trata de una norma de carácter especial, no admitiéndose en los inicios del imperio Romano, como un principio general. La doctrina mayoritaria señala que fue sólo en el siglo III d.C., en los tiempos de Diocleciano y Maximiano, donde recién existió un plazo general de prescripción, correspondiente a veinte años.²⁹

Por otra parte, en el Derecho Germánico, con la excepción del derecho Visigodo que estableció en el “*Liber Iudiciorum*”³⁰ un plazo general de treinta años³¹, el instituto de la prescripción le fue prácticamente desconocido. El derecho penal canónico, siguiendo la vertiente romana, admitía la prescripción de 20 años³². Sin perjuicio de esto, no admitía la prescripción de la pena, ya que como señala MANZINI, las sanciones canónicas son de carácter predominantemente espiritual y de efecto

²⁷ MANZINI, V.: Tratado de derecho penal, tomo V, primera parte, vol. V., trad. De Santiago Sentis Melendo, notas de Derecho argentino de R. Núñez y E. Gavier, Ediar S.A., Buenos Aires, 1950, págs. 139 y ss.

²⁸ Cfr. MOMMSEN, T. Derecho Penal Romano, Ob. Cit., pág. 309; ROBINSON, O.F. The Criminal Law Of Ancient Rome, London, 1995, pág. 21; THOMAS, J. A. C., “Prescription of Crimes in Roman Law”, en Revue internationale des droits de l’antiquité, IX, 1962, págs. 417 y ss, y la bibliografía allí citada.

²⁹ Sin perjuicio de esto, otro autor atribuye esta innovación a Justiniano. Al respecto, VOLTERRA, E. «Intorno alla prescrizione dei reati. . . », ob. cit., págs. 57 y ss.

³⁰ El Liber Iudiciorum (o Lex Visigothorum) fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto y publicado probablemente el año 654.

³¹ Liber iudiciorum X, 2, 3. La mencionada disposición se corresponde con la contemplada en la ley III. Título II, Libro X del Fuero Juzgo.

³² Decret. Greg., lib. II, tit. 25 de excep., c. 6.

automático. Así mismo, a lo largo de la Edad Media, la regla de la prescripción de las infracciones fue acogida, con mayor o menor amplitud, en muchos lugares, sobre todo en los territorios que hoy forman parte de Italia y, desde finales del medioevo, en Francia.³³

Sin perjuicio de todo lo antedicho, y ya en una etapa que podríamos denominar Moderna, solo fue con la dictación del Código Penal francés de 25 de septiembre — 6 de Octubre — de 1791, que por primera vez se estableció un conjunto ordenado y sistemático de disposiciones en materia de prescripción penal, el que a su vez sirvió de base a la regulación posterior del Código de Instrucción Criminal de 1808. Este último, cobra especial relevancia toda vez que sirve de inspiración a una gran parte de las legislaciones europeas. El código de Instrucción criminal vino a instaurar una serie de principios de suma importancia, y que en definitiva sientan las bases para su traspaso a otras legislaciones, dentro de estas, la nuestra. Dentro de estos principios, podemos encontrar, como señala MOAZZAMI, los siguientes:

1.- La cuestión decisiva en la prescripción es el mero transcurso del tiempo, sin otros condicionamientos añadidos. 2.- Se admitía la prescripción para todos los delitos, sin contemplar la figura de la imprescriptibilidad. 3.- El plazo de prescripción del delito era de tres años, cuando en ese intervalo no se hubiera llevado a cabo ninguna persecución (artículo 1), y de seis años en los restantes supuestos (artículo 2). 4. -Los plazos comenzaban a correr desde el día en que la existencia del delito hubiera sido conocida o legalmente constatada (artículo 2). 5.- Además de la prescripción del delito se contemplaba la prescripción de la pena, para la que se establecía un plazo de veinte años a contar desde la fecha del juicio.³⁴

Teniendo entonces claro los orígenes de esta institución, así como su evolución en términos generales, en menester en este punto, referirnos a los distintos fundamentos que sustentan la existencia de esta institución, a los cuales, en la mayoría de los casos, tienen acceso los integrantes de la llamada cultura jurídica interna

³³ Pedreira González Félix. Op. Cit. Pág. 440.

³⁴ Cfr. MOAZZAMI, H. La prescription de l'action pénale..., ob. cit., págs. 40 y 41.

producto del proceso de enseñanza formal del derecho, mas no los integrantes de la llamada cultura jurídica externa. Así mismo, y en un terreno propiamente jurídico, indagaremos sobre las visiones de la doctrina respecto a su naturaleza jurídica.

4.3 FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN

La institución de la prescripción contiene, intrínsecamente, una contradicción que muchas veces resulta absolutamente dificultosa de explicar al lego en derecho. Por una parte, cada delito lleva aparejada una pena, y en esta lógica, quien comete un delito debe ser castigado con una pena que se encuentra tipificada en su respectivo cuerpo legal. Por otra parte, con la prescripción, ocurre que quien ha participado en la comisión de un delito, no puede ser castigado con una pena cuando ha transcurrido un determinado lapso de tiempo determinado por la ley como es el caso de la prescripción de la acción penal; en otro caso, no se puede hacer efectiva una pena ya dictada debido a que ha transcurrido determinado lapso de tiempo desde su imposición, esto, en el caso de la prescripción de la pena.

A simple vista se ha de notar una contradicción fundamental, toda vez que, por una parte se busca perseguir y castigar a quienes resulten culpables de un hecho delictivo, y por otra, extinguir las facultades punitivas del Estado al respecto, todo lo anterior, por el simple hecho del transcurso del tiempo.

Esta contradicción no es carente de fundamento jurídico, lo que se reafirma en parte por su antiquísima data y vigencia hasta tiempos actuales. Al respecto existen diversas teorías que tratan de explicar y fundamentar la existencia de la prescripción, unas desde la óptica de la naturaleza material, y otras desde una óptica procesal.

1. **Transcurso del tiempo y olvido de la infracción:** La prescripción, como bien señala MANZINI, implica el reconocimiento como un hecho jurídico dado a un hecho natural, como lo es el transcurso del tiempo. Quienes fundamentan la prescripción en virtud de este apartado, señalan que con el transcurso del tiempo se debilita el recuerdo del delito en la sociedad alcanzando un momento en que sencillamente se desvanece, como consecuencia del olvido social. Al respecto, señala PESSINA que si bien el tiempo por sí solo no crea ni destruye derechos, si tiene la eficacia “de cambiar las impresiones precedentes por nuevas impresiones en el espíritu humano, de tal modo que la inercia de la autoridad penal, no expresada durante cierto lapso de tiempo, la debilita y llega hasta extinguir la conciencia del delito”³⁵. En el mismo sentido señala Cuello Calón que “es verdadera la afirmación de que, transcurrido un largo periodo desde la perpetración del hecho delictuoso, el recuerdo de este desaparece, y los sentimientos colectivos que originan la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se debilitan y llegan a desaparecer por completo”.³⁶

2. **Perdida del interés estatal en la represión:** Si bien se puede considerar este apartado como una consecuencia del anterior, como bien señala Gonzalo Yuseff, el énfasis al referirse a la pérdida de interés por parte del Estado en la persecución del hecho punible, tiene como objeto reforzar “el carácter predominante de orden público de la institución, desterrando toda referencia a una eventual comparación con una “prescripción adquisitiva de la impunidad”.³⁷ En el mismo sentido, señala BUSTOS RAMÍREZ que “se estima innecesaria la

³⁵ PESSINA: Ob. Cit., pág. 694.

³⁶ Cuello Calón, E.: *Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, 11ª edición, Bosh, Barcelona, 1953, pág. 710.

³⁷ Yuseff, Gonzalo. Ob. Cit. Pág. 50

pena, no solo por razones de tipo preventivo general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de la pena”.³⁸

3. Estabilización de las situaciones Jurídicas: como señala NOVOA, “existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aun de hecho, como son la elusión prolongada de la responsabilidad penal que a algunos quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad penal de su parte”.³⁹ En un sentido similar, señala VIADA Y VILASECA, que “así como prescriben las propiedades y acciones es lógico y justo que puedan prescribir los delitos y por consiguiente las acciones que de los mismos dimanen, con tanta o más razón cuanto que son más apreciables que los bienes y otros derechos: el honor, la libertad y la vida del ciudadano”⁴⁰ Es necesario recalcar que estos argumentos pueden llevar al peligroso terreno de equiparar la prescripción en materia penal, con la prescripción de los derechos y acciones civiles, lo que desde nuestro punto de vista sería un error toda vez que, a pesar de compartir elementos comunes, distan respecto de finalidad, objeto, requisitos, etc.

4. La imposibilidad de realizar el fin de la prevención general: La prevención general es una figura que en derecho penal apunta al efecto que produce en la sociedad la imposición de penas, que son recibidas por ésta como algo indeseado, teniendo como resultado la disminución en la comisión de delitos toda vez que el castigo del hecho punible reafirma socialmente que el Estado

³⁸ Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Barcelona, Boch, 1984, pág. 460.

³⁹ Novoa Monreal: *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pág. 450.

⁴⁰ Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal Reformado de 1870*, Tomo I, Madrid, 1890, pág. 571.

persigue y perseguirá los delitos cometidos como los eventuales que se produzcan a través del tiempo. Desde esta perspectiva se asevera que la prescripción del delito se funda, más que en la ausencia de necesidad de la pena por haberse borrado el recuerdo del delito en sociedad, por la imposibilidad de lograr los fines preventivos generales transcurrido un determinado período de tiempo. Se asume así, que la prevención se da con la aplicación de la pena, y habiendo transcurrido un tiempo ésta perdería tal cualidad. Sin embargo, se puede señalar, al contrario de lo enunciado por esta teoría, que el aplicar la pena pese a haber transcurrido todo ese tiempo, significaría en la conciencia colectiva que la justicia siempre está presente y que nadie escapa de su acción.

5. *La enmienda presunta del delincuente:* Esta visión se basa en la reincidencia en la participación delictual, que no existiendo, sumado a esto el transcurso del tiempo, indicarían una cierta “enmienda” del participante en el acto delictivo. Así, “Se sostiene que transcurrido el plazo de prescripción, sin que el imputado haya cometido otro delito, la pena resulta innecesaria, pues puede presumirse razonablemente la corrección o reinserción social del sujeto que tiempo atrás fue delincuente”. En el mismo sentido, señala ODIN AMERICANO, que “el transcurso del tiempo sin que se haya violado la ley, hace presumible la recuperación y enmienda del delincuente”.

6. *La imposibilidad de realizar el fin de la prevención especial:* Aquí, a diferencia de la prevención general, no va dirigida a la sociedad toda, sino más bien a aquellos que vulneran el sistema jurídico. “Esta teoría afirma que cuanto más tiempo transcurre entre la comisión del hecho y la imposición o ejecución de la pena, tanto menos eficaz será ésta, amén de no ser percibida como una reacción justa por el delincuente.”⁴¹ Aquí se está hablando básicamente de la prevención especial positiva, la que supone el condicionamiento interno del

⁴¹ Ídem. Pág. 5.

sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones. Así se busca que a través del fin resocializador de la pena el individuo internalice su respeto a la ley, así mismo, repeler las necesidades que pueden motivar al individuo a la comisión de nuevos delitos.

7. El cambio de identidad del delincuente: Se señala que el transcurso del tiempo origina una modificación en la identidad del sujeto, de modo que, castigar al sujeto comitente de un delito acaecido largo tiempo atrás, realmente implicaría castigar a un hombre distinto, que bien puede haber modificado su conducta en forma definitiva, sea por arrepentimiento, madurez, miedo, etc.

8. La expiación moral o indirecta: Desde este planteamiento se afirma que el miedo al castigo, las angustias de ser apresado e, incluso, los remordimientos sufridos por el sujeto durante el plazo de prescripción ya son un castigo suficiente; en este sentido, la imposición de la pena sería tanto como castigar dos veces por los mismos hechos.⁴² En un sentido contrapuesto, señala ORTOLAN, que “los remordimientos no perturban a la mayor parte de los delincuentes: además, quien quisiera prevalerse de la prescripción debiera probar el hecho de haberse arrepentido... y por último, no explicaría la prescripción de las faltas.”⁴³

9. La desaparición de las pruebas: La prescripción penal, también se puede justificar por razones de orden procesal. El transcurso del tiempo provocaría que, a mayor distancia temporal de los hechos constitutivos del delito, se vayan perdiendo progresivamente eventuales testimonios con carácter probatorio del mismo, provocando en definitiva, como señala BINDING, que el ejercicio del

⁴² Ídem. Pág. 5.

⁴³ Ortoland, M.: *Éléments de Droit Pénal, Librairie Deplon Frères, 1855, pág. 766.*

derecho de castigar no sea posible al cabo de cierto tiempo, “porque el juzgamiento no puede ser rendido con certitud”.⁴⁴

Ahora bien, y como ya se adelantaba anteriormente, se presenta discusión en la doctrina respecto a considerar la prescripción como una institución de carácter jurídico material con estatuto normativo dentro del derecho penal sustantivo, o en cambio, un instituto de naturaleza procesal. Otros autores consideran que existiría un carácter mixto de naturaleza penal y procesal.

Quienes adhieren a la primera de estas visiones, señalan que la prescripción penal no representa sino “una renuncia del Estado a la pretensión punitiva o a la efectiva potestad de castigar, esto es, contemplando el contenido material de la relación procesal o de la relación ejecutiva”.⁴⁵ Más bajo esta tesis el delito no desaparece, ya que como señala ANTOLISEI, “el delito, como hecho histórico, una vez surgido, no puede ser devuelto a la nada”.⁴⁶ La línea argumental de este planteamiento señala que siendo la pretensión punitiva del Estado una materia propia del derecho penal material, la prescripción, que es la cesación de referida potestad, es en consecuencia, también una institución de Derecho material.

Quienes consideran la prescripción como un impedimento de carácter procesal, señalan que la prescripción opera no como una causa de revocación de la pena, sino como un impedimento del proceso, que obsta a la formación de este, y que por tanto su comprobación debe resolverse por sobreseimiento en el caso de la prescripción de la acción penal, o prohibiendo la ejecución, en el caso de la prescripción de la pena.

Una tercera postura, señala que existe un carácter mixto en que las normas relativas a la prescripción, poseen tanto carácter material como formal. En este sentido

⁴⁴ Binding, cit. Por VON LISZT, ob. Cit., pág. 803.

⁴⁵ Manzini: Ob. Cit., pág. 120.

⁴⁶ Antolisei: Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Uteha, 1960, pág. 537.

señala GÓMEZ ORBANEJA, que la prescripción “pasa al juicio como causa excluyente o extintiva personal de la punibilidad (...) Como la sentencia no puede negar la acción, niega la pena y, por ello, absuelve. Como protege contra un nuevo proceso, es de carácter procesal, y por atribuir un derecho material de protección contra una segunda pena, participa del carácter del derecho sustantivo”.⁴⁷

4.4 LA PRESCRIPCIÓN PENAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Ya hemos tratado anteriormente la evolución de la prescripción desde sus orígenes hasta su presencia en el Derecho Penal moderno, donde destacamos la influencia del código de Instrucción criminal francés. Ahora nos corresponde ver la presencia de este instituto y su incorporación al Derecho Penal Chileno, con especial atención a la legislación actualmente vigente en esta materia.

Es del caso señalar, que hasta la entrada en vigencia del Código Penal chileno de 1874, las normas en materia de prescripción eran esencialmente las contenidas en Las Partidas, que junto al Fuero Juzgo y el Fuero Real, conformaban el corpus legislativo en materia penal de la República. Así, en el período que media entre la independencia de Chile y la dictación del Código Penal, sólo se dictó una disposición en materia de prescripción en el año 1846, relativa a los delitos de abuso de imprenta. Para los demás delitos, y en consideración del carácter supletorio de las normas civiles contenidas en el código de Bello de 1855, se regirían por el plazo de prescripción de las acciones ordinarias, esto es, 20 años.

⁴⁷ Gómez Orbaneja: “*La acción como derecho al proceso*”, en *Revista de Derecho Privado*, Febrero 1948, págs. 85 a 97.

El código penal vino a sistematizar la materia, y si bien ha sufrido diversas modificaciones a través del tiempo, mantiene hasta nuestros días lo sustancial del código original de 1874.⁴⁸

En la discusión llevada a cabo por la comisión redactora del Código Penal, se sentaron una serie de bases para la redacción de los preceptos definitivos que contendrá el Código, a saber:

- “1. Que se distinga la prescripción de la pena y de la acción penal;
2. Que para la primera se exija mayor tiempo que para la segunda, pues en ésta sólo existe de por medio el mandato de la ley, mientras que en aquella se agrega la resolución del juez que ha aplicado el precepto legal, y porque un delito no juzgado produce menor alarma que otro sentenciado y no castigado.
3. Que la prescripción de la acción penal se interrumpa por el juzgamiento del delito o por la ejecución de otro delito durante el tiempo de la prescripción;
4. Que una vez transcurrida la mitad del tiempo de la prescripción haya prescripción gradual, imponiéndose al culpable una pena menor que la que le correspondería en otro caso, y disminuyéndose aún más a medida que se le acerque el término de la prescripción.
5. Que esta regla no se extiende a los fallos ni a las prescripciones especiales determinadas por este Código.
6. Que haya prescripción aunque el reo esté ausente de la República, doblándose el tiempo como en la prescripción civil; y
7. Que la prescripción corra contra toda clase de personas”.⁴⁹

Así, el texto definitivo que reguló y vino a sistematizar la prescripción materia penal, recogiendo ciertamente los puntos señalados anteriormente, se incluyó en el Título V del Primer Libro del Código Penal Chileno. En sus artículos 93 N° 6 y 7, se

⁴⁸ Véase al respecto los distintos proyectos relativos a modificaciones en materia de prescripción, a saber, proyecto Fontecilla-Erazo, Ortiz-Von Bohlen, Silva-Labatut, proyecto del año 1945 y aquellas contenidas en la ley N° 19.806, adecuatoria de la vigencia del Código Procesal Penal del año 2000.

⁴⁹ Fernández, P.J.: *Código Penal de la República de Chile (explicado y concordado)*, 2ª edición, Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, 1899, págs. 236 y ss.

encarga de la prescripción de la acción penal, tratándola como una forma extinción de la responsabilidad penal. A su vez el artículo 94 del mismo cuerpo legal establece los plazos de prescripción de la acción penal y el artículo 97 del citado cuerpo normativo, los plazos de prescripción de la pena. Se señala en el artículo 94, que la acción penal prescribe en quince años respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, respecto de los demás crímenes, en diez años, respecto de los simples delitos, en cinco años y, finalmente, en seis meses respecto de la faltas.

Por su parte, tratándose de la prescripción de la pena propiamente tal, señala el artículo 97 que las penas de presidio, reclusión y relegación perpetuos impuestas por sentencia ejecutoria, prescriben en quince años; en diez años respecto de las demás penas de crímenes; en cinco años las penas de simple delito y; en seis meses las de falta.

En la misma materia, el artículo 95 señala desde cuando se cuenta el plazo de prescripción de la acción penal y el artículo 96 cuando se interrumpe y cuando se suspende el mismo, indicando los efectos en cada caso. A su vez el artículo 100 se refiere al cómputo del plazo cuando el inculpado se ausentare del territorio y el 103 se refiere a los efectos que se producen cuando el inculpado aparece antes de completarse el plazo de prescripción.

4.5 PRESCRIPCIÓN Y OPINIÓN PÚBLICA

Tal vez una de las instituciones jurídicas que mayores polémicas concita en la opinión pública sea la prescripción en materia penal. Resulta coherente en este sentido que la prescripción concite cierta desaprobación por parte de las personas alejadas al mundo jurídico, quienes, por una parte, no tienen acceso a los fundamentos que reviste

esta institución, y por otra, ven en ésta un bastión de la injusticia que viene a purgar los hechos delictuales por simple transcurso del tiempo.

En esta línea por ejemplo, podemos encontrar la situación que actualmente se está dando en España respecto del movimiento de liberación Vasca “*Euskadi Ta Askatasuna*”, más conocido con las siglas ETA, donde se calcula que de los 562 delitos cometidos por esta organización entre 1978 y 1990, alrededor de 100 han prescrito o están a punto de prescribir.⁵⁰ Lo mismo está ocurriendo en Uruguay respecto de la dictadura acaecida en ese país entre 1973 y 1985, donde, hasta la redacción del presente estudio, se discute en el parlamento declarar imprescriptibles los delitos cometidos en dicha dictadura, ya que están solo a días de prescribir.

Esta visión de desconfianza respecto a la prescripción penal no es algo nuevo, y sobre todo puntiaguda respecto de lo que, como señalábamos como principio derivado del Código de Enjuiciamiento Penal francés, dice relación con admitir la prescripción para todos los delitos.

Ya lo decía BECCARIA en su clásico “*De los delitos y las penas*”, donde señala: *“las leyes deben fijar un cierto espacio de tiempo tanto para la defensa del reo, cuanto para las pruebas de los delitos; y el juez vendría a ser legislador si estuviese a su arbitrio determinar el necesario para probar un delito. Igualmente aquellos delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, si están probados, no merecen prescripción alguna en favor del reo que se ha sustraído con la fuga; pero los delitos leves, y no bien probados, deben librar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano; porque la oscuridad en que se hallan confundidos por largo tiempo quita el ejemplo de impunidad, quedando al reo en tanto en disposición para enmendarse. Es suficiente apuntar estos principios, porque el límite preciso puede solo fijarse en virtud de una legislación según las actuales circunstancias de la sociedad; añadiré únicamente que, probada la utilidad de las penas moderadas en una nación,*

⁵⁰ Fuente: <http://www.reformapenal.es/2011/11/10/art-131-la-prescripcion-de-los-delitos/>

las leyes, que a proporción de los delitos, aumentan o disminuyen el tiempo de la prescripción o el de las pruebas, formando así de la misma cárcel o del destierro voluntario una parte de pena, suministrarán una fácil división de penas suaves para un gran número de delitos.”⁵¹

En el mismo sentido que BECCARIA señala BENTHAM sobre la prescripción que:

“El perdón puede tener lugar sin inconvenientes en los delitos de temeridad y de negligencia, delitos que resultan de una falta exenta de mala fe. Después del accidente se ha visto la circunspección del delincuente, y ya no es un hombre temible. Su perdón es bien para él, y no es mal para nadie.

Se puede también extender la prescripción a los delitos no consumados, a tentativas que han fallado. El delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena; porque temerla ya es sentirla. Por otra parte se ha abstenido de delitos semejantes; se ha reformado a sí mismo, se ha hecho un miembro útil a la sociedad, y ha recobrado su salud moral sin usar del remedio amargo que la ley le había preparado para curarle.

Pero si se trata de un delito mayor, por ejemplo, de una adquisición fraudulenta, capaz de hacer rico a un hombre, de una poligamia, de un estupro violento, de un robo con fuerza armada, sería odioso, sería funesto, el permitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar de la inocencia. (...) el espectáculo de un delincuente que protegido por las leyes que ha violado, goza en paz del fruto de su delito, es un cebo para malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público a la justicia y a la moral.”⁵²

⁵¹ Beccaria: *Tratado de los delitos y las penas*, 2ª edición, Ed. Heliasta, Argentina, 1993. Pág. 137.

⁵² Bentham, J.: *Tratado de Legislación Civil y Penal*, trad. Ramón Salas, tomo III. Madrid, 1822, pág. 19.

Es por estas y otras razones, y sobre todo por el desarrollo contemporáneo de los Derechos Humanos, que cada día se van abriendo más las legislaciones a considerar ciertos delitos como imprescriptibles, tema que analizaremos al finalizar este capítulo.

4.6 DATOS OBTENIDOS EN ESTUDIO DE CAMPO.

En este apartado del presente estudio, se busca indagar sobre la aprobación o rechazo respecto de la prescripción en materia penal por parte de la cultura jurídica chilena, tanto en su variante de cultura jurídica interna como de cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se han consultado un universo total de 489 personas, de las cuales 241 corresponden a la cultura jurídica interna y 248 a la cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se ha formulado la siguiente afirmación:

“Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos”

Frente a dicha afirmación, el encuestado debe manifestar su acuerdo o desacuerdo, indicando una de las dos opciones planteadas. La opción *“De Acuerdo”* indica conformidad con la prescripción penal traduciéndose en que ningún delito debiera ser perseguido por la potestad punitiva del estado transcurrido el plazo de 30 años⁵³. Por su parte, la opción *“En desacuerdo”* indica que, aun habiendo transcurrido

⁵³ Es del caso señalar que el plazo indicado de 30 años, es superior al máximo contemplado en código penal, que corresponde a 15 años, esto, con la finalidad de centrar el objeto de la pregunta en las posturas de acuerdo o desacuerdo respecto a la institución de la prescripción más que a un plazo determinado, no siendo fundamental la precisión en el transcurso del tiempo, sino más bien, en la idea de si deben ser perseguidos dichos delitos indicados aún el paso de una determinada cantidad de años.

este plazo, el Estado debiera perseguir la responsabilidad por la comisión de delitos, a *fortiori*, con especial atención a los delitos más graves.

Primeramente, se entregan los resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la prescripción penal. Luego hemos dividido el universo total de encuestados por formación jurídica, generando 2 grandes grupos, que en general, nos permitirán constatar las diferencias existentes entre la cultura jurídica interna y externa, en base a esta discriminante.

Posterior a esto, se han dividido estos dos grandes grupos con la inclusión de variable etaria, donde encontraremos un primer grupo formado por personas de entre 30 a 45 años de edad, y segundo, de 46 a 60 años de edad, y en ambos casos compuestos por hombres y mujeres.

A continuación se expondrán los resultados obtenidos para cada grupo, para acto seguido, estudiar las distintas explicaciones que pretenden sustentar los resultados obtenidos.

4.6.1 **Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la prescripción penal.**

Tabla I: *Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la prescripción penal*

"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	162	33,1%
	En desacuerdo	328	66,9%
	Total	490	100,0%

Los resultados generales del estudio de campo, esto es, sin consideración de cruce de variables, y donde se muestran los índices de aprobación y desaprobación del universo total de encuestados, arroja que de un total de 490 personas consultadas, 162 dicen estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 33,1% del

total, mientras que 328 personas manifiestan estar en desacuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 66,9% del total de encuestados.

4.6.2 **Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la prescripción en materia penal**

TABLA II: Cultura Jurídica Interna y Externa, diferencias.

		CULTURA JURÍDICA				Diferencia %
		Interna		Externa		
"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	123	51,0%	39	15,7%	35,3
	En desacuerdo	118	49,0%	209	84,3%	-35,3
	Total	241	100,0%	248	100,0%	

Como se muestra en la tabla II, 123 personas de un total de 241 pertenecientes a la cultura jurídica interna, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 51% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna. Por su parte, 118 personas del mismo total, manifiestan no estar de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 49% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna.

Así mismo, 39 personas de un total de 248 personas pertenecientes a la cultura jurídica externa, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 15,7% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa. Por su parte, 209 personas del mismo total, manifiestan no estar de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 84,3% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa.

4.6.3 Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la prescripción en materia penal, según grupo etario.

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la prescripción penal derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento “cultura jurídica interna”, correspondiente en su totalidad a sujetos con formación jurídica de carácter formal, y en consecuencia, conocedores, en mayor o menor medida, del sistema jurídico y su funcionamiento.

i. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

TABLA III: CULTURA JURÍDICA: Interna; EDAD: Entre 30 y 45 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	40	66,7%	27	44,3%	22,4
	En desacuerdo	20	33,3%	34	55,7%	-22,4
	Total	60	100,0%	61	100,0%	

Como se muestra en la Tabla III, de un total de 60 hombres encuestados pertenecientes a la cultura jurídica interna, 40 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 66,7% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 20 de ellos señalan estar en

desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 33,3% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 61 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica interna, 27 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 44,3% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 34 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 55,7% del total de hombres consultados en este segmento.

ii. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la “cultura jurídica interna”.

TABLA IV: CULTURA JURÍDICA Interna; EDAD Entre 46 Y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	31	49,2%	25	43,9%	5,3
	En desacuerdo	32	50,8%	32	56,1%	-5,3
	Total	63	100,0%	57	100,0%	

De un total de 63 hombres encuestados, 31 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 49,2% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 32 de ellos señalan estar en

desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 50,8% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 57 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica interna, 25 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 43,9% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 32 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 56,1% del total de mujeres consultadas en este segmento.

4.6.4 *Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la prescripción en materia penal*

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la prescripción penal derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento “*cultura jurídica externa*”, esto es, del conjunto de sujetos que relacionan sólo esporádica y ocasionalmente con el sistema jurídico, y que comparten actitudes, valores y creencias en mayor o menor grado similares respecto del mismo.

i. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

TABLA V: CULTURA JURÍDICA: Externa; EDAD: Entre 30 y 45 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	10	15,9%	10	16,1%	-0,2
	En desacuerdo	53	84,1%	52	83,9%	0,2
	Total	63	100,0%	62	100,0%	

Como se muestra en la Tabla V, de un total de 63 hombres encuestados pertenecientes a la cultura jurídica externa, 10 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 15,9% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 53 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 84,1% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura externa, 10 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 16,1% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 52 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 83,9% del total de mujeres consultadas en este segmento.

ii. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la "cultura jurídica externa".

TABLA VI: CULTURA JURÍDICA: Externa; EDAD: Entre 46 y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Incluso los delitos más graves no deben ser perseguidos por las autoridades después de treinta años de cometidos."	De acuerdo	9	14,8%	10	16,1%	-1,3
	En desacuerdo	52	85,2%	52	83,9%	1,3
	Total	61	100,0%	62	100,0%	

De un total de 61 hombres encuestados, 9 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 14,8% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 52 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 85,2% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica externa, 10 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 16,1% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 52 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 83,9% del total de mujeres consultadas en este segmento.

Análisis sobre diferencias entre cultura jurídica interna y externa.

4.7 ANALISIS DE DATOS

Como se ve reflejado en la *tabla II*, a la hora de comparar las percepciones respecto de la prescripción penal entre una y otra cultura jurídica, podemos apreciar

que existen diferencias substantivas entre una y otra, dadas las importantes diferencias porcentuales entre una y otra.

Podemos ver que la cultura jurídica interna señala mayoritariamente estar de acuerdo con la merma de la persecución penal producto de la prescripción, aún a propósito de los delitos más graves, mientras que por otra parte, la cultura jurídica externa manifiesta un rechazo prácticamente unánime a esta institución, con un porcentaje de desacuerdo del 84,3%.

Creemos que las razones fundamentan la producción de esta diferencia, radican básicamente en el desconocimiento por parte de la cultura jurídica externa de los fundamentos que sustentan la existencia de esta institución. Para esta, y como señaláramos con anterioridad, viene a ser una clara manifestación de injusticia toda vez que purga la responsabilidad penal sin que se llegue a castigar a quien comete el acto delictivo. Del mismo modo, quienes no han recibido una educación jurídica formal, tienden al entendimiento de las penas desde una óptica retributiva, siguiendo los lineamientos teóricos de la teoría retributiva de la pena o teoría absoluta de la pena. Ésta, viene a manifestarse por sobre todo, como una venganza en donde el castigo proporcionado corresponde a una respuesta moralmente aceptable al delito, sin ser relevante en definitiva si este castigo produce o no beneficios tangibles sobre quien recae. Si existe una función tras esta visión, es elementalmente restituir el daño causado, devolviendo el orden social.

Las consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica, como fundamentos de la prescripción, son mucho más ajenos para quienes no tienen un contacto regular con el funcionamiento del sistema jurídico. Dichas consideraciones poseen un carácter orientado a la mantención y correcto funcionamiento del sistema jurídico en general, evitando, entre otras cosas, la manifiesta inestabilidad que provoca la incertidumbre de no resolver a través del tiempo las situaciones jurídicas.

En ámbito de la prevención general como fundamento, si bien se puede afirmar que el transcurso del tiempo de alguna forma implicaría una merma en la posibilidad de realización de la misma, por otra parte se podría indicar que la impunidad conseguida a través de la prescripción viene, al contrario de lo afirmado, a indicar que la justicia es algo que no siempre esté presente sobre quien infringe la ley, sino más bien corresponde a algo temporal de lo que, si se es lo suficientemente ágil, se puede evadir sin llegar a recibir castigo alguno, salvo lo que podemos llamar expiación moral indirecta, correspondiente a la angustia, tormento, permanente miedo de la persecución y demás aflicciones que el partícipe del hecho delictual debe sortear a través de tiempo, lo que para algunos, vendría a corresponder a una verdadera pena.

Por otra parte, la cultura jurídica externa al estar en mayor medida ajena al entendimiento total del sistema jurídico y sus dinámicas, es menos proclive a la aceptación de ciertos temas particulares de carácter jurídico que requieren de una formación en derecho para una adecuada comprensión. Por una parte, existe desconocimiento respecto de las distintas implicancias que implica la persecución penal, como verbigracia, recursos destinados a la persecución criminal, radicación de causas en los tribunales criminales en el antiguo sistema, o asignación de causas a fiscales para su investigación en la nueva justicia penal chilena, con el manifiesto colapso que se ha hecho recientemente patente en la opinión pública respecto del número de causas que manejan actualmente los fiscales, esto a ya más de 10 años de la puesta en marcha del nuevo sistema penal. En esta línea se refiere el fiscal nacional Sabas Chahuán, en entrevista al diario la nación el reciente 17 de Agosto de 2011, donde señala que *“va a empezar a pasar paulatinamente lo que ya vimos en las estadísticas de este semestre, que es que no se pueda atender una cantidad de causas importantes y no se pueda perseguir criminalmente una serie de delitos (...) la carga de trabajo es muy grande y el sistema no ha colapsado por el sacrificio de los fiscales y funcionarios, que lamentablemente no va a dar más. La curva de rendimiento*

*de la fiscalía está en su máximo. No se puede mantener este rendimiento sin un colapso de fiscales funcionando”.*⁵⁴

Además de actualmente no contar la cultura jurídica externa con herramientas para la comprensión cabal del sistema, y en este tema, respecto del gasto en recursos que significa para el estado la persecución delictual, existen otros temas complejos que se escapan a la hora de manifestar su acuerdo o desacuerdo en torno a la institución de la prescripción. Así, uno de los fundamentos que señalamos en su oportunidad fue el eventual desaparecimiento de las pruebas que sirven para configurar el proceso penal. Debemos considerar, que por más aparente que pueda parecer la participación en un hecho delictual, esta debe ser probada en el marco de un debido y justo proceso.

Con el tiempo, como se explicó en su momento, se torna cada vez más dificultoso el acceso a dichas pruebas, sin las cuales resulta imposible configurar la participación y responsabilidad de un sujeto determinado en un hecho delictual. Es así, como este tema seguramente resulte del todo relevante para el abogado querellante, el juez del crimen o el fiscal que traten de configurar un delito donde las pruebas que incriminan al sujeto, se encuentran desaparecidas producto del transcurso del tiempo. Este tema de carácter procesal seguramente resulta bastante más ajeno para aquel ciudadano lego en derecho al cual se le consulta sobre si el estado debe dejar de perseguir los delitos por que transcurre mucho tiempo. Las respuestas no contemplan un análisis general del sistema y bienestar del mismo, sino a algo más simple como que no pueden quedar impunes los delitos, lo cual es absolutamente coherente, y así debe serlo, ya que como algunos autores consideran, la prescripción vendría a ser para el derecho una especie de “*mal necesario*” para el mantenimiento y estabilidad del sistema desde una perspectiva general.

Ahora, respecto de la enmienda presunta del delincuente, o bien, cambio de identidad, son temas que resultan bastante casuísticos, pudiéndose dar en

⁵⁴ Diario la Nación, edición 17 de agosto de 2011. Disponible en formato electrónico en: <http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20110817/pags/20110817132410.html>

determinadas ocasiones y en otras no, por lo tanto, no del todo consistente como fundamento en definitiva.

Por último, respecto de la prevención especial del delincuente, siguiendo los planteamientos de FUENZALIDA en *“La cultura jurídica externa chilena entre la modernización de la Justicia y la retribución anhelada”*, creemos que en atención de la mirada de carácter retribucionista que mayormente impera en las percepciones de la cultura jurídica externa, no tiene una significancia del todo importante para esta, toda vez que lo realmente importante es la imposición del castigo más que si esto va a servir para disuadir al *“delincuente”* de la eventual comisión de delitos futuros.

Ahora bien, respecto de las diferencias que podemos encontrar dentro de la propia cultura jurídica interna, quizás la diferencia más destacable, sino la única, es aquella que se produce entre los hombres pertenecientes al grupo de entre 30 y 45 años versus el grupo de 46 a 60 años, donde se genera que, en el primer caso, existe una amplia aprobación de la prescripción, con un 66,7%, mientras que en el segundo caso, la situación da un giro existiendo mayor tasa de desaprobación respecto de la misma institución, con un 50,8% de rechazo.

Debemos recordar que siguiendo el método de las generaciones detallado en los comienzos de este trabajo, nos encontramos que la encuesta aplicada, nos encontramos básicamente con dos grupos generacionales, uno correspondiente a la generación de 1986, o pragmática, y por otra parte, la generación del 2001, o políticamente apática. Esto, ya que en el caso de los integrantes de la generación de 1986, al año de medición de la encuesta, tiene actualmente entre 47 y 61 años, mientras que en el caso de la generación del 2001, tienen al tiempo de medición, entre 32 y 45 años, lo que es absolutamente concordante con los dos grupos etarios que se han considerado en el instrumento aplicado.

En atención a este recordatorio, podemos encontrar algunas luces que nos permiten explicar este fenómeno. Sin lugar a dudas, los delitos de mayor connotación social en siglo XX chileno, son aquellos asociados a las violaciones de los derechos humanos por parte de la dictadura militar presidida por el general Augusto Pinochet. A

fortiori, los acontecimientos acaecidos en este periodo son de absoluta relevancia para la conformación de las generaciones que desarrolla Edmundo Fuenzalida en su trabajo del año 1998 *“Investigación Sociojurídica, Cultura Política y Generaciones En Chile: Un Estudio Exploratorio”*.

Ahora bien, si en Chile alguna vez ha existido polémica respecto a la prescripción penal tiene que ver con los delitos cometidos en este periodo, sobre todo a propósito de la llamada ley de amnistía, decreto ley 2191, que vino básicamente a mermar la potestad punitiva del estado respecto de todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores incurrieron en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio de la dictadura militar, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

De este modo nos es coherente señalar que, la generación políticamente apática, correspondiente al grupo de entre 30 y 45 años y que fue marcada por la transición a la democracia, se encuentra menos influida, si es que se puede llamar así, por los hechos relativos a violación de derechos humanos en el periodo señalado, toda vez que al año 1973, año en que los militares toman el gobierno en Chile, o no nacían o tenían un muy corta edad. Esta condición, creemos que se ve reflejada en una mayor proclividad a la aceptación de la prescripción penal, ya que esta generación no experimenta “en carne propia” los horrores de la dictadura militar, esto sumado a una actitud más pasiva frente a la persecución de los delitos acaecidos en esta época. Si bien esta situación se ve exacerbada en el caso de los hombres, también se da en el caso de las mujeres, pero en una medida mucho menor, razón por la cual no ahondaremos particularmente.

Sin perjuicio de todo lo anterior, un análisis general debiera orientarnos para ver un problema que se suscita en el seno de la problemática sobre la prescripción.

Cuando existe una amplia desaprobación por parte de la cultura jurídica externa al respecto, y dentro de la cultura jurídica interna una aprobación mayoritaria, en este último caso, y salvo el segmento de hombres entre 30 y 45 que se analizó

detalladamente, no se aprecia una diferencia apreciable entre aprobación y desaprobación, alcanzando porcentajes bastante similares.

Es por esta razón que desde el mismo mundo jurídico han venido desarrollándose durante, sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX, mecanismos que intentan regular los efectos indeseados de esta institución, sobre todo por un empuje desde la cultura jurídica externa, que ve en la prescripción penal una institución de la impunidad. Así encontramos, por ejemplo, la Declaración Internacional de Derechos Humanos, los estatutos de la corte interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y otros cuerpos legales nacidos allende de nuestras fronteras y que se han incorporado a la legislación Chilena vigente. Por otra parte, y sobre todo desde el retorno a la democracia, hay varias leyes que apuntan a la promoción de los derechos humanos, destacando la ley N° 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, ley N° 19.938 que promueve los derechos humanos. Al respecto, es importante destacar que el artículo 40 de la ley 20.357, anteriormente mencionada, señala que **“La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben”**. Este camino viene a indicar una apertura hacia la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Chile, sin perjuicio de que el principal problema siga siendo la irretroactividad de aplicación de esta ley, como se señala explícitamente en su artículo 44 al señalar que *“Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia”*.

Ahora si bien el Estado chileno se encuentra vinculado al respeto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que reconocen la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad, particularmente la convención de Ginebra, y en consideración el contexto social imperante durante la dictadura militar en Chile a la fecha de la comisión de los ilícitos de lesa humanidad, hacía aplicables las Convenciones de Ginebra, particularmente lo dispuesto en el artículo 3º común,

relativo al “conflicto armado sin carácter de internacional”, lo que se reafirma para estos efectos, en los Decretos Leyes números 3 y 5 de 1973, que se refieren a la existencia de un “estado o tiempo de guerra” en el país, y los Decretos Leyes números 640 y 641 de 1974, que hablan de “estado de sitio en grado de defensa interna”. Sin perjuicio de esto, los tribunales chilenos han sido históricamente tímidos en su aplicación, muchas veces dando paso a la aplicación de la llamada prescripción gradual del artículo 103 del código penal, la que viene a rebajar gradualmente las penas, no siendo derechamente una prescripción sino más bien una especie de atenuante en la rigurosidad de las penas.

Sobre este tema se recomienda consultar un interesante artículo de FERNANDEZ y SFERRAZZA sobre la aplicación de la prescripción gradual en casos de violaciones de derechos humanos en Chile⁵⁵ . ¿Será que resulta relevante el componente generacional de los jueces que se han avocado al conocimiento de las causas de derechos humanos en Chile? Sin duda la respuesta a esto excede los objetivos del presente estudio, sin dejar de ser interesante una propuesta investigativa.

⁵⁵ FERNANDEZ NEIRA, Karinna y SFERRAZZA TAIBI, Pietro. LA APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN GRADUAL EN CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS. Estudios constitucionales [online]. 2009, vol.7, n.1 [citado 2011-12-20], pp. 299-330 . Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100010&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. doi: 10.4067/S0718-52002009000100010.

CAPITULO V:

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y OTRAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

5.1 INTRODUCCIÓN:

El nuevo procedimiento penal en Chile, así como en el de cualquier justicia penal de carácter moderno, debe propender a la racionalización de la carga de trabajo existente en el sistema, logrando un equilibrio aceptable entre eficiencia y calidad del mismo; es por esto que una adecuada selección de los casos que al mismo ingresan, y que hoy por hoy es parte de las nuevas atribuciones entregadas a los fiscales, contribuye a la eficiencia en el funcionamiento general del sistema. En este sentido, cobra fundamental importancia la etapa de investigación preliminar, instancia que permite un descongestionamiento del sistema al impedir el ingreso de un determinado número de causas que o bien, no conviene investigar desde un punto de vista de la eficiencia, o derechamente no se pueden investigar, siendo fundamental como primera actividad la evaluación por el ministerio público sobre el contenido de una denuncia recibida.

Esta idea de selección de casos permite compatibilizar eficiencia y calidad en un equilibrio razonable. Sin perjuicio de lo anterior, y como señalábamos precedentemente, la principal dificultad por parte de la cultura jurídica, sobre todo la interna, dice relación con el rompimiento del arraigado principio de legalidad, el cual se traduce en palabras simples como la obligación de los órganos estatales de persecución penal lo que traducido dentro del nuevo sistema penal, vincula al ministerio público y a las policías bajo sus instrucciones a investigar de todos los hechos que en su conocimiento revistan caracteres de delito.

Como señalan Mauricio Duce y Cristián Riego, *“El principio de legalidad constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo, esto no solo por motivos de carácter organizacional o institucional (...) sino también por motivos de carácter ideológico. Esto, porque dicho principio resulta absolutamente coherente con la ideología que se encuentra detrás de la estructuración del sistema inquisitivo, una ideología que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formulación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”*.⁵⁶

En este sentido, la criminología contemporánea tiene como gran aporte la idea de selección, inclusive siendo común en la enseñanza del derecho penal moderno en las escuelas de derecho, la analogía del sistema penal como un gran embudo, donde la parte más ancha representa el número total de infracciones revestidas con carácter de delito, y donde la parte más angosta, representan los casos que llegan a juicio, y donde las facultades discrecionales aportan a este angostamiento, claramente sumado a aquellos casos que simplemente no entran al sistema por su desconocimiento social o falta de denuncia. A esto último, la doctrina lo denomina “cifra negra”, producida por una parte, por el desconocimiento de la víctima de que ha sido objeto de delito, o por la desconfianza de la víctima en recurrir ante el sistema criminal, o bien por otras vías de solución distintas a la penal.

A lo anterior se suma el hecho que en esta analogía del embudo, también existe un mecanismo selectivo llevado a cabo por las policías, que al también ser entidades facultadas para la recepción de denuncias, no traspasan la totalidad de ellas a la justicia, por no considerarse muchas veces constitutivas de delitos, esto, aun no mediando organismo jurisdiccional que corrobore la existencia o no de delito. Así, un estudio de 1997 llevado a cabo por la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) y el departamento de Sociología de la Universidad Católica (DESUC), citado por Jorge Correa y Luis Barros en “Justicia y Marginalidad, Percepción de los Pobres”, (CPU),

⁵⁶ Duce Mauricio y Riego Cristián. “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”. Vol. I. Ed. Universidad Diego Portales. 2002.

1993, pp. 33, señala que el 15,3% de las denuncias no fue registrada por la policía, y que un 45,8% no fue pasada al tribunal, lo que significa que un 61,1% de las denuncias o no fue registrada o no pasó a un juzgado para su conocimiento.

Para cerrar esta idea, también existe una selectividad realizada por los propios jueces, pero esto no va a ser objeto de mayor mención, toda vez que consideramos que existe un pronunciamiento jurisdiccional que escapa de nuestro objeto de estudio.

En conclusión, podemos identificar al menos tres vías de discrecionalidad antes del conocimiento de una situación constitutiva de delito por parte de un juez competente. Con esto nos referimos a aquellos casos que no llegan a denuncia, de aquellos que denunciados no llegan a conocimiento del juez por la discrecionalidad de las policías, y por último, aquellos casos no seleccionados por el ministerio público en atención a las facultades que le otorga la ley, en especial, por el principio de oportunidad.

Para el objeto del presente estudio, nos avocaremos al estudio de estas últimas, con atención particular en el principio de oportunidad; así mismo, analizaremos las perspectivas que de las mismas tiene la cultura jurídica chilena tanto en su variante de cultura jurídica interna, como de cultura jurídica externa.

Sobre esto último, es necesario adelantar que, de la misma forma que se hizo en el capítulo anterior con la prescripción, se consultó a personas pertenecientes a ambas culturas jurídicas, utilizando en este caso la pregunta:

“La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia.”

Esta afirmación nos permitirá evaluar cuales son las perspectivas y expectativas por parte de la cultura jurídica chilena respecto de la persecución penal de aquellos delitos que no son aquellos considerados los más graves, como homicidio, violación y otros de gran connotación social, sino aquellos que el nuevo sistema penal chileno ha abierto hacia una relativa discrecionalidad a la hora de ser investigados, donde la figura del fiscal cobra especial importancia.

5.2 LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Un estudio de las facultades discrecionales del ministerio público, en particular del principio de oportunidad, requiere siempre tener presente su relación con el principio de legalidad, siendo considerado el primero como un elemento correlativo o flexibilizador del segundo. En este sentido, el principio de legalidad viene a ser una herramienta que garantiza el resguardo de los ciudadanos frente a los poderes públicos, limitando en la esfera procesal a fiscales y jueces y demás partícipes del proceso penal. De esta forma, y dentro de un nuevo modelo de justicia de carácter acusatorio que se ha implantado en la última década en Chile, la atribución del ejercicio de la acción penal a cargo del ministerio público conlleva el sometimiento al principio de legalidad, sobre todo en atención al monopolio que genera un sistema acusatorio respecto del ejercicio de la acción penal, garantizando entonces la conformación actividad de la Fiscalía a la legalidad vigente.

El principio de legalidad procesal es también denominado por la doctrina como principio de obligatoriedad, o bien, aunque menos usado, principio de irrevocabilidad o irrevocabilidad de la acción penal.

Como señalábamos anteriormente, el principio de oportunidad y demás facultades discrecionales de los fiscales, corresponden a excepciones al principio de legalidad en el nuevo sistema procesal penal, las que pueden clasificarse en dos categorías; por una parte, los mecanismos de descongestión de casos, que contemplan el archivo provisional (Art. 167) y el principio de oportunidad (Art. 170), y si se quiere, aunque no se puede hablar técnicamente de una excepción al principio de legalidad, la facultad de no iniciar la investigación (Art. 168), todo lo anterior, contemplado en el nuevo Código Procesal Penal chileno. Como una segunda categoría se contemplan las salidas alternativas, incluyendo la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, como así mismo la inclusión de procedimientos alternativos como el simplificado, monitorio y abreviado, que mencionaremos someramente al concluir este capítulo.

A continuación, se analizarán en particular dichas facultades con especial atención en el principio de oportunidad, sus fundamentos, objetivos, tratamiento en la legislación chilena y sus principales críticas.

5.2.1 La facultad de no investigar

Como señala el artículo 168 del Código Procesal Penal, en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

En este caso, no existe una contraposición o excepción al principio de legalidad, ya que como indica el artículo 168 anteriormente señalado, la aplicación de dicha facultad dice relación con situaciones donde no existe delito o la responsabilidad penal se encuentra extinguida. Bastará entonces que la decisión de no iniciar la investigación sea fundada, y a su vez, aprobada por el respectivo juez de garantía.

Por no tratarse propiamente tal de una facultad discrecional ni contraposición al principio de legalidad, no ahondaremos mayormente en este apartado.

5.2.2 El archivo provisional

Esta facultad se encuentra contenida en el artículo 167 del Código Procesal Penal, la cual señala en su inciso primero que:

“En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.”

El archivo provisional es una relevante, sino la más importante, facultad discrecional que tienen los fiscales en el nuevo proceso penal, transformándose en una poderosa y a la vez criticada herramienta de selección de casos, llevando a cabo solo

las investigaciones de aquellos casos que, en atención a los antecedentes aportados en las denuncias, permitan el esclarecimiento de los hechos constitutivos de delitos.

Como señalan Duci y Riego, esta facultad cubre dos hipótesis, la primera, aquellos casos que son ininvestigables (hipótesis prácticamente inexistente); y, la segunda, aquellos casos que aun pudiendo investigarse, es posible proyectar que no se obtendrá resultados positivos que permitan llevar adelante una persecución penal en forma razonable.

De la misma forma señalan que, *“por lo general esta facultad no debiera ser ejercida en casos muy graves o muy complejos, en donde siempre debiera intentarse una investigación para tomar una decisión respecto de su futuro. La idea que, como se trata de una evaluación de casos dentro del contexto de restricciones del sistema de justicia criminal, resulta lógico que tratándose de los delitos más graves estemos en condiciones, como sociedad, de invertir más recursos y agotar todas las instancias para intentar esclarecerlos, ya que ellos representan los atentados más graves en contra de los valores socialmente reconocidos”*⁵⁷

En este sentido, el inciso segundo del artículo antes señalado, dicta que tratándose de un delito que mereciere pena afflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional. Así mismo, la víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación pudiendo reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.

Para los efectos de esta investigación, nos interesa esta facultad discrecional en la medida en que permite una selección de casos del sistema, y sobre todo, por el riesgo que puede significar un uso “poco apropiado” de la misma, en atención a la carga de trabajo que los fiscales presentan actualmente. Este interés dice relación con que existe la posibilidad, sobre todo en consideración de que es una facultad exclusiva del fiscal sin que exista una revisión de la misma por el juez de garantía, de que esta

⁵⁷ Ob.cit. pp. 202.

herramienta sea utilizada para “despenalizar” ciertos delitos que hemos llamado de bagatela⁵⁸, aun existiendo antecedentes que permitan esclarecer los hechos pero que por la poca relevancia y gravedad del delito asociada, sea preferible enfocarse en la investigación de aquellos delitos de mayor gravedad y repercusión social, todo lo anterior, en atención a la disponibilidad de recursos limitados contra el gran número de denuncias que recibe el sistema.

Si bien el archivo provisional y el principio de oportunidad comparten el objetivo de descongestión del sistema, se configuran de forma distinta, ya que en el primer caso se apunta a no investigar temporalmente un caso que no cuenta con los antecedentes necesarios para desarrollar un investigación exitosa. En el segundo, la merma de la persecución penal cuando la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de lo anterior, podría acontecer que producto de la falta de intervención de juez en el primer caso, se pueda estar archivando provisionalmente aquello que debiera investigarse, o bien, aquello en que debiera aplicarse el principio de oportunidad más no el archivo provisional.

Es entonces en este punto en que dicha facultad nos incumbe para objetos de esta investigación, toda vez que la pregunta formulada en el estudio de campo para el desarrollo de este capítulo es “*La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia.*” De llegar a darse la hipótesis señalada en el caso anterior, el archivo provisional podría convertirse en una forma “*de no perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia*”.

⁵⁸ Entiéndase como aquél delito que por su poca frecuencia o insignificancia no constituye una seria afectación al interés público, no repercutiendo trascendentemente sus efectos, por ende, en la Sociedad. Se comprenden dentro de estos delitos las lesiones leves, la apropiación ilícita, el hurto simple, la estafa, entre otros.

Aun en el caso de delitos graves, donde se incluyen estos últimos señalados en la pregunta, existe la posibilidad de aplicar el archivo provisional aunque con la salvedad, y por tratarse de delitos asociados a pena aflictiva, de que el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional, más no al juez de garantía.

Si bien la hipótesis señala anteriormente es del todo suspicaz y parte de una base que no se condice con los objetivos del ministerio público, no es ajena del actual debate público, al contrario, hoy por hoy ha cobrado tinte de enfrentamiento entre el poder ejecutivo y el ministerio público, discusión que se desarrollará a propósito del principio de oportunidad, pero que se hace plenamente aplicable a este punto.

5.2.3 El principio de oportunidad

El principio de oportunidad es, en palabras de MAIER, *"la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales"*⁵⁹

A su vez, lo define GIMENO SENDRA como la "facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado"⁶⁰

Señala CAFFERATA al respecto que, *"El principio de oportunidad puede expresarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de*

⁵⁹ MAIER. Derecho Procesal Penal Argentino, T.I., Vol. b, p. 556. Citado por Raúl Peña Cabrera. Terminación Anticipada del Proceso y Colaboración Eficaz, Grijley, 1995, p. 55.

⁶⁰ GIMENO SENDRA, J.V., Los procedimientos penales simplificados (principios de oportunidad y proceso penal monitorio), Justicia, Madrid, 1987, p. 350.

*no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla, en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”.*⁶¹

Para CLAUS ROXIN, el principio de oportunidad “*autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible*”⁶².

Como se puede apreciar, el principio de oportunidad a diferencia del archivo provisional, otorga la facultad a los fiscales de cerrar los casos en que, aun existiendo los antecedentes necesarios para iniciar una investigación, más aun, para ejercer la acusación, se estime que los hechos son de escasa gravedad y no comprometen significativamente el interés público.

En este sentido se excluye un sinnúmero de casos donde aun existiendo una situación que formalmente se configura dentro de un determinado tipo penal, por diversas razones que hacen poco conveniente la vía del proceso penal e imposición de una pena, siendo muchas veces adecuado que operen otros mecanismos de resolución de conflictos.

En Chile, como veremos a continuación, existe una formulación del principio de oportunidad de carácter reglado, esto, en contraposición a los sistemas de oportunidad libre, imperante en los sistemas anglosajones, donde el titular de la acción penal posee plena libertad en el ejercicio de la misma.

⁶¹ Cafferata Nores, José Ignacio. “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 16.

⁶² ROXIN, CLAUS, Derecho Procesal Penal, *traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. p. 89.*

5.3 TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

En el nuevo código procesal penal el principio de oportunidad se introdujo en el artículo 170, el cual lo considera como una salida de carácter alternativo del sistema que se traduce en la posibilidad por parte del ministerio público de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o bien, que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para efectos de su aplicación por parte del fiscal, debe emitir una decisión motivada que debe comunicar al juez de garantía, quien a su vez notificará a los intervinientes cuando los hubiese. Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto a la pena mínima prevista para el hecho que excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Como queda de manifiesto, existe una facultad bastante amplia por parte del ministerio público de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, toda vez que el juez de garantía podrá dejar sin efecto la aplicación del principio de oportunidad solo en los dos casos señalados anteriormente, no pudiendo nunca de oficio dejar sin efecto la aplicación de dicho principio cuando se trate de un delito sancionado con una pena inferior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o de un ilícito que no ha sido cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones. Esto, aun cuando el único fundamento del fiscal sea el “*no tratarse de un hecho que comprometiére gravemente el interés público*”, no pudiendo ser revisada esta decisión por parte del juez de garantía, salvo que, dentro del mismo plazo, sea la víctima quien manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación

de la persecución penal, en cuyo caso la decisión que el juez emitiera obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Es del caso señalar que el inciso 5 del artículo 170, contempla un plazo de 10 días contados desde el vencimiento del plazo señalado en el párrafo anterior o habiéndose rechazado la solicitud de la víctima dentro del mismo plazo, para que los intervinientes puedan reclamar la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público, en cuyo caso estas últimas deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

5.4 DATOS OBTENIDOS EN ESTUDIO DE CAMPO

En este apartado del presente estudio, se busca indagar sobre la aprobación o rechazo respecto de ciertas facultades discrecionales sobre la persecución penal por parte de la cultura jurídica chilena, tanto en su variante de cultura jurídica interna como de cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se han consultado un universo total de 490 personas, de las cuales 241 corresponden a la cultura jurídica interna y 249 a la cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se ha formulado la siguiente afirmación:

“La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia”

Frente a dicha afirmación, el encuestado debe manifestar su acuerdo o desacuerdo, indicando una de las dos opciones planteadas. La opción *“De Acuerdo”* indica que el encuestado considera que solo debieran investigarse los delitos de mayor gravedad. Por su parte, la opción *“En desacuerdo”* indica que el encuestado considera que debieran perseguirse la totalidad de delitos cometidos, con especial atención a los delitos más graves.

Primeramente, se entregan los resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la discrecionalidad en la persecución penal. Luego hemos dividido el universo total de encuestados por formación jurídica, generando 2 grandes grupos, que en general, nos permitirán constatar las diferencias existentes entre la cultura jurídica interna y externa, en base a esta discriminante.

Posterior a esto, se han dividido estos dos grandes grupos con la inclusión de variable etaria, donde encontraremos un primer grupo formado por personas de entre 30 a 45 años de edad, y segundo, de 46 a 60 años de edad, y en ambos casos compuestos por hombres y mujeres.

A continuación se expondrán los resultados obtenidos para cada grupo, para acto seguido, estudiar las distintas explicaciones que pretenden sustentar los resultados obtenidos.

5.4.1 Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.

Tabla VII: *Resultados generales de aprobación y desaprobación.*

"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	63	12,8%
	En desacuerdo	428	87,2%
	Total	491	100,0%

Los resultados generales del estudio de campo, esto es, sin consideración de cruce de variables, y donde se muestran los índices de aprobación y desaprobación del universo total de encuestados, arroja que de un total de 491 consultados, 63 dicen estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 12,8% del total, mientras que 428 personas manifiestan estar en desacuerdo con la afirmación

planteada, lo que corresponde a el 87,2% del total de encuestados en el estudio de campo.

5.4.2 Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.

Tabla VIII: Diferencias entre Cultura jurídica Interna y Externa.

		CULTURA JURÍDICA				Diferencia %
		Interna		Externa		
"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	47	19,5%	16	6,4%	13,1
	En desacuerdo	194	80,5%	233	93,6%	-13,1
	Total	241	100,0%	249	100,0%	

Como se muestra en la tabla VIII, 47 personas de un total de 241 pertenecientes a la cultura jurídica interna, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 19,5% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna. Por su parte, 194 personas del mismo total, manifiestan no estar de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 80,5% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna.

Así mismo, 16 personas de un total de 249 personas pertenecientes a la cultura jurídica externa, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 6,4% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa. Por su parte, 233 personas del mismo total, manifiestan no

estar de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 93,6% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa.

5.4.3 Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la discrecionalidad en la persecución penal, según grupo etario.

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la discrecionalidad en la persecución penal derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento “cultura jurídica interna”.

iii. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

TABLA IX : CULTURA JURÍDICA: Interna; EDAD: Entre 30 y 45 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	14	23,0%	10	16,4%	6,6
	En desacuerdo	47	77,0%	51	83,6%	-6,6
	Total	61	100,0%	61	100,0%	

Como se muestra en la Tabla IX, de un total de 61 hombres encuestados pertenecientes a la cultura jurídica interna, 14 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 23,0% del total de

hombres consultados en este segmento; por su parte, 47 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 77,0% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 61 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica interna, 10 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 16,4% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 51 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 83,6% del total de hombres consultados en este segmento.

iv. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la “cultura jurídica interna”.

Tabla X: CULTURA JURÍDICA: Interna; EDAD: Entre 46 y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	12	19,4%	11	19,3%	0,1
	En desacuerdo	50	80,6%	46	80,7%	-0,1
	Total	62	100,0%	57	100,0%	

De un total de 62 hombres encuestados, 12 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 19,4% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 50 de ellos señalan estar en

desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 80,6% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 57 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica interna, 11 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 19,3% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 46 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 80,7% del total de mujeres consultadas en este segmento.

5.4.4 **Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la discrecionalidad en la persecución penal.**

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la prescripción penal derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento “*cultura jurídica externa*”.

iii. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

Tabla XI: CULTURA JURÍDICA Externa EDAD Entre 30 y 45 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	3	4,8%	7	11,3%	-6,5
	En desacuerdo	60	95,2%	55	88,7%	6,5
	Total	63	100,0%	62	100,0%	

Como se muestra en la Tabla XI, de un total de 63 hombres encuestados pertenecientes a la cultura jurídica externa, 3 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 4,8% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 60 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 95,2% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura externa, 7 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 11,3% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 55 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 88,7% del total de mujeres consultadas en este segmento.

iv. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la “cultura jurídica externa”.

Tabla XII: CULTURA JURÍDICA: Externa; EDAD Entre 46 y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"La autoridad no debe perseguir todos los delitos que se cometen, sino sólo los más graves, como homicidio, violación o robo con violencia."	De acuerdo	3	4,8%	3	4,8%	0
	En desacuerdo	59	95,2%	59	95,2%	0
	Total	62	100,0%	62	100,0%	

De un total de 62 hombres encuestados, 3 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 4,8% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 59 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 95,2% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica externa, 3 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 4,8% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 59 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 95,2% del total de mujeres consultadas en este segmento.

5.5 ANÁLISIS DE DATOS

Los resultados obtenidos en esta pregunta, dejan manifiesto un fenómeno muy interesante respecto a las percepciones que la cultura jurídica chilena tiene respecto a la merma de la persecución penal respecto de ciertos delitos de poca monta. Como queda de manifiesto en la tabla VIII, la cual muestra los resultados comparativos de cultura jurídica interna y externa, en ambos casos existe una mayoría bastante clara que se declara en desacuerdo con la afirmación expuesta, llegando a un 93,6% de desaprobación en el caso de la cultura jurídica externa.

Respecto de los resultados arrojados por grupo etario, en ambas culturas jurídicas, se muestran resultados similares. Es en el grupo de hombres de la cultura jurídica interna, pertenecientes a la generación del 2001, o políticamente apática, donde se presenta el mayor grado de aprobación en torno al desistimiento de la persecución penal de aquellos delitos de escasa gravedad, pero llegando solo un 23% del total de hombres encuestados en este segmento. Respecto del mismo segmento en las mujeres, tanto así como en el segundo grupo perteneciente a la cultura jurídica interna, esto es la generación de 1986 o pragmática, existe una desaprobación

absoluta. De la misma forma, la cultura jurídica externa es prácticamente unánime respecto de su desaprobación a la afirmación formulada, toda vez que los resultados arrojan que tanto en hombres como mujeres de ambas generaciones estudiadas, no aprueban el hecho de que ciertos delitos no sean castigados.

Creemos que llegado este punto, es prudente efectuar un análisis general más que particular por grupo etario, toda vez que la desaprobación experimentada es de carácter transversal a una u otra cultura jurídica como, así mismo, a un grupo etario determinado, razón por la cual el desarrollo siguiente busca dar una explicación más o menos unitaria al fenómeno reflejando en este capítulo.

5.5.1 El principio de legalidad y el principio de oportunidad.

Si bien existe la tendencia a la inclusión del principio de oportunidad en los diversos ordenamientos jurídicos de Europa, de una forma relativamente matizada entendiéndose esto para los delitos que tienen asignada una pena mínima como es el caso de Chile, gran parte de la doctrina se opone al principio de oportunidad, toda vez que implica un rompimiento explícito del principio de legalidad.

Una idea que parece ser transversal en nuestra cultura jurídica, dice relación con que todo delito necesariamente debe ser investigado por la autoridad y en definitiva sancionado, razón por la cual existe una obligación de parte del Estado de que ante la noticia de la comisión de un delito, este debe ser perseguido y sancionado en el marco de las instituciones competentes para dichos efectos. Lo anterior corresponde en palabras simples al llamado principio de legalidad u obligatoriedad, que se desarrolla en un contexto de *justicia absoluta*, donde ningún delito puede o debiera quedar impune a la potestad punitiva del estado.

Creemos que dicho principio, encuentra una sólida raigambre en nuestra cultura jurídica, adquiriendo especial apego como parte de una herencia proveniente de una larga tradición en donde reinó un procedimiento inquisitivo en materia penal, y donde así mismo, el principio de legalidad era una de las piedras angulares del mismo.

Creemos así mismo, que de esta realidad no fue ajena a la hora de incluir las facultades discrecionales y en especial el principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal, lo que se ve reflejado en un cierto “*punto medio*” buscado con la inclusión del principio de oportunidad reglado, que reduce significativamente su aplicación toda vez que impone barreras significativas para su aplicación por parte de los fiscales, reduciéndose a aquellos casos en que no se comprometa gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Esto corresponde a la contracara del sistema que impera en Estados Unidos y otros sistemas de vertiente anglosajona, donde existe un sistema libre respecto de la aplicación del principio de oportunidad.

En este sentido, la cultura jurídica chilena no está familiarizada con el grado de discrecionalidad que gozan los fiscales estadounidenses, que prácticamente no están sometidos a control alguno, decidiendo si realiza una investigación, si inicia formalmente la persecución, si garantiza inmunidad o si negocia los cargos con los imputados, llegando a extremos inclusive, si consideramos que un homicidio agravado castigado con pena de muerte, no necesariamente vincula al fiscal a iniciar la persecución penal.⁶³

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos que aun adoptándose en Chile un sistema reglado de aplicación del principio de oportunidad, los resultados reflejan una desaprobación generalizada respecto del mismo.

A modo de introducirnos en el desarrollo de la selección de casos y su fundamento en la descongestión del sistema, es del caso la aplicación de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, en donde el sistema penal constituye un subsistema que,

⁶³ Sin embargo, se debe entender que en el sistema estadounidense el grado de discrecionalidad de los fiscales tiene que ver con un entendimiento divergente al que entendemos en Chile, toda vez que existe una justificación constitucional que concibe la función persecutoria como atribución exclusiva y típicamente ejecutiva, no judicial, todo lo anterior, en función del entendimiento distinto de la división de poderes.

desde su diferenciación con otros sistemas como el constitucional, el sistema social, el sistema político, el sistema económico, selecciona aquellos elementos que posibilitan definir su orbita de actuación. De este modo, este subsistema asigna la categoría de bien jurídico tutelado a aquellos derechos que han sido reconocidos como fundamentales dentro del sistema constitucional y aquellos valores subyacentes a los mismos, siendo labor del Estado velar por su protección.

Estos bienes jurídicos tutelados por el derecho penal se constituyen en la tipicidad y posterior legalidad que orienta la acción de las instituciones penales. De la misma forma, el *Ius Puniendi* se funda como criterio de selección que permite lo que Luhmann denomina “**reducción de complejidad**”, limitando sólo a la consideración de **input** en el subsistema penal, aquello que merece la intervención penal toda vez entendido este último como *última ratio*.

En esta línea, dentro del subsistema penal existe en un proceso de reducción de la complejidad graficado en aquello que se selecciona como un ingreso a éste y lo que se excluye por considerarse una respuesta excesiva en atención a la naturaleza de la penalidad como respuesta última en la solución de conflictos. Esta operación de reducción de la complejidad había sido históricamente desarrollada únicamente por el legislador, el que decidía cuales expectativas normativas ingresaban al subsistema a través de la tipificación de delitos.

De esta forma, los organismos judiciales competentes tenían la labor de constatar el grado de concordancia, sobre todo silogística, entre los hechos eventualmente constitutivos de delito, y un tipo penal determinado, no realizando, al menos teóricamente, selección alguna de casos, lo que es del todo acorde al clásico principio de legalidad.

Ahora bien, resulta patente que una forma armónica con el principio de legalidad dentro de esta lógica donde no debiera cesar la persecución de delito alguno, sería reduciendo en mayor medida la complejidad del subsistema penal, en el sentido de “despenalizar” ciertas conductas consideradas menos graves, suprimiendo de la normativa penal y su aplicación trasladando su conocimiento y sanción a otras esferas

del derecho. Pero creemos que existe una sostenida reticencia a la “despenalización”, aun cuando muchas veces ciertos tipos queden reducidos a “una mera orientación de conducta”. Un caso análogo en otra esfera del derecho, y que grafica este conservadurismo, si es que así podemos llamar, es el caso del artículo 102 del Código Civil chileno, el cual aun define al matrimonio como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida...*” cuando la nueva ley de matrimonio civil consagra el divorcio como una forma de disolución del vínculo matrimonial.

Sin embargo lo anterior, el avance del derecho moderno apunta en otra dirección, y esto dice relación con que la selección de casos ya no solamente se enmarca dentro de las facultades del legislador a través de la creación de los tipos penales, sino que se incluyen nuevas formas de selección de casos, y dentro de estas nuevas operaciones de selección, se encuentra el principio de oportunidad, que a diferencia de la labor que realiza el legislador en el sentido de considerar a través de la tipificación lo punible o no punible, constituye una forma de diferenciación de aquello que es judicializable o no judicializable, dentro del marco de una operación del sistema procesal penal, lo que para algunos constituye una disolución de la relación causa-efecto de delito y pena, no pudiendo preverse con certeza las consecuencias del acto delictivo, lo que trae aparejado consecuencias negativas a propósito de seguridad jurídica y prevención general.

Ahora bien, especial controversia concita la entrega facultades que se pueden considerar de carácter jurisdiccional a un órgano distinto a los tribunales de justicia, o del legislador en la selección de casos, lo que se exacerba en el caso del archivo del procedimiento, donde existiría un contra propósito toda vez que se confundiría la función acusadora y juzgadora, algo que se pretendió solucionar con la puesta en marcha de un sistema acusatorio en vez de uno inquisitivo.

Ahora bien, es del caso señalar que la pregunta que se desarrolló para los efectos de este capítulo sólo consideró la recopilación de las percepciones de la cultura jurídica en cuanto a aprobar o desaprobar la exclusión de determinados delitos de la

persecución penal. Sin perjuicio de esto, nos permitimos ahondar en un punto que consideramos importante, y dice relación con la figura del fiscal como operador de la aplicación en la selección de casos que ingresan al sistema penal.

El año 2009, junto con Edmundo Fuenzalida Faivovich, realizamos un estudio de campo con el objeto de evaluar la percepción de la cultura jurídica externa en particular respecto de diversas instituciones del sistema jurídico nacional. Dentro de este estudio se incluyó un ítem que buscaba capturar las percepciones de dicha cultura jurídica respecto de los fiscales. A continuación se exponen los resultados:

EDAD Entre 30 y 45 años

		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
¿Cómo evaluaría usted la labor que realizan los fiscales?	Evaluación Positiva	40	35,4%	46	42,6%
	Evaluación Negativa	29	25,7%	28	25,9%
	NS/NR	44	38,9%	34	31,5%
	Total	113	100,0%	108	100,0%

EDAD Entre 46 y 60 años

		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
¿Cómo evaluaría usted la labor que realizan los fiscales?	Evaluación Positiva	46	42,2%	38	32,2%
	Evaluación Negativa	23	21,1%	31	26,3%
	NS/NR	40	36,7%	49	41,5%
	Total	109	100,0%	118	100,0%

EDAD Más de 60 años

		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
¿Cómo evaluaría usted la labor que realizan los fiscales?	Evaluación Positiva	46	41,1%	32	31,1%
	Evaluación Negativa	22	19,6%	26	25,2%
	NS/NR	44	39,3%	45	43,7%
	Total	112	100,0%	103	100,0%

Como se puede constatar en estas tablas, uno de los fenómenos que mayormente nos llamó la atención, es el alto porcentaje, cercano al 40%, de personas que indicaron la opción “*no sabe o no responde*”.

Resulta claro que existe un gran desconocimiento de las labores que estos nuevos funcionarios desarrollan dentro del sistema jurídico, aun cuando su presencia puede considerarse recurrente en los medios de comunicación masivos. De la misma forma, nos lleva a pensar que no ha existido un traspaso efectivo de información sobre ciertos elementos constitutivos de la nueva reforma procesal penal a la población leiga en derecho, y más aun, quizás en forma transversal en ambas culturas, una falta de criterios definidos político criminales que limiten el *ius puniendi* en un sistema reformado de carácter garantista.

Ahora bien, independientemente de la aprobación o rechazo del principio de oportunidad, existe una realidad que se transforma en un punto en común que acerca a partidarios y detractores del principio de oportunidad, y dice relación con el hecho de que la administración de justicia se ve desbordada por el número de causas penales en constante incremento.

Ya lo señalamos en el capítulo anterior a propósito de las palabras del fiscal nacional Sabas Chahuán, en entrevista al diario la nación el reciente 17 de Agosto de 2011, donde señala que “*va a empezar a pasar paulatinamente lo que ya vimos en las estadísticas de este semestre, que es que no se pueda atender una cantidad de causas importantes y no se pueda perseguir criminalmente una serie de delitos (...) la carga de trabajo es muy grande y el sistema no ha colapsado por el sacrificio de los fiscales y funcionarios, que lamentablemente no va a dar más. La curva de rendimiento de la fiscalía está en su máximo. No se puede mantener este rendimiento sin un colapso de fiscales funcionando*”.

Como señala TERESA ARMENTA⁶⁴, existen dos alternativas razonables para hacer frente a esta problemática, por una parte, aumentar los medios humanos y

⁶⁴ Armenta Deu, Teresa: “Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad”, Barcelona, 1991

materiales al servicio de aquella que pueda afrontar el reto, o por otra, seleccionar las causas que deberán ser objeto de persecución y sanción en base a criterios de muy diversa índole.

En el primero de los casos, sigue existiendo sujeción al principio de legalidad, en el segundo, una contradicción, o bien, excepción o flexibilidad al mismo, ya que el fiscal está facultado a desechar la persecución o prosecución en la investigación de los hechos delictivos de escasa relevancia o reprochabilidad social, lo que la doctrina llama *delitos de bagatela*.

Así mismo, se agregan diversas razones de interés social:

- a) La escasa lesión social producida por el delito sumado a la falta de interés público en la persecución.
- b) Estimular la pronta reparación de las víctimas.
- c) Evitar efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad
- d) Favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.
- e) Contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal.
- f) Favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y,
- g) Constituir el único instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación.

Sin perjuicio de los beneficios procesales como así mismo de la funcionalidad de las penas, la cultura jurídica chilena se resiste a este nuevo mecanismo de selección de casos, sobre todo, por su contraposición al principio de legalidad que, como hemos señalado, encuentra una importante raigambre en nuestro país.

Entre esta pugna sin tregua entre el principio de legalidad y facultades discrecionales, podemos enmarcar la sumamente reciente disputa entre el poder ejecutivo, en voz del actual ministro del interior Rodrigo Hinzpeter, el ministerio público representado por su fiscal nacional Sabas Chahuán, y de alguna forma, Carabineros de Chile, representados por su director general don Gustavo González. Al respecto, señala el ministro Hinzpeter en el contexto de la visita del experto en seguridad ciudadana, William Bratton, que:

"Tenemos en nuestro país tasas de archivo de las causas judiciales que, no me pidan que como ministro del Interior y Seguridad Pública, me conforme con ellas (...) Me critican, dicen que no puedo hablar de los fiscales, pero lo voy a hacer, lo voy a hacer una y mil veces si es que me acompaña la convicción de que estoy haciendo lo que me corresponde como ministro (...) La verdad es que no me parece razonable que en nuestro país más del 80% de las causas de robo o hurto sean archivadas antes de que intervenga un juez de Garantía. Simplemente no me parece razonable y nadie me ha dado una explicación razonable para que ello ocurra".⁶⁵

Al respecto, el señor Directo General de Carabineros de Chile señala:

"Yo no voy a hacer algún juicio de valor respecto de esa materia, no me corresponde, lo que sí puedo decir con bastante certeza, que diversos actores del sistema de justicia criminal en Chile estamos conectados y estamos trabajando en conjunto, eso sí se lo puedo asegurar", manifestó.

Respecto de la gran cantidad de causas archivadas, comunicada por el ministro Hinzpeter, aseveró que "son facultades que tiene el Ministerio Público que se denominan los mecanismos de selección de casos, que utiliza en este caso el fiscal del Ministerio Público según los antecedentes que tiene a la vista. Evidentemente hay archivos provisionales, se aplica el principio de oportunidad, sencillamente puede no investigar o derechamente iniciar una investigación".⁶⁶

⁶⁵ Referencia electrónica, en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/12/01/515193/una-vez-mas-hinzpeter-critica-a-fiscales-y-asegura-lo-hare-una-y-mil-veces-pues-es-mi-deber.html>

⁶⁶ Referencia electrónica, en: <http://ca2011.13.cl/nacional/hinzpeter-desata-nueva-controversia-con-el-poder-judicial>

Y es en este escenario donde surge una pugna toda vez que discrecionalidad se puede entender como contraposición al principio de legalidad, toda vez que faculta a los mismos órganos que debieran propender a la persecución penal para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la misma, lo que para algunos se traduce como la facultad para *no hacer* otorgada a quien se encuentra obligado a *hacer*.

Lo interesante de esta problemática, tiene que ver con que la discrecionalidad, en particular la efectuada por el Ministerio Público, es una facultad de carácter legal, por tanto, no un capricho ni manifestación de una desidia o falta de interés en la persecución penal, sin perjuicio de que el hecho que manifiesta el ministro Hinzpeter sea el reflejo de una sobrecarga del sistema que haga imposible la persecución de los llamados delitos de bagatela, lo que señalaría una curiosa ironía del sistema, donde el reclamo por parte del ejecutivo por la no persecución penal en un gran número de casos en atención a esta facultad discrecional o principio de oportunidad, la cual tiene como fundamento básico la mayor eficiencia del sistema mismo, indicaría que existe un colapso tal, de que aún la extendida aplicación del principio de oportunidad sigue existiendo un sistema con fiscales colapsados por la carga de trabajo. La pregunta es, si ya nos encontramos ante un sistema que se ve sobrepasado por la cantidad de casos, ¿Qué ocurriría si se siguiera la línea del ejecutivo en atención a disminuir los archivos de casos y aumento de la persecución penal?

Como señalábamos a comienzos de este capítulo, la problemática que suscita la convivencia del principio de legalidad y aquellos orientados a la discrecionalidad, es que, por una parte, si se pretende aumentar la persecución penal tratando de abarcar la mayor cantidad de comisión de delitos posible, implica necesariamente la inyección de una gran cantidad de recursos para poder llevar a cabo dicha tarea; en su defecto, la selección de casos permite centrarse en aquellos de mayor gravedad y connotación social, todo lo anterior, en atención a los recursos disponibles para dichos efectos.

Es por esta razón que resulta inentendible que, existiendo la pretensión de un aumento en la persecución penal por parte del poder ejecutivo, el incremento en el presupuesto destinado al Ministerio Público se de tan solo un 0, 04%, organismo que

está encargado de las investigaciones criminales a nivel nacional, las cuales, sólo entre los meses de enero y septiembre de 2011, acumulan más de un millón 26 mil causas, que recaen en 647 fiscales.⁶⁷

Este eventual colapso que está viviendo el sistema penal en Chile se puede ver reflejado en el siguiente gráfico publicado por la Asociación de Fiscales de Chile, donde se muestra la impresionante carga de trabajo con respecto a sus análogos en América, promediando un número de causas ascendientes a 1928 por fiscal.



Como señalan DUCE y RIEGO⁶⁸, refiriéndose a los mecanismos de descongestión del sistema, “es importante tener presente las expectativas que se tuvieron al momento de diseñar la reforma en relación con el uso de los mismos. Así, sobre la base de un modelo de simulación computacional del nuevo proceso, se estimaba que ellos debían descargar cerca de un 60% a 70% del total de ingresos al

⁶⁷ Referencia electrónica, en : <http://www.fiscales.cl/index.php?limitstart=8>

⁶⁸ Duce, Mauricio Y Riego, Cristian. “Introducción al Nuevo Proceso. Penal”. Santiago, Universidad Diego Portales, 2002.

nuevo sistema y, además, ello debía ocurrir en un momento muy inicial de la persecución penal. Esto era lo que permitiría proyectar que estos mecanismos se constituirían en herramientas útiles para el desarrollo, por parte de los fiscales, de una política de control adecuada de la carga de trabajo del sistema”.

Ahora bien, a modo de concluir este presente capítulo, proponemos diversas alternativas para poder solucionar este problema que concita a principio de legalidad, oportunidad y recursos. Por una parte, aunque la menos factible en atención a la realidad actual orientadora en Chile, es la despenalización de los delitos de bagatela trasladando su sanción a áreas ajenas al derecho penal. Segundo, una mayor inyección de recursos materiales y humanos en el sistema penal, incrementando el número de fiscales con el objeto de reducir las cargas de trabajo y dotar de mayores recursos a las policías para la investigación delictiva. Sin embargo, como se expuso anteriormente, al parecer no existe un interés actual por incrementar los recursos disponibles, en especial al ministerio público, para objetos de disminuir el colapso de causas que actualmente aqueja a los fiscales. Tercero, incremento del estudio y adoctrinamiento en los nuevos principios orientadores de la reforma procesal penal en las escuelas de derecho, que muchas veces adolecen de programas de estudio anacrónicos donde se mantiene la formación y enseñanza de escuelas penales que no se condicen con el desarrollo del derecho penal moderno, como así mismo, un mayor énfasis en el traspaso de información y educación de la cultura jurídica externa sobre los nuevos principios que rigen a la actual reforma procesal penal. Cuarto, que se incremente la aplicación de procedimientos de negociación de culpabilidad, lo que en el derecho Estadounidense se denomina con el nombre de “Plea-bargaining”, y que en Chile encuentra atisbos en los procedimientos simplificado, monitorio y abreviado. Quinto, se incluyan en la legislación penal las llamadas por la doctrina, “penas alternativas”, que al igual que el Plea-bargaining norteamericano, permita que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en prisión, en más peligrosos.

Sobre estas dos últimas alternativas mencionadas me referiré brevemente a continuación:

Actualmente, el Código Procesal Penal chileno contempla mecanismos que permiten la negociación de la culpabilidad no mediando un juicio oral, lo que claramente está en contraposición a lo preceptuado en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, como así mismo, a lo prescrito en el artículo 1 del Código Procesal Penal que indica que, *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”*. Sin perjuicio de este problema, que claramente es objeto de otras investigaciones, estas alternativas al juicio oral propiamente tal, permiten tener una respuesta menos gravosa ante la comisión de delitos considerados menores dentro del espectro de tipos penales.

En el caso del procedimiento simplificado, recibida por el Fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de falta o simple delito para el cual el Ministerio Público decida requerir la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, solicitará al Juez de Garantía la citación inmediata a juicio. (Arts. 388 y 390)

Al inicio de la audiencia el tribunal realiza una breve relación del requerimiento y, encontrándose presente la víctima, el juez instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento sobre la base de un acuerdo reparatorio. Acto seguido el tribunal preguntará al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicita la realización del juicio.

Admitiéndose por parte del imputado la responsabilidad que le compete en los hechos de que es inculpado, y no siendo necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente.

Así mismo, dentro de las normas que regulan el Procedimiento Simplificado, existe una modalidad aun más concentrada llamada Procedimiento Monitorio, la cual consiste en que tratándose de faltas que deben sancionarse sólo con pena de multa, el Fiscal debe presentar ante el juez competente el requerimiento, el que contendrá una proposición sobre el monto de la multa que debe imponerse al imputado.

Si el juez estima suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare.

Pagándose dicha multa por el imputado, o bien, transcurrido el plazo de quince días desde la notificación de la resolución que la impone, sin mediar reclamación sobre su procedencia o monto, se entenderá que acepta su imposición y, sólo a falta de conformidad con la imposición de la multa o su monto, el procedimiento se sigue de acuerdo a las normas del juicio simplificado.

Otra forma alternativa, es el llamado *procedimiento abreviado*, que un sentido amplio, es una salida alternativa respecto del Juicio Oral, pues si él se tramita, no hay juicio oral.

El procedimiento implica la renuncia del imputado a su derecho a no ser sancionado penalmente sino como consecuencia de una condena pronunciada por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, y por ello, se requiere de su consentimiento.

Se aplica el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, cuando respecto de los hechos el Fiscal requiera la imposición de una pena privativa de libertad no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

En este procedimiento, hay una aceptación de los hechos señalados en la acusación y de la aplicación del procedimiento y el Fiscal está obligado a pedir una pena, lo que no ocurre en el juicio oral.

Como se señala en el artículo 407 de Código Procesal Penal, el Fiscal y el acusador particular, si lo hay, pueden modificar su acusación, así como la pena requerida, a fin de permitir la tramitación del procedimiento abreviado. La sentencia, en caso de ser condenatoria no puede imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el Fiscal o el querellante, en su caso.

Los procedimientos anteriormente señalados, evitan que los imputados terminen en la cárcel por delitos de baja connotación social, donde se puede producir lo que la corriente sociológica de la desviación denomina Asociación diferencial⁶⁹, en donde la desviación es vista producto de una “transmisión cultural”, sobre todo en ambientes carcelarios, donde se arguye que existe una exacerbación del aprendizaje criminal por transmisión de dichas conductas a los delincuentes primerizos.

Para terminar, habíamos señalado anteriormente la posibilidad de inclusión de penas de carácter alternativo, que se sumarían a las ya existentes Remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada.

Al respecto, actualmente se encuentra en tramitación el proyecto de ley que modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que tiene como principales objetivos la disminución de la sobrepoblación de las cárceles, como así mismo, favorecer la reinserción social de los condenados.

Este proyecto, que hasta la fecha de redacción del presente estudio se encuentra en segundo trámite constitucional, es decir, siendo evaluado por el senado como cámara revisora, amplía el catálogo de medidas alternativas, incorporando las siguientes⁷⁰:

1. **Reparación del daño:** Obligación de resarcir a la víctima por el perjuicio causado. Si se tratara de un servicio no remunerado, se requiere de la aceptación previa de la víctima.
2. **Trabajo en beneficio de la comunidad:** Realización de actividades no remuneradas a favor de la comunidad o en beneficio de personas en situación de precariedad.

⁶⁹ Sutherland , Edwin H. y Cressey , Donald R., “Principles of criminology”. Chicago, Lippincott 1960.

⁷⁰ Riffo M, José Luis, “Las modificaciones a la ley sobre penas alternativas”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/modificaciones-ley-penas-alternativas>

3. **Improcedencia de la libertad vigilada para ciertos delitos graves:** Además de las improcedencias que ya establece la ley actual, se estipula para el caso de la libertad vigilada que ésta no procederá en delitos graves y de alta connotación social como “las más lesivas formas de secuestro; sustracción de menores; robos calificados; violación y abusos sexuales agravados”.
4. **Sistema de monitoreo electrónico:** Como sustituto de la reclusión nocturna, este mecanismo a distancia operaría por el mismo tiempo y horario en que el condenado debería someterse a la medida alternativa en su domicilio.
5. **Perfeccionamiento de normas sobre incumplimiento y quebrantamiento:** Se establece un nuevo procedimiento que dispone un plazo máximo de 10 días para que el condenado se presente a cumplir las medidas; establece una graduación de los tipos de incumplimiento entre leve, simple y severo; entrega al juez la atribución de disponer medidas como advertencias coercitivas, intensificación, reemplazo o revocación de la medida, entre otras normas.

Al respecto, se incluyó en nuestro estudio de campo del año 2010 una pregunta orientada a la medición de la aprobación por parte de la cultura jurídica sobre la inclusión de penas de carácter alternativo, arrojándose los siguientes resultados:

CULTURA JURÍDICA Interna EDAD Entre 30 y 45 años		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
"Debe haber penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, como prestar servicios gratis a la comunidad."	De acuerdo	60	98,4%	60	98,4%
	En desacuerdo	1	1,6%	1	1,6%
	Total	61	100,0%	61	100,0%

CULTURA JURÍDICA Interna EDAD Entre 46 y 60 años		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
"Debe haber penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, como prestar servicios gratis a la comunidad."	De acuerdo	60	95,2%	56	96,6%
	En desacuerdo	3	4,8%	2	3,4%
	Total	63	100,0%	58	100,0%

CULTURA JURÍDICA Externa EDAD Entre 30 y 45 años		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
"Debe haber penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, como prestar servicios gratis a la comunidad."	De acuerdo	59	93,7%	57	91,9%
	En desacuerdo	4	6,3%	5	8,1%
	Total	63	100,0%	62	100,0%

CULTURA JURÍDICA Externa EDAD Entre 46 y 60 años		SEXO			
		Hombres		Mujeres	
"Debe haber penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, como prestar servicios gratis a la comunidad."	De acuerdo	55	88,7%	57	91,9%
	En desacuerdo	7	11,3%	5	8,1%
	Total	62	100,0%	62	100,0%

Como se puede apreciar en cada una de las tablas de resultados, los niveles de aprobación respecto a la inclusión de penas para delitos menores que no sean privativas de libertad, son prácticamente unánimes en ambas culturas jurídicas, como así mismo, en todos los grupos etarios consultados, razón por la cual, creemos que constituye una importante alternativa al principio de oportunidad, toda vez que percibimos que lo que realmente no se acepta socialmente es la "impunidad" que provoca la aplicación de dicho principio, lo que no se condice con la raigambre del

principio de legalidad en la cultura jurídica chilena. Sin embargo, las penas alternativas corresponderían a una salida alternativa de resolución de conflictos que no está en pugna con el principio de legalidad, toda vez que asigna una sanción, aunque menor que la privativa de libertad, pero sanción al fin y al cabo, que por lo demás es aceptada socialmente.

CAPÍTULO VI: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

6.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se estudiará el principio de presunción de inocencia, garantía general y principio rector del procedimiento penal, que permite que toda persona conserve un status de inocencia mientras no se declare lo contrario por una sentencia judicial firme. Esto se manifiesta a su vez en que nadie debe probar su inocencia, nadie debe ser tratado como culpable previo a la declaración de sentencia y que la culpabilidad no puede estar basada en una ficción jurídica, por tanto se absuelve o condena, no existiendo otra posibilidad.⁷¹

Como señala Nogueira Alcalá, *“la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.”*⁷²

⁷¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Proceso Penal Teoría y Jurisprudencia Constitucional, Editorial Palestra, Año 2006, Pág. 45.

⁷² Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. Trabajo presentado en el Seminario del Ministerio Público y Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Diciembre de 2004. Disponible en formato electrónico en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100008&script=sci_arttext#nota1

6.2 ORÍGENES Y DESARROLLO HISTÓRICO

El principio de presunción de inocencia registra una data muy antigua, con sus primeros atisbos cerca de tres siglos antes de Cristo. Así, señala Durant, entre los años 2700 a 2500 A.C, “Los jueces exigían que, en los litigios, el alegato y la réplica, los argumentos en favor y en contra, fuesen presentados, no en oratoria, sino por escrito, lo que dicen en su favor (...) siendo el perjurio castigado con la muerte”⁷³. Así mismo, en la Antigua Atenas cuando el juez aceptaba una demanda, esta se guardaba sellada en una caja fuerte hasta el día fijado para la vista. Las partes discutían y esclarecían ante el juez sus pretensiones y éste decidía con base en el conocimiento obtenido de las pruebas y de los argumentos que las partes presentaban⁷⁴. En la antigua Roma el proceso consistía en que la partes discutían y probaban sus pretensiones ante el juez, quien decidía con base en el conocimiento obtenido de las pruebas y argumentos expuestos por las partes en conflicto.

Es en esta instancia en que surgen conceptos como *carga de la prueba, quién debe probar, qué sucede si la parte no prueba lo que debe probar y qué es lo que debe probarse*.⁷⁵

Posteriormente, según la escuela estoica bajo el emperador Antonino Pío, se señalaba que “los casos dudosos debían resolverse en sentido favorable al acusado y que todo hombre debía ser tenido por inocente mientras no se demostrase su culpabilidad”⁷⁶, hecho que se amplió con la dictación del Código de Justiniano, explicitándose un *principio de la duda*.

⁷³ Escobar López, Edgar. “La presunción o estado de inocencia en el proceso penal”. Editorial Layer Ltda., 1998, pág. 65.

⁷⁴ Durant, Will. *Nuestra herencia oriental*, pág.228.

⁷⁵ Escobar López, Edgar. Ob. Cit. Pág. 67.

⁷⁶ Mommsen, Teodoro. “*Derecho Penal Romano*”. Temis, reimpresión. Bogotá, 1991, pág 278.

En la edad media, el principio de presunción de inocencia es *invertido* por las prácticas inquisitivas en los procedimientos penales. De este modo, como señala MARTÍNEZ CISNEROS, “*el sistema de “justicia” se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia.*”⁷⁷ En este sentido MAGALHÁES GOMES señala que la presunción de inocencia “representa una actitud emocional de repudio al sistema procesal inquisitivo de la Edad Media, en el cual el acusado debía comprobar la improcedencia de la imputación de que era objeto”.⁷⁸

En 1670, cuando finaliza la época de la Inquisición, en Francia, se dictó una ordenanza que dictaba que “Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos”⁷⁹.

En un escenario más moderno, y sustentado principalmente en las críticas de Voltaire quien propugnaba el juzgamiento por jurados en juicio oral y público y se pronunció a favor de otras garantías para el acusado como asistencia de defensor, íntima convicción en la valoración de la prueba, supresión de la tortura, como así mismo, otros planteamientos similares provenientes de autores como Montesquieu y

⁷⁷ Martínez Cisneros, Germán. “La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal. Versión aumentada y adaptada de la conferencia dictada por el autor el 26 de Abril de 2008, dentro del Ciclo de Conferencias en Derecho Penal en Guamuchil, Sinaloa. Disponible en formato electrónico en:

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/26/RIJ26-12DMartinez.pdf>

⁷⁸ Magalhães Gomes Filho Antonio, Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva, Editorial Conosur, Pág. 13, Santiago 1995

⁷⁹ Citado por Julio Antonio Hernández Pliego, “No existe la presunción de inocencia”, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, núm. 4, dic. 2007, p. 86.

Rousseau, la condición de inocencia se declara como un derecho político y garantía ciudadana en el marco de la revolución francesa de 1789, afirmándose en el artículo noveno de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que *“a ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando quede sentenciado que él violó los pactos bajo los cuales fue aceptado en sociedad”*.⁸⁰

De la misma forma, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1791 señala que se debe presumir *“que es inocente el hombre mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por ley”*. Es del caso señalar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano constituye un hito dentro del movimiento iluminista que reaccionó a toda una organización político-social absolutista, que tenía como uno de sus principales instrumentos un modelo de justicia penal represivo, fundado en las pruebas legales y en uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión.⁸¹

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, indica que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

En la misma línea, el pacto de Nueva York o Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*. Por último, el pacto de San José de Costa Rica (San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969) dispone que *“Toda persona inculpada de un delito*

⁸⁰ Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 9.

⁸¹ Raña Arana, Walter. “Principio de Presunción de Inocencia”. Documento electrónico disponible en: www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf. Pág. 1.

tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Este principio encuentra cabida en nuestro Derecho Internacional Americano, encontrándose presente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, por ser en Latinoamérica la primera norma que expresamente se pronuncia sobre la presunción de inocencia; en el apartado XXVI refiere: “Derecho a Proceso Regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. Así mismo, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado a través de la resolución 2200 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966) señala su artículo 14, apartado segundo, que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” .

6.3 CONCEPTO Y FUNDAMENTOS

El estado de inocencia, como también es llamada la presunción de inocencia, es un derecho de la persona frente al *ius puniendi* del Estado, siendo un elemento esencial que integra el garantismo procesal, y en el cual se fundamentan diversos principios que conforman un debido proceso.

Como indica CARRARA, “hay a favor del imputado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción es asumida por la ciencia penal, que hace de ella su bandera para oponerla al acusador y al inquisidor, no con el fin de detener el movimiento de ellos en su legítimo curso, sino con el fin de restringirlos en sus modos, encadenándolos a una serie de preceptos que sean freno para el arbitrio, obstáculo para el error y, por consecuencia, protección para el individuo”⁸²

⁸² Carrara, Francesco, “Il diritto penale e la procedura penale”, Opuscoli di Diritto Criminale, Prato, 1881, vol. V, pág. 17-19.

Este freno al *ius puniendi* implica por sobre todo, una garantía para el acusado de ser tratado en todos los ámbitos tal como una persona inocente, La presunción de inocencia constituye un derecho, que para LUZÓN CUESTA corresponde a un *derecho subjetivo público* “que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”⁸³

En una definición bastante acertada y completa, señala HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, que el derecho a la presunción de inocencia “constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado o acusado en los hechos constitutivos de delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor, condenándolo por ello a través de una sentencia firme fundada, congruente y ajustada a las fuentes del derecho vigentes.”⁸⁴

Para algunos, la presunción de inocencia es explicada por ciertos rasgos que tienen que ver con lo antropológico, que se entienden “derivados de la propia constitución ontológica del humano”⁸⁵. Así, la conformidad con las normas sociales, morales y jurídicas, constituye una generalidad en una sociedad que goza de estabilidad, razón por la cual la inocencia no se puede sino presumir ya que en caso

⁸³ Cárdenas Rioseco Raúl F., “La Presunción de Inocencia”, Editorial Porrúa S.A., 2da. Edición, Pág. 23, México, 2006.

⁸⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, Ob.Cit.

⁸⁵ Jesús Antonio de la Torre, Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho, 1ª ed., México, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997, p. 30.

contrario, se estaría presumiendo aquello que resulta excepcional, o sea, la culpabilidad.

En esta línea, señala MARTÍNEZ CISNEROS que “los individuos han experimentado que lo más adecuado y funcional para lograr cierto nivel de armonía es creer en los otros, pensar que son gente que en esencia comparte los mismos valores y principios. Así pues, lo socialmente admisible es respetar a los demás y creer que uno mismo y todos los demás tenemos, salvo diferencias sin importancia, la misma idea de respeto. Esa convicción constituye un reflejo de la razonabilidad y, por tanto, civilidad de un pueblo; revela que un grupo ha dejado muy atrás el estado salvaje de todos contra todos, la ley del más fuerte, el estado de barbarie fincado en la fuerza bruta y la violencia, que niega los símbolos, el orden, la medida, la inteligencia y el deseo de trascendencia espiritual.”⁸⁶

Así, la presunción de inocencia abarca un espectro que trasciende lo jurídico, dado que la razón de su existencia se relaciona directamente con la dignidad humana. Como señala JUAN COLOMBO, “Muchas veces este principio se ha visto restringido al proceso penal, cuando su ámbito es mucho más amplio, ya que afecta al resto de los habitantes (...) En síntesis, es el derecho a recibir de la sociedad un trato de no autor de los actos antijurídicos que se le imputan, y que va más allá de no haber participado en un hecho delictivo.”⁸⁷

En otro ámbito del estudio de la presunción de inocencia, se discute cual sería su naturaleza jurídica, considerándose por la doctrina al menos tres instituciones posibles⁸⁸; primero, se puede considerar como una regla de tratamiento del imputado donde, partiendo de la base de la inocencia, se debieran reducir al mínimo las medidas

⁸⁶ Martínez Cisneros, German, ob. Cit. Pág. 229.

⁸⁷ Juan Colombo Campbell, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Pre-sunción de inocencia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007, p. 359.(consultable en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM .<http://www.bibliojuridica.org/revistas/> (citado el 15 de octubre de 2008)

⁸⁸ Montañés Pardo, Miguel Ángel, “La Presunción de Inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 1999, Pág. 38.

restrictivas de los derechos del imputado mientras dure el proceso; segundo, como regla de juicio del proceso, incidiendo en el ámbito probatorio donde la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, debiendo absolverse si la culpabilidad no queda absolutamente demostrada; Tercero, como una presunción “*Iuris Tantum*” o simplemente legal que admite prueba en contrario, lo que determina “la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción “*Iuris Tantum*” de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el Juez o Tribunal, en relación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso”⁸⁹

6.4 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO CHILENO

El estado de inocencia, forma parte de lo que la doctrina denomina *Bloque de Constitucionalidad*⁹⁰, el que puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental. Lo anterior, en razón de que está asegurado y garantizado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto de estos derechos, en razón del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, constituyen *límites a la soberanía*, debiendo ser asegurados y promovidos por todos los órganos del Estado.

⁸⁹ Ob. Cit. Pág. 43

⁹⁰ Blindart Campos, German J. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1995, p. 264. Citado por ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. *La excepción de Principialidad, Temis, Bogotá, 2000, p. 93.*

Por su parte, el Código Procesal Penal en su artículo 10, inciso 1°, señala que "en cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de *ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio". Esto abarca la fase de investigación, imputación, medidas cautelares, el juicio oral, sentencia condenatoria, derecho al recurso.

El principio de presunción de inocencia no se encuentra expresamente contenido en nuestra Constitución; sin perjuicio de esto, en el artículo 19 N°3, en su inciso sexto se establece que: "*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*".

Este principio forma parte del *derecho al debido proceso*, como lo establece el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, determinando que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, derecho que forma parte del bloque constitucional de derechos en virtud del mandato del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, derecho que se incluyó en el artículo 4° del Código Procesal Penal, el cual dispone "*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*".⁹¹

6.5 EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia busca impedir que se produzcan juicios condenatorios anticipados contra el imputado sin que se hayan llegado a conocer la

⁹¹ Nogueira Alcalá, ob.cit.

prueba de los hechos y, en definitiva, se haya llegado a determinar la responsabilidad del mismo a través de una sentencia fundada en los hechos y el derecho.

Es así como NOGUEIRA señala como un primer efecto que emerge de la presunción de inocencia, es que ***el imputado o acusado no debe probar su inocencia, sino que quién acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico.***

Lo último, corresponde a una parte integrante del debido proceso, donde es el acusador quien debe acreditar los cargos invocados, impidiéndose que la carga de la prueba se invierta o se tengan que probar los hechos negativos.

En este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia que *“el Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quién sustenta y ejerce la acción penal pública, según lo establece el artículo 77 del Código Procesal Penal. Estamos por tanto, frente a un co-detentor de la potestad punitiva del Estado, lo cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa”*.⁹²

Un segundo efecto señalado por Nogueira **es que el juez sólo puede determinar la responsabilidad del acusado a través de la sentencia, la que podrá ser condenatoria solamente si el tribunal adquiere a través de la prueba la convicción de que el acusado es responsable del delito.**⁹³

La presunción de inocencia, es un tipo de presunción “iuris tantum”, o también llamada legal, esto en contraposición a las presunciones del tipo “iuris et de iure”. La

⁹² Sentencia de Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de agosto de 2004, Rol N°2.600-04, considerando 5°. *La Semana Jurídica N° 205*, página 7. Citado por Nogueira Alcalá, op. Cit.

⁹³ Nogueira Alcalá, ob. Cit.

primera, a diferencia de esta última, admite prueba en contrario, y en este sentido la presunción de inocencia se irá progresivamente debilitando por vía de la actividad probatoria en el proceso cuando se lleguen a probar los hechos imputados, lo que en definitiva concluirá con la declaración de culpabilidad del imputado y la consiguiente condena. De esta forma se da cumplimiento al mandato del artículo 340 del Código Procesal Penal, el que señala que:

“Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, mas allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido un hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el sólo merito de su propia declaración”.

6.6 DATOS OBTENIDOS EN ESTUDIO DE CAMPO

En este apartado del presente estudio, se busca indagar sobre la aprobación o rechazo respecto de la presunción de inocencia por parte de la cultura jurídica chilena, tanto en su variante de cultura jurídica interna como de cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se han consultado un universo total de 493 personas, de las cuales 243 corresponden a la cultura jurídica interna y 249 a la cultura jurídica externa. Para dichos efectos, se ha formulado la siguiente afirmación:

“Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable”

Frente a dicha afirmación, el encuestado debe manifestar su acuerdo o desacuerdo, indicando una de las dos opciones planteadas.

Primero, entregamos los datos obtenidos sobre el universo total de encuestados, exponiendo los resultados de casos y porcentajes de aprobación y desaprobación respecto de la afirmación entregada. Luego hemos dividido este universo total según formación jurídica, generando 2 grandes grupos, que en general, nos permitirán constatar las diferencias existentes entre la cultura jurídica interna y externa, en base a esta discriminante.

Posterior a esto, se han dividido estos dos grandes grupos con la inclusión de variable etaria, donde encontraremos un primer grupo formado por personas de entre 30 a 45 años de edad, y segundo, de 46 a 60 años de edad, y en ambos casos compuestos por hombres y mujeres.

A continuación se expondrán los resultados obtenidos para cada grupo, para acto seguido, estudiar las distintas explicaciones que pretenden sustentar los resultados obtenidos.

6.6.1 Resultados generales de aprobación y desaprobación respecto de la presunción de inocencia

Tabla XIII: Aprobación y Desaprobación

"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	452	91,7%
	En desacuerdo	41	8,3%
	Total	493	100,0%

Los resultados generales del estudio de campo, esto es, sin consideración de cruce de variables, y donde se muestran los índices de aprobación y desaprobación del

universo total de encuestados, arroja que de un total de 493 personas consultadas, 452 dicen estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 91,7% del total, mientras que 41 personas manifiestan estar en desacuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a 8,3% del total de encuestados en el estudio de campo.

6.6.2 *Resultados sobre diferencias de percepción entre cultura jurídica interna y externa en Chile respecto de la prescripción en materia penal*

Tabla XIV: Diferencias entre Cultura Jurídica Interna y Externa

		CULTURA JURÍDICA				Diferencia %
		Interna		Externa		
"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	237	97,5%	214	85,9%	11,6
	En desacuerdo	6	2,5%	35	14,1%	-11,6
	Total	243	100,0%	249	100,0%	

Como se muestra en la tabla XIV, 237 personas de un total de 243 pertenecientes a la cultura jurídica interna, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 97,5% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna. Por su parte, 6 personas del mismo total, manifiestan no estar de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 2,5% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica interna.

Así mismo, 214 personas de un total de 249 personas pertenecientes a la cultura jurídica externa, afirman estar de acuerdo con la afirmación planteada, lo que corresponde a un 85,9% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa. Por su parte, 35 personas del mismo total, manifiestan no estar

de acuerdo con dicha afirmación, lo que corresponde a un 14,1% del total de las personas encuestadas pertenecientes a la cultura jurídica externa.

6.6.3 Resultados sobre percepción de la cultura jurídica interna respecto de la presunción de inocencia, según grupo etario.

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la presunción de inocencia derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento “cultura jurídica interna”, correspondiente en su totalidad a sujetos con formación jurídica de carácter formal.

v. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

Tabla XV: Cultura Jurídica: Interna; EDAD: entre 30 y 45

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	60	98,4%	60	98,4%	0
	En desacuerdo	1	1,6%	1	1,6%	0
	Total	61	100,0%	61	100,0%	

i. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la “cultura jurídica interna”.

Tabla XVI: Cultura Jurídica: Interna; Edad: entre 46 y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	60	95,2%	57	98,3%	-3,1
	En desacuerdo	3	4,8%	1	1,7%	3,1
	Total	63	100,0%	58	100,0%	

De un total de 63 hombres encuestados, 60 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 95,2% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 3 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 4,8% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 58 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica interna, 57 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 98,3% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 1 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 1,7% del total de mujeres consultadas en este segmento.

6.6.4 Resultados sobre percepción de la cultura jurídica externa respecto de la presunción de inocencia.

Se entregan en este apartado los resultados obtenidos respecto de las percepciones en torno a la prescripción penal derivadas de la pregunta formulada para estos efectos, del grupo perteneciente al segmento "cultura jurídica externa", esto es, del conjunto de sujetos que relacionan sólo esporádica y ocasionalmente con el

sistema jurídico, y que comparten actitudes, valores y creencias en mayor o menor grado similares respecto del mismo.

v. Primer Grupo etario: Entre 30 y 45 años de edad

El primer grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres entre 30 y 45 años de edad.

Tabla XVII: CULTURA JURÍDICA: Externa; EDAD: Entre 30 y 45 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	58	92,1%	52	83,9%	8,2
	En desacuerdo	5	7,9%	10	16,1%	-8,2
	Total	63	100,0%	62	100,0%	

Como se muestra en la Tabla XVII, de un total de 63 hombres encuestados pertenecientes a la cultura jurídica externa, 58 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 92,1% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 5 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 7,9% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura externa, 52 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 83,9% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 10 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 16,1% del total de mujeres consultadas en este segmento.

vi. Segundo Grupo etario:

El segundo grupo encuestado corresponde a hombres y mujeres, entre 46 y 60 años de edad, también pertenecientes al segmento de la “cultura jurídica externa”.

Tabla XVIII: CULTURA JURÍDICA: Externa; EDAD: Entre 46 y 60 años

		SEXO				Diferencia %
		Hombres		Mujeres		
"Todo imputado en un proceso penal debe presumirse inocente hasta que se declare culpable."	De acuerdo	55	88,7%	49	79,0%	9,7
	En desacuerdo	7	11,3%	13	21,0%	-9,7
	Total	62	100,0%	62	100,0%	

De un total de 62 hombres encuestados, 55 de ellos señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 88,7% del total de hombres consultados en este segmento; por su parte, 7 de ellos señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 11,3% del total de hombres consultados en este segmento.

Por su parte, de 62 mujeres consultadas pertenecientes a la cultura jurídica externa, 49 de ellas señalan estar de acuerdo con la afirmación señalada en esta pregunta, lo que corresponde a un 79% del total de mujeres consultadas en este segmento; por su parte, 13 de ellas señalan estar en desacuerdo con esta afirmación, lo que corresponde a un 21% del total de mujeres consultadas en este segmento.

6.7 ANÁLISIS DE DATOS

Como se desprende de los datos obtenidos en nuestro trabajo de campo, existe una amplia aceptación de la presunción de inocencia por parte de la cultura jurídica chilena, tanto en su variable de cultura jurídica interna como externa. Esto se evidenció con un porcentaje de aceptación que asciende a 97,1% del total de encuestados.

Analizando en particular las diferencias existentes entre la cultura jurídica interna y externa, nos encontramos con que la primera aprueba la institución con un 97,5%, porcentaje que desciende a 85,9% tratándose de la cultura jurídica externa. En ambos casos nos encontramos con una alta aprobación, lo que denota la fundamental importancia de este principio como piedra angular de un proceso moderno y ajustado un estado de derecho. No es extraño encontrar estas tasas de aprobación, dado que creemos que ambas culturas jurídicas son acordes en considerar la presunción de inocencia como un principio fundamental de un proceso justo.

En el caso del primer grupo etario de la cultura jurídica interna, esto es, hombres y mujeres entre 30 y 45 años, nos encontramos con la curiosa situación de que no se presenta diferencia alguna, en ambos casos se da un nivel de aprobación que asciende a 98,4%, mientras que la desaprobación o desacuerdo alcanza el 1,6%.

El caso del segundo grupo etario de la cultura jurídica interna, esto es, hombres y mujeres entre 46 y 60 años, si bien se presenta diferencias, estas son poco significativas dado que no superan los 3,1 puntos; así mismo, las diferencias con el primer grupo etario de la cultura jurídica interna tampoco resultan significativas, descendiendo en aprobación en 3,2 puntos en el caso de los hombres, y descendiendo en 0,1 en el caso de las mujeres.

Es en cambio en la cultura jurídica externa donde se experimentan cambios más acentuados. Así, tratándose de hombres y mujeres entre 30 y 45 años, tenemos que existe una diferencia en la aprobación que asciende a 8,2 puntos, siendo los

hombres quienes muestran una mayor tasa de aprobación con un 92,1% contra un 83,9% de las mujeres de la misma edad.

El caso del segundo grupo etario de la cultura jurídica externa, esto es, hombres y mujeres entre 46 y 60 años, la diferencia entre hombres y mujeres del mismo grupo etario asciende a 9,7 puntos, siendo las mujeres quienes muestran una menor tasa de aprobación con un 79% contra un 88,7% de los hombres de la misma edad.

Sin perjuicio de lo anterior, alta tasa de aprobación se presenta de forma transversal en ambas culturas jurídicas, lo cual puede responder a que, por una parte, se trata de un principio clásico del derecho penal que está profundamente arraigado en ambas culturas jurídicas en Chile. En este sentido, estudiamos anteriormente la antigua data de origen del mismo como su desarrollo histórico, como también la gran importancia que cobró como exigencia social en los procesos revolucionarios del siglo XVIII, época que por lo demás marcó el curso histórico moderno en occidente.

Por su parte, creemos que la cultura jurídica interna ve en la presunción de inocencia un axioma de cualquier proceso que se pretenda justo, dado que se posiciona como un punto de partida ante la acusación, donde el proceso precisamente tiene el sentido de configurar la culpabilidad y participación delictual, razón por la cual el proceso se destruiría en su esencia de existir una declaración anticipada de culpabilidad, careciendo de sentido el primero.

Así mismo, la cultura jurídica interna ve reforzada esta orientación a la aprobación de la presunción de inocencia dado que de la misma, emergen otros principios que configuran el proceso penal. Dentro de estos, de gran importancia es el llamado principio ***In dubio pro reo***, el que significa que en caso de duda, como el caso en que exista insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado o acusado. De la misma forma trasciende a otras áreas del derecho, como el derecho del trabajo, donde se habla del principio ***In dubio pro operario***, que se puede traducir en "ante la duda a favor del operario o trabajador".

De esta forma, para la cultura jurídica interna, la presunción de inocencia es parte de la lógica jurídica y piedra angular del sistema mismo, que no se limita a su concepción particular sino que del mismo nacen otros principios configuradores del subsistema penal y que configuran el justo proceso.

Si bien ambas culturas aprueban por una alta mayoría la presunción de inocencia en los procesos penales, es del caso señalar que el respecto de la cultura jurídica externa el desacuerdo sube en hombres y en mujeres, lo que resulta completamente acorde a la idea de que la cultura jurídica externa experimenta un alejamiento de la interna, pero que sin perjuicio de lo anterior, aun así experimenta un alto grado de aprobación de esta institución.

Una de las razones posibles para este fenómeno, radica en la enorme presión que la cultura jurídica externa ejerció sobre la cultura política y jurídica interna en el retorno a la democracia a principio de la década de los 90, en atención a los atentados a los derechos humanos en la dictadura de Pinochet, y especialmente, al letargo del poder judicial para resolver dichos atropellos, lo que quedó de manifiesto en la enorme cantidad de recurso de amparo que durmieron en las cortes. Dentro de este contexto, la presunción de inocencia cobra especial importancia cuando se relaciona con la multiplicidad de detenciones donde existía una culpabilidad anticipada perseguida por organismos como la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), obviando cualquier proceso judicial.⁹⁴

En este sentido, la reforma procesal penal dio un paso adelante en la protección de derechos del detenido, asegurándose actualmente que se trate como inocente al detenido ((Artículos 93 letra h) y 197)). De la lectura del Código Procesal Penal se desprenden los siguientes derechos del detenido:

⁹⁴ Consultar Fuenzalida Edmundo, "Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)", en Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización, editado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M.Friedman y Rogelio Pérez Perdomo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

1 - conocer el motivo de su detención

El detenido tiene el derecho a conocer el motivo de su detención y a ver la orden de detención, salvo que sea sorprendido in fragantí cometiendo un delito. (Artículos 94 letra a), 125 y 135 inciso 1).

2 - ser informado

El detenido tiene derecho a ser informado de manera específica y clara, acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. (Artículo 93 letra a), 94 letra b) y 135 inciso 2).

3 - guardar silencio

El detenido tiene derecho a guardar silencio y no puede ser obligado a declarar. (Artículo 93 letra g) y 135 inciso 2)).

4 - declarar

El detenido tiene derecho a declarar, si quiere, para dar su versión de los hechos, pero sin que le tome juramento. Mientras declara no puede ser sometido a presiones. (Artículos 93 letra g), 135 inciso 2, 195 y 196).

5 - no ser tratado como culpable

El detenido tiene derecho a que no se le considere culpable ni se le trate como tal mientras no sea condenado por una sentencia firme y, en todo caso, tiene derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. No puede ser obligado a someterse a exámenes corporales a menos que lo ordene el juez. (Artículos 93 letra h) y 197)).

6 - a que se sepa que está detenido

El detenido tiene derecho a que, en su presencia, se informe a su familia o a otras personas conocidas que se encuentra detenido, por qué motivo y en qué lugar. (Artículo 94 letra e)).

7 - comunicarse y ser visitado

El detenido tiene derecho a recibir visitas y comunicarse con el exterior, a menos que el juez lo prohíba hasta por un plazo máximo de 10 días. (Artículo 94 letra h).

8 - ser asistido por un abogado

El detenido tiene derecho a ser asistido por un abogado de confianza y a entrevistarse privadamente con él. (Artículos 93 letra b), 94 letra f) y 135 inciso2).

9 - plazo de detención

El detenido tiene derecho a ser trasladado ante la presencia de la juez, a más tardar dentro de 24 horas. En la misma audiencia el juez puede ampliar la detención hasta por 3 días más. (Artículos 131 y 132).

10 - que un juez se pronuncie sobre su detención

El detenido tiene derecho a que un juez examine la legalidad de su detención las condiciones en que se encuentre y resuelva si procede o no dejarlo en libertad. (Artículo 95).

A lo anterior debe sumarse una razón que creemos aun más importante, y que dice relación con el proceso de socialización por cual las normas y valores culturales se transmiten a los integrantes de una sociedad.

Tomando esto en consideración, a más de alguno le habrá ocurrido que ante la perdida de un objeto de su pertenencia, lo primero que se le viene a la cabeza es “*me robaron*”. Ante este hecho, una respuesta natural será buscar quien es el culpable de tal robo. Acto seguido, se configurará una lista mental de los posibles sospechosos; se pensará quien fue la última persona que tuvo acceso al objeto perdido, quién tiene fama de ser “*amigo de lo ajeno*”, como se popularmente se designa al ladrón, y otra serie de conjeturas orientadas resolver el robo. Sin embargo, después de mucho dar vueltas la mayoría de las veces resulta imposible tener la certeza de quién fue la

persona que nos arrebató nuestro objeto, seguramente, no pudimos reunir las pruebas suficientes para inculpar a un determinado amigo, conocido, etc. Ante esto, seguramente se tienen en mente frases como “*no accuses de ladrón a alguien si no tienes absoluta certeza*”, o “*¿y estás seguro de que fue él?*”, “*¿y si lo acusas y luego no era?*”

No es casual que el principio de presunción de inocencia tenga una data muy antigua, dado que para algunos como JESÚS ANTONIO DE LA TORRE, se constituye como un patrón de conducta que deriva de la propia constitución ontológica del humano⁹⁵. En este sentido, la presunción de inocencia se instituye en prácticamente un axioma que encuentra arraigo profundo en nuestra cultura jurídica. Las frases mencionadas, seguramente vinieron de nuestros padres en nuestro proceso de crianza, cuando alguna u otra cosa desapareció de nuestros bolsos en la escuela u otra situación análoga. Y es por esta razón, que si presumir inocente a alguien cuando no existen suficientes pruebas en concreto en una situación extra judicial como la del niño que descubre que su colación no está en su bolso, tanto mayor sentido cobra cuando hablamos de un proceso judicial que puede derivar con la privación de libertad del acusado.

En este sentido creemos que la amplia aprobación que la presunción de inocencia concita en ambas culturas jurídicas, dice relación con un principio que ha encontrado cabida en la generalidad de los sistemas jurídicos trasnacionales, tanto así como en la legislación internacional.

⁹⁵ Jesús Antonio de la Torre, *Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho*, 1ª ed., México, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997, p. 30.

CONCLUSIONES

Al comenzar el presente estudio, se señalaron una serie de planteamientos hipotéticos que a lo largo del desarrollo del mismo se han sometido a prueba en la “realidad” o escrutinio empírico, esencialmente, a través de la aplicación del diseño de investigación, la recolección de datos y la aplicación del instrumento de medición utilizado en esta investigación, lo que en definitiva, concluimos, ha apoyado dichos planteamientos aportando evidencia en su favor.

Como se indicó en su momento, se esperaba encontrar que, en términos generales, la cultura jurídica externa mantiene una concepción retribucionista de las penas, como así mismo, un alejamiento a la idea de derecho penal como *ultima ratio*; mientras que por otra parte la cultura jurídica interna, siguiendo a Fuenzalida, ha recepcionado rápidamente los contenidos de una nueva cultura jurídica transnacional, que ha surgido junto con la globalización de la economía y la cultura.

Para estos efectos, se propusieron diversas instituciones pertenecientes al campo del derecho penal, y que, a su vez, corresponden a instituciones limitativas de la potestad punitiva del Estado, razón por la cual, en términos simples, un eventual rechazo de las mismas indicaría una tendencia hacia el retribucionismo, dado que no se estaría de acuerdo con limitar el *ius puniendi* en el marco de dichas instituciones.

Así, el primer instituto en someterse a estudio fue la prescripción. Al respecto, se constataron diferencias entre ambas culturas jurídicas, siendo la cultura jurídica interna la que manifestó mayores niveles de aceptación, dado que vería en ésta una parte capital de la seguridad jurídica, no siendo esto último del todo claro para la cultura jurídica externa.

La cultura jurídica interna, señala mayoritariamente estar de acuerdo con la merma de la persecución penal producto de la prescripción, aún a propósito de los delitos más graves, mientras que por otra parte, la cultura jurídica externa manifiesta

un rechazo prácticamente unánime a esta institución, con un porcentaje de desacuerdo del 84,3%.

Por su parte, respecto de la cultura jurídica externa, se mostró que al estar en mayor medida ajena al entendimiento del sistema jurídico como un todo, como así mismo, de las dinámicas que de su seno emergen, se manifiesta menos proclive a la aceptación de ciertos temas particulares de carácter jurídico que requieren de una formación en derecho para una adecuada comprensión.

Respecto de la utilización de la teoría de la sucesión de generaciones, se constató su utilidad ya que se constataron diferencias en la aprobación dentro de la propia cultura jurídica interna, quizás la diferencia más destacable, es aquella que se produce entre los hombres pertenecientes al grupo de entre 30 y 45 años versus el grupo de 46 a 60 años, donde se genera que, en el primer caso, existe una amplia aprobación de la prescripción, con un 66,7%, mientras que en el segundo caso, la situación da un giro existiendo mayor tasa de desaprobación respecto de la misma institución, con un 50,8% de rechazo. En el caso de la cultura jurídica externa, también se constató su utilidad aunque, en este caso, las diferencias porcentuales entre uno y otro grupo etario fueron de menor magnitud.

Posteriormente, se estudiaron ciertas facultades discrecionales en la persecución penal que introdujo la nueva reforma, particularmente, el principio de oportunidad, respecto del cual se constató el planteamiento hipotético señalado al respecto, manifestándose un rechazo por parte de la cultura jurídica chilena que, aunque exacerbado en el caso de la cultura jurídica externa, no fue menor respecto de cultura jurídica interna ya que, por una parte, creemos que aun perduran ciertos elementos de un sistema inquisitivo que reinó largamente en Chile, y en el cual el principio de legalidad constituía una “*regla de oro*” que, con la incorporación de las facultades discrecionales, se ve amenazada.

Por otra parte, tratándose de la cultura jurídica externa, manifestó un considerable rechazo respecto de las instituciones estudiadas en el capítulo V, consideramos que no ha existido una comunicación satisfactoria de los beneficios que reporta para el sistema la exclusión en la persecución de ciertos delitos, que en atención al principio de subsidiariedad penal, quizás puedan ser abarcados por otras instituciones del mundo jurídico, o incluso extra-jurídicos,

En este sentido, creemos que para la cultura jurídica externa resulta difícil sostener la idea de que puedan existir delitos que finalmente no concluyan en la imposición de una pena, lo que apoya la hipótesis retribucionista.

Por último, se estudió el principio de presunción inocencia, respecto del cual, como se adelantó en su momento, se manifestó una aceptación transversal por parte de ambas culturas jurídicas.

En primer lugar, creemos que la cultura jurídica acepta en su amplia mayoría la presunción de inocencia como un principio fundamental del proceso penal. La explicación radicaría en que, por una parte, se trata de un principio clásico del derecho penal el cual está profundamente arraigado en ambas culturas jurídicas en Chile, y donde no se pone en duda la necesidad para la constitución de un justo proceso y, por otra, en que sería una de las grandes presiones que la cultura jurídica externa ejerció sobre la cultura jurídica interna en el retorno a la democracia a principio de la década de los 90, en atención a los atentados a los derechos humanos en la dictadura de Pinochet, y especialmente, al letargo del poder judicial para resolver dichos atropellos, lo que quedó de manifiesto cuando hicimos referencia a los numerosos recursos de amparo que durmieron en las cortes, razón por la cual, correspondería a un principio arraigado tanto por el tiempo como por la historia de nuestro país.

Creemos que, si bien no se manifestó rechazo por ninguna de las dos culturas jurídicas, lo que hubiese apoyado ciertamente los planteamientos retribucionistas, no resta validez a los planteamientos propuestos es este estudio ya que, por una parte, era esperable encontrar altos niveles de aprobación al respecto, esto, por las razones esbozadas en el análisis de los resultados del capítulo VI, donde la antigua data y

raigambre del mismo juegan un rol fundamental, y por otra, aunque ambas culturas aprueban por una alta mayoría la presunción de inocencia en los procesos penales, es del caso señalar que el respecto de la cultura jurídica externa el desacuerdo sube en hombres y en mujeres, lo que resulta completamente acorde a la idea de que la cultura jurídica externa experimenta un alejamiento de la interna en una tendencia retribucionista, pero que sin perjuicio de lo anterior, aun así experimenta un alto grado de aprobación de esta institución.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de aplicación de penas de carácter alternativo, se indicó que existe una aceptación general por parte de la cultura jurídica. En este caso, creemos que, aun tratándose de una doctrina penal de carácter moderno, encuentra aceptación dado que tiene como objeto la sanción de delitos considerados *menores*, y principalmente, debido a que no omite la imposición de una sanción como en el caso de la prescripción y las facultades discrecionales, lo que tampoco es contrario con los planteamientos hipotéticos propuestos, dado que su aceptación se condiciona a la “poca gravedad” que el delito reviste.

En este sentido, se podría afirmar que la cultura jurídica externa muestra cierta apertura ante algunos nuevos principios y doctrinas penales, siempre y cuando versen respecto de delitos considerados menores, a los cuales pueden correlativamente ir aparejadas penas “menores”, como las penas de carácter alternativo, pero nunca ausencia de pena (principio de oportunidad). Esto también viene a reafirmar el entendimiento de la función de las penas como una retribución a la gravedad del delito, sin consideración a la función que la pena puede finalmente lograr en el sujeto sobre quien recae la pena. Respecto de la cultura jurídica interna, si bien se mantiene una distancia respecto de la externa como así mismo, se adapta de forma más rápida ante los cambios, aún experimenta cierta resistencia respecto de algunas instituciones como el principio de oportunidad.

Por último, es necesario destacar que a lo largo del presente estudio se ha manifestado la utilidad de los planteamientos teóricos utilizados, en donde la transnacionalización cultural ha influido en la cultura jurídica chilena, sobre todo en la

interna, conduciendo al país en la dirección de reformas en numerosas áreas del derecho, y en la cual la Reforma Procesal Penal es el ejemplo por antonomasia. La misma utilidad señala es aplicable al criterio de generaciones históricas, el cual se detallo minuciosamente en el capítulo III.

Para concluir, es necesario siempre tener en perspectiva la naturaleza del presente estudio, es decir, su carácter exploratorio de carácter básico, razón por la cual, si bien se concluyen ciertas tendencias y lineamientos que apoyan los planteamientos hipotéticos que se ocuparon éste, no constituyen verdades absolutas e irrefutables, sino que, más bien, constituyen una pequeña luz respecto de los mismos y, sobre todo, una invitación a seguir desarrollando estas ideas e incentivar la profundización a través de la investigación socio-jurídica.

BIBLIOGRAFÍA:

ACCATINO Scagliotti, Daniela; "El Saber Dogmático en Nuestra Cultura Jurídica".Rev. derecho (Valdivia), dic. 1997, vol.8, no.1.

ARMENTA DEU, Teresa: "Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad", Barcelona, PPU, 1991.

BARAONA Gonzalez, Jorge; "La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV (Valparaíso, Chile, 2010, 2º Semestre).

BECCARIA, Cesare: Tratado de los delitos y las penas, 2ª edición, Ed. Heliasta, Argentina, 1993.

BENTHAM, J.: Tratado de Legislación Civil y Penal, trad. Ramón Salas, tomo III. Madrid, 1822

BLAXTER Loraine, HUGHES Christina y TIGHT Malcolm; "Cómo se hace una investigación". Editorial Gedisa, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Barcelona, Boch, 1984.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal". Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

CÁRDENAS RIOSECO Raúl F., "La Presunción de Inocencia", Editorial Porrúa S.A., 2da. Edición, Pág. 23, México, 2006

CARNELUTTI, F.;"Teoría General del Delito, Trad. De Víctor Conde", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor; El Proceso Penal Teoría y Jurisprudencia Constitucional, Editorial Palestra, Año 2006

CUELLO CALÓN, E.: Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 11ª edición, Bosh, Barcelona, 1953.

DE LA TORRE, Jesús Antonio; Sociología jurídica y uso alternativo del Derecho, 1ª ed., México, Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. "Introducción al Nuevo Proceso. Penal". Santiago, Universidad Diego Portales, 2002

ELGUETA, María Francisca y PALMA, Eric Eduardo; "La investigación en ciencias sociales y jurídicas". Facultad de derecho Universidad de Chile.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. "La presunción o estado de inocencia en el proceso penal". Editorial Layer Ltda., 1998.

FERNÁNDEZ, P.J.: Código Penal de la República de Chile (explicado y concordado), 2ª edición, Santiago de Chile, Imprenta Barcelona, 1899.

FERNANDEZ NEIRA, Karinna y SFERRAZZA TAIBI, Pietro. La Aplicación de la Prescripción Gradual en Casos de Violaciones de Derechos Humanos. Estudios constitucionales [online]. 2009, vol.7, n.1

FRIEDMAN LAWRENCE.; "The Legal System: A Social Science Perspective". Russell Sage Foundation, 1975.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "El sistema jurídico chileno ante la globalización". En Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1996.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "Investigación sociojurídica, cultura política y generaciones en Chile: un estudio exploratorio". En Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1998.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "Cultura jurídica interna y externa en el Chile finisecular: ¿convergencia o divergencia?". En Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2000.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "Fin y principio. La transición en la cultura Chilena". En Revista UNIVERSUM, N°16, Universidad de Talca, 2001.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "La cultura jurídica chilena: una cultura tensionada por la sucesión de las generaciones y el empuje de la cultura jurídica transnacional". En Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2002.

FUENZALIDA Faivovich, Edmundo; "Derecho y cultura jurídica en Chile". En Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización, editado por Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo. México, UNAM, 2003.

GIMENO SENDRA, J.V., Los procedimientos penales simplificados (principios de oportunidad y proceso penal monitorio), Justicia, Madrid, 1987

HERNANDEZ Sampieri, Roberto, FERNÁNDEZ Collado, Carlos y BAPTISTA Lucio, Pilar; "Metodología de la Investigación". Editorial Mc Graw Hill, México, 1997.

HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián; "Derecho Procesal Penal Chileno: Tomo I". Editorial Jurídica de Chile, 2002.

HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián; "Principios y garantías del sistema procesal penal chileno"

MAGALHÃES GOMES, Filho Antonio; Presunción de Inocencia y Prisión Preventiva, Editorial Conosur, Pág. 13, Santiago 1995.

MAGGIORE, G; "Derecho Penal, Vol. II", traducción de José S. Ortega Torres, Ed. Themis, 1954.

MAIER, Julio B; Derecho Procesal Penal Argentino, T.I., Vol. b, p. 556. Citado por Raúl Peña Cabrera. Terminación Anticipada del Proceso y Colaboración Eficaz, Grijley, 1995

MANZINI, V.; "Tratado de derecho penal, tomo V, primera parte, vol. V., trad. De Santiago Sentis Melendo, notas de Derecho argentino de R. Núñez y E. Gavier, Ediar S.A., Buenos Aires, 1950.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, "La Presunción de Inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 1999.

NOVOA MONREAL, Eduardo; Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos; "Evolución de la cultura jurídica chilena. Santiago, Chile". Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, Chile, 1988.

PESSINA, Enrique; "Elementos de Derecho Penal", trad. De Hilarión González del Castillo, 4ta. Edición, Editorial Reus, Madrid, 1936.

ROJAS Carranza, Gilberth; "La Suspensión e interrupción de la prescripción negativa en el Derecho Privado Costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1984.

ROXIN, Claus; Derecho Procesal Penal, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Cordoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SQUELLA, Agustín (Editor); "La cultura jurídica chilena". Santiago, Corporación de Promoción Universitaria (CPU), 1992.

SQUELLA, Agustín (Editor); "Evolución de la cultura jurídica chilena". Santiago, Corporación de Promoción Universitaria (CPU), 1994.

SUTHERLAND, Edwin H. y CRESSEY, Donald R., "Principles of criminology". Chicago, Lippincott 1960.

VIADA Y VILASECA, SALVADOR; Código Penal Reformado de 1870, Tomo I, Madrid, 1890.

YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo; "La prescripción Penal", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.