

01-0293320

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO  
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Tesis  
D687cp  
1993  
C.1

**"CONSIDERACIONES PENALES DEL REGIMEN DE PRISION  
DURANTE EL PROCESO PENAL"**

PROFESOR : LUIS ORTIZ QUIROGA  
AYUDANTE : JAVIER ARÉVALO CUNIS  
ALUMNAS : LORENA DONOSO A.  
LORENA FLORES C.

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

1993

26153

Tesis  
D687cp  
1993  
c.1 .

UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 100683485 1





"La libertad, es uno de los más preciados dones que a los mortales dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres".

Miguel de Cervantes y Saavedra, "Don Quijote de la Mancha".

## I. INTRODUCCION

Este trabajo pretende sistematizar las distintas investigaciones que, dentro del ámbito jurídico penal, se han realizado al correr de los tiempos, sobre temas tales como la legitimación o deslegitimación del derecho penal en general, como de cada una de las herramientas represivas que lo componen, en especial, las medidas tendentes a asegurar la responsabilidad procesal penal del sujeto pasivo del proceso y activo dentro del conflicto de intereses de relevancia jurídica que esta rama del derecho tiende a solucionar, específicamente la prisión preventiva o prisión procesal, íntimamente ligado a la forma de Estado imperante en una sociedad determinada y a las normas fundamentales consagradas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, reconocidos por ese Estado y que por tanto, debe acatar en el ejercicio de sus funciones legislativa, administrativa y judicial.

Se genera así un marco garantístico para los integrantes de esa sociedad, al importar una limitación al propio Estado, en cuanto toda normativa que de él emane debe acordarse a este orden al que está subordinado.

En esta tarea optamos por analizar el gran cúmulo de publicaciones existentes, para los efectos de vislumbrar cual ha sido la evolución dentro del análisis penal de los principios que lo componen y rigen. Las distintas tendencias se han esquematizado a fin de analizar una institución específica, cual es la de las medidas de prisión durante el proceso penal, específicamente la prisión preventiva.

El principal objetivo de este trabajo consiste en plantear que no obstante la prisión preventiva se inserta en el derecho procesal penal, no es menos cierto que también está imbuida de los principios generales del derecho penal, a los que debe subordinarse. De ahí el esfuerzo de algunos autores por eliminar o a lo menos atenuar la valla divisoria entre ambas ramas del derecho, para así tender a la unificación de ellas como una gran rama referida a los medios represivos con que el Estado interviene ante las más graves infracciones al ordenamiento jurídico recogidas en una ley penal, mediante la técnica de la tipificación, considerando que son un

grave atentado a las garantías fundamentales de los individuos, especialmente la vida (pena de muerte), la libertad (penas privativas de libertad y medidas procesales contra la misma), que en definitiva, integran la dignidad humana.

Hay autores que van más allá, en el sentido de advertir que el derecho procesal penal encuentra su fuente no sólo en la Ley sino también en el Ordenamiento Constitucional y más aún Supraconstitucional, en un orden de subordinación. Así, las normas legales al respecto deben estar acordes a las Garantías Constitucionales consagradas, tanto penales como procesales. Tratan así de elaborar una especial teoría "de la Constitución Procesal Penal", que postula la existencia de un Orden Supralegal, recogido del derecho penal liberal, que contiene principios procesales que en conjunto forman un todo relativamente orgánico, inserto en las Constituciones y Tratados Internacionales, al cual está sujeto el derecho procesal interno so pena de perder legitimidad en una sociedad organizada dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, respetuoso, ante todo, de la dignidad humana, única postura capaz de satisfacer las exigencias actuales en el desarrollo y reconocimiento de las garantías fundamentales del hombre, no sólo formal sino materialmente.

El tema se ha analizado desde el punto de vista del Derecho Penal General, sin entrar a analizar las distintas figuras delictivas. Asimismo nos referiremos al derecho penal imperante en una situación política de normalidad, con plena vigencia de las garantías fundamentales de los sujetos componentes del orden social.

El objeto de análisis, cual es la prisión preventiva, se aborda desde una perspectiva general, esto es, en cuanto a los principios penales que la rigen; su consagración dentro del ordenamiento jurídico nacional y la necesidad de examinar su legitimidad a la luz de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, sin entrar al examen particular de los requisitos de procedencia en un caso concreto.

## CAPITULO I.

### DERECHO PENAL LIBERAL

#### DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO.

El objeto de estudiar esta distinción surge de la necesidad de sentar las bases para el correcto análisis de los principios limitadores al poder punitivo del Estado, puesto que éstos serán en definitiva aquellos que sean admitidos o emanen de una determinada concepción del derecho penal.

Para determinar el fin de uno y otro y el por qué de su diferenciación, es preciso establecer someramente qué se entiende por Derecho Objetivo y qué por Derecho Subjetivo, por el primero se entiende aquel conjunto de normas o mandatos jurídicos que regulan la vida en sociedad de los individuos, o, en otras palabras, de los individuos organizados en una comunidad dada; y por el segundo, la facultad de actuación en (o al margen de) un conjunto de normas dadas.

Por otra parte, la noción Derecho Penal designa, en términos amplios, el ordenamiento jurídico penal, o sea, el objeto de la disciplina científica y no la ciencia misma, la cual comprende las facetas de la dogmática jurídica (plano técnico jurídico) y la criminología (objeto y finalidad de la tutela jurídica).

#### DERECHO PENAL OBJETIVO O IUS POENALE.

En una primera aproximación, se entiende por tal el conjunto de normas jurídico penales que rigen un sector determinado de la vida social, caracterizado por ser esencialmente conflictivo al afectar derechos esenciales del hombre. "Penal", por cuanto históricamente la pena ha sido el instrumento público de reacción frente al delito, y además, porque hoy sigue ocupando el papel central y dominante de las sanciones jurídicas impuestas como consecuencia del delito.

En cuanto a su concepto, se distingue uno formal (alcance, límites y elementos integrantes), que lo define como aquella rama del derecho u ordenamiento jurídico general que, como conjunto más o

menos organizado de normas, supone regulación u ordenación de ciertos aspectos y medios de la vida en comunidad o socialmente organizada, cuyo objeto es tipificar conductas socialmente dañosas y establecer sus consecuencias jurídicas esenciales (la sanción).

Franz Von Litz es el primer autor que hace un tratamiento sistemático del derecho penal semejante al actual, al definirlo como un "conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"<sup>1</sup>.

Para Welzel es "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad"<sup>2</sup>.

Su esencia deriva del objeto mismo que trata: los delitos y su consecuencia principal (sanción penal), que regula a través de normas jurídicas "penales", proposiciones que ordenan y delimitan posiciones, ámbitos y relaciones interhumanas y de vida social, estableciendo, con carácter vinculante y coactivo si es necesario, los aspectos externos más relevantes y esenciales o problemáticos de la vida del hombre, con cierta pretensión de justicia.

En tal sentido, la norma jurídico penal, como toda norma jurídica, es una proposición compuesta de un presupuesto o situación de hecho (peligrosidad o daño) y la consecuencia jurídica aplicable al mismo (sanción penal, exclusión o graduación de ella). Consta de dos preceptos, uno implícito o norma primaria, dirigido a todos los miembros de la comunidad ordenándoles o prohibiéndoles algo; otro, explícito o secundario, dirigido al juez (en cuanto representante del poder punitivo del Estado) a quien ordena imponer la consecuencia jurídica al incumplirse la norma primaria, o, lo que es lo mismo, al cumplirse la proposición formal de hecho que ésta

---

<sup>1</sup>Cit. por Bustos Ramírez, Juan, en "Introducción al derecho penal", pág. 7.

<sup>2</sup>Cit. por Bustos Ramírez, Juan, Op. Cit., pág. 7

prevé. Tal es la llamada estructura estática de la norma penal, coincidente con las Doctrinas Clásicas del Derecho Penal. Desde otra perspectiva se sostiene que la norma penal sería "contrafáctica", en cuanto su validez no depende de su cumplimiento y su vigencia no se altera por la infracción, sino que la reacción (sanción) demuestra que se mantiene y reafirma la vigencia de la norma infringida, conforme a la teoría de la estructura dinámica de la norma penal, propia de la llamada prevención general motivadora o positiva.

Binding, consecuente con su adhesión al positivismo jurídico, al elaborar su teoría sobre las normas jurídico penales, fue quien puso de relieve que en la ley penal existen dos formulaciones: la escrita (descripción de la conducta), ya sea mediante una prescripción prohibitiva, que proscribire acciones por causar lesiones o por ser genéricamente peligrosas sin requerir que lo sea en el caso particular, o de una norma de obligación, que impone la realización de una conducta porque su omisión acarrea una puesta en peligro o una lesión efectiva en el caso particular; y la no escrita, o "normas" propiamente tales, que son previas a las anteriores, y dentro de las cuales, a su vez distingue la norma de determinación, que es amenaza penal (pena) que pretende determinar o motivar al individuo para que se abstenga de cometer delitos; y la norma de valoración en que se basa el imperativo. El delito (objeto del Derecho Penal) encuadra en la descripción de la proposición jurídico penal al infringir precisamente la prohibición implícita en ella. Asimismo, a partir de lo anterior y del principio de legalidad penal, evidencia los elementos integrantes del delito, cuales son: tipicidad (coincidencia de la conducta con la descripción del tipo penal); antijuridicidad (constituir una infracción a la norma); y culpabilidad (juicio de reproche que se dirige al autor de una conducta típica e injusta descrita en la ley penal).<sup>3</sup>

Y, de otra parte, se distingue el concepto material del Derecho Penal Objetivo (función y cometido), que atiende a que el Derecho

---

<sup>3</sup>Nino, Carlos Santiago. "Los límites de la responsabilidad penal" pags. 46 y ss.

como norma de valoración, es presupuesto lógico e indispensable de su carácter determinativo, puesto que al "condicionar" a alguien a hacer o no hacer algo, previamente hay que saber a qué se le quiere determinar o motivar: positivizar la conducta (concebirla como norma jurídica). Tal valoración pasa a ser norma jurídica cuando adquiere la fuerza de imperativo, de lo contrario no tendría efectividad ni fuerza vinculante.

La función del derecho penal y por ende de la norma que lo integra, es la protección de una convivencia social pacífica, amparando sus condiciones elementales, básicas o mínimas. Interviene sólo en caso de los ataques más graves a ellas, utilizando medios especialmente drásticos, que afectan bienes esenciales de la persona humana, tales como la libertad, (que incluso puede verse afectada en la fase de determinación de la existencia concreta de un delito vía medidas privativas de libertad procesales) o la propia existencia. Tal carácter se le ha atribuido desde la antigüedad.

Al ser su medio principal la pena, dentro del concepto material se estudia la función de ésta:

Para Platón, la pena "produce uno de estos dos efectos: o es útil al reo, enmendándolo; o a la sociedad, con la impresión producida por el sufrimiento del reo, que detiene a los demás de cometer delitos. En el primer caso la pena es medición del alma; en el segundo es medio de defensa social y de mejora al mismo tiempo"<sup>4</sup>.

Para Epicuro, la pena es "intimidación para el individuo y prevención para la sociedad, asegurando la felicidad de los asociados para una exacta observancia de las leyes, cuyo cumplimiento se logra por medio del castigo de las transgresiones"<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>Paéz Velandia, Dídimo. "Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal", en Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. X, Nº 36, 1988, p. 55 a 77.

<sup>5</sup>Paéz Velandia, Dídimo. Op. cit.

San Agustín señala que la pena tiene "función utilitaria ya que siendo el fin del Estado la paz, castigar los delitos sirve para establecer la paz y por ende, mantener la sociedad"<sup>6</sup>.

Diversas teorías han tratado de fundamentar cuál es la función del Derecho Penal objetivo, en tanto mecanismo de salvaguarda de los derechos básicos del hombre, que opera como una reacción jurídica frente al quebrantamiento de la convivencia social pacífica, a través del estudio de la función de la pena. Dentro de ellas destacan:

- **Teorías Retribucionistas de la Pena o Teoría Absoluta de la Pena**, para la que la pena es un fin en sí misma, es "retribución de mal con mal", que atiende a la culpabilidad del sujeto. Por ende, según sea el quantum o intensidad de la infracción penal, será el quantum o intensidad de la pena. En tal sentido, la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa: que "cada uno sufra lo que sus hechos valen"<sup>7</sup>. Sobre ello es que se plantea la posibilidad de adecuación relativamente precisa entre la medida de un mal y otro: a la intensidad de lesión a un bien jurídico protegido por el derecho se responde con una lesión en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto infractor. No se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o su enmienda, consecuencias meramente accesorias; por ejemplo, la enmienda dejaría en la impunidad el deber anterior incumplido y no habría confirmación del derecho, ya que sólo aparece respecto al comportamiento futuro del individuo.

Se trata de confirmar el poder del derecho, de restablecer el orden externo de la sociedad, para lo cual es necesario el sometimiento del culpable, aún por la fuerza, sin perjuicio de lo cual debe tenerse presente que el mal que hace el sujeto no es equiparable en contenido a la acción del Estado, que sólo sería el ejercicio del derecho. Sin embargo, la pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad al no poder eliminar el hecho producido

---

<sup>6</sup>Paez Velandia, Dídimo. Op. Cit.

<sup>7</sup>Welzel, Hans. "Derecho penal alemán" Ed. Jurídica de Chile. 1987"

ni impedir que ocurra en el futuro. Se queda en el plano metafísico, despegada de la realidad social.

Esta concepción, adoptada por Kant, Hegel, Binding, Mezger y Carrara, se encuentra ligada al Estado de derecho guardián, no intervencionista, cuya función sólo es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el contrato social, resguardar su propia existencia. Asimismo, en otro plano, sea que se base en el racionalismo libertario liberal o en el jusnaturalismo, el centro de todo es la libertad del hombre, al que conciben como un "fin en sí mismo", a raíz de lo cual consideran que concebir a la pena como un medio de protección de la sociedad y, por ende, de prevención de delitos, encierra una instrumentalización inadmisibles del sujeto y deslegitima al Estado. Se asegura así su autoridad y se garantiza su sometimiento al derecho, evitando cualquier arbitrariedad.

- **Teorías Preventivas o Relativas de la Pena**, que sostienen que ésta no es un fin en sí misma, sino un medio para lograr un fin determinado. En consecuencia, la interrogante ahora es ¿para qué sirve? y no cual es su fundamento.

**Dentro de estas teorías se distinguen dos corrientes principales:**

**De una parte, las tesis preventivo generales**, que sostienen que la pena es la amenaza de un mal, destinado a producir una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los sujetos, de manera que "el impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho"<sup>8</sup>. Estas tesis se basan tanto en la racionalidad, como en la utilidad social de la pena, en el sentido que al ser imposible eliminar el hecho producido, ésta recoge el interés social en que se logre impedir que hechos similares se produzcan en el futuro. Punto de partida que separó el pensamiento del siglo XVIII del positivista del siglo XIX.

---

<sup>8</sup>Cit. por Juan Bustos Ramírez, en "Introducción..."

Se reconoce como mérito, de las tesis preventivo generales, el justificar la intervención penal del Estado de Derecho basado en razones sociales y político jurídicas, no en argumentos ético-metafísicos; amén que tienden a mantener un determinado ámbito de libertad del individuo, ya que no se trata de afectar particularmente a cada uno, sino a lo común de la generalidad de los sujetos, su racionalidad y su coactividad. Asimismo se le reconoce el representar un esfuerzo por pasar de una concepción del Estado absoluto a uno de Derecho, siendo dominantes las corrientes racionalistas utilitarias laicas, que sustituyen el poder físico del cuerpo, por el poder de la siquis, sin perjuicio de lo cual, no obstante ser críticos del sistema imperante a la época, mantenían concepciones autoritarias: control mínimo, pero autoritario.

Las críticas, tanto a las tesis absolutas como a las preventivo generales, surgen principalmente, por cuanto resultan cuestionables, por decir lo menos, los medios utilizados, el miedo y la instrumentalización del ser humano, piedra fundamental del Estado de Derecho, dando cabida al Estado del terror y a la transformación de los sujetos en animales, o bien, llevan a la suposición de una racionalidad absoluta del hombre frente a los bienes y males en su capacidad de motivación (ficción, al igual que el libre albedrío). Además, tal planteamiento tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines sociopolíticos del Estado, lo que socava otro de sus pilares fundamentales, cual es, que sólo se responda por los hechos cometidos y no por fines que persiga el Estado. Con ello se volvería a la arbitrariedad del absolutismo. De otra, las tesis preventivo especiales, cuyo norte es la pena como medida de resocialización del hechor del acto.

Postura basada en el positivismo naturalista, que recoge la experiencia del siglo XIX, que puso de manifiesto la necesidad de una mayor intervención estatal. El hombre ya no se concibe como un ser bueno y libre por naturaleza, sino como un ser sujeto a determinaciones. Surge así la figura del criminal como sujeto proclive al delito, del que la sociedad debe defenderse, ya sea corrigiéndolo o separándolo. Ante ello, tanto la retribución como la prevención general resultan inadecuadas, puesto que los delincuentes están determinados y carecen de la racionalidad suficiente para entender los costos y beneficios del delito.

Los autores que defienden esta postura prefieren hablar de "medidas" y no de penas, que suponen libertad o capacidad racional del delincuente y que parten, por tanto, de un criterio de igualdad general. La medida, en cambio, considera al criminal como un sujeto peligroso, diferente del normal, que hay que tratar según sus peculiares características peligrosas. Se trata no de castigar o intimidar, sino de corregir, enmendar o rehabilitar, en lo posible, a fin de proveer a la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, y de lograr la reutilización más rápida de los menos peligrosos, que serían los más; con ello, se borra toda diferencia entre medidas y penas, al tener ambas la misma función y naturaleza: rehabilitar o segregar, según el caso.

En el marco de esta posición, Franz Von Litz<sup>9</sup> propuso la teoría de la Pena-Fin, no fundada en criterios o exigencias de naturaleza absoluta, sino que, despojada de todo carácter retribucionista, aparece siempre como instrumento para la tutela de bienes jurídicos, "fin" que Von Litz asigna al ordenamiento jurídico penal y a sus sanciones y que la justifica. En tal sentido, pena justa, será sólo aquella que en el caso concreto se presenta como eficaz instrumento de protección, aquella que responde al principio de necesidad, entendido como manifestación del incoercible instinto de conservación de la especie. Así, el autor de un hecho penal se convierte en mero objeto de la acción jurídica, la cual debe tener por objetivo, su intimidación o mejora. En consecuencia, identifica pena-defensa (condicionada por la idea de "fin") con pena-retribución<sup>10</sup>. En tal concepto, la Teoría Absoluta (retribución) impide a la pena ser lo que debe ser, o sea, la lleva a traicionar aquella idea del fin.

La importancia de esta posición reside en haber centrado su interés en el individuo, considerado como tal en sus particularidades, y no referirse sólo a un ser abstracto, como las anteriores. Pretende un encuentro con el hombre real, para volverlo útil a la

---

<sup>9</sup>Citado por Bustos Ramírez, Juan. op. cit.

<sup>10</sup>Citado por Bergalli, Roberto. "La política criminal en la República Argentina" en Rev. Nuevo Pensamiento Penal, 1974, Nº3, Ed. Depalma, Argentina, págs. 19 y ss.

sociedad o, por lo menos, para que no la perjudique, y despoja a la pena de su carácter mítico moralizante. Sin embargo, se la objetiva por cuanto, si bien es humanista al dirigirse al hombre real, no lo es respecto a su dignidad, pues permite la mayor violación posible a su personalidad, esto es, el transformar su conciencia, mediante su utilización como máximo instrumento de acción síquica sobre el individuo. Asimismo se le critica que puede representar deshumanización, al querer imponer sólo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o divergencia.

- **Teorías Eclécticas o Unitarias**, que conciben la pena como reacción necesaria.

Combinan los criterios utilizados en las concepciones sobre la retribución, la prevención general y la prevención especial. Esta tesis supone dejar de considerar a la pena como una exigencia ética de justicia, posición que llega al modelo de Derecho Penal al servicio de la función de prevención, pero limitada por ideas de proporcionalidad y culpabilidad. Pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico penal y la conveniencia de someter la intervención punitiva a ciertos límites, derivados de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad. Planteamiento que entraña una tensión ante principios que pueden resultar contradictorios, "antinomias de la pena", ya que lo que puede ser aconsejable para la prevención general, puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, y, a su vez, éstas pueden colisionar con las necesidades de la prevención especial.

- **Prevención General Positiva o Prevención Integración**, que se origina en las críticas a las teorías eclécticas. Busca afirmar por medio de la pena la "conciencia social de la norma", su vigencia, lo que requiere que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales. La pena, por tanto, no se dirige sólo a los eventuales delincuentes sino a todos los ciudadanos. Se basa en la Teoría Sistemática de la Psicología Funcionalista. Persigue superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo a estas últimas en necesarias para la propia prevención.

Esta teoría ha sido rechazada por la doctrina por no ser una forma racional de limitar la tendencia de la intimidación penal al terror penal y porque la ven como el intento de legitimar tendencias irracionales que ampliarían la prevención general o eliminarían los límites liberales materiales de la intervención penal.

**Sus partidarios se pueden agrupar en dos direcciones:**

**En primer lugar la tesis ampliatoria o fundamentadora de la intervención penal**, que a su vez se divide en aquélla cuyo antecedente más inmediato es la concepción de la función ético-social del Derecho Penal, postulada por Welzel, que sostiene que éste ha de perseguir, ante todo, influir en la conciencia ético-social del sujeto, a fin de prevenir la destrucción o puesta en peligro de los bienes jurídicos<sup>11</sup>, de ahí que se enlace con aquella tradición que le confiere la misión de conformación de valores morales en la colectividad. Y en aquélla que postula que, en concordancia con la ubicación de la violación de la norma y de la pena en el nivel de su significado -y no como consecuencia externa del comportamiento-, la tarea del Derecho Penal no puede ser impedir la lesión de bienes jurídicos, sino la confirmación de la validez de la norma, (entendida como reconocimiento) atendida la función "orientadora" de las normas jurídicas, que tienden a estabilizar e institucionalizar expectativas sociales. A su vez, la pena tiene por finalidad la mantención de la norma; no es un mal en sentido naturalístico, es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma, así como que el delito es negativo en cuanto supone su infracción y, por ende, defraudación de expectativas y el conflicto social consiguientes<sup>12</sup>. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la autoridad de la norma, a costa del infractor de la misma<sup>13</sup>. Así, ya no existen referentes extrajurídicos que se puedan tomar como criterios para una delimitación de

---

<sup>11</sup>En tal sentido Armin Kaufmann y W. Hassemer, quien señala que con ello se persigue la estabilización de la conciencia del derecho, de manera que el Derecho Penal pasa a ser un control más, cuya diferencia radica en que está ligado a la protección de los derechos fundamentales del infractor.

<sup>12</sup>Jakobs, Günther. "Tratado de Derecho Penal", año 1983.

<sup>13</sup>Baratta, Alessandro. "Integración-Prevención: una nueva (Nota a pie Página - Continuación)

la extensión de la respuesta penal (ámbito de tutela) y de su intensidad. Por tanto, la pena persigue tres efectos: "ejercitar en la confianza de la norma" a la colectividad para que todos sepan cuáles son sus expectativas; "ejercitar en la fidelidad del Derecho", derivada de la anterior; y, "ejercitar en la aceptación de las consecuencias" en caso de infracción. Efectos que se resumen en el "ejercitar en el reconocimiento de la norma", con un sentido de prevención general al buscar proteger condiciones de interacción social.

El centro de la subjetividad se traslada del individuo, que pasa a ser un "subsistema físico-psíquico" al que el Derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social. Desaparecen así, los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución, al ser vaciado el delito de contenido intrínseco y definirlo sólo como función de la norma, cualquiera que ésta sea.

Y en segundo lugar, la tesis limitadora de la intervención penal. Dentro de ella se encuentran los planteamientos de Hassemer, Zipf y Roxin, quienes postulan que en el Derecho Penal importa tanto su función de control social, propio de la respuesta penal, como su juridicidad. Se caracteriza por su formalización, que tiene lugar por medio de la vinculación de normas cuyo objeto es limitar la intervención penal, en atención a los derechos del individuo; de ahí que la función de la pena sea la prevención general positiva, que busca la protección efectiva de la conciencia social de la norma, lo que supone limitar la pena por la proporcionalidad (retribución del hecho) y un intento de resocializar al delincuente. Tal es el aporte de Hassemer.

De su parte, Zipf sostiene que sólo es admisible la prevención general positiva en sentido restrictivo, de última ratio, correspondiente al concepto de "defensa del orden jurídico". A su turno, para Roxin, la pena adecuada a la culpabilidad es la que corresponde a la prevención general positiva, denominada "compensadora"

---

(Nota a pie Página - Continuación)  
fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistemática", en Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. VIII, Nº 29 1.986, p. 88.

o "integradora social", inferior a lo que permite la prevención general negativa o "intimidatoria". La primera sólo permite el mantenimiento del orden jurídico y la afirmación de la fe en el Derecho, respetando el límite de la culpabilidad; en cambio, la segunda, permite ir "más allá" al suponer la tendencia a elevar la pena para conseguir el objetivo.

Los reparos a esta teoría, ya en su sentido amplio o restringido, surgen de inmediato, en especial en un Estado de Derecho respetuoso de la autonomía moral del individuo, por cuanto, en primer lugar la prevención general positiva es inidónea para controlar y contener la expansión del sistema penal; y en segundo lugar, opta en favor del sistema, sacrificando la subjetividad y centralidad del hombre, desplazándolo, de centro y fin de su propio mundo, a objeto de abstracciones normativas e institucionales, pasando a ser soporte sico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y del cual constituye únicamente un instrumento. Así, el individuo se transforma en portador de la respuesta penal simbólica. En tercer lugar y siguiendo a Welzel, la prevención general positiva permite intentar la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho por medio de la pena, lo que es rechazable al suponer el desborde del límite representado por el fuero interno.

De esta forma, se atiende sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y se niega la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, por lo que esta teoría aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales, ya que, paradójicamente, centra la responsabilidad sobre un sujeto que a su vez resulta des-subjetivizado respecto del sistema.

Las dificultades que se observan en la teoría de la prevención general positiva revelan, sin duda, su función conservadora y legitimante respecto de la tendencia actual de expansión e intensificación de la respuesta penal ante problemas sociales. Desde tal perspectiva, esta teoría parte de un modelo tecnocrático del saber social, alternativo del modelo actual de la criminología crítica y los movimientos por una reforma radical al sistema penal, guiados por dos principios diferentes pero complementarios, opuestos a la teoría del sistema funcional del delito y de la

pena; de una parte, la mantención de las garantías, delimitación normal del sistema penal, mediante las prerrogativas constitucionales de libertad y autonomía individuales, y de otra, el principio de un proyecto alternativo como exigencia de favorecer ciertas estructuras y gestionar los problemas y conflictos de la desviación, no desde la perspectiva de los intereses de conservación del sistema social, sino desde la emancipación del hombre, principio y fin de aquél.

Se llega finalmente al Derecho Penal al servicio de la función de prevención, limitado por la proporcionalidad y culpabilidad. Un Estado social y democrático de Derecho que utiliza progresivamente la función limitadora del concepto de prevención general positiva, que busca conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico penal y someter tal intervención a límites derivados de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad, integrando a él principios tales como el de culpabilidad, legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización y otros, armonizando sus contradicciones recíprocas; sólo en tal sentido será oportuna esta teoría en su aspecto limitador de la intervención penal, al respetar dichos principios no sólo teórica sino también empíricamente.

#### **DERECHO PENAL SUBJETIVO O IUS PUNIENDI.**

Conlleva dos problemas -que se abordan en este trabajo- uno, si efectivamente es una facultad del Estado y, dos, si esa facultad es legítima.

#### **CONCEPTO.**

El Derecho Penal Subjetivo o Ius Puniendi consiste en la potestad punitiva del Estado, como fundamento del sistema de derecho penal. En general, se define como la "potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad como expresión del poder

único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima."<sup>14</sup>

Es un atributo de que se ha dotado al Estado que constituye un poder-deber, otorgado implícita o explícitamente por los individuos organizados socialmente, en tanto centro de poder receptor de los intereses individuales y/o colectivos de una comunidad socialmente organizada. Poder, en tanto es el único ente facultado para intervenir en forma coactiva, imponiendo sanciones penales a quienes infrinjan el ordenamiento jurídico penal o, en otras palabras, a quienes atentan gravemente contra los elementos básicos de una convivencia pacífica de la comunidad. Implica una posibilidad siempre latente de la intervención punitiva y la aplicación de la sanción correspondiente al cumplirse el supuesto o la hipótesis establecida en la norma jurídica positiva. Deber, en cuanto una vez acaecido el supuesto no se puede excusar de intervenir, ya que el mandato de la propia colectividad se lo impone para la mantención de la convivencia pacífica.

**Supuestos básicos a considerar son:**

a. **Existencia del Estado como detentador del poder en sus tres funciones:** ejecutiva, legislativa y judicial. Por tanto, el Estado es quien aplica el Derecho y lo hace cumplir en caso de infracción; y,

b. **El individuo,** sobre quien se aplican las normas jurídicas -aplicables también al Estado, pues debe someterse igualmente a la normativa imperante-, más allá del problema del libre albedrío o determinismo de su voluntad.

**ENTORNO HISTORICO EN QUE SURGE EL CONCEPTO.**

La precisión sobre el entorno histórico hacia fines del siglo XVIII es fundamental al momento de estudiar los límites al ius

---

<sup>14</sup>Bustos Ramírez, Juan. "Introducción al derecho Penal" Ed. Ediar Conosur Ltda. 1989

puniendi, puesto que la moderna ciencia penal reaccionó contra la realidad jurídico penal imperante en ese momento, a través del movimiento reformista destinado a poner de manifiesto los errores existentes y así forjar los cimientos del nuevo orden penal sobre las bases ideológicas del respeto y salvaguarda de los derechos individuales, liberalismo, etc., que van a marcar los lineamientos de la primera corriente científica, cual es la Escuela Clásica.

Sobre todo es indispensable tal estudio para apreciar la dimensión revolucionaria de la obra de Beccaria y otros reformadores, que se hacen cargo de los errores imperantes en la legislación vigente a la época.

**Las características comunes a todos los ordenamientos penales de la Europa del siglo XVIII se resumen en:**

a. Desde un ángulo de pura justicia era un derecho generador de desigualdades, cargado de privilegios, que permitía juzgar a los hombres en atención a su condición social.

b. Desde un punto de vista legislativo constituía un derecho heterogéneo, caótico, cimentado sobre un conglomerado incontrolable de ordenanzas, leyes arcaicas, edictos reales y costumbres.

c. En cuanto a la seguridad individual, contenía múltiples arbitrariedades que acentuaban tanto los jueces como los monarcas. Además era un sistema excesivamente riguroso y cruel. Fundado sobre la expiación moral y la intimidación colectiva, prodigaba los castigos corporales y, en especial, la pena de muerte.

d. En el procedimiento penal de la época todas estas características se ven acusadas. De carácter inquisitivo, era rigurosamente secreto e ignoraba las garantías más elementales de los derechos de la defensa. La tiranía de la investigación de la verdad a cualquier precio que consagró, llevó al sistema de las pruebas legales, a la obligación del acusado a prestar declaración bajo juramento y a la obtención por cualquier medio de la confesión, considerada la reina de las pruebas. En cuanto a la prisión procesal, ésta era ampliamente admitida, dados los caracteres de inquisitivo y secreto del procedimiento.

e. Respecto al origen de la autoridad estatal y por tanto de su poder punitivo, debe atenderse que se trata del Estado absoluto, consistente en la centralización total del control y del poder legítimo. Legitimidad de carácter absoluto, pues provenía de Dios y tenía como especial cometido convertir a sus detentadores en Ministros de Dios para castigar al que obrara mal. Esta concepción del ius poenale o derecho penal objetivo constituía una expresión clara y concluyente del Ius Puniendi, y sobre él no había mayor posibilidad de discusión, pues al arrancar su origen en la divinidad era un dogma totalmente absoluto por esencia.

#### **LEGITIMACION DEL IUS PUNIENDI; JUSTIFICACION DE LA PENA ESTATAL.**

##### **CONCEPTO DE LEGITIMIDAD.**

Si por ella se entiende conformidad a la ley, habrá que atender al sistema jurídico-político en que se inserta, marco que determina su existencia y desarrollo. Si se considera que es legítima aquella norma que está acorde, tanto formal como materialmente, a la Constitución Política del Estado y a los Tratados Internacionales que aluden al Derecho Penal se habrá acotado el tema, lo que permitirá analizar distintas fases de desarrollo de sus fundamentos.

No obstante, la determinación de un concepto sobre legitimidad pasa necesariamente por establecer, en forma previa, qué se entiende por validez y si éste concepto se corresponde o difiere de aquél.

Validez. Es una proposición que se predica de las normas o reglas de conducta o del Derecho en su conjunto. Algunos juristas distinguen, a su respecto, una significación descriptiva, que correspondería a una noción de mera existencia, y otra normativa, que implica que se debe cumplir esa norma al haber una razón concluyente y justificada para obedecerla, poseyendo así fuerza obligatoria. Sería validez propiamente tal.

Ello permite separar dos problemas básicos, la existencia del Derecho y su justificación. Se admite que un orden coactivo es derecho sin admitir simultáneamente su legitimidad o fuerza obligatoria.

En Derecho, un sujeto está jurídicamente obligado a realizar una conducta si se encuentra en la situación prevista por una norma jurídica como antecedente de aquélla; posee una fuerza vinculante autónoma, independiente de una legitimación moral, de manera tal que se reconoce a la norma jurídica positiva como portadora de un poder vinculante propio. Todo derecho existente (válido) no es obligatorio (legitimado) bajo la perspectiva de la obligatoriedad moral.

Kelsen dice que "la validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma existe cuando es válida..."<sup>15</sup>. Entiende que validez es la existencia específica de la norma, a su vez que el reconocimiento de su fuerza obligatoria frente a la conducta que regula.

Validez, entonces, es una noción normativa que designa la facultad del Derecho de hacer exigible o vinculante una conducta dada.

#### **Análisis histórico-dogmático del concepto de legitimidad a partir del siglo XVIII.**

A fines del siglo XVIII surge el concepto de legitimidad como forma de reacción contra la Revolución Francesa, donde se contraponen a la legalidad, para justificar la resistencia de la monarquía borbónica destronada a la nueva legalidad constitucional jacobina, que se impuso como criterio estabilizador de la política europea cuando las antiguas dinastías fueron restauradas, tras la caída de Napoleón.

En la Revolución Francesa se sustituye legitimidad por legalidad y el Congreso de Viena impone un concepto nuevo de legalidad fundado precisamente en la antigua legitimidad. Desde mediados del siglo XIX, el legitimismo monárquico cae en crisis y la nueva democracia liberal identifica legitimidad con pura legalidad constitucional, se reduce la justificación del poder político a ella,

---

<sup>15</sup>Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho", 1971, Ed. Universitaria, Buenos Aires.

prescindiendo del término legitimidad. Posición que tiene su punto culminante en Kelsen.

En la primera mitad del siglo XX, con Max Weber se distinguen tres tipos de legitimidad: carismática, es aquella que funda el poder personal de quien goza de un prestigio cuasi-sagrado; tradicional, en cuanto depende del refrendo constante del tiempo; y racional, que correspondería a la legalidad democrática. Legitimidad supone, en definitiva, el acatamiento voluntario y no tiránico del poder, contrapuesta a legalidad sólo en los casos en que el poder constituido y creador de una legalidad efectiva, apareciera como no voluntariamente aceptada por sus súbditos.

Otra vía dejada por Weber para considerar una legitimidad no legal es el Derecho Natural, única forma de legitimidad que queda "desde que la Revelación religiosa y la Autoridad Sagrada de la Tradición han perdido su fuerza"<sup>16</sup>.

Posteriormente se mira a la legitimidad como justificación para impugnar la legalidad, generalmente por faltarle a ésta el apoyo plebiscitario. Carl Schmitt, en 1932, hace actual el planteamiento entre legalidad positiva y legitimidad plebiscitaria, con un escrito a propósito de la interpretación de la Constitución liberal-democrática de Weimar, vigente en esa época en Alemania. Planteamiento que tuvo su máxima expresión cuando, precisamente por un apoyo plebiscitario, Adolfo Hitler consigue el poder e impone, contra la ley constitucional imperante que lo llevo al poder, el régimen nacional-socialista, totalitario y esencialmente no liberal-democrático, pero fundado en una legitimación popular indiscutible.

De esta forma, la legitimidad en el ámbito político aparece cuando se pretende cambiar la ley actual, censurada como ilegítima, por una nueva, en apoyo de una pretensión revolucionaria de cambio. Se usa el término para designar simplemente lo que uno considera que

---

<sup>16</sup>Cit. en "Una prelección sobre legitimidad", Alvaro D'Ors, en Rev. de Derecho Público Nº 24, Julio-Diciembre 1978, Ed. Universitaria, pág. 44.

es justo aunque no haya sido plasmado en una ley. Postura crítica porque llega a cifrar la legitimidad del poder en su aceptación mayoritaria.

La Doctrina se esfuerza por buscar un sentido propio a la legitimidad como algo distinto de legalidad. Hoy, aquella se cifra en la obediencia voluntaria, al menos mayoritaria, de los ciudadanos, considerando ilegítimo el poder que, aún siendo actual y eficaz, aparece rechazado e impuesto únicamente por la fuerza de un gobierno opresor. La dificultad estriba en medir la extensión o intensidad de la aceptación o rechazo de una ley, o del poder que la otorgó, por los ciudadanos. Debido a que, en general, las apariencias de resistencia al poder no corresponden a una voluntad mayoritaria, que suele aceptar la situación en que se encuentra con tal que se les ofrezca un mínimo de orden y seguridad, sino a la oposición de pequeños grupos manifestada contra el pretendido régimen ilegítimo.

En otra etapa, la Doctrina se aboca a buscar algún tipo de norma superior a la legal para poder fundar una legitimidad contrapuesta a la legalidad.

Max Weber al cifrar la legalidad en la aceptación, no dejaba de considerar que el Derecho Natural -entendido como Derecho Natural racionalista propio de la Europa ya secularizada de la época contemporánea- era el único recurso para fundarla. Hoy, los autores no la reducen a tal argumento, sino que buscan un sustitutivo que cumpla sus funciones, se habla de "Derechos Humanos", de "respeto a la personalidad", etc., de forma que los poderes que no se ajusten a ellos serán ilegítimos, resultando legítima, por tanto, la resistencia en su contra. Convergen en el criterio que sólo son legítimos los poderes liberal-democráticos, pero con una referencia que permita hablar de legitimidad al presuponer una cierta ley o norma que hace las funciones del Derecho Natural. Aún más, aprovechando que los pueblos anglosajones hablan de "rule of law" (reglas de derecho), se llega a pensar en una legalidad ya ajustada a las exigencias de la Carta de los "Derechos Humanos" y se descalifica como no-ley aquella que se aparte de esa exigencia, reviviendo la antigua idea que la ley injusta no es ley, de manera que no cabe distinguir entre legalidad y legitimidad.

Planteamiento que tiene la ventaja de poder referir la legitimidad a una cierta ley, que muchos concretan en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pero implica el reconocimiento de la legitimidad de un determinado poder nacional por el acuerdo internacional, lo cual hace que el tema principal -legitimidad- se desplace al del reconocimiento de los gobiernos. Pero resulta que entre dos gobiernos que se reconocen jurídicamente no se sabe hasta que punto ello alcanza a sus respectivos principios ideológicos. Amén que, si la legitimidad del poder presupone la aceptación voluntaria de los ciudadanos de tal gobierno ¿cómo se puede desconocer internacionalmente por ilegítimo el gobierno que no respete los "Derechos Humanos" pero goza del pacífico asentimiento de sus ciudadanos?<sup>18</sup>

La imposibilidad de fijar un criterio universal de legitimidad se explica al existir una dificultad similar para reconocer la vigencia universal de un Derecho Natural concreto. Es así como hoy existe la legalización del aborto -sobre cuya criminalidad parecía no haber dudas en la justicia universal- en países industrializados, pero no por eso menos bárbaros, que previo negar el Derecho Natural, han ignorado tal imperativo, en un actuar congruente con un sistema democrático para el que no hay más legitimidad que la legalidad. Postura para la cual basta legalizar una conducta para que nada se pueda objetar acerca de su legitimidad, ya que toda ley o posible ley es expresión de la voluntad del pueblo. Se vuelve así a la incompatibilidad de la soberanía popular con el Derecho Natural.

No obstante, sobre la ley positiva hay leyes que la voluntad no puede infringir, y su no conocimiento no implica que no existan. Como Max Weber intuyó, en el orden natural se puede encontrar una ley a que referir la legitimidad: la ley natural. Para obtener una formulación clara de ésta, se debe reconocer una instancia superior de su interpretación. Así, legitimidad es adecuación a ley natural interpretada de dicha forma, añadiendo la tradición constitucional de cada pueblo, en la medida que no contradiga al Derecho Natural. Y la ley natural sería aquella que no depende de la voluntad actual del legislador, que se impone a la legalidad y

---

<sup>18</sup>D'Ors, Alvaro. Op. Cit.

puede eventualmente hallarse en contradicción con la ley positiva; es aquella que emana de la ley de Dios.

La primera fuente de toda legitimidad es la paternidad, de donde deriva la legitimidad de la familia; ello explica su sentido tradicional, como algo que viene impuesto, a la vez, por Dios y los padres históricos. La legalidad, en cambio, supone, por su misma convencionalidad actual, un sentido de fraternidad sin paternidad, de solidaridad humana que no proviene ni de aquél ni de éstos. No es casualidad que "Fraternidad" haya sido convertida en lema polémico por la Revolución Francesa, que desterró toda idea de legitimidad exaltando a la ley como el dominio de la razón.

#### **IMPORTANCIA DEL CUESTIONAMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER PUNITIVO DE ESTADO.**

La dogmática penal se cuestiona el poder punitivo del Estado en sus diversas manifestaciones ya como legislador, al incriminar o discriminalizar una conducta, o como juez, al imponer una pena o disponer una medida de seguridad a un sujeto por la comisión de un hecho concreto, y aún como administrador, auxiliar de la administración de justicia en el cumplimiento de su mandato constitucional y legal en la puesta en marcha de las medidas cautelares intraprocesales (ej. detención, arraigo, prisión preventiva), tendentes a asegurar las responsabilidades procesales penales de un sujeto.

El espíritu crítico de la doctrina frente al tema deriva de que el Derecho Penal en sí conlleva un daño social respecto del sujeto que se ve alcanzado por su puesta en movimiento, al involucrar sanciones de tal entidad que, a más de "vulnerar" garantías de rango constitucional como la libertad (medidas de prisión) o la propiedad (multas), lleva aparejada una suerte de estigmatización social del individuo que produce efectos tales como su pérdida de "competitividad" al momento de buscar empleo, pasando por el ser extraído de su núcleo social, hasta la pérdida muchas veces de la familia y, más aún, no obstante ser la responsabilidad penal "personalísima", sus efectos se extienden a todo su núcleo familiar que también queda marcado frente a la sociedad la cual los calificará, seguramente, como "poco deseables".

Situación que se agrava al pensar que tales efectos se producen no sólo cuando en el proceso en cuestión queda firme o ejecutoriada la sentencia condenatoria, sino mucho antes, y por el sólo hecho de que el sujeto sea sometido a proceso.

Surge entonces la cuestión de determinar, en primer lugar, si al Estado le es o no legítimo imponer tan graves sanciones a uno de los componentes de la sociedad que le dio origen; en segundo lugar, qué es lo que puede prohibirse al individuo mediante la amenaza de una pena, esto es, el alcance de este poder punitivo. En cuanto al fin, modo y gravedad de la sanción, serán asuntos que requieren de una posterior y especial justificación.

Respecto a la legitimidad del poder punitivo del Estado, Novoa Monreal sostiene que el término en sí ya es ambiguo pues sólo incluye las antiguas teorías expiatorias; sin embargo también "asume un significado más amplio, pues queda referida a toda imposición de un mal al delincuente como reacción social necesaria por haber trasgredido el ordenamiento jurídico establecido"<sup>19</sup>, a raíz de lo cual enuncia varias proposiciones que contradicen este pretendido derecho a castigar:

**1. El derecho a castigar no se aviene con un derecho de pura ordenación formal,** luego, su sustentación debe ser buscada y encontrada fuera del derecho; parte al respecto, desde la interrogante ¿Qué es el derecho? y ¿para qué sirve?, cuestiones importantes, pues si el poder de penar es ajeno al derecho, con mayor razón lo será al derecho penal.

Conceptualiza al derecho en general como "el ordenamiento imperativo que establece las instituciones necesarias para el funcionamiento orgánico de la vida social, que rige la conducta y determina las relaciones externas de los hombres que viven en sociedad y

---

<sup>19</sup>Novoa Monreal, Eduardo. "Algunas reflexiones sobre el derecho a castigar del Estado" en "El poder penal del Estado" Ed. Depalma, Buenos Aires 1985, pag, 486.

que señala las exigencias recíprocas que puedan formularse entre sí los individuos y el cuerpo social"<sup>20</sup>.

En cuanto a la utilidad del derecho parte de las concepciones de ley como "derecho positivo". Alude a Santo Tomás, que define ley como "una ordenación de la razón destinada al bien común dada y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" y quien sostiene que basta con que la ley humana prohíba aquellas cosas que destruyen la convivencia de los hombres y que ella no preceptúa sobre todos los actos o virtudes, sino solamente aquellos dirigidos al bien común.

Novoa Monreal enfatiza que la filosofía tradicional lo describió como una normativa destinada a modelar la sociedad sobre la base de determinados principios y fines que le eran inmanentes, así, su labor sería la de introducir en la vida social la justicia, la seguridad o el bien común. Le correspondía, por ende, decidir sobre qué bases y cómo debían cumplirse por el ordenamiento jurídico social tales principios. Entonces, el derecho contenía los principios absolutos que debían ser alcanzados e impuestos por medio de sus normas.

Elaboración que se derrumbó con la aparición de la "Teoría Pura del Derecho" de Kelsen, quien evidencia que el derecho debe ser aislado de los elementos que le son extraños, en especial de la política, en pos de lo cual toma al derecho positivo como un objeto de análisis científico, autónomo e independiente de la moral, al cual, por ende, no le corresponde dar soluciones "justas" a los conflictos que le son sometidos. Así, el derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de una determinada manera y como tal puede ser empleado para cualquier fin social.

Sostiene Novoa que, "empujando a fondo la elaboración kelseniana, es posible llegar a concebir al derecho como un puro instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social, elaborado por criterios externos a él". Por tanto, el derecho es un instrumento de una determinada concepción política, su

---

<sup>20</sup>Novoa Monreal, Eduardo. Op. Cit.

papel es aportar la solución técnica apropiada para obtener la mayor eficacia práctica de las normas requeridas para imponerla, con el mismo esfuerzo de los mecanismos sociales disponibles, al que toca formular un conjunto completo, armónico y eficiente de normas, necesario para asignar una determinada concepción política de la organización social, que será comunicada a los juristas para que ellos se encarguen de la elaboración del correspondiente derecho positivo.

Concluye que los principios verdaderamente jurídicos son meramente formales ya que, atendido lo anterior, el contenido material del derecho estaría dado por los intereses de quienes en un momento determinado detentan el poder y que el derecho a castigar, que justifica al derecho penal, es un concepto extraño al derecho, que corresponde a estos intereses o ideologías políticas dominantes, por lo que malamente puede fundamentarse por esta vía la existencia de un poder punitivo del Estado.

**2. Surge así su segunda proposición:** "un derecho a castigar sólo tiene sentido si se le apoya en un pretendido derecho natural". Analiza este punto a partir de la interrogante ¿de dónde viene a la autoridad la atribución de imponer penas como forma de sancionar los quebrantamientos al orden jurídico? Al respecto, el derecho natural sostiene que tal facultad provendría de la naturaleza misma de la sociedad humana y del hombre que la constituye, atendido lo cual correspondería a la voluntad de Dios como creador de todo lo existente, radicada en la autoridad por el solo hecho de ser tal, pues le es inherente aún cuando falte una ley positiva que la reconozca. Funda tal postulado en la epístola de San Pablo a los Romanos, cap. XIII versículos 1-7, "no hay autoridad que no venga de Dios y las que existen han sido establecidas por Dios" ... "Dios tiene a las autoridades a su servicio para juzgar y castigar al que no cumple lo establecido".

Sin embargo, Novoa advierte que la concepción del derecho natural ha decaído, entre otras cosas por el reconocimiento universal de los derechos fundamentales del hombre, derivado de la aprobación de la carta de Naciones Unidas de 1945; de su proclamación por los Estados del mundo en la Declaración de Derechos Humanos de 1948; en los Pactos de derechos civiles, económicos, sociales y culturales de 1966, todo lo cual pone una valla teórica adecuada a los

excesos legislativos de cualquier gobierno con pretensiones totalitarias, sin necesidad de recurrir al derecho natural, que, en último término, involucra el peligro de la invasión de exigencias morales en el ámbito jurídico.

De este análisis se desprende que resulta débil fundar el derecho de penar del Estado en el derecho natural por considerar Novoa que éste se bate en franca retirada en pos de la positivación de los derechos fundamentales del hombre.

Sostiene además, que la idea de un derecho a castigar es ajena a la noción secularizada del Estado moderno; que la noción de poder de castigar corresponde a un derecho penal concebido éticamente o cuanto menos con fuertes aproximaciones a la ética, lo que no es compatible con un derecho penal científico. Se apoya en afirmaciones como la de Jellinek acerca de que el derecho penal es el "mínimo ético", y la de Manzini sobre que el derecho penal se presenta frente a los otros ordenamientos como el "mínimo de cantidad ética indispensable para mantener las condiciones necesarias para una organización social determinada" y, finalmente, que las nuevas tendencias dogmáticas sobre culpabilidad, son cada vez más inconciliables con este derecho.

Lo cierto es que aparece como ilusorio suponer que algún Estado decline su capacidad de sancionar determinadas conductas mediante el recurso al derecho penal, puesto que en último término existe la exigencia constitucional y aún supraconstitucional, (según quienes defienden la supremacía del orden internacional) reconocida ya en épocas antiguas, de que el Estado debe propender a la consecución del bien común, el cual pasa por el bien de cada uno de sus componentes. Por tanto, sobre esta base, queda analizar cuales son los límites de este poder/deber del Estado.

La segunda interrogante, directamente referida al límite del poder punitivo del Estado es aquella que reza ¿qué es lo que puede prohibirse al individuo mediante una pena?, ya que al concluir (en el análisis de la primera interrogante) que el Estado detenta un determinado poder punitivo se debe cuestionar acerca de los límites al mismo, puesto que él implica la facultad de prohibir una determinada conducta mediante una pena y lleva a facultarlo para hacer uso contra un determinado sujeto, de instrumentos -como las penas

o las medidas de seguridad- de alta significación.

#### ANALISIS DOGMATICO DE LAS CRITICAS A LOS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL.

La pregunta sobre la legitimidad del empleo del Derecho Penal es fundamental en el pensamiento jurídico, y se ubica en la raíz misma de la concepción del Derecho. Así, es de común aceptación dentro de la doctrina, que sólo le es legítimo intervenir sancionando aquellas conductas realmente capaces de poner en peligro aquellos valores y bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia social, que son los únicos que en principio deben protegerse. Tales bienes son tan evidentes y están de tal manera reconocidos, dada su importancia para la persona y la sociedad, que suelen ser acatados aún por los integrantes menos respetuosos de la comunidad. Entre ellos se vislumbran aquellos que se confunden con la existencia de la personalidad y racionalidad del hombre, hoy englobados bajo el concepto universal de "Derechos Humanos", y de acuerdo a las tendencias más recientes se encuentran generalmente consagrados en las Constituciones Políticas de los distintos Estados y en los Tratados Internacionales atinentes a la materia.

En este tramo han de incluirse las funciones estatales que sirven para la preservación pacífica, en un marco de bienestar y seguridad básica, de la convivencia de los seres humanos.

Se debe considerar que si un Derecho Penal quiere ser legítimo deberá descartar dentro del universo anterior todos aquellos valores puramente éticos cuya infracción carece de una víctima determinada, aún cuando sean de gran relevancia si atendemos al plano moral. Al respecto, una concepción perfeccionista del Derecho Penal considera que todo acto inmoral puede, en principio, tipificarse como delito o ser objeto de otro tipo de interferencia jurídica, constituya o no un daño para los derechos o intereses de una persona, o en general, de la sociedad. En este contexto, el papel de la ley es ser instrumento inductor hacia la adopción de "formas de vida moralmente dignas" para realizar ideales de perfección humana.

Esta visión es algo independiente de la función de la pena, referida tanto a su efecto de prevención y disuasión respecto de los individuos que llevan una vida degradante como en cuanto a su carácter retributivo, o como reafirmación simbólica de los valores morales afectados. Al efecto Platón sostiene que el objeto de la pena es enseñar la virtud, concepción acorde a la cual son legítimos por ejemplo los tipos referidos al comportamiento sexual anómalo, consumo de drogas o alcohol, vagancia y mendicidad, prostitución, etc.

Finalmente, aún aquellos bienes jurídicos que cumplen los requisitos anteriores, sólo pueden tutelarse por vía penal en la medida que no exista otro medio apto para su defensa menos dañoso que el derecho penal (principio de mínima intervención). A su vez, el instrumento punitivo debe dar una garantía suficiente de su eficacia en la tarea de preservar su respeto y vigencia, la que está proporcionada por su calidad de reacción cuando sus mandatos o prohibiciones son infringidas, actuando de forma general y abstracta, disminuyendo de esta manera la inseguridad que conlleva la frondosidad de incriminaciones.

#### **ANALISIS HISTORICO DE LOS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL.**

La situación del Antiguo Régimen (siglo XVIII), objeto de permanente discusión, envuelve el problema del autoritarismo, absolutismo y arbitrariedad. Se trata de la autoridad revestida de todos los poderes y sin control alguno, que llevó a cuestionarse el problema de su legitimidad dentro de un marco de transición hacia un sistema liberal que le limitara.

Es así como el primer intento limitador queda en manos de los iluministas y el pensamiento revolucionario francés, quienes critican sistemáticamente al sistema penal vigente y plantean proposiciones de reforma. Atacan el excesivo arbitrio judicial, al denunciar el poder discrecional de los jueces, y recomendar que sean ellos los primeros esclavos de la ley y no sus árbitros.

En este sentido, Rousseau es el autor que mejor sintetiza las direcciones iluministas con su teoría del Contrato Social, que plantea que el poder punitivo del Estado no deriva de una imposición

divina, sino de un acuerdo suscrito por todos los componentes de la sociedad, por el cual se organizan y establecen un poder que asegura la convivencia pacífica y les protege de los posibles ataques de terceros. En esta concepción es delincuente aquel que se enfrenta al contrato social, (fuente legitimadora del ius puniendi, tanto en lo formal como en lo material) traidor en cuanto rompe el compromiso de organización producto de la libertad originaria y natural, a raíz de lo cual debe ser tratado como tal. Sin embargo esta fuente legitimadora es a la vez una limitación, pues como el contrato social tiene por finalidad la felicidad del hombre, la ley penal debe tener como tarea más prevenir que retribuir, de ahí que sólo le sea legítimo al Estado hacer uso de este poder cuando exista una posibilidad cierta de lesión a un bien perteneciente a uno de los miembros que legitimó su existencia<sup>21</sup>.

#### **EL ESFUERZO LIMITADOR DE BECCARIA.**

La Obra de Cesare Bonessana, Marqués de Beccaria "De los delitos y las penas", publicada en 1764, plasma estas inquietudes, tanto de crítica como de reforma al sistema vigente que según el autor, "poquísimos han examinado y combatido". En el libro se trata, con cierto sistema, del origen del derecho a castigar, del procedimiento penal, del sistema de penas, de los delitos, de las formas de prevenirlos y de algunas cuestiones de política legislativa (idea de utilidad, espíritu de familia, el fisco, etc.) menos relacionadas con el derecho penal.

**a. En cuanto al origen del derecho a castigar y de las penas** lo encuentra Beccaria en el Contrato Social. La necesidad impulsó al hombre a ceder parte de la propia libertad, la porción suficiente como para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de estas mínimas porciones de libertad fundamenta el derecho a castigar. Todo lo que exceda a esta proporción es abuso, no justicia; es hecho y no derecho. De ello surgen necesariamente las siguientes consecuencias:

---

<sup>21</sup>Roxin, Claus, Gunter Artz y Klaus Tiedemann. "Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal" pag. 50

- **Principio de legalidad.** "Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un pacto social".

- **Estricta separación de funciones entre el poder judicial, el legislativo y el ejecutivo.** Así, ningún magistrado puede infligir penas que no estén decretadas por las leyes, "el soberano, que representa a la sociedad misma, no puede promulgar más que leyes generales, que obliguen a todos los miembros, pero no ya juzgar si alguien ha violado o no el contrato social". Se impone que un tercero, distinto al soberano y al acusado, decida acerca de la verdad de hecho. De aquí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables, y que consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares.

**b. En lo que al procedimiento penal respecta,** su pensamiento plantea reformas muy interesantes en lo que a este trabajo compete: se ocupa de la detención preventiva, que considera necesaria en algunos delitos, reclamando seguridad en su aplicación para el ciudadano, atendida la "miseria y los horrores de la prisión". En el párrafo XXIX, titulado "De la captura", crítica la institución en los siguientes términos "Un error, tan común como contrario al fin social de salvaguardar la opinión de la propia seguridad, es el de que el magistrado ejecutor de las leyes pueda, a su arbitrio, poner en prisión a un ciudadano, privar de la libertad a su enemigo por frívolos pretextos, o dejar impune a un amigo pese a los más graves indicios de culpabilidad..." "La ley establecerá, pues, los indicios que legitimen la privación de libertad de un sujeto respecto del cual no se ha dictado sentencia condenatoria. Tal razonamiento emana de que la prisión constituye un mal, que sólo se justifica respecto de un sujeto sindicado como culpable, dado su carácter de pena, de manera tal que sólo en la medida que se cumplan los presupuestos legales podrá privarse de uno de los bienes superiores de que está dotado un sujeto, cual es, su libertad, mientras no se haya dictado tal sentencia.

**Respecto del sistema de pruebas existente,** dice que precisa que el juez aprecie libremente la prueba con base en "la certeza moral". Rechaza el juramento exigido al presunto culpable por cuanto "ningún juramento ha hecho jamás decir la verdad a ningún reo", y

porque "la ley que obliga a semejante juramento manda o ser mal cristiano o ser mártir". (parágr. XVIII)

**Ataca la tortura** por considerarla "criterio digno de caníbales" y por estimar que la condena o absolución del sujeto dependerá de su resistencia física. Añade que "ningún hombre puede considerarse reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede privarlo de la protección pública, sino cuando se haya decidido que violó los pactos mediante los cuales le fue concedida aquélla. ¿Qué derecho es, pues, a no ser el de la fuerza, el que confiere a un juez la potestad de imponer penas a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?... si el delito es incierto, no debe torturarse a un inocente, ya que tal es, según las leyes, el hombre cuyos delitos no están probados." (parágr. XVI)

**Defiende el sistema de jurados**, puesto que coadyuva al principio general de que todo sujeto sea juzgado por sus pares, así mismo exige que los integrantes del jurado sean designados por suerte y no por elección, y cuando el delito sea una ofensa a tercero, los jueces serán mitad iguales al reo mitad iguales al ofendido. Considera conforme a derecho que el inculpado pueda excluir a quienes le resulten sospechosos, así "parecerá que el reo se condena por sí mismo".(parágr.XIV). Al respecto señala "utilísima es la ley según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus pares, pues cuando se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano, deben callar los sentimientos que inspira la desigualdad, y la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz y el desdén del inferior para con el superior, no pueden gravitar en este juicio".<sup>22</sup>

**Propugna la publicidad** "a fin de que la opinión, que es acaso el único coagulante de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones; con el objeto de que el pueblo diga: no somos esclavos y estamos defendidos".

---

<sup>22</sup>Bonessana, Cesare, Marquez de Beccaria, "De los delitos y las penas". parágr.XIV

**Exige que se regule la prescripción de la persecución penal** acorde a criterios de gravedad del delito, para lo cual los divide en delitos de "lesa majestad", que son aquellos que tienden a la destrucción de la sociedad, y delitos contrarios a la libertad y seguridad de cada particular, entre los cuales se encuentran o sólo los asesinatos y los hurtos cometidos por plebeyos, sino también los de los grandes de los magistrados. Es así como la concibe sólo para los delitos menores, no así para aquellos que califica como atroces. Postula que así como existe una escala de penas proporcional a la gravedad del daño causado; lo propio debe ocurrir con la graduación del tiempo necesario para que se extinga la perseguibilidad de un ilícito penal.

**Sostiene que las penas, deben responder al principio de utilidad,**<sup>23</sup> en el sentido que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni tampoco el de dejar sin efecto un delito ya cometido, sino que impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos y el de disuadir a los demás de hacer como hizo aquél, (parágrafo XII). Al principio de proporcionalidad, pues sostiene que los delitos decrecen por grados insensiblemente desde el más grave al más ínfimo; el legislador prudente deberá prever una escala de penas correspondiente a este orden decreciente, sin alterar el orden decretado para los delitos del primer grado y las penas del último, pues si se establece una pena igual para los delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad, los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si a éste encuentran unida mayor ventaja, (parágrafo VI). Al principio de benignidad, en el sentido que la pena debe ser lo menos dura que sea posible para quien la sufre. No cabe llamar legítima a la sociedad en que no fuera principio infalible el de que los hombres quieran someterse a los menores males posibles, (Parágr. XIX). Para que una pena produzca su efecto, basta que el mal que produce exceda el bien que nace del delito. Un razonamiento distinto va contra el principio de proporcionalidad y de otra parte resta estabilidad al sistema jurídico.

**Agrega que uno de los más grandes frenos del delito es la infalibilidad de la pena,** así aún los males mínimos, siendo ciertos,

---

<sup>23</sup>Bonessana, C. (Beccaria), Op. Cit. parágr. III

atemorizan los ánimos humanos. Asimismo la pena debe atender al principio de prontitud, en el sentido que mientras más cercana sea la aplicación de la pena a la comisión del delito, mayor será su utilidad y justicia; es más justa, porque evitará al reo los tormentos inútiles y bárbaros de la incertidumbre, y más útil, porque cuando menor es el intervalo de tiempo que transcurre entre la pena y el mal hecho, mayor es la asociación delito-pena, de modo de considerar a uno como la causa y a la otra como su efecto necesario e ineludible. La larga demora no produce otro efecto que el de disociar cada vez más estas dos ideas, (parágr.XIX). Agrega, que debe asimismo acordarse al principio de analogía de la pena con el mal causado con el delito. Así, debe ser, en la medida de lo posible, conforme con la naturaleza de éste, a fin de facilitar el contraste que debe existir entre el impulso hacia el delito y repercusión de la pena.

#### **PRINCIPIOS PLASMADOS POR LA ILUSTRACION.**

En conclusión, la Ilustración con sus postulados libertarios, recogidos por el Iluminismo, establece en forma más o menos orgánica los límites al Ius Puniendi. Así en un análisis global de sus autores podemos distinguir como principios del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal:

- **Certeza de la ley**, en cuanto a los delitos y las penas y por tanto el rechazo a la interpretación judicial y exigencia de claridad de la ley.

- **Carácter personalísimo del derecho penal**, a raíz de lo cual rechazan la pena de confiscación de bienes, pues sostienen que con ella el castigo alcanza a la familia del culpable, que en nada ha dañado a la sociedad.

- **Principio de proporcionalidad y benignidad de la pena**. Señalan como criterios al momento de imponerla, la personalidad criminal del autor del delito, sus circunstancias personales, su grado de malicia, la naturaleza del hecho, el escándalo producido y la necesidad que la comunidad pueda tener de un castigo ejemplarizador.

- **Necesaria protección de bienes jurídicos esenciales para la subsistencia de la sociedad**.

- **Atacan el sistema probatorio**, montado para el sólo efecto de sustituir la verdad de los hechos por la verdad legal. Alegan que la tortura es un medio casi seguro para salvar a un culpable robusto y condenar a un inocente de débil constitución. Reniegan del carácter secreto del procedimiento, en el que exigen para el acusado el derecho a ser asistido. Consideran indispensable que los jueces fundamenten sus fallos, al respecto exigen que la justicia no sea muda como es ciega, que dé cuenta a los hombres de la sangre de los hombres.

- **Postulan exigencias fundamentales** como la salvaguarda de la dignidad humana, la humanización de las penas aplicables toda vez que el Derecho Penal está al servicio del Hombre y sólo es un medio, tal vez el más radical, para lograr una convivencia pacífica y centrada en la seguridad de todos y cada uno de los componentes de la comunidad organizada. De ahí deriva el principio de protección de la libertad individual, en el sentido que mientras no exista sentencia condenatoria respecto del sujeto, no podrá privársele de este bien jurídico, sino cuando sea estrictamente necesario. Asimismo deriva de esta exigencia, el principio de igualdad de la ley penal y su generalidad: deben abolirse los privilegios personales y derecho de gracia del soberano.

- **Reconocen el principio de culpabilidad** en cuanto limitación al poder punitivo estatal y medida de la pena; unido a él está el principio de control del Derecho, vinculado estrechamente al principio de legalidad, del cual ésta es corolario, ya que el principio de legalidad representa, por una parte, la aspiración (y concreción posterior) de que los mandatos o normas jurídicas provengan de una norma jerárquicamente superior, y, por otra, que su formación provenga de la voluntad de todos los miembros de la comunidad, a través de representantes elegidos por ellos para tal efecto, lo que permite una seguridad del ciudadano que sabe que ya no está sujeto a la arbitrariedad del Antiguo Régimen. A su vez, es medio de control de tal poder, ya que la norma que se aplicará a los miembros de la colectividad derivará de un proceso de convergencia de intereses dentro de ella.

**NIVELES DE DESLEGITIMACION DEL IUS PUNIENDI ESTATAL**

Desde otro punto de vista, se sostiene que existen distintos niveles de deslegitimación del derecho penal, acorde al momento histórico y la sociedad en que cada sistema penal se desarrolle, a saber:

**1º El Derecho Penal no es legítimo.**

Este nivel representa la simple negación de legitimidad del Derecho Penal, atiende a que ni el Derecho Penal ni el Estado son fines en sí, sino instrumentos encaminados a lograr la plena realización de sus integrantes. De ahí que el primero carezca de una justificación absoluta o interna completa para los efectos de la aplicación práctica de su contenido, sino que más bien representa una "amarga necesidad". Atendido lo anterior, se sostiene que la pena carece asimismo de ella, lo contrario menoscaba la situación del individuo, sujeto activo de la obligación del Estado y del ordenamiento jurídico en general de coadyuvar a su plena realización, mejor convivencia y por ende felicidad.

**2º El proceso de democratización es un proceso de deslegitimación del mismo.**

En este segundo nivel de deslegitimación del Derecho Penal, que puede calificarse como específico, se le trata como un instrumento que no es legítimo por sí mismo pues conlleva violencia, yendo en contra de toda una historia en pos de la protección de los Derechos Humanos desde la Carta Magna en adelante, en que han sido básicas la necesidad de proteger los derechos y libertades de los sujetos y el lograr la paz, negación de la violencia.

**3º El Derecho Penal sólo tiene una fundamentación plausible.**

A su turno, se pueden observar tres niveles de "fundamentaciones plausibles", atendidos los modelos de tipos de Estados en que se insertan:

En primer lugar, en un "nivel jurídico-interno". Expresado desde los principios del Estado Moderno y del Derecho Penal Moderno como contrario al principio de estricta legalidad. Con el se identifica el modelo del Estado de Derecho, en que el planteamiento básico es el de mínima deslegitimación. Lo único que interesa es una

fundamentación de carácter procesal, en cuanto a que la Ley debe ser dictada acorde a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico. Así, debe ser elaborada por un parlamento, órgano de representación popular, debe ser publicada a fin de cumplir con la exigencia de conocimiento general, y debe ser aplicada conforme a su tenor.

Tales son los fundamentos característicos de la escuela clásica, representada en materia penal por el pensamiento de Binding, cuyo gran mérito es evidenciar que lo que no responde a este proceso de generación y aplicación es ilegítimo y por tanto está fuera de lo que implica el Estado de Derecho. Es así como el legislador está vinculado de manera obligatoria a una "forma de ley" y toda autoridad está sometida a ella desde el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege".

Junto a este principio de legalidad, en el ámbito jurisdiccional, está el de certeza, esto es, la necesidad de que las decisiones judiciales deban ser fundamentadas en la prueba, de ahí que se hable de "legalidad relativa", porque la prueba es siempre discutible. Implica la posibilidad de contradicción y, por ende, de plausibilidad. Será el órgano jurisdiccional quien en definitiva interpretará la ley frente a un caso concreto, tarea en que deberá acatar este principio, por cuanto, postulados básicos de la certeza son la "presunción de inocencia" y "pro reo", toda vez que la premisa esencial es que todo ciudadano es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Lo que se debe probar en el "proceso penal" y ante el "juez penal" es precisamente su culpabilidad.

De ahí que los tres principios básicos del Derecho Penal Moderno son el de legalidad, certeza y presunción de inocencia.

**En segundo lugar, "efectividad del sistema",** que consiste en su confrontación constante con la realidad, de manera tal que si produce efectos perniciosos en los ciudadanos estará de por sí deslegitimado, y deberá ser modificado a fin de adecuarlo a ella, pues su permanencia, atenta contra la colectividad y la paz ciudadana, introduce un elemento de violencia enorme en las relaciones sociales y, por tanto, va contra su finalidad, contra los contenidos de un Derecho Penal de un Estado Moderno.

Este fundamento de plausibilidad se identifica con el "Estado de las libertades", que surge a mediados del siglo XIX, ante la insuficiencia del modelo anterior. Es propio, en sentido clásico, del pensamiento liberal, que plantea además la garantía al ciudadano en orden a que será respetada su libertad, significando una mayor deslegitimación del derecho penal. Ahora el discurso reza que todo aquello que afecte a la esencia de la libertad es ilegítimo.

**En tercer lugar, "nivel político-jurídico"**, que corresponde al Estado Social y Democrático de Derecho o "Estado de las alternativas", y surge debido a que el modelo anterior trata sólo del plano negativo del proceso y de las libertades, en general, de las garantías. En este tercer modelo, el planteamiento de lo social es básico, en el sentido que el Estado tiene que procurar la felicidad de sus ciudadanos, lo que implica promover las condiciones de desarrollo de la persona en sociedad, finalidad consagrada en nuestra Constitución Política en sus artículos 1 y 4, si bien no de manera perfecta.

Este modelo complementa a los dos anteriores, agregando una mayor deslegitimación del derecho penal, en el sentido que el Estado debe proponer otros instrumentos, además de aquél, para solucionar los conflictos. Ya no basta con el planteamiento del proceso o de las garantías, sino que además frente y dentro del derecho penal debe dotarse al ciudadano de una serie de alternativas referidas a las políticas sociales, educacionales, económicas, etc. que constituyan una real solución al conflicto, ya que el derecho penal sólo representa un índice demostrativo que pone en evidencia su existencia. Al respecto, desde la perspectiva político-criminal, hay tres planteamientos básicos de fundamentación plausible:

- **Utilidad o necesidad de la pena.** Al Estado sólo le es legítimo aplicar una pena en la medida que haya necesidad de ella. Se restringe así la arbitrariedad. Implica que cuando una pena se vuelve totalmente inútil no debe ser aplicada por ser perniciosa desde el punto de vista social.

- **Como consecuencia del anterior surge el principio de necesaria protección de bienes jurídicos.** La pena sólo se justificará en la medida que tenga por objeto precisamente salvaguardarlos.

- Los bienes jurídicos surgen y están al servicio de la persona, en virtud del principio de la dignidad y de la autonomía ética de la persona humana, es decir, su reconocimiento como ente independiente del Estado, fin en sí misma y no instrumento de aquél, y del principio de indemnidad social de la persona, es decir, no puede ser vulnerada ni en su carácter de tal ni como ente social, en sus relación con otros integrantes de la comunidad. De lo que se desprende que carece de legitimidad todo aquel ordenamiento jurídico penal que no satisfaga estos requerimientos.

De ahí que las posturas modernas planteen junto con todas las Organizaciones de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la abolición de la tortura, de los tratos infamantes, etc., y que la mayoría de los Estados europeos deslegitimen la pena de muerte y mantengan en constante discusión las penas privativas de libertad.

Es así que se sostiene que la evolución de los fundamentos de legitimidad del derecho penal es una sucesión de etapas tendentes a su deslegitimación, que pasa primero por el modelo del Estado de Derecho, reconocedor de que las "formas" son muy importantes, más aún, básicas para el Estado Moderno. Pero no basta con las formas, es necesario además el reconocimiento de un gran conjunto de garantías de los ciudadanos, lo que si bien es un adelanto, no es suficiente, ya que además debe estimularse la capacidad de hacer y aún de ser de los sujetos, que hace necesario el planteamiento de las alternativas.

Un Derecho Penal moderno debe satisfacer los requerimientos de esta perspectiva de deslegitimación progresiva, de ahí que se plantee que, en un Estado social y democrático de derecho, el problema radique en las "fundamentaciones plausibles" a que éste debe echar mano para los efectos de hacer uso de estos instrumentos, en cuya elaboración deben participar todos los ciudadanos, a través de un proceso democrático de discusión, conocimiento, y, elaboración de las políticas represivas.

A fin de dotar de eficacia a este postulado, se le inserta en el orden constitucional, el cual tiene aplicación inmediata y directa, imponiéndose a toda autoridad, que deberá respetarlo so pena de ser ilegítima su actuación.

## DESARROLLO HISTORICO EN NUESTRO CONTINENTE.

En el ámbito de América Latina, donde se inserta nuestro ordenamiento jurídico, y limitando el análisis al control social punitivo institucionalizado, en su aspecto formal y material se vislumbran tres fases sucesivas de desarrollo.

**La primera,** situada entre las dos últimas décadas del siglo pasado y las tres primeras del actual, donde fenómenos tales como la inmigración europea, el lento proceso de industrialización, y la consiguiente diversificación de las economías, posibilitaron la proyección social de diversos grupos con un margen de diferenciación apreciable entre ellos. Etapa a la que corresponde un Derecho Penal relativamente legitimado en su rol de control social, acorde con las formulaciones liberales de las leyes fundamentales vigentes a la época y al protagonismo asumido por las policías nacionales.

**La segunda,** abarca los cincuenta años siguientes; en ella destacan nuevos fenómenos, tales como la consolidación de un proletariado industrial con expectativas e intereses propios, y la urbanización asalariada, con su correlato de marginación social, que modeló márgenes de legitimación a un control social punitivo fundado en una ficción contractualista progresivamente desvirtuada por la realidad socio-económica, lo que hizo menguar el consenso y motivó la intervención militar, inaugurando el llamado "Estado burocrático autoritario", que adopta el argumento ideológico de la Seguridad Nacional. Ello contribuyó a robustecer un sistema penal, que se tornó más y más intervencionista y autoritario conforme a la pauta represiva de las dictaduras, hipertrofiando el conjunto de conductas alcanzadas por la persecución y represión penal, mediante la tipificación de aquellas consideradas atentatorias a este principio.

**La tercera fase,** abarca parte de la pasada década y alcanza nuestros días, se caracteriza por insertarse en procesos políticos de transición a la democracia, donde los partidos mayoritarios se enrolan en el llamado "Nuevo Orden Internacional".

Lo anterior hace surgir una etapa común a todos los Estados del continente. Aparecen nuevos desafíos a resolver en el marco

jurídico-penal, entre los que destaca el narcotráfico y el submundo que él conlleva.

Dentro de un marco de una exigua formación cívica que se vive en el continente, producto de las largas dictaduras, que suspendieron todo atisbo de participación democrática, tanto en el ámbito de la formulación de las normas jurídicas como en su aplicación, se pretende recuperar la escasa legitimidad del sistema penal, a fin de reducirlo a su mínima expresión, hasta el momento en que las sociedades encuentren un dispositivo menos nocivo y más eficaz para enfrentar atentados graves al ordenamiento jurídico en el seno comunitario, puesto que el panorama que hoy se cierne sobre nosotros es uno de tipos penales de impreciso marco, de escalas penales irracionales en comparación con los bienes jurídicos protegidos, de un sistema punitivo de desigual aplicación en los distintos estratos sociales, en el que se recluta de manera preferente a los presuntos transgresores de entre los sectores más desposeídos de la sociedad, de violencia institucional, de un juzgamiento burocrático y prolongado, con la consecuencia inevitable de grandes masas de presos sin condena y hasta de corrupción en cualquiera de sus tres segmentos.

Sentada esta realidad, cabe la interrogante sobre las posibles vías de acceso a un proceso de relegitimación del sistema penal, descartada de antemano la remota perspectiva del abolicionismo, por su escasa aplicabilidad, en atención a la sofisticada composición socio-económica de nuestros países, que obliga a los hombres de derecho, democráticos y progresistas, a intentar al menos una limitación de la "violencia selectiva" con que operan los sistemas penales.

**Como posibles pautas de acción se han propuesto:**

a. El desconocimiento de la validez de toda tipificación que importe una negación del principio "nullum crimen sine conducta", tanto en la consagración de figuras delictuales como contraven-  
cionales, con expreso rechazo de aquellas que impliquen la entrada de un derecho penal de autor.

b. La negación de la validez y por tanto de la operatividad, de toda tipificación que sea contraria al principio republicano de la

racionalidad de los actos de gobierno, por incriminar conductas que no entrañen una lesión, o al menos un riesgo concreto para algún bien jurídico reconocido por la normativa suprema.

c. El reconocimiento del principio de la adecuación a la realidad social y económica de los preceptos transmisivos, más la aplicación de una hermenéutica sensible a nuevas realidades, con la limitante de que ello no signifique la consagración de tipos penales abiertos.

d. El desconocimiento de la peligrosidad como factor fundante de la pena.

e. La reducción de la culpabilidad por el injusto a sus estrictos límites, mediante un análisis de la coculpabilidad social que permita discernir la real capacidad de comprensión del injusto y la efectiva posibilidad de autodeterminarse a obrar conforme a dicha comprensión.

f. El rechazo de toda manifestación de intervención penal contraria a la dignidad del hombre, ya sea en su formación o en su materialización.

#### **LIMITES AL IUS PUNIENDI.**

#### **LIMITES FORMALES.**

#### **Principio de legalidad y Estado de Derecho.**

Significa la proclamación de la Ley como única fuente del derecho penal, lo que no implica la imposibilidad de aplicar a los hechos cuantas interpretaciones, dogmas o criterios sean permisibles dentro del ámbito de la propia norma y bajo el manto protector de la Constitución, y es que la legalidad, inspirada en razones históricas como marco de garantía al ciudadano frente al poder político o frente al arbitrio judicial desmedido, así como en razones de seguridad y el orden legal, necesita marcar un difícil equilibrio para la mejor adaptación del precepto al supuesto de hecho concreto (S. 8 Mayo de 1985 del Tribunal Supremo español)

**Origen histórico. Se distinguen tres períodos:**

- **Iluminismo o Ilustración**, que estudia una elaboración teórica y una normativa. A nivel teórico no se puede dejar pasar la obra de Beccaria "De los Delitos y Las Penas", que en este punto, analiza el principio de la taxatividad de la ley penal en los términos siguientes: "la consecuencia de estos principios es que las solas leyes penales pueden decretar las penas para los delitos; y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social, de ello se desprende que la Ley ha de ser general, clara, redactada en la lengua nativa y escrita, condición que garantiza una cierta estabilidad". También deriva su intransigencia hacia la interpretación, que concibe como un arma de arbitrariedad de parte de quienes detentan el poder. Así, señala: "un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de la ley penal, no puede parangonarse a los desórdenes que nacen de la interpretación"<sup>24</sup>

- **El liberalismo burgués**, que tiene como marco legislativo histórico el código penal francés de 1810, también consagra el principio de legalidad encaminado a la legalización del orden que se establece. Interesa ahora discutir sobre los límites del poder estatal pues los puntos relativos al daño social, la igualdad y la imparcialidad subsisten sólo en apariencia.

- **Actualmente Alessandro Baratta**, en su análisis de un derecho penal mínimo,<sup>25</sup> enuncia como principios de limitación formal al ius puniendi estatal los siguientes:

**1. Reserva de ley o legalidad en sentido estricto.** Se debe reubicar a la pena dentro del ámbito y bajo el control de la ley, al mismo tiempo las penas extralegales bajo definiciones de comportamientos delictivos o cualquier otra forma de definición del ilícito, dentro del marco del derecho vigente y sujetas a las sanciones que en el caso corresponda, ya sean civiles, administrativas o penales.

---

<sup>24</sup>Giovanni, Leone. op. cit.

<sup>25</sup>Baratta, A. " Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en Revista...

Este principio impone limitar la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delito: "nulla poena sine lege", por consiguiente el único órgano apto para crear delitos es el legislativo.

**2. taxatividad.** La pena es aplicable sólo en los casos en que taxativamente está señalada por la ley, que a su vez debe definir todos los elementos descriptivos y normativos que conducen a su aplicación. Se excluye así la interpretación analógica de la norma penal, la cual debe ser expresamente prohibida por la ley. Exige asimismo que la técnica legislativa sea de tal manera perfecta que conduzca a una clara aplicación de las normas de parte del órgano judicial, que no exija apreciaciones subjetivas o reenvíos a valoraciones sociales, ni se traduzca en cláusulas generales.

**3. Irretroactividad.** Supone la no aplicación de penas o sus equivalentes, ni de cualquier condición que agrave la situación del imputado, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad a la comisión del hecho. Principio que comprende al sistema procesal y al de ejecución, a fin de asegurar la previsibilidad de las consecuencias negativas de la realización de una determinada conducta.

**4. Primado de la ley penal sustancial.** Persigue asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la situación del individuo en cada uno de los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal. No se puede superar las restricciones previstas taxativamente por la ley penal para los delitos de que pueda ser sospechoso, imputado o condenado, excluyendo la introducción de hecho o de derecho, de medidas restrictivas de los derechos de los individuos, tanto respecto de los órganos de policía como de los procesales y de ejecución, que no sean estrictamente necesarias para la correcta y segura aplicación del derecho penal sustancial.

Entre sus consecuencias se cuenta la tutela de los derechos de libertad frente a los órganos del Estado, los derechos del imputado, procesado y condenado, la independencia e inamovilidad de los jueces penales, el respeto del principio de la prueba y la limitación de las consecuencias negativas para el imputado en la definición de la verdad procesal y la limitación del poder

disciplinario de los órganos propuestos para la ejecución.

**5. Principio de la representación popular.** Exige que al momento de generarse el órgano legislativo (único legitimado para crear tipos) se hayan respetado los presupuestos mínimos de un Estado de Derecho en cuanto a la representatividad de los distintos sectores políticos y sociales, asimismo, al momento de generarse la norma, debe haber un funcionamiento regular de la asamblea legislativa, que asegure a la comunidad su legitimidad.

#### LIMITES MATERIALES.

##### A. PRINCIPIO DE NECESARIA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS.

A diferencia de tiempos antiguos, hoy en día la dogmática penal exige que el análisis de la penalización de conductas ha de partir del principio de "dañosidad" o "lesividad". Así, una conducta sólo puede conminarse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica, libre y materialmente asegurada<sup>26</sup>. Este principio que alcanza tanto a la criminalización como a descriminalización de conductas, teniendo presente que en el moderno derecho penal no se vincula a la inmoralidad de la conducta sino a su dañosidad social, esto es, a su incompatibilidad con una armoniosa vida en común.

La exigencia de este daño social como presupuesto de la punibilidad tiene su origen directo en la teoría del contrato social, y su máxima expresión se encuentra en la obra de Beccaria "Los Delitos y las Penas" (1738-1794).

Se define como un bien vital, "bona vitae", estado social valioso, perteneciente a la comunidad o al individuo, que por su significación, es garantizado, a través del poder punitivo del Estado, a todos en igual forma. En otros términos, "todo Estado Social

---

<sup>26</sup>Klaus Roxin, Gunter Arzt, Klaus Tiedemann, "Derecho Penal y Derecho Penal Procesal" pag. 21

deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones"<sup>27</sup>, que en conjunto constituyen un orden social, un todo integrado por todas aquellas agresiones recogidas en un tipo.

**Elementos que integran el concepto dentro del contexto de los límites al ius puniendi.** <sup>28</sup>

**1. Objeto de protección.** Son aquellos bienes considerados esenciales para la convivencia pacífica en una comunidad dada. Una acción es antijurídica cuando afecta a los "bienes jurídicamente protegidos" como la vida, la propiedad, la salud, etc.; la acción, más que meramente mala desde el punto de vista moral, debe lesionar derechos o intereses que estén de alguna forma protegidos por la ley penal.<sup>30</sup> El bien jurídico no es un bien del derecho, sino uno de los hombres; un interés vital, reconocido y protegido por el derecho. Constituye una realidad válida en sí misma, cuyo contenido axiológico no depende de un juicio del legislador, a quien sólo toca encontrarlo y reconocerlo.

Según Binding, existe un solo bien jurídico, lesionado en toda acción delictuosa: el derecho del Estado a ser obedecido por sus súbditos, sosteniendo que el objeto de las "normas" es preservarlo; no obstante cada norma tenga necesariamente un bien jurídico protegido que se identifica con los motivos que tuvo en vistas el legislador al momento de generarla.

---

<sup>28</sup> Welzel, Hans. "Derecho penal alemán", Ed. Jurídica pag. 15 y ss.

<sup>29</sup> Bustos, Juan. "Manual de Derecho Penal", Madrid, 1984, pags. 50 y ss.

<sup>30</sup> F.V.Liszt, "Tratado de derecho penal", tr. Jiménez de A. L., T.II, Madrid 1916, pag.2, citado por Miguel Soto, "Hacia..."

"Lo que está más allá del derecho y de la lesión al derecho subjetivo, no interesa"<sup>31</sup>

**2. Sujeto en quien radica la protección jurídico-penal.** En principio se acuñó el concepto refiriéndolo concretamente a personas o cosas, lo que llevo a reconocer como bien jurídico sujeto a protección, a las representaciones morales de la sociedad<sup>32</sup>. Es así como se independiza el objeto del delito de la noción de derecho subjetivo y de la de contrato social. Diferencia a que en principio se aludió entre derecho sobre el objeto y objeto del derecho.

En tal sentido, Hassemer<sup>33</sup>, desarrolla el concepto de bien jurídico personal insistiendo en uno que se pronuncia claramente en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado; los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren resguardo penal, por tanto la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona; límite en la elección de los objetos de protección penal. No obstante lo anterior, el concepto debe ser siempre lo suficientemente abierto como para permitir una decisión discrecional del legislador penal. Una concepción personal no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero los funcionaliza desde la persona: sólo puede aceptarlos cuando brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre. Así en los delitos insertos en el derecho ambiental, el bien jurídico no es en sí el medio ambiente, sino en tanto condición para la salud y vida del hombre.

**3. Protección jurídico-penal.** Es Binding quien lo integra al arsenal conceptual del positivismo jurídico, lo concibe como "voluntad legal" que el legislador tuvo en vista al dictar la norma. Concreta su teoría de las normas con la concepción de antijuridicidad

---

<sup>31</sup>Bustos, Juan. "Manual de Derecho Penal" cit. pag. 53

<sup>32</sup>Hassemer, Winfried. "Teoría personal del Bien Jurídico", pag. 280

<sup>33</sup>Hassemer, Winfried. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en Rev. Doctrina Penal, año 1989 Nº 46/47, Ed. Depalma, Buenos Aires, pág. 275 y ss.

como una lesión a los "bona vitae" que están jurídicamente protegidos, sosteniendo que el objeto de las normas es preservarlos. Esto es, cada norma tiene necesariamente un bien jurídico protegido que se identifica con los motivos que se tuvo en vista al generarlos.<sup>34</sup>

A su turno, Hassemer<sup>35</sup> sostiene que el principio de bien jurídico por sí mismo no resuelve la cuestión referida al merecimiento de la pena, que es ambivalente y, que según cual sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto en favor de la criminalización como de la desincriminación. De ello surge su posición específica en el marco de la determinación del merecimiento de la pena: una conducta que amenaza un bien jurídico es condición necesaria, pero no suficiente para criminalizarla, haciendo presente que en el ámbito de limitaciones al poder punitivo del Estado, se oponen a él los principios de subsidiariedad, dañosidad social, tolerancia, humanidad, protección de la dignidad del hombre, los fundamentos del derecho penal del hecho y las leyes penales determinadas, que hacen explícito que el legislador penal sólo puede garantizar su protección dentro de límites estrechos y con medios específicos, de manera tal que pueda cumplir su función de imponerle una barrera y evitar, o a lo menos dificultar, una adecuación precipitada del derecho penal a los intereses de la política criminal.

Agrega que la doctrina penal moderna duda sobre la efectividad del principio como límite al ius puniendi, atendido que el derecho penal en su parte especial y en sus leyes complementarias criminaliza esencialmente delitos con víctimas difusas como la economía, el medio ambiente, mediante la creación de delitos de peligro abstracto, etc., lo cual implica un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad.

---

<sup>34</sup>En igual sentido, Liszt, F. "Tratado de derecho penal", Tr. Jiménez de A. L., T II, Madrid, 1916, pág.2 y "La idea de fin en el derecho penal". Tr. Aimone, E., Valparaíso, 1984, págs. 83 y ss. y Welzel, Hans. op. Cit.

<sup>35</sup>Hassemer, Winfried. Op. Cit., pags. 275 y ss.

## B. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD O DE MINIMA INTERVENCION DEL ESTADO.

Con el principio antes analizado, sólo se explica uno de los dos presupuestos de los que las actuales concepciones del derecho penal hacen depender el poder punitivo del Estado. "Para castigar una conducta socialmente dañosa se ha de exigir además el que no existan otros medios menos gravosos para hacerle frente".<sup>35</sup> Sólo podrá hacerse uso de los instrumentos penales cuando sea ineficaz la vía civil o administrativa.

Esta idea suele explicarse mediante la frase "el derecho penal ha de ser la última ratio de la política social... es un derecho subsidiario respecto de las demás posibilidades de regulación de los conflictos...sólo se debe recurrir a él cuando los demás instrumentos extrapenales fracasan".<sup>36</sup>

Desde el punto de vista de la teoría del Estado se sostiene que este último está al servicio del individuo, el cual enajena parte de su libertad en su favor, pero sólo en la medida que le represente un beneficio vía bienestar general de la sociedad en que está inserto y a la que en definitiva pertenece, lo cual implica la convivencia pacífica y la libertad de los ciudadanos, que sólo puede verse afectada en la medida que resulte estrictamente necesario para esta meta común. En último término, las facultades y el cuestionamiento a la actuación del Estado debe buscarse en la voluntad del pueblo, manifestada en las urnas.

Alessandro Baratta realiza un estudio sobre cuáles son los principios que deben regir a un derecho penal de mínima intervención, a partir del concepto tradicional de los Derechos Humanos, el cual a su entender cumple un doble papel en el derecho penal.<sup>37</sup> En primer lugar, como un limitador. Función negativa; y en segundo lugar,

---

<sup>35</sup>Roxin y otros Op. Cit. pag 22

<sup>36</sup>Roxin y otros. Op. Cit, pag. 23

<sup>37</sup>Baratta, Alessandro. Op. Cit. pág 623 y ss.

coadyuvando a la definición del objeto de tutela penal. Función positiva.

Considera que tal concepto es el más adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal y para la articulación programática en el cuadro de la política alternativa del control social.

Realiza luego una sistematización de estos principios, señalando en primer lugar que se debe distinguir entre principios intrasistémicos, esto es, aquellos referidos a la inclusión o mantención de determinadas figuras delictivas; y extrasistémicos, referidos a criterios políticos o metodológicos para la descriminalización y construcción de conflictos y problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal.

A su vez, **clasifica los principios intrasistémicos** en formales, que implica un análisis del principio de legalidad como limitador del ius puniendi; y funcionales, estrechamente ligados al anterior, y que son:

**i. Principio de respuesta no contingente.** Los problemas sociales recogidos por la ley penal e incluidos dentro de un tipo penal deben gozar de una cierta permanencia, de manera que se satisfagan los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídico penal, uniformemente exigidos por la doctrina penal de un Estado de Derecho. De esta manera rechaza todo tipo de legislación penal de excepción, así como las normas penales aisladas dentro de ordenamientos jurídicos no penales por propiciar una proliferación incontrolada y no planificada de normas penales.

**ii. Principio de proporcionalidad abstracta.** Sólo las graves violaciones a los derechos humanos deben ser objeto de tipificación y la pena prevista debe ser proporcional al daño causado.

**iii. Principio de idoneidad.** El legislador debe realizar un atento estudio de los efectos socialmente útiles que cabe esperar de la pena: sólo subsisten condiciones para su introducción si, a la luz de un riguroso control empírico, basado en el análisis de los efectos de normas similares o análogas, en otros o ese mismo ordenamiento, y en métodos atendibles de prognosis sociológica, aparece probado o altamente probable, algún efecto útil en relación a



26153

situaciones en que se presupone una grave amenaza a los derechos humanos.

**iv. Principio de subsidiariedad.** Analizado a su vez como subprincipio dentro de las exigencias de un derecho penal de mínima intervención, en los términos vistos en la parte general de este acápite.

**v. Principio de la proporcionalidad concreta,** de la adecuación o costo social. Atendiendo al elevado costo social de la pena, este principio exige tener en cuenta que el sistema penal se aplica a sujetos de distintos estratos sociales. De ello deriva el imperativo de introducir en el reglamento de sanciones y beneficios, por razones de justicia, criterios dirigidos a limitar los efectos desiguales de la pena en los condenados y en su ambiente social, imprimiendo los criterios programáticos que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le es atribuida en la aplicación de penas, en la apreciación de atenuantes y en la concesión de beneficios.

**vi. Principio de implementabilidad administrativa de la ley.**

Atiende a la conservación del sistema penal, a su racionalización, señala que la selección hacia "los de abajo", se origina, es reflejo y reproduce las relaciones de desigualdad de la sociedad, en la gran discrepancia existente entre previsión penal de la sanción para determinados comportamientos delictivos y recursos administrativos y judiciales cuyo objeto es realizar la previsión legislativa.

**vii. Respeto a las autonomías culturales.** Es esencial, en un derecho penal protector de los derechos humanos, considerar las concepciones específicas de la realidad y los valores de las minorías étnicas y de los grupos que representan culturas diferenciadas dentro de una sociedad. Ello derivará en un límite al poder penal del Estado, que puede enunciarse como la falta de una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando pueden ser considerados normales en subculturas bien delimitadas (E.R. Zaffaroni, 1985).

**viii. Primado de la víctima.** Normalmente es ilegítimo al derecho penal pretender tutelar intereses generales que vayan más allá de los intereses de la víctima, denominado como "privatización de los

conflictos", como un camino hacia el cual se podría orientar con éxito una política descriminalizadora, que abarque buena parte de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal (L. Hulsmann 1982). Trae aparejados indicadores tales como la primacía de la indemnización a la víctima, necesidad de crear las condiciones necesarias para el restablecimiento de las relaciones entre ella y su ofensor a fin de lograr un derecho penal de mínima intervención y a la vez morigerar los efectos sociales de la pena.

### C. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Este principio representa uno de los avances más notables en la dogmática penal y en la política criminal de los últimos doscientos años. Conlleva la impunidad de los jóvenes incapaces de comprensión, los débiles mentales, exclusión de una responsabilidad por el resultado, la exigencia, como mínimo, de una negligencia en la actuación dañosa, y la exclusión de la responsabilidad en el error invencible de prohibición, que han significado sin lugar a dudas una limitación de la capacidad de imponer penas por parte del Estado, fundamentalmente desde el punto de vista del sujeto imputable y de las acciones por las cuales éste es responsable.

#### Elementos de la Culpabilidad.

a. **Elemento volitivo.** Incorporado por la teoría clásica o psicológica, para la cual la culpabilidad depende de un vínculo psicológico entre el actor y el acto, caracterizado por su contenido de voluntad más que de conocimiento<sup>38</sup>. El autor aparece considerado como productor espontáneo del acto en sus circunstancias concretas.

En este contexto, Beling la expone en dos fases: "imputabilidad", entendida como la capacidad del sujeto para dirigir la acción con conocimiento de su posible carácter antijurídico, y "modalidades de la culpabilidad", donde reconoce:

---

<sup>38</sup>Cury, Enrique. "Culpabilidad y criminología", en rev. "Tercera Epoca", Mayo-Agosto, 1970, Nº 2 Tomo XXIX, ed. Encina, Santiago, Chile.

- Dolo. Integrado a su vez por: a) conocimiento de las circunstancias fácticas que corresponden al tipo y de la antijuridicidad de la acción, y b) deseo, o tolerancia al menos de las consecuencias de la acción.

- Culpa. Mínimo grado de culpabilidad requerido, que opera aun cuando el actor no haya previsto el resultado de su acción, o aún haya descuidado esa posibilidad, creyendo que le sería posible evitarlo.

Así, acorde a una concepción realista de los elementos del delito,<sup>39</sup> la culpabilidad se identifica con cierta condición más elemental que se satisfaría con la presencia del dolo y las distintas modalidades de la culpa y se la excluiría en las situaciones como la coacción y la necesidad, afirmación en que se basó la teoría normativa, que destaca que la atribución de culpabilidad incluye un elemento de censura tan normativo como la antijuridicidad, aunque difiere de ella al consistir en una estimación de las actitudes subjetivas con las que actuó el agente.

**b. Elemento cognoscitivo.** Según Armin Kaufmann<sup>40</sup>, la culpabilidad en derecho penal exige el conocimiento de la norma lesionada, la subsunción de la acción realizada en aquella y el conocimiento de la propia capacidad de acción. No es un problema de voluntad de lesión al derecho, sino más bien de uno de conocimiento de la antijuridicidad, que debe ir acompañado de un motivo que lleve al autor a comprobar la antijuridicidad o no de su proyecto en su concreción.

Este elemento, entonces, exige que el sujeto haya podido representarse la existencia de la norma, considerando que, en todo caso, se la ha debido plantear no como "objeto necesario" sino como "posible objeto" de lesión, o la posibilidad concreta de llegar a

---

<sup>39</sup>Nino, Carlos S. Op. Cit., pág. 91

<sup>40</sup>Kaufmann, Armin. "Teoría de las normas", citado por Joaquín Cuello Contreras en "Anuario de derecho penal y ciencias penales" tomo XXXIX, año 1986, pags. 837 a 861.

representársela, entendida como algo menos que intención de vulnerarla y algo más que la mera representación de la eventual lesión. La posibilidad o duda de lesión debe ser el motivo que pudo llevar a comprobar la efectiva lesión, esto es, al conocimiento fehaciente de la norma realmente lesionada.

Acorde a lo anterior, la moderna teoría de la culpabilidad ha desembocado en un estudio del autor de la conducta. En primer lugar analiza si ese sujeto ha podido o no representarse la lesión y si en el caso pudo o no comportarse efectivamente de otra manera. El autor ha debido poder llegar a la representación del resultado (capacidad de acción) y de la norma infringida; a falta de cualquiera de estos elementos, no hay capacidad de culpabilidad.<sup>41</sup>

En consecuencia son incapaces de responsabilidad penal quienes no tienen capacidad de respuesta frente a las normas.

De ahí la necesidad de establecer un criterio de distinción entre los que tienen libertad y los que no la tienen (incapaces de culpabilidad), partiendo de la base que el derecho penal se basa en el reconocimiento de que los hombres se pueden determinar en sus conductas mediante normas y valores, sobre todo cuando unas y otras se interponen a través de la coacción; cuando ello ocurre, la sociedad consigue la paz y la seguridad jurídica. Quien infringe la norma penal, genera una perturbación en la conciencia jurídica que reaparece al afirmar las normas su validez mediante el castigo del delincuente.

#### **Garantías derivadas del Principio de Culpabilidad, en el contexto de los límites al Ius Puniendi estatal.**

Las garantías derivadas de este principio, que para la generalidad de autores constituyen las victorias del derecho penal moderno, que no permite ya ningún retroceso, entre las cuales se cuentan la proporcionalidad entre el delito y la pena, la exclusión del delito cualificado por el resultado y la diferenciación entre dolo e imprudencia, han significado que algunos autores continúen

---

<sup>41</sup>En tal sentido, Roxin Klaus, op. cit. Eckhard Horn. Op. Cit.

aceptándola no obstante las serias dudas que manifiestan en la admisión del libre albedrío o del reproche que ésta implica.

En general sus partidarios, aducen en su favor que garantiza la proporcionalidad entre delito y pena, limitando así el ius puniendi del Estado, conforme a lo cual a mayor culpabilidad mayor pena y viceversa, puesto que siempre debe existir correlato entre ambas, atendido el interés individual de libertad. Para que la pena resulte limitada desde un punto de vista preventivo, el criterio de referencia de la proporcionalidad sólo puede ser el interés público en la lucha contra la criminalidad, conforme al cual, una pena sólo es desproporcionada si no resulta exigida por los fines preventivos; visión que no limita el poder punitivo. Sin embargo, el concepto tradicional no es apto en este afán limitador, puesto que entre una decisión de robar y una de matar no hay diferencia en cuanto al grado de libertad, por lo cual debieran recibir la misma pena, al haber manifestado los sujetos la misma culpabilidad<sup>42</sup>.

Otra garantía, que según Roxin emana de la culpabilidad, es la exclusión de la responsabilidad de aquellos que son incapaces de culpabilidad, ya sea porque el derecho los ha calificado como inimputables, ya sea porque no tuvieron la capacidad concreta de representarse la antijuridicidad de su conducta, o de quien, pudiendo representarse la existencia de la norma lesionada, no pudo actuar de modo diverso.

Otra garantía derivada del principio de culpabilidad es que excluye la responsabilidad objetiva; en tal sentido, desde una perspectiva estrictamente causalista de la teoría del delito, sólo existen dos formas de culpabilidad: la dolosa y la culpable, no cabe por tanto la responsabilidad por la mera causación de un resultado lesivo para un bien jurídico que no ha sido querida ni ha sido

---

<sup>42</sup>Gimbernat Ordeig, "Prólogo a la 1ª edición del código penal de la editorial tecnos, 1983, pag XVII; Etcheberry, "La Culpabilidad como fundamento y medida de la pena", Rev. de Ciencias Penales (Chile) Tercera época, Tomo 32, Nº1 Enero-Abril 1973, págs. 9 y ss., quien no obstante admite la culpabilidad como fundamento de la pena.

previsible en lo absoluto. No existe una "forma objetiva" de culpabilidad, no puede perseguirse a un sujeto por haber causado por azar daño a un bien jurídico.

Para el finalismo, sin embargo, la explicación es distinta. El dolo y la culpa ya no son formas de culpabilidad sino que dan lugar a distintos tipos de injusto. La responsabilidad objetiva es excluida en el marco de la antijuridicidad, dado que los tipos sólo pueden ser o dolosos o imprudentes; no puede exigirse responsabilidad penal a quien, de forma puramente fortuita, ocasiona un resultado lesivo, por no haber determinación causal de los cursos causales.

En este esquema, resulta insostenible la afirmación de que es el principio de culpabilidad el que determina la exclusión de la responsabilidad objetiva, de ahí que varios autores españoles, que siguen el esquema finalista, tiendan a distinguir, de una parte el principio de culpabilidad, y de otra la exclusión de la responsabilidad objetiva. Muñoz Conde al respecto dice que "la inadmisibilidad de la responsabilidad por el resultado, que se suele ver como una consecuencia del principio de culpabilidad, resulta por tanto de la propia función del tipo"<sup>43</sup>, o bien de configurar al caso fortuito -que excluye la responsabilidad por falta de dolo o imprudencia- como una causa de justificación o de atipicidad<sup>44</sup>.

Siendo así, podría criticarse a Roxin por contradecirse al aceptar el esquema finalista y deducir la culpabilidad de la supresión de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, él podría aducir que es irrelevante, puesto que mantiene la doble posición del dolo (a modo de ejemplo: Roxin, "problemas básicos de derecho penal, págs. 119 y 143, "Introducción a la política criminal y sistemas

---

<sup>43</sup>Muñoz Conde, "Funktion der Straform...", citado por Antonio Cuerdo Riezu, en comentario a obra de Klaus Roxin: "Acerca de la problemática del derecho penal de culpabilidad", en Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, año 1986.

<sup>44</sup>Luzón Peña, "Aspectos esenciales de la legítima defensa", en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1978, pag 122 y 251; Bustos Ramirez, "Manual..." pag. 222

de derecho penal" pag. 12), como parte del tipo de injusto y de la culpabilidad. Se contraargumenta esta hipotética respuesta señalando que tal garantía resulta superflua, pues si el injusto, entendido finalmente ya, impide que sean típicas las causaciones de resultados no dirigidas finalmente, no hay necesidad de realizar el análisis de culpabilidad.<sup>45</sup>

Otra consecuencia que se suele derivar del principio de culpabilidad es la distinción entre dolo e imprudencia, en el sentido que la mayor gravedad del primero respecto de la segunda, sólo es explicable a partir de una mayor culpabilidad en el hecho doloso que en el imprudente; sin embargo si atendemos, como se vio, que el esquema finalista no acepta la distinción entre responsabilidad dolosa e imprudente, sólo el injusto puede dar una razón suficiente de la sanción más grave en el caso del delito doloso.

#### **Críticas al principio de culpabilidad.**

Se critica al principio de culpabilidad porque conlleva a la pena retributiva, lo cual atentaría contra el Estado democrático de derecho. Roxin se hace cargo de ella y piensa que su superación depende del paso de una concepción bilateral a una unilateral de la culpabilidad. La alternativa del bilateralismo (defendida por los partidarios de las teorías absolutas) supone que no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad, sino también que la culpabilidad requiere necesariamente y en todo caso de pena.

Sin embargo el unilateralismo, preconizado por Roxin, entiende que la pena exige culpabilidad, pero ésta no conlleva necesariamente una pena, la cual debe aplicarse tan solo cuando las necesidades preventivas tanto generales como especiales lo requieran.

Si se atiende como criterio de distinción a la dañosidad social, o la peligrosidad objetiva de la conducta, el hecho doloso aumenta

---

<sup>45</sup> Antonio Cuerda Riezu, en comentario a obra de Roxin "Acerca..."

el grado de peligro para el bien jurídico, dado que el autor pone los medios necesarios para alcanzar el fin deseado con su acción, cual es su lesión efectiva; en cambio en la acción imprudente, el sujeto no quiere menoscabarlo, sino que actúa de manera descuidada a su respecto; si bien le hace peligrar, las posibilidades de lesión son ciertamente menores. Asimismo, la amenaza para la vigencia de la norma y del ordenamiento jurídico es mayor en el caso del injusto doloso que en el del imprudente y el infractor doloso deberá dar mayores garantías a la sociedad respecto de su actuar futuro para los efectos de su reinserción que el imprudente.

Otro criterio al cual se recurre es al grado de motivación que requiere el individuo para cumplir la norma. En tal sentido se señala que en el caso del injusto doloso se requiere una motivación interna, no así en los injustos imprudentes.

Finalmente se utiliza como criterio la situación de la víctima, en el sentido que es mucho más vejatoria socialmente la agresión dolosa, porque, a más del resultado dañino que contiene, implica una deshonra en la comunidad de mayor intensidad para la víctima.

Con estos criterios se pretende evidenciar por los autores la posibilidad de prescindir de la culpabilidad para los efectos de explicar la mayor sanción en el caso de los injustos dolosos, al mismo tiempo se sostiene que esta solución es obligada cuando se acepta una esquema finalista, el cual como se vio, centra el problema en el campo del injusto.

#### **DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO.**

Hemos destacado que, la razón y la crítica, en el siglo XVIII, buscaban una transformación y renovación del mundo y de la forma de vida. El objetivo es alcanzar la libertad y la felicidad. Para alcanzar dichas metas, se valoran principios que incluso el Estado Absoluto hace propios justificando su poder argumentando ser el más propicio para llevarlos a cabo.

La reforma de la Ilustración atañe también al Derecho Penal, en cuanto éste es poder de control frente a los súbditos. Ella se asienta en tres grandes principios: configuración y consagración del dogma o axioma de la legalidad; supresión o atenuación de los

delitos que no se condicen con los valores de la época (equivale a lo que en la actualidad se denomina descriminalización del Derecho Penal); humanización o mitigación de las penalidades.

Atendiendo a lo anterior consagran los principios de personalidad de las puniciones, y proporcionalidad de la pena y el de legalidad, cuyo corolario y complemento es el de culpabilidad, pues al ser la finalidad del primero garantizar la certeza, seguridad y libertad del individuo respecto a la significación y a las posibles consecuencias penales de sus actos, no se le podrá responsabilizar por lo que no se ha podido representar, o pudiendo no lo hizo, o habiéndolo hecho, no estaba en sus manos evitarlo por lo que no puede ser objeto de reproche.

El Derecho Penal es también objeto de transformaciones en su aspecto procesal, en tanto actuación concreta del ius puniendi del Estado sobre la libertad del hombre, su felicidad y seguridad, pues los más graves y mayores peligros para sus derechos fundamentales, provienen de las deficiencias de los procedimientos criminales, así como de la regulación, o falta de ella, de la ejecución penal. Pero la reforma no es total, tanto es así, que aún hoy son estímulos por satisfacer.

Es en la Ilustración y sobre todo, en su evolución alcanzada en el Iluminismo, donde se determinan las garantías que ponen freno a las más terribles consecuencias del poder punitivo estatal absoluto y sin limitaciones para los valores esenciales de los cuales depende la convivencia pacífica. La base de este pensamiento es la filosofía del contrato social. Tal es el Estado de Derecho y, específicamente, el Derecho Penal Liberal o Moderno.

El Estado es garante de la realización de los derechos del hombre y como tal debe estar sujeto a una regulación que satisfaga tal postulado: el Estado de Derecho vendría a constituir la forma de satisfacerlo.

Formalmente, Estado de Derecho es el que posee un sistema de leyes expresamente establecido, formulación positivista jurídicamente insatisfactoria, puesto que calificar como tal a toda organización política que se regule por un conjunto de leyes, implica reconocerle esa calidad a sistemas totalitarios, que también disponen de

normas disciplinadoras de la vida social, que en última instancia, puede suprimir o alterar para que dejen de tener validez general o no se apliquen en ciertos casos especiales. Es así como para Kelsen, desde la perspectiva de las ciencias jurídicas, el derecho del régimen nazista sería uno para ser lamentado, pero imposible de ser negado.

Lo anterior acentuó la necesidad, para cumplir el postulado, de que se reconociera la existencia de leyes que no constituyen derecho, como, a su vez, existe derecho que no adquiere la consistencia de una ley. De este modo, no constituirían derecho las leyes arbitrarias impuestas por el sólo poder de coacción del Estado.

Hans Welzel, por su parte, señala que una orden impuesta por la fuerza no se convierte en jurídica sino en el momento en que se inclinan en su favor la mayor parte de las fuerzas morales de un pueblo, es decir, cuando el comportamiento inequívoco del pueblo le reconoce la propiedad de ser una pauta orientadora de las conductas. Sostenía que "el Estado queda dispensado, en las situaciones de excepción, de hasta las últimas ataduras jurídicas, como la de la tipicidad de las normas del Derecho Penal"<sup>46</sup>. Para él, es de la esencia del Derecho el ser real, y por tanto el contenido de sentido de la vida reposa en tareas obligatorias que impone la "situación histórica cambiante", a las que corresponden también las normas de un derecho histórico, de modo que la tutela de bienes jurídicos por parte del legislador sólo tiene un propósito negativo de precaución, policial-preventivo. Lo que importa al Derecho Penal, más que el actual resultado positivo de la acción, es la "permanente tendencia positiva" de los súbditos del derecho.

Siguiendo a Welzel, el legislador está sometido a dos límites inmanentes al Derecho positivo, uno constituido por las estructuras lógico-jurídicas, que atraviesan integralmente lo jurídico, vinculan al legislador con el objeto que desvalora, pudiendo relacionarlo pero no alterar su ser, así la valoración debe respetar la

---

<sup>46</sup>Politoff, Sergio. Cita hecha en "Sistema Jurídico-Penal y Legitimación Política en el Estado Democrático de Derecho", en Rev. Chilena de Derechos Humanos, Nº 11, 1.989.

estructura del ser del objeto, ya que su desconocimiento hace que recaiga en un objeto distinto o en el vacío; y otro constituido por la "autonomía ética del prójimo", principio material inmanente, que no puede ni debe ser violado por ninguna disposición estatal, límite al arbitrio del poder y reconocimiento de la libertad del hombre.

En un Estado de Derecho obligan, sin ser leyes, los principios derivados de la idea de justicia, basada en la autonomía moral del ser humano, a quien se debe reconocer una dimensión jurídica que el Estado o la colectividad no pueden sacrificar. Por ende, será contraria a Derecho toda situación que rebaje al hombre a nivel de objeto.

Las teorías iusnaturalistas, en este sentido, coinciden con aquellas que deducen la idea de justicia ya del principio de igualdad, ya de la adecuación de los medios para alcanzar un fin recto, en cuanto consideran al hombre como un ser supraestatal.

La concepción iluminista del Derecho Natural, fruto del racionalismo del siglo XVIII, funda todo el poder en el cuerpo social instituido por los hombres, cuyos derechos son anteriores a ellos; la libertad, condición inherente al ser humano, sólo comportará sacrificios en la estricta necesidad de la vida colectiva, en función de la libertad de los demás.

El iusnaturalismo Escolástico o Tomista, deducido también de la naturaleza racional del hombre, identifica la idea de derecho con la de justicia como imperativo absoluto. Así, siempre que ella sea observada, se respetarán implícitamente la dignidad y las libertades humanas, exigencias de ésta como fuente sustancial del derecho positivo, a las cuales debe inclinarse el legislador.

El reconocimiento de la dignidad humana es una garantía para la libertad, y debe ser inspiración constante de toda legislación, por ser la persona el valor cultural supremo, a partir de la era moderna principalmente, pues anteriormente sólo algunos tenían y se les reconocía tal dignidad.

Ya fuera del ámbito de las teorías iusnaturalistas, Gustav Radbruch, afirma que "cuando en la formulación del derecho positivo

se deja de lado, conscientemente, la igualdad, entonces no estamos ante una ley que establece un derecho defectuoso, sino ante un caso de ausencia del derecho. Porque no se puede definir el derecho, inclusive el Derecho Positivo, sino diciendo que es orden establecido con el sentido de servir a la justicia"<sup>47</sup>.

Para los finalistas, la idea de justicia se concibe como una acción correcta jurídicamente por constituir un medio proporcionado, correcto, no reprochable, para la consecución de un fin recto.

Todas estas construcciones, basadas en premisas diferentes, enfatizan un punto común, que el Derecho no puede nunca perder de vista el respeto a la personalidad del hombre, concebida como su autonomía y libertad de decisión. En consecuencia, Estado de Derecho Sustancial será aquél que se autolimita para respetar los derechos individuales, aquellos que constituyen una esfera sagrada que a la autoridad social no le es lícito penetrar con violencia o sin justicia. De manera que el rasgo que lo identifica es el grado de garantía que rodea a los individuos que lo conforman. En él la autoridad debe ser puesta al servicio de la libertad de la persona humana, sin perjuicio de los superiores y legítimos intereses de la colectividad.

El Derecho Penal que le corresponde, es uno imbuido por sus mismos postulados, radicado históricamente su sistema de conceptos jurídicos fundamentales en el Derecho Natural Laico o Derecho Racional, que tuvo la importancia de aportar la sistematización global de la ciencia jurídica y la construcción de su parte general. Se consagra como una esencial e insustituible función protectora de la libertad del hombre frente al poder sancionador del Estado, al garantizar la elaboración de un sistema jurídico y de categorías fundamentales que posibilite la seguridad y certeza de la justicia penal o, en otros términos, la adecuación a la idea de Estado de Derecho de las medidas consagradas en el Derecho Penal, esencialmente aflictivas de las libertades del hombre.

---

<sup>47</sup> Muñoz Nieto, Alcides. Cita hecha en "El Estado de Derecho y la Seguridad Nacional", en Rev. de Derecho Penal y Criminología, vol. 2 Nº 8, 1979, pág. 55

Dentro de la idea de Estado de Derecho es posible, y hasta necesaria, la influencia de conocimientos y ciencias extrapenales, que fomenten el proceso de una mayor racionalización del Derecho Penal, tan profundamente irracional en sus orígenes históricos.

Los Estados modernos, en especial los de occidente, influidos por los postulados libertarios del siglo XVIII y el basamento humanista proporcionado por la cultura cristiana, deben aceptar que el ordenamiento punitivo no sólo es un mecanismo de fuerza, sino, principalmente, un arbitrio jurídico al servicio del bien común, que aunque se impone al hombre, debe respetarle como un ser personal, libre y revestido de dignidad.

#### **DERECHO PENAL DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO.**

Luego de la aparición del Estado como ente sobre el cual se organizan los individuos en un territorio determinado y con una forma de gobierno dada, surgen diversas formas del mismo, basadas en la preponderancia o en el equilibrio armónico sociedad-individuo.

El Estado es gobernado por el derecho emanado de la voluntad general expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional. El ejercicio de los poderes públicos representa determinadas garantías formales, límites que aseguran la salvaguarda de la esfera de libertad formalmente reconocida a los ciudadanos de la que el Estado es garante.

El Antiguo Régimen -siglo XVIII- con su autoritarismo, absolutismo y arbitrariedad, donde no existe ningún control a la autoridad, es el que origina las doctrinas fundantes del Estado liberal de derecho y, por ende, del Derecho Penal Liberal.

Los iluministas y el pensamiento revolucionario francés partieron de una premisa fundamental: el Derecho Penal no es legítimo; sólo tiene una fundamentación plausible por no ser un fin en sí mismo, al igual que el Estado. Conceptos ligados estrechamente por cuanto aquél es el último instrumento de éste. En consecuencia no tienen una justificación absoluta; como Beccaria decía, el Estado es un instrumento para la felicidad de las personas.

Con la teoría liberal clásica surge el Estado-Gendarme, que se limita a la función de protección de todos sus ciudadanos frente a acciones que trasgreden sus esferas de libertad, y a la de hacer cumplir los acuerdos adoptados dentro de la comunidad. Es un Estado Mínimo en un cambio radical de la institucionalidad política.

Los principios igualitarios y libertarios de la Revolución Francesa se hacen presentes en el Derecho Penal, originando el llamado "Derecho Penal Liberal", para distinguirlo del que hasta entonces regía, que era principalmente un derecho penal del terror. Así, el Estado Liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, en cuanto éste no vulnere los derechos y libertades de cada uno de sus miembros, quienes le han delegado imperio para actuar en defensa de sus intereses, mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad, limitándose su acción y asegurando garantías jurídico-formales del ciudadano. Así, se aprecia la libertad del individuo como postulado esencial, sin más limitaciones que las destinadas a preservarla a los demás individuos, por cuanto éstos, en el Estado de Naturaleza, gozan de una perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus posesiones, sin requerir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro, sólo atribuyen poder al Estado en tanto sea necesario para asegurar la pacífica convivencia en común y la libertad individual.

Principios ineludibles del Estado Liberal son los de igualdad, en tanto presupuesto sin el cual no parece posible el ejercicio de la libertad, y la dignidad, en cuanto afirmación de que los hombres constituyen un fin en sí mismo, que todos están obligados a respetar, cuyo corolario consiste en que no debe ser mirado como un instrumento o utensilio al servicio de otro(s). Forma de Estado ya vislumbrado en la época de la Ilustración, al surgir en oposición a la monarquía el gobierno republicano, que envuelve el concepto de participación, más o menos amplia, del pueblo en la generación de los gobernantes y limitación del poder gubernamental mediante su división entre diversas autoridades, y posibilidad de control más o menos profundo y eficaz de los actos gubernamentales.

En el siglo XIX, con el advenimiento de las monarquías limitadas, cambia el concepto de "república", y se concentra en rasgos de jefatura de Estado, confiada a mandatarios elegidos, de duración

temporal, definida, renovables periódicamente y responsables de sus actos. Así, por influencia del pensamiento liberal individualista, que surge como reacción a los excesos del Antiguo Régimen, el concepto de sociedad fue objeto de transmutaciones, al negarse toda comunidad intermedia entre individuo y Estado, hecho que constituyó el rasgo esencial o común de concepciones sociales tan opuestas como el individualismo y el colectivismo estatal.

Dentro de la concepción del Estado Liberal, el individuo es la realidad primaria y el ejercicio de los poderes públicos representa determinadas garantías formales, límites que aseguran la salvaguarda de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los individuos. Responde a la preocupación de defender a la Sociedad del Estado, por medio de la técnica formal de la división de poderes (planteada por Montesquieu) y el principio de legalidad, limitando su acción y asegurando garantías jurídicas meramente formales al individuo. Pero, junto a los cambios producidos en la concepción del poder y sus detentadores, con los postulados de la Ilustración, se inicia también la modernización del Derecho Penal, traducida en una morigeración de las penas, al exigirse "dañosidad social", en cuanto protección de bienes jurídicos, como presupuesto de punibilidad, expresión que se encontraba ya en la obra de Beccaria "De los delitos y de las penas"; y, una reducción del poder punitivo del Estado.

La doctrina de la época pretende, por un lado, dar un sentido de certeza a los delitos y a las penas a través del principio de legalidad; y, por otro, destacar la culpabilidad en la conformación del delito. De manera que el Derecho se orienta hacia el respeto del ser humano, consagrándose en forma cada vez más perfeccionada la construcción dogmática del delito; en este sentido, la entrada del principio de culpabilidad importa una destacada contribución a la seguridad en la aplicación de la ley penal, en cuanto la pena aplicable al caso concreto, no debe rebasar el límite impuesto por la culpabilidad del trasgresor; a su vez, la tipicidad, al exigir la descripción del hecho típico, no sólo perfecciona el principio de reserva -"nullum crimen, nulla poena sine lege"-, sino que otorga garantía y seguridad jurídica. Así, se busca una relación válida persona-Estado, en un marco de justicia.

El fundamento político del Derecho Penal depende de la función que se atribuye al Estado, de igual modo la concepción de la función de la pena dependerá de ello. El ideal de la Ilustración, con el cual se engarza el Estado Liberal de Derecho, es el de que la libertad del hombre, en cuanto ser dotado de razón, es previa a la organización estatal. La teoría penal correspondiente concibe al delito como una producción del libre albedrío, como una enajenación de la persona autónoma, que, en libertad, se contrapone a la ley y, por tanto, los fines de la pena sólo pueden consistir en la retribución e intimidación. No obstante, ya en esa época se era consciente de que la libertad del individuo no puede ser presupuesta sin más, en cualquier caso no de facto, en tanto libertad orientada sobre la base de la razón.

La lucha de las Escuelas Clásicas y Modernas es precisamente la toma de postura respecto del libre albedrío, en su favor o en su contra. Por ende, a la pena se le atribuyó tanto una función preventiva como retributiva del mal causado, según fuera concebida al servicio del hombre empírico o ideal.

La fundamentación del Estado y Derecho Penal Liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad mediante la prevención de los delitos, pero también tuvo importancia la concepción retributiva de la pena, defendida por Kant y Hegel, en cuanto exigencia absoluta de justicia. Las discrepancias existentes entre ambas posturas, respondía a una distinta concepción del hombre, al que según ambas, -en cuanto liberales- debía servir el derecho.

Abandonado el planteamiento idealista, del retribucionismo liberal quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar más allá de la gravedad del hecho cometido, garantía que puede exigirse también sin necesidad de renunciar a su función de prevención.

Con esta nueva concepción del Estado y su poder punitivo, éstos ya no derivan de una disposición divina, sino en un concierto de voluntades; al empezar a producirse la separación Estado-Iglesia, se produce también la supresión de penas que castigaban conductas consideradas heréticas o que contraviniesen al orden religioso. El

Derecho Penal surge como protector en última ratio de bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia pacífica y respetuosa de las libertades del hombre, a partir de aquéllos surgirán consecuencias decisivas en el terreno de lo que es injusto y punible, separándose el Derecho de la moral y la religión (o por lo menos pretendiendo tal separación).

La ley penal cumple la función de protección con su carácter fragmentario y subsidiario, en cuanto interviene sólo cuando no existen otros medios de control menos gravosos para hacer frente a la conducta infractora, principios vinculados estrechamente al de mínima intervención, que legitima la protección selectiva de ciertos bienes jurídicos en detrimento de otros. Tales son las características que distinguen al Derecho Penal en un Estado Liberal de Derecho.

#### **EL DERECHO PENAL DEL ESTADO INTERVENCIONISTA.**

En él se reconoce como valor supremo al Estado y se funda la dimensión del individuo en su participación proporcional en el valor de aquél. La persona humana es absorbida en la sociedad y al Estado se confiere un control absoluto sobre las actividades de los ciudadanos; el individuo sólo tiene los derechos que le confiere la voluntad de la colectividad de la que forma parte.

En este modelo de Estado, que prioriza el aspecto social sobre el individual, e incluso, "intereses" del Estado, en cuanto resguardador y detentador del poder delegado por sus miembros, sobre los "intereses", esencialmente egoístas, de éstos particularmente considerados, va incorporado, implícita o explícitamente, el intento de derrumbar las barreras que separan en el Estado Liberal a Estado y sociedad. Así, su acción se erige en motor activo de la vida social, llamado a modificar las efectivas relaciones sociales, en cuanto a lograr sustancial y no sólo formalmente el desarrollo integral de sus miembros, creando o asegurando condiciones de igualdad de tratamiento y acceso a los beneficios que otorga la convivencia no egoísta y fraterna de una comunidad colectiva sana.

Lo anterior a la larga llevó a un distanciamiento y relajamiento de las garantías liberales, por cuanto para conseguir tal objetivo

se trasgrede incluso la libertad y dignidad del individuo, tan caras a la humanidad; y es así como en estos modelos se privilegia la supuesta "razón de Estado", que atribuye una desproporcionada gravedad a los atentados contra el propio sistema de gobierno, y se recurre con frecuencia a una normativa que exalta su institucionalidad, creando tipos penales en blanco, que por su amplitud e imprecisión van en desmedro de los derechos esenciales de la persona humana, lo que contraviene abiertamente la adhesión a los derechos fundamentales que reconoce.

Sin embargo, se caracteriza por asumir una función de incidencia activa en las relaciones sociales llevadas a cabo en la comunidad respectiva. En él, el Derecho Penal, instrumento de control social, formalizado y esencialmente represivo, y la pena, sólo pueden tener una función de prevención, de lucha contra el delito, al ser la delincuencia fenómeno real de existencia social; pero el peligro es que el Estado puede llegar a esgrimirlo como arma contra la propia sociedad, por cuanto, como titular del poder puede revestir al recurso punitivo de formalidad y de una aparente legalidad, al criminalizar acciones no agraviantes a un bien jurídico que implica un ilícito penal.

De este modo, el carácter garantizador de la Teoría del Delito y del principio de legalidad que se le asigna al tipo penal se ve atacado, puesto que el principio de reserva (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), si bien asegura que la ley previamente determine la pena con que se castiga un delito, no garantiza que la acción prohibida esté previa y específicamente determinada, ya que basta un enunciado genérico de la prohibición para entrar en la incerteza de la acción reprobable, y entregar así, al poder del Estado, una variada y adaptable capacidad represiva con los llamados "tipos penales abiertos", en los que la conducta punible es tan genérica o vagamente descrita, que debilita o contribuye a diluir la garantía que se le asigna.

En tal sentido se pierde de vista su objetivo principal, cual es el hombre, y la sociedad organizada en aras de una convivencia pacífica, respetuosa de la dignidad de cada uno de sus miembros.

**EL DERECHO PENAL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.**

El Estado Social y Democrático de Derecho es un concepto acuñado en los últimos tiempos y surge a raíz de las limitaciones y excesos que conllevan dos tipos de Estado dominantes en el mundo -Liberal e Intervencionista-, considerados eminentemente antagónicos e irreconciliables uno del otro.

Tal expresión pretende fundar una nueva concepción o, mejor dicho, una renovación y mejoramiento de las concepciones sobre la teoría de la pena y el ius puniendi del Estado, al buscar conciliar aspectos en apariencia tan distantes como poder punitivo del Estado y dignidad fundamental del ser humano.

Concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios del Estado Liberal y del Estado Social, que pretende la superación de sus componentes básicos aisladamente considerados, con el agregado de una tercera característica esencial: la democracia.

Respeto al individuo, en cuanto sujeto sobre el cual se ordena y racionaliza la comunidad a fin de lograr una sana convivencia entre sus miembros, con pleno respeto de cada uno de ellos, fin de las normas y de toda organización social y no su medio; a la sociedad, por su carácter de comunidad organizada para el pleno desarrollo del individuo; la democracia, forma más plausible de respetar la dignidad y libertad humanas, considerando a las minorías; y el intervencionismo estatal, como organización política de protección de esa dignidad y consagración del respeto por el otro.

El Derecho Penal es denominado "Ciencia Penal de la Libertad" y no Derecho Penal Liberal.

Según Alvaro Pérez Pinzón, en tal Estado se atribuye al Derecho Penal una función de impulso por cuanto la respuesta penal se concibe como instrumento de progreso para el desarrollo y mejoramiento del orden social, cumpliendo un objetivo promocional de conductas socialmente admisibles. En tal sentido, pasa de ser un instrumento de control a uno de dirección.

En él se encuentran las características esenciales para una convivencia social armónica, pacífica y justa, al reconocer y garantizar la libertad y dignidad del hombre. Ello es posible gracias a la división de funciones del poder (ejecutivo, legislativo,

judicial y administrativo); a la legalidad de los actos de autoridad (materia y territorio); al imperio de la ley (ilegitimidad de actos de autoridad que no estén apoyados por una ley previamente dictada y en vigencia); a la garantía efectiva de los deberes que impone la vida comunitaria, y a la garantía de los derechos humanos. Máximas que se consagran en la Carta Fundamental del Estado que detenta tal concepto filosófico político, la que a su vez debe respetar los principios de legitimidad (estructura normativa producto de una competencia legítima y de auténtica realidad social de la comunidad dada); validez (poderes o facultades de expedición de la norma fundamental deben ser legítimos); vigencia (aceptación y acatamiento de la norma por la sociedad a cuya regulación está destinada), y rigidez de la norma (vocación de permanencia, en cuanto mayor grado de exigencia para su forma).

Columna vertebral de este Estado son los tipos de controles a que está sometido, a saber, control de Constitucionalidad, primero y esencial, busca hacer efectivo el principio de primacía constitucional, en virtud del cual toda la estructura normativa debe estar sujeta a la Constitución, tanto formal como sustancialmente; control de Legalidad, mira a los órganos aplicadores del derecho por cuanto deben sujetarse a la ley, y por ende, a la norma fundamental; y control Social, se vincula al control de la conducta de los particulares cuando lesionan o ponen en peligro normas fundamentales o básicas de la organización social, entre ellas los derechos humanos. Control formalizado que corresponde al Derecho Penal como instrumento garantizador de la organización social establecida.

Su aplicación puede afectar derechos reconocidos y garantizados por la norma básica fundamental, pues en última instancia constituye poder punitivo del Estado, por ello se exige una garantía más, la brindada por el Derecho Procesal Penal al garantizar la imposición de una pena como consecuencia de un juzgamiento, por motivos previamente establecidos en la ley, ante autoridad competente y preestablecida en ella (no por comisiones especiales de última hora) y mediante el agotamiento de procedimientos también legales y establecidos, acordes a los principios y garantías reconocidas en la norma fundamental.

Así, "si el Estado democrático decide incriminar una conducta debe, al mismo tiempo, individualizar el objeto de protección de la

norma penal correspondiente.... Significa señalar claramente ... lo que realmente protege. Se trata de que el bien jurídico protegido por el precepto penal sea una expresión real de la superación de la contradicción que se genera entre el Estado como monopolizador de la coerción y la libertad que el Estado democrático reconoce y garantiza a los individuos"<sup>48</sup>.

Para Mir Puig, la constitucionalización de este modelo implica un principio valorativo supremo, que debe orientar toda elaboración de la dogmática Penal, por tanto señala que ésta, "como elaboración del Derecho Positivo, cuenta con una premisa valorativa fijada por el ordenamiento jurídico que debe inspirar todo el estudio del derecho penal. En particular, la de qué función se le atribuye a la pena... Y una vez fundada constitucionalmente, también la teoría del delito puede orientarse, y es conveniente que así sea, en base al mismo fundamento, pues esta teoría no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, traza límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permite atribuir a la pena. No sólo la pena, sino también el delito ha de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la parte general del derecho penal"<sup>49</sup>.

En tal sentido, las tendencias modernas consideran la función de la pena en atención a la prevención, lo que, según las reglas esenciales de esta concepción de Estado, "implica su sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y dignidad de la persona humana"<sup>50</sup>, de manera que el ius puniendi pasa

---

<sup>48</sup>Hormazabal Malaríee, Hernán. "Política Penal en el Estado democrático", cit. en "El poder penal del Estado", p. 155

<sup>49</sup>Mir Puig, Santiago. "Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho", Bosch, Barcelona, 1.982.

<sup>50</sup>Bustos, Juan. "Política Criminal y Dogmática", cit. en "El Poder Penal del Estado", homenaje a Hilde Kaufmann, 1985.

a ser el ejercicio reglado de la soberanía que la organización social le ha entregado.

En este modelo, el Derecho Penal se restringe a hipótesis de lesión sumamente graves y el derecho procesal penal, marco de su operatividad, se amplía en cuanto extensión máxima de garantías del individuo, previstas, reconocidas y amparadas tanto en Constituciones Políticas como en Tratados Internacionales y en la propia ley penal.

Es netamente un Derecho Penal Mínimo puesto que, regula sólo porciones determinadas como los más graves atentados a la convivencia pacífica de una comunidad, dentro del espectro de lo antijurídico (es fragmentario); la agresión penal que establece sólo procede cuando fallan los demás medios de control social, tanto formales como informales (última ratio); sólo la ilicitud más grave entraría a ser objeto de reproche punitivo (accesoriedad o subsidiariedad); coercitividad de sus normas para contrarrestar las conductas punibles; y, sólo interviene en los casos de ataques más graves a bienes jurídicos de mayor trascendencia (mínima intervención).

Todo ello implica un límite expreso al ius puniendi al ubicar a esta rama del derecho en su correcta y exacta posición de última instancia a la que se puede acceder para dirimir los disturbios a la convivencia pacífica, o recurso final del Estado de Derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada.

Son características orientadas a estrechar o restringir su ámbito de aplicación en busca de la mayor deslegitimación del mismo al pretender o proponer otros instrumentos o alternativas frente a los disturbios, que con su normativa, aflictiva de la dignidad esencial del hombre, trata de solucionar.

Se trata de que en un Estado democrático de derecho, respetuoso de la dignidad humana -lo que involucra ciertamente al delincuente y con mayor razón al procesado-, se restrinja el Derecho Penal por una serie de límites, no sólo formal sino sustancialmente acogidos. La pena ha de cumplir la función de prevención de los hechos que atenten contra bienes jurídicos básicos reconocidos universalmente, o por lo menos, en Tratados Internacionales aprobados por

la gran mayoría de los Estados, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta la infracción del orden jurídico quebrantado.

Para Santiago Mir Puig, el planteamiento preventivista, forzoso en el Estado al servicio de la sociedad, selecciona los comportamientos que han de prevenirse y prohibirse bajo pena, en función del peligro objetivo que la conducta supone para el bien jurídico, y no se basa en la gravedad de la actitud interna demostrada por la decisión delictiva. Por ende, el bien jurídico se entiende en sentido social, en cuanto condiciona las posibilidades de participación en los sistemas sociales por parte de cada individuo y el injusto se fundamenta en la objetiva puesta en peligro del bien jurídico, no en su lesión.

Para Bustos Ramírez, el problema no es la legitimidad del Derecho Penal sino las fundamentaciones plausibles. Ello implica que el Estado para usar este instrumento, eminentemente aflictivo, debe utilizar bases razonables, no absolutas, en las cuales participen los ciudadanos en un proceso democrático de discusión y conocimiento, con respeto de las minorías.

La efectividad del sistema, visto como constatación de los planteamientos abstractos con lo que ocurre en la realidad, implica la posibilidad de invalidarlo por sus consecuencias perniciosas dentro del sistema social y el nivel político-jurídico, lo que involucra: aplicación de la pena en la medida que sea necesaria (deslegitimación). A su vez, las penas sólo son necesarias cuando están para proteger bienes jurídicos, los cuales surgen y están al servicio de la persona, principio de la dignidad y de la autonomía ética del ser humano. Lo que constituye fundamentaciones plausibles de este modelo y en tal sentido, el Estado social y democrático de derecho sería el camino hacia la deslegitimación del derecho penal.

En síntesis, en este modelo el Derecho Penal es restringido mediante una serie de límites que miran fundamentalmente a la dignidad del hombre, entidad ética distinta y superior al Estado que debe buscar la consagración de una convivencia pacífica, justa, solidaria y respetuosa de los derechos fundamentales del ser humano.

El Derecho Penal, uno de los instrumentos del Estado para lograr tal convivencia, caracterizado por ser eminentemente aflictivo de los derechos del hombre (en especial respecto a su libertad y la vida), ha de limitarse eficazmente para que sea en verdad un derecho penal mínimo, lo que se logra con el respeto sustancial de la dignidad del hombre, al restringirse este instrumento de control por los principios de culpabilidad, legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización y otros, armonizados en sus contradicciones recíprocas, aparentes o reales, de modo que la pena, necesaria para la prevención de delitos, puesto que aún no se ha encontrado un mejor instrumento o fórmula que la reemplace, respete estos límites.

## **DERECHO PENAL, CONSTITUCION, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO.**

### **Concepto de Derechos Humanos en un análisis histórico**

Antes de entrar de lleno al estudio de las distintas vinculaciones existentes entre estas instituciones es menester precisar el concepto de Derechos Humanos, a través del análisis de su desarrollo histórico, desde su génesis hasta nuestros días.

Se debe tener presente que la historia de los derechos humanos, englobados dentro del calificativo de "fundamentales", es relativamente reciente, siendo un patrimonio del Estado Moderno, de manera tal que este estudio abarcará del siglo XVII en adelante.

La concepción más amplia del Estado Moderno, acuñada y teorizada por Maquiavello y Bodin y configurada dentro del marco de la Paz de Westfalia (1648) se diferencia de las formas políticas existentes hasta ese momento, por una serie de características que le son propias, entre las que destacan la legalidad de la función pública, la pluralidad de los órganos constitucionales, la división de poderes, la justicia constitucional y administrativa, y la consagración de una esfera de libertades.

En atención a ello, en sentido estricto, se entiende por Estado Moderno la última forma que asume el Estado en el occidente europeo, como un Estado Constitucional y democrático forjado y re-

afirmado en el siglo XIX en contraposición a las figuras del Estado Absoluto Paternalista, Ilustrado y otras semejantes.

La esencia de esta nueva concepción radica en el reconocimiento de la posición especial de los ciudadanos frente al poder estatal, derivada del principio acogido por los Estados liberales en cuanto a que las relaciones entre los órganos titulares de la soberanía y los ciudadanos están reguladas por el derecho, por ende, en principio sustraídas a la arbitrariedad y discrecionalidad absoluta de los gobernantes.

Es básico en este modelo el reconocimiento de que tanto el Estado como los ciudadanos son sujetos de derecho por lo que existen entre ellos relaciones recíprocas "derecho-deber", destacando los derechos subjetivos públicos, que son aquellos que éstos pueden hacer valer contra aquél, de manera tal que todo ordenamiento político-jurídico moderno los garantiza en una cierta medida.

La forma histórica de organización de los pueblos surgida como consecuencia de las revoluciones Inglesa, Americana y Francesa se conoce como "Estado Moderno Constitucional", en oposición a las formas anteriores donde los derechos de los ciudadanos frente al poder público no estaban jurídicamente reconocidos o, si lo estaban, era de manera imperfecta, a lo menos desde la visión de la burguesía, concretamente industrial y bancaria, para la cual la nobleza y el clero representaban la clase privilegiada.

La doctrina es unánime en considerar que la tradición de los derechos fundamentales parte por las "Declaraciones Americanas", la primera de las cuales fue la de Virginia (votada en la asamblea del 12 de Junio de 1776, en el momento de la proclamación de la independencia respecto de Gran Bretaña), cuya importancia reside en que precede concretamente a la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, conocida como el "Bill of Right", imitada por el constituyente Francés en su "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", caracterizada por su racionalismo abstracto basado en la visión cartesiana de la realidad, si bien se reconoce que aún antes y a partir de los documentos ingleses (Carta Magna de 1215, Peticiones de derechos de 1628, Acta de Habeas Corpus de 1679, Declaración de Derechos de 1689, y Acta de Establecimiento de 1711) ya puede hablarse de derechos en el

sentido moderno de la palabra, pero a la forma del Common Law de los Ingleses; no obstante, derechos de este tipo también se encuentran desde hace tiempo en las Cartas Coloniales que recogen, con excepción de la libertad religiosa, el Common Law de la metrópoli.

Es así como la forma clásica de las declaraciones de derechos a fines del siglo XVIII y principios del Siglo XIX, consisten en la afirmación de la existencia de los Derechos del Hombre contra todo absolutismo político, constituyendo en sí mismas un diseño básico de la estructura del Estado.

En este contexto, Pedro Cruz Villalón conceptualiza los derechos fundamentales como "Derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se derive alguna consecuencia jurídica"<sup>51</sup>. Este autor, en la búsqueda del concepto, analiza el criterio del Tribunal Constitucional Español, el cual entiende por tales sólo aquellos que se recogen en el capítulo II del Título I de la Constitución Española. Sin embargo, ni aún ese tribunal desconoce que existen otros derechos que aún sin estar ubicados en este capítulo, no dejan por ello de ser igualmente "fundamentales". De ahí que el compromiso de este tribunal lo es con todos los derechos reconocidos por la Constitución, en atención a que este cuerpo normativo emplea el término tanto en sentido amplio como restringido.

De su parte, A. Esmein, en "Elementos de Derecho Constitucional" (París, 1914) entiende por "Garantía de Derechos", verdaderas leyes positivas cuya finalidad es conferir a los derechos así garantizados la fuerza que es propia de las disposiciones constitucionales, a fin de proteger a los derechos individuales contra el legislador mismo. El objeto esencial de estos derechos es establecer una relación jurídica entre el ciudadano y el Estado, desde que son reconocidos en la Constitución, lo que les otorga

---

<sup>51</sup>Cruz Villalón, Pedro: "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional, vol. XXV, año 1985

permanencia e imprescriptibilidad. A su vez el rasgo que los diferencia de otros derechos es su tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador.

Acotado el concepto, y entrando de lleno al estudio que nos ocupa, debemos señalar que la afirmación básica es que los derechos fundamentales nacen en la Constitución y se acaban con ella, es decir, son una categoría dogmática del Derecho Constitucional. Ahí donde no hay Constitución (otra cuestión es su validez), no habrá tales derechos aún cuando pueda existir otro sistema de garantías que reconozcan la dignidad de la persona.

Entonces, Derechos Fundamentales serán los derechos subjetivos anteriormente identificados, en cuanto encuentran reconocimiento en las constituciones y en la medida en que de éstas derive alguna consecuencia jurídica. De este modo, si se reconoce que toda posible eficacia de estos derechos les es derivada de la Norma Constitucional, todo problema que se suscite en torno a ellos son los propios de la Constitución que los consagra.

Tal como se afirmara antes, los derechos fundamentales de una parte nacen con las Constituciones, específicamente en 1776, en Virginia y Filadelfia, cuyas Cartas fundamentales representaron verdaderos catálogos de derechos y libertades; de otra parte, acaban en ella, lo que equivale hoy a afirmar que terminan con los Estados y en el interior de sus Ordenamientos, sin perjuicio de tener presente que los Convenios Internacionales de derechos humanos constituyen el punto culminante en su protección, implicando importantes consecuencias al interior de los distintos ordenamientos estatales. Sin embargo a tales convenios les interesa que los derechos fundamentales se encuentren efectivamente garantizados por el ordenamiento interno, más que el medio por el cual este resultado se obtenga.

Como consecuencia de ello, al Estado le compete dotar de "relevancia constitucional" a los derechos objeto del convenio, por su naturaleza, como emanaciones de la dignidad humana y no necesariamente de que emanen de aquél.

Cabe hacer presente que las "declaraciones de derechos" son llamadas "declaration of rights" y no "bill of rights" ya que utilizan

dialécticamente al derecho natural, y además, porque se trata de un término usual en los documentos redactados frente a la metrópoli; pero no son principios de valor universal sino sencillamente "derechos", como los viejos derechos del Common Law, tan susceptibles de tutela judicial como aquellos.

Entonces, las declaraciones de derechos americanas, a pesar de todo su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo emanado de una convención producto de la soberanía popular y sometida, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación. Por otro lado, en el continente europeo, durante el siglo XIX el principio de legalidad es la base y soporte de los derechos individuales, que nacen y terminan con él. En tal sentido, tales derechos valen lo que vale este principio.

En Francia se presenta un fenómeno particular, cual es que se tiende a entender que los derechos mismos están en las declaraciones como "principios", mientras que en la Constitución está su garantía como "derecho positivo". Es decir, existen derechos que en la declaración son "iusnaturalizados" y otros que en la Constitución son "constitucionalizados", en la medida que se incorporan a ella y quedan, por tanto, sometidos a la potestad constituyente instituida materialmente, aunque sean los mismos en uno y otro documento. El objeto de su garantía es darle el carácter de "fundamentales", así en el Título I de la Constitución de 1791 consta expresamente que "el poder legislativo no podrá hacer ley alguna que atente u obstaculice el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en este título".

Sin embargo, este primer objetivo fracasa porque las constituciones se limitan a proclamar la garantía y la consiguiente limitación al legislador, mas no especifican un remedio frente a su vulneración por parte de aquél. Ante esta falencia, el remedio natural sería la vía judicial, pero ella es prohibida por decreto de 1790, por desconfianza en este poder, a raíz de las prácticas en virtud de las cuales los antiguos "parlaments" ejercieron de tiempo en tiempo un veto sobre las leyes.

Un segundo momento del proceso francés es el de la "desnaturalización", vivido a partir de 1795, donde desaparecen las decla-

raciones de derechos y subsisten sólo las constituciones, que se contentan con establecer "garantías sin derechos". Así, aparece de la Constitución de 1814 que, al respecto, sólo cuenta con un Título I dedicado a "El Derecho Público de los Franceses" en que acoge el núcleo de las libertades individuales.

No obstante lo anterior, no desaparece el Derecho Natural porque, en primer lugar, las garantías no son de aplicación inmediata, al entenderse que el ejercicio de los derechos por los ciudadanos exige la mediación de una ley que los dota de contenido jurídico. Es decir, existe de una parte una proclamación del derecho o de la garantía, y de otra, la determinación de su contenido por medio de una ley específica u "orgánica". De esta manera, si un derecho no se consagra en una ley, no puede ser ejercido lícitamente, aún cuando esté inscrito en las Declaraciones de Derechos o en una Constitución. Esto, por cuanto la garantía se agota en el mandato dirigido al legislador y, porque el principio del sometimiento del juez a la ley dictada por el parlamento sigue vigente sin alteración alguna, al subsistir el Decreto de 1790, que limita cualquier pretensión en tal sentido.

Existe un tercer momento llamado "desconstitucionalización", de particular importancia, por corresponder al período de vigencia de la Constitución de 1875, el más extenso e importante dentro de la historia constitucional francesa. Las leyes Constitucionales que integran ese "Cuerpo Constitucional" se limitan a la estricta organización de los poderes, sin incorporar elementos dogmáticos, por lo que desaparecen tanto los "derechos" como las "garantías" al existir el criterio generalizado en orden a considerar que los "principios" de 1789 como tales, se encontraban vigentes sin necesidad de su consagración en un texto positivo, dotando de cierta flexibilidad a la Constitución, a raíz de lo cual la doctrina más autorizada puso de manifiesto la escasa utilidad de la "constitucionalización" por otros propuesta. Sin embargo, esta flexibilización no trajo consigo ningún atisbo de control judicial.

Si bien aquí se ha reseñado sólo el panorama francés, lo expuesto es asimismo aplicable al resto de Europa con la salvedad de aquellos ordenamientos que consagran alguna forma de tutela judicial, entre los que destacan Austria, donde se incorpora al ordenamiento jurídico el "Recurso de Amparo" en 1867, de alcance limitado pues

la competencia del Reich alcanza sólo la constatación de la vulneración más no el restablecimiento del imperio del derecho, y Suiza, donde desde 1874 existe la "Reclamación de Derecho Público" que permite obtener la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho llevada a cabo incluso por una ley de un cantón y con la reserva de las leyes federales, hasta hoy sustraídas del control judicial.

Otro hito a analizar en el ámbito europeo es la República de Weimar donde cobran importancia "las garantías institucionales".

En Austria, se abre paso a las garantías Fundamentales con la Constitución de la Primera República, de 19 de Octubre de 1920, en la cual el Legislador se encuentra efectivamente limitado por este cuerpo normativo a través de un sistema concentrado de Control de Constitucionalidad en que se garantiza el real resguardo de los derechos mediante un recurso de amparo mejorado tanto por su carácter de generalidad y mayor eficacia como en cuanto puede dar origen a un control de constitucionalidad de la ley. El esquema Austríaco es recogido por los demás estados europeos, esquema que representa la puerta de entrada a Europa de los derechos fundamentales.

Sin embargo este cuerpo constitucional no cuenta con un catálogo de derechos ya que al no lograrse un acuerdo de la asamblea constituyente al respecto, se optó por mantener la tabla esencialmente liberal de derechos contenidos en la Ley Fundamental de 21 de Diciembre de 1867, lo que, en definitiva, restó protagonismo al ordenamiento austriaco dentro de la historia europea de los derechos fundamentales, protagonismo que recaerá en el proceso alemán al punto que la historia de los Derechos Europeos en este siglo se ejemplifica por los autores con Alemania.

Es importante la República de Weimar porque a partir de ella se explica la "formulación positiva" de los derechos fundamentales, desarrollo que en Europa tiene lugar desde mediados de siglo a través de la Ley Fundamental de Bonn. Respecto del Control Constitucional, en este período se plantea el problema previo de la eficacia jurídica de las normas contenidas en la "Segunda Parte" de la Constitución, en la que se asientan los derechos, bajo el epígrafe "Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los

alemanes", originada en la asamblea nacional Constituyente reunida en Weimar y cuyos artículos se clasifican en tres tipos de preceptos:

- Derechos tradicionales. Agrupados principalmente en el capítulo 19 (Persona individual), pero presentes en todos los demás.
- Normas heterogéneas. Algunas de las cuales se relacionan con los derechos fundamentales. Son tales los referidos al status de los funcionarios públicos y régimen de enseñanza.
- Preceptos con objetivos de carácter social.

Particularmente importante es el segundo grupo de preceptos pues dará origen a las "garantías institucionales" y distinguirá al sistema alemán de los demás ordenamientos de la época.

Sin embargo esta originalidad no es tal pues ya la Constitución de Prusia de 1850 vigente hasta 1918 reguló en su título segundo, "De los Derechos de los Prusianos", las mismas instituciones consideradas básicas en ese Estado: Ejército, Iglesia, Escuela.

No obstante, se puede mencionar como antecedente más inmediato de la "segunda parte" el Título VI de la Constitución del Reich, de 28 de Marzo de 1849: "De los Derechos Fundamentales del Pueblo Alemán", importante por cuanto de ahí arranca el concepto de "derecho fundamental" progresivamente utilizado por la doctrina alemana desde entonces, si bien su extensión fuera del ámbito alemán sólo tiene lugar a partir de la ley fundamental de Bonn.

Alguna doctrina alemana ha querido ver en este título VI la expresión de una "concepción propiamente alemana" del Estado de Derecho en cuanto orden de una sociedad estructurada por las instituciones y no sólo automatizada en individuos, al consagrarse en ella normas sobre Las Iglesias, los Funcionarios, la Educación, etc.

En cuanto al problema de la eficacia jurídica o "significado normativo de la Segunda Parte", se distinguen varias etapas en el razonamiento de la doctrina:

En la primera de ellas, pronto descartada, se optó por reducir el problema a la alternativa "programa/positividad" o "irrelevancia/giro en el vacío".

"Programa o irrelevancia", en el sentido que representa una simple declaración que no vincula al legislador en el caso del tercer grupo de preceptos, referidos a objetivos sociales.

"Positividad o giro en el vacío" en el caso de los derechos y libertades tradicionales, en la medida en que los derechos fundamentales están sometidos a la reserva de una simple ley o a lo más, la ley fundamental consagra frases vacías a las que el legislador les dará realmente contenido.

La expresión "giro en el vacío" deriva de esta remisión al legislador que deja el contenido del derecho a la disposición legal, de manera tal que, en definitiva, los preceptos constitucionales en cuestión, se reducirán a meras especificaciones del principio de legalidad. A vía de ejemplo, su art. 118 prescribe que "todo alemán tiene el derecho de exponer libremente su opinión dentro de los límites de las leyes generales".

La expresión "Garantía Institucional" comprende en sí dos cosas diferentes, sin que con frecuencia se lo advierta, de una parte es la Institución misma objeto de la garantía: significado sustantivo; de otra es la determinada garantía de que se dota al Instituto en cuestión: significado adjetivo.

Lo primero es el descubrimiento en la "Segunda Parte" de la Constitución de instituciones que ella ha pasado a garantizar en su existencia y mantenimiento, de variable identificación y fluido deslinde con los derechos fundamentales. Unos son de derecho público, identificables con la expresión "garantías institucionales" tales como la autonomía local, etc, y otros de derecho privado, identificables con la expresión "garantías de instituto", tales como el matrimonio, la propiedad, etc.

La observación es importante por cuanto pone de manifiesto la estrecha conexión material con los derechos y el objetivo perseguido por el Constituyente, cual es realizar una "operación de salvamento" de la normatividad del precepto mediante la incorporación al

Cuerpo Constitucional de determinados institutos, sobre la base de que ello representa su reconocimiento como un contenido social y jurídico, pretensión que sería ilusoria si la norma constitucional no vinculase en modo alguno al legislador.

El concepto es generalizado por Carl Schmitt en su "Teoría de la Constitución" de 1928, perfeccionado luego en sus trabajos de 1931 y 1932, "Derechos de libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich" y "Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales" respectivamente, en los que sostiene que "una garantía institucional presupone evidentemente una institución, es decir, un establecimiento de carácter jurídico-público formado, organizado y por lo tanto diferenciado"; al sustituir su referencia al derecho público se tendrá una noción equivalente a "garantía de instituto".

A su vez intenta distinguir entre aquellas garantías cuya inserción sería perfectamente legítima en el tipo de Constitución de que se trata y aquellas otras que con su incorporación a la Constitución sólo persiguen su protección frente al legislador ordinario. Para él, una "garantía institucional" no es un derecho fundamental, pero con frecuencia es un elemento complementario del mismo, carente de sustantividad en todos aquellos casos en que no son sino otra forma de concebir o comprender un derecho o un elemento de la estructura política; o bien carente de legitimidad constitucional a partir de una concepción material de la Constitución.

Se debe tener presente que la Constitución está integrada tanto por "el Parlamento" (estructura política democrática) como por los "derechos", y que ambos elementos son igualmente esenciales, donde los derechos son el único contrapeso legítimo del parlamento. Incorporar a través de las "garantías constitucionales", en su sentido sustantivo, contenidos apriorísticamente genéricos produce una descompensación de los elementos de la norma constitucional, en el sentido de que al introducir cualquier contenido normativo distinto a la "estructura política" y a los "derechos", aún a pretexto de formar parte de estos últimos, se distorsiona el sistema de controles en perjuicio del parlamento (estructura política), lo que trae consigo una "formalización de la Constitución" y a su vez su reducción a una simple "categoría normativa" donde cualquier

contenido normativo, por el sólo hecho de su incorporación, pasa a tener la fuerza pasiva de aquella.

Lo segundo es el significado adjetivo o instrumental (la concreta garantía de que se pretende dotar a ese instituto o institución previamente identificados), que es lo mismo que "contenido esencial" ya que éste es precisamente una derivación de la garantía institucional en su sentido adjetivo, así, garantía institucional y de Instituto son evidentemente lo mismo. En tal sentido se ha argumentado que las garantías de instituto son prohibiciones jurídicamente eficaces dirigidas al legislador y que de rebasar en su conformación los límites fijados se aniquilaría o desnaturalizaría la institución. De otro modo: la Constitución con frecuencia pretende dotar de fuerza constitucional al instituto mismo, esto es, a un mínimo de aquello que constituye su esencia, es decir, identificado el instituto es posible sustraer a la disponibilidad del legislador una imagen del mismo, lo que permite fijar los límites de su intervención en la configuración de los derechos, de modo tal que para que un derecho preserve algún contenido frente a aquél, tendrá que presentarse como "instituto".

En el esquema de Schmitt, se pretende garantizar los derechos y libertades a partir de la idea de que es posible identificarlos mediante una imagen arquetípica de las distintas leyes reguladoras y limitadoras de su ejercicio denominado "instituto normativo"; es decir, un tipo de norma que permita apreciar la Legitimidad Constitucional de aquellas leyes de desarrollo de un derecho que no se corresponda con ese arquetipo. Con ello intenta extender de forma general la protección de la garantía institucional a los derechos en forma de lo que se podría llamar una "garantía institucional en negativo".

Es el constituyente de 1949, en la Ley Fundamental de Bonn el que consagra plenamente lo que hoy se denomina el "Derecho de los derechos fundamentales", la vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial, garantías que no constaban expresamente en las Constituciones Americanas del siglo XVIII ni se han introducido con posterioridad, hecho que no ha impedido que los "derechos" significaran en ellas todo eso. Se cumple así una "ley natural" de éstos, que al nacer como reacciones concretas a situaciones históricas específicas origina su propio

"derecho", el "Derecho de los derechos" como respuesta a una determinada vivencia histórica.<sup>52</sup>

La Constitución como programa social de organización vigente requiere que su estructura normativa sea producto de una competencia legítima y que corresponda a la auténtica realidad social, a fin de dotarla de legitimidad, por cuanto toda Constitución expedida dentro del marco ideológico del Estado de Derecho Moderno es legítima, ésto apunta al origen mismo del poder constituyente, como fuente de todo poder estatal y a la teoría democrática, supuesto ideológico del Estado Moderno; de validez, que mira tanto a la competencia del órgano del cual emana la norma fundamental como al procedimiento por el cual ella se expide; de vigencia que se refiere a la aceptación y acatamiento de la norma por la sociedad a cuya regulación está destinada; y de rigidez, en el sentido que la constitución tiene vocación de permanencia como mayor grado de exigencia para su forma. Todas las anteriores son características que hacen de ella el Código Supremo de la organización social.

De este modo, la Constitución comprende principios filosófico/políticos que sirven de soporte al tipo de organización que se ha dado el Estado, importantes por representar la parte ideológica de las Constituciones en la cual se consagran los Derechos Humanos, ya sea expresa o tácitamente, lo que sirve de límite a los órganos de poder y a los de los propios asociados.<sup>53</sup> A su vez, junto a ello se encuentran las garantías que debe acatar el Estado en bien de la comunidad y sus asociados, de manera tal que sin ellas no hay organización posible ni Derechos Humanos efectivos; tales garantías constituyen instrumentos de control para la permanencia de la Constitución y progreso de la comunidad establecida.

Según Novoa Monreal, "los derechos fundamentales del hombre reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas (1945), aceptados por todos los Estados en las Declaración Universal de los Derechos

---

<sup>52</sup>Cruz Villalón, Pedro. "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales", en Rev. Española de Derecho Constitucional, Vol. 25, 1985

<sup>53</sup>Paéz Velandia, Dídimo. "Fundamentos Constitucionales del derecho Penal" en "Revista de derecho Penal y criminología", Volumen X Nº 36, 1988

Humanos (1948), en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), constituyen valores ético-culturales admitidos formalmente por la generalidad de los países del mundo. Su eficacia y valor provienen de esta circunstancia."<sup>54</sup>

Dichos instrumentos son: el control de constitucionalidad, que busca hacer efectivo el principio de primacía constitucional, columna vertebral del Estado Democrático de Derecho; el control de legalidad, dirigido a los órganos aplicadores del derecho; y, el "control social", dirigido a la conducta de los particulares, que entra en funciones cuando se lesiona o pone en peligro normas básicas de la organización, que incluyen a los "derechos humanos", control que corresponde al Derecho Penal como instrumento garantizador de la convivencia pacífica en una organización establecida.

El Estado, depositario de esta potestad punitiva, puede afectar con su aplicación derechos reconocidos constitucionalmente, lo que exige una garantía más, limitadora de tal potestad, brindada por el Derecho Procesal Penal que garantiza la imposición de una pena como consecuencia de un juzgamiento por motivos previamente establecidos en una ley, ante una autoridad competente y mediante el agotamiento de un procedimiento legalmente establecido.

José Peraza Chapeau señala que la Constitución "como instrumento jurídico es la forma y fuente principal de expresión del derecho del Estado. El Estado crea todas las normas basándose en la Constitución, pues ésta es el presupuesto inviolable de la legitimidad de las leyes"<sup>55</sup>.

La ley penal se funda en la Constitución, y, a su vez, el Estado, que recoge sus principios de ella, por una parte debe reconocer y

---

<sup>54</sup>Novoa Monreal, Eduardo. "¿Se justifica el Derecho a Castigar?", en Anales Internacionales de Criminología, Vol. 21, Nº 2, 1.983, pág. 175

<sup>55</sup>Peraza Chapeau, José. En Selecciones de Lecturas de Derecho Constitucional, La Habana 1985

garantizar los derechos y libertades del hombre, y, por otra tiene el poder de "prohibirle" ciertas conductas mediante la amenaza efectiva de una pena; de ahí que el papel del Derecho Penal en el Estado Moderno es conciliar tales aspectos con su objetivo fundamental: la dignidad del ser humano.

Por tanto, no es objeto de tutela penal el comportamiento humano que discrecionalmente adopte el legislador, sino aquel que constituye una "síntesis de relaciones sociales concretas".

Es indispensable para la vigencia del modelo de Estado su garantía efectiva y no basta con la consagración de los principios y los derechos en la Constitución, ya que sin la garantía, que se logra por medio de los controles señalados, implica caer en un Estado de derecho formal y por consiguiente autoritario.

La importancia del control radica en que si el legislador desborda el fundamento constitucional, se corrige vía constitucionalidad.

El Derecho Penal contemplado en su sentido amplio -sustantivo, penitenciario y procesal-, como conjunto de normas que definen los delitos, establecen sus consecuencias jurídicas, su proceso de aplicación por los tribunales y su ejecución por la administración, encuentra su fundamento y límite en la Constitución, en los principios y garantías que ella consagra, en los derechos fundamentales que reconoce y en los mandatos que contiene<sup>56</sup>.

#### **Vinculación Entre Constitución y Derecho Penal.**

La relación entre Constitución y Derecho Penal es compleja, ya que aquella produce tanto efectos mediatos, al contener principios expresos o implícitos que determinan el ordenamiento penal dirigido primordialmente al legislador para efectos de la garantía respectiva a los bienes jurídicos, como inmediatos o directos a través de un catálogo de preceptos netamente penales insertos en ella, referidas al trato que el Estado, como detentador legítimo del ius

---

<sup>56</sup> Arroyo Zapatero, Luis. "Jurisprudencia en materia penal", en "Cuadernos de Política Criminal", Nº 17, 1982, p.386.

puniendi, debe dar al justiciable, en tanto titular de las garantías que en ella se reconocen, y como presunto infractor de las mismas, a raíz de lo cual se legitima la facultad del aparato punitivo de conculcarlas en resguardo de la vigencia del ordenamiento jurídico.

De este modo, la norma suprema señala límites a determinados derechos que inciden en materia penal, tales como la libertad.

Por ello se afirma que el Derecho Positivo del Estado es uno solo, y que la Constitución es su base. De ahí que carece de validez jurídica la legislación penal que desborde los límites constitucionales, por cuanto el poder punitivo no es discrecional sino que está sometido a un procedimiento y a principios consagrados en ella.

Los tipos penales tienen su fundamento en la Constitución, que se limita a señalar los principios que deben regirlos, y al legislador compete seleccionar lo más conveniente en cada caso según las circunstancias histórico-sociales del momento; al Estado compete, por ende, proteger sus bienes jurídicos, los del individuo y los de la sociedad. Del individuo en cuanto tiene derechos que la constitución le reconoce expresamente, "Derechos Humanos", que constituyen, por sí, limitaciones a la acción del Estado y de los demás individuos considerados particularmente; y de la sociedad, en cuanto reunión de individuos unidos entre sí para la persecución de un fin común, y donde cada uno de ellos al obrar en vista del bien común o social, a su vez trabaja para sí; del Estado como ser dinámico, que a través de sus órganos, busca la conservación de su existencia y de las condiciones básicas para su proyección y desarrollo, cumpliendo así su finalidad básica, cual es lograr la felicidad de cada uno de sus integrantes.

En un camino de protección de los derechos humanos cabe mencionar el "Proyecto Zaffaroni", estructurado sobre la base de analizar en paralelo la realidad normativa y fáctica de esos derechos.

En este análisis el autor, parte por definir "Derechos Humanos" tal como lo hace la Convención Americana, que sigue la tradición francesa.

En seguida constata la circunstancia de ser incompatibles los programas jurídicos y políticos con la realidad de los sistemas penales, por lo que los calificó como meramente simbólicos cuando se trata de aplicar las garantías a aquellas clases sociales cuya protección no fue la que precisamente motivó el nacimiento del Derecho Penal Liberal burgués que emerge de la Revolución Francesa.

Enfatiza así, la relación de coordinación que debe existir entre el Derecho Penal y la Criminología, donde el "garantismo", respeto o vigilancia de los derechos humanos constituye zona común a ambas disciplinas, siendo su principal objetivo.

Persigue descubrir cuál sería la esencia del sistema penal, a fin de explicarlo de forma total, atendida la complejidad de su sustancia socio-política, por lo cual apunta a un aspecto más bien criminológico.

No discute su función básicamente simbólica, del derecho penal, esto es, que su aplicación general y su eficacia no necesariamente se cumplen, por lo que su rol es más bien legitimador.

Refleja algunos de los postulados sustentados por la Criminología Crítica tales como el de que el modelo teórico que está en la base de todo el sistema liberal burgués es necesariamente irrealizable al ser meramente simbólico, es decir, ideológico.

Sostiene que hay una crisis del Estado de derecho, o al decir de algunos juristas, una "desfiguración" del mismo, que para éstos constituye la verificación de una hipótesis, y es que el proyecto aspira a entender el sistema penal en forma totalizadora a la vez que articulado en el sistema social.

En el análisis del sistema penal en tanto parte del sistema jurídico total y del sistema social, el autor observó:

1. La tutela de los derechos humanos es programática, esto es, su sanción no es ubicable en el ámbito institucional, lo que se hace más evidente si se considera a los derechos humanos como un sistema integrado tanto por los derechos individuales como por los sociales, donde los primeros constituyen la construcción normal del concepto, primando el esquema de los derechos subjetivos sobre los

derechos patrimoniales concebidos como libertades. Para ellos se han elaborado todas las garantías de la ley, tales como el principio de legalidad, el monopolio jurisdiccional de la pena restrictiva de libertad, la independencia del poder judicial, el juicio contradictorio, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el acusador y los derechos de la defensa. Pero, la estructura burguesa no ha creado ningún sistema de protección a los derechos sociales. Más aún, la garantía de los derechos individuales presenta matices derivados de las desigualdades entre la dimensión normativa y efectiva del derecho. Así, mientras el derecho se presenta "como igual para todos" (tal como dicen prácticamente la generalidad de las Constituciones: "independiente del sexo, raza, ideología o condición social"), la desprotección institucional de los derechos sociales determina la falsedad de esta afirmación: no hay derecho igual para los desiguales.

2. La articulación del Derecho Penal sustantivo con el objetivo evidencia también la selectividad clasista del control social que se refleja en la existencia de procedimientos privilegiados, antejuicios e inmunidades.

3. La articulación de ambos con los niveles de control más discrecional, tales como los organismos de policía, revelan que éstos operan sistemáticamente en función de tal selectividad.

4. Que los "presos sin condena", en su mayoría pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad.

Lo anterior le lleva a concluir que en América Latina habría un "sistema penal subterráneo", diferente al sistema penal aparente, operante en los distintos niveles del sistema social, es decir, contenidos o no en el sistema de control formal o informal.

Como todo el control social desembocará en el sistema penal, a través de los procesos de criminalización, es en éstos donde se observará el fenómeno. Así, mientras el sistema penal aparente formula expresamente, mediante tipos, todas aquellas conductas calificables como socialmente dañosas, es el sistema penal subterráneo, el que en definitiva dará a conocer quienes son los "malos" y "buenos" del sistema social, esto es, en la realidad se encuentra una no criminalización de conductas, que no obstante ser de grave

daño y costo social, son características del rol hegemónico de las clases altas de la sociedad, y a su vez una criminalización de conductas fácilmente ubicables en las clases bajas, lo que aparece de manifiesto en toda la red sancionatoria desde la criminalización pasando por los procedimientos privilegiados hasta la determinación y naturaleza de las penas aplicables en el caso concreto.

En segundo lugar, las legislaciones contravencional y de orden público son altamente selectivas, asimismo la ideología de la peligrosidad encamina, hacia el sistema penal aparente, a miembros de los sectores marginales convirtiéndose en principal instrumento represivo y preventivo legitimador del sistema cada vez que una crisis política o de consenso lo amenace, actuando a través de "redadas" que operan indiscriminadamente en sectores "peligrosos".

Por último, existen enormes cifras de detenidos en espera de sentencia, representando grandes "depósitos" de procesados, a la vez de un sistema sancionatorio que funciona al margen de las pautas del sistema penal aparente, al decir de autores tales como Carranza y Novoa Monreal. A modo de ejemplo, en América Latina y el Caribe, en los países de sistema continental europeo existe un promedio ponderado de preso sin condena de un 68,47% sobre el total de la población privada de libertad<sup>57</sup>. Para ellos, los principios del liberalismo penal, las garantías procesales, la ejecución penal resocializadora, son componentes de una ideología jurídica que se enfrenta con la práctica, de manera tal que ningún autor serio de las disciplinas penales puede negar tal contradicción.

El papel de tales ideologías no es el de concretarse efectivamente en el sistema penal sino, al menos, mostrar dicha contradicción a fin de lograr en los hechos la totalidad de sus valores, lo que es válido aún en aquellos momentos en que rigió en América Latina un sistema democrático meramente formal donde la situación de presos sin condena fue más extensa bajo el amparo de la doctrina de la seguridad nacional, que se tradujo en ejecuciones sin sentencia, tribunales especiales, y en el fenómeno muy particular de los

---

<sup>57</sup> Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe". San José de Costa Rica, 1983

"desaparecidos", no obstante la existencia de leyes y garantías formales en virtud de las cuales nadie podía ser condenado o ejecutado sin un proceso<sup>58</sup>.

Los Derechos Humanos, además de estar recogidos en las Constituciones de los Estados aparecen amparados a través de instancias supranacionales constatadas en Tratados Internacionales. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), reviste la más alta relevancia en la órbita de nuestros países latinoamericanos. En cuanto a sus características:

a. Es un acuerdo regional que abarca a los miembros de la OEA que lo ratificaron o adhirieron a él. De este regionalismo deriva como ventaja el que simplifica el problema de la definición de Derechos y Libertades y los mecanismos para su resguardo, atendido a la comunidad de concepciones filosófico-políticas entre los Estados partes, que a pesar de su diversidad, presentan una base común y un nivel de vida bastante similar, lo que se refleja en sus Cartas Fundamentales de aquéllos que coinciden en sus definiciones y amparan la libertad del hombre. Ello hace que el sistema regional sea más perfecto que el universal de las Naciones Unidas (ejemplo, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948). No obstante, el sistema regional y el universal deben coincidir en un proceso recíproco de cooperación y estímulo del cual mucho se puede esperar para la corrección o atenuación de los factores que disminuyen o desdibujan la eficacia y efectividad de los sistemas internacionales de Derechos Humanos, tales como la intercomunicación de información en situaciones graves y persistentes de violaciones a estos derechos, y mecanismos que impidan la llegada, ante organismos internacionales distintos, de procesos basados en los mismos hechos, evitando así el peligro de decisiones contradictorias (excepción de litis pendencia).

---

<sup>58</sup> Aniyar De Castro, Lola. "Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo", en Rev. de Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Vol. VII, Nº 13, Colombia, Marzo 1985.

b. En cuanto a su contenido, afirma principalmente los derechos fundamentales clásicos que garantizan el status de libertad individual en modo negativo, impidiendo su violación por parte de la autoridad. En menor medida se protegen los derechos pertenecientes al Status positivo: Económicos, Sociales y Culturales, con relación a los cuales se remite a la carta de la OEA y se limita al compromiso de adoptar providencias progresivas para lograr su plena efectividad, en la medida de lo posible, por la vía legislativa u otros medios apropiados.

No se refiere a los derechos llamados "de la tercera generación", tales como el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, etc.

c. Respecto a sus sujetos, se debe señalar que, como acuerdo internacional, los derechos y obligaciones que de ella emanan se dirigen principalmente a los Estados Partes, quienes resultan internacionalmente obligados en relación a los demás Estados contratantes a conferir un determinado tratamiento a toda persona humana que se encuentre en el ámbito de su jurisdicción (art.1), previendo la misma convención mecanismos para sancionar a los Estados infractores y para solucionar las divergencias que se presenten entre Estados (art. 45 y 62).

d. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, respecto a todo Estado contratante.

De ahí que el principal efecto de que los estados aprueben tratados referidos a la materia, sea que se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por bien común, asumen obligaciones en relación a los individuos que en un momento dado se encuentran bajo su jurisdicción. A consecuencia de lo anterior se concluye que su destinatario es el individuo.

e. La eficacia del sistema se mide en relación con la capacidad para hacer efectivo su objeto y fin. Representa un juicio de valor, pues se analizará si el sistema se ha concretado, si el deber ser de sus normas se han traducido en un ser real.

Limitan tal eficacia la miseria, el hambre, la discriminación, la injusticia y la ignorancia existentes en América Latina, que determinan que los derechos consagrados en el ámbito normativo no constituyan una realidad visible y palpable mientras no se produzcan cambios en las áreas económica, social y cultural.

f. Consagra mecanismos tendentes a la eficacia del sistema, tales como la posibilidad de que toda persona accione por sí misma ante los órganos internacionales competentes sin necesidad de que otro Estado parte actúe como denunciante, desde el momento y por el sólo hecho de que el Estado infractor la ha ratificado, aún cuando no haya reconocido expresamente la competencia de los órganos internacionales, a fin de reclamar la supervisión y control del respeto de los derechos y libertades (art. 44); otorgando la facultad del órgano jurisdiccional de requerir informes, examinar o investigar, según el caso, a fin de llegar a una solución amistosa o, en defecto de ello, emitir informes, proposiciones o recomendaciones y eventualmente, emitir estos instrumentos aprobados por mayoría absoluta de votos, dando un plazo al Estado para que solucione el problema, supervisando el desarrollo de la situación, y decidiendo si publica o no tal informe (art. 48 a 51); dotando de competencia a la Comisión para llevar a los Estados ante la Corte Internacional, a la que corresponderá decidir si un derecho o libertad protegido por la Convención ha sido conculcado, y en su caso, disponer lo necesario para su goce y para la reparación de las consecuencias dañosas que la situación lesiva haya ocasionado, mediante el pago de una "justa indemnización" (art.63); a su vez, los Estados partes se comprometen al acatamiento de la decisión (art.68).

g. La relación entre la Convención y el Derecho Interno de los Estados Partes, importa en cuanto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales frente al derecho interno a consecuencia de su firma, adhesión o ratificación. Al respecto tradicionalmente se han distinguido tres sistemas, a saber:

- Ocupa el mismo lugar en la escala jerárquica que la ley interna. (postura mayoritaria, acogida por las constituciones o deducida de ella vía interpretación jurisprudencial).

- Se encuentra en un grado superior de la escala jerárquica respecto de la ley. (postura minoritaria).

- Se encuentran en el mismo grado de la escala jerárquica que la Constitución política. (inexistente en América Latina).

Hoy en día. Sin embargo, la doctrina ha optado por distinguir entre aquellos tratados internacionales referidos a los derechos humanos, diferentes a los demás tratados precisamente por su objeto "derechos humanos" y fin: protección tanto frente a los Estados parte como a los demás estados (ejemplo: Constitución peruana y guatemalteca) los que se encontrarían en un rango superior al que ocuparían los demás tratados.

Es de suma importancia en este punto el determinar si las normas de la convención, específicamente las normas penales, (atingentes a esta investigación) son de aplicación inmediata, esto es, si se aplican directamente, acarreando en consecuencia la tácita derogación de la normativa legal interna de los Estados partes cuando sea incompatible con ella, o si sólo origina la obligación de éstos, de dictar la normativa necesaria para su aplicación.

Al respecto la Corte, en opinión consultiva 7/86 del 2/8/86, interpreta y armoniza los arts. 1.1 y 2 de la Convención, a raíz de lo cual se puede sostener que los Estados partes se comprometen a respetar, reconocer y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en ella, respecto de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna ( art. 1.1). De ello surge el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos (art.2).

Si se observan las exigencias de los derechos humanos en el orden internacional, en donde la noción misma de protección internacional exige que los Estados se comprometan inmediatamente a respetarlos y garantizarlos como una obligación superior al desarrollo de sus ordenamientos internos, se afirmará que el deber de respeto y garantía a que antes se ha hecho mención es lo verdaderamente esencial en el sistema, lo cual se traduce en un deber inmediato e incondicional de los Estados, que resulta directamente de ella.

A raíz del deber de respeto no puede violarlos directamente aún cuando no los haya reconocido expresamente en una norma de su legislación interna, y en virtud del deber de garantía, tampoco puede vulnerarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional o gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a los particulares, como frente a las autoridades públicas, ni siquiera bajo el pretexto de que el "amparo" no está expresamente regulado en el derecho interno. Cualquier contravención a estas exigencias representa una violación al art. 1.1 de la Convención.

Tal interpretación es la única que se condice con sus antecedentes. En el proyecto no se encontraba una norma semejante, pues se temía que resultara ser una válvula de escape a los deberes comprendidos en el art. 1.1, lo que motivó la intervención de nuestro gobierno, en el sentido que la argumentación de que su inclusión podía justificar tal alegación, no puede sustentarse en el marco del proyecto, menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la conferencia.

h. Las normas procesal-penales que contempla se califican como atributivas de derechos y garantías que por su naturaleza no requieren la consecuencia de presupuestos de hecho especiales ni exigen el dictado de una normativa interna que las haga operativas, ya porque en las normas generales se contemplan los elementos necesarios para ello, ya porque no los exige, limitándose en ocasiones a apelar a los criterios de "razonabilidad" que presiden toda interpretación jurídica; por tanto caen en la órbita del art. 1.1, es decir, son de aplicación inmediata e incondicional. A los Estados partes corresponde una actitud real de respeto y garantía y a las personas humanas que se hayan bajo el ámbito de la jurisdicción nacional, la titularidad del derecho a exigirle una actuación en tal sentido. A su vez el art.2 sólo tiene sentido como norma independiente dentro del sistema y no como una norma de carácter general y condicionante.

Ello debe entenderse sin perjuicio del deber genérico internacional en orden a arbitrar todas las medidas conducentes a dar eficacia a la normativa internacional dentro del ámbito interno, pero reconociendo que el incumplimiento de este deber no constituye

causa de justificación para el desconocimiento de los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En resumen, se puede sostener que existe un claro intento Latinoamericano de establecer un efectivo sistema de resguardo de los derechos fundamentales, producto de que se ha tomado conciencia de que el ideal político de la democracia no se satisface con el modelo formal del "Estado de Derecho", sino con el modelo sustancial de "Estado de los Derechos Humanos".<sup>59</sup>

En el ámbito europeo, cobran importancia los acuerdos comunitarios, no obstante no se observa en éstos un catálogo de derechos fundamentales o la existencia de una cláusula general a su respecto que permita a los ciudadanos valerse de ellos como límite frente a los actos y disposiciones de los órganos comunitarios, que dotaría de una legitimación democrática a estos acuerdos, dado el importante papel que como factor integrador de las comunidades políticas juegan las Declaraciones de Derechos, que como es sabido, así se conciben también en los Estados. Sólo en los proyectos para la creación de la Comunidad Europea de Defensa de 27 de Mayo de 1952 y en el de creación de una comunidad política de 26 de Febrero de 1953, en sus artículos 3 y 2 respectivamente, se contenía una referencia a la necesidad de su respeto y salvaguarda.

Se pone la atención en que los órganos comunitarios están dotados de un poder soberano, dirigido a la consecución de los fines de los tratados, cuyos preceptos son de aplicación inmediata en los Estados parte, haciendo surgir derechos y obligaciones no sólo en éstos, sino también en los individuos, que son justiciables directamente en tribunales internos, lo que es conocido en la doctrina internacional como normas "Self-Excecuting".

Otro principio que distingue a las normas comunitarias europeas es el de su primacía frente al orden interno, de modo similar al papel que cumple la Constitución en aquellos estados de estructura

---

<sup>59</sup>Mivielle, Bernardette. "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Enjuiciamiento Penal" en Rev. "Doctrina Penal", 1988

compleja, federal o autonómica, de manera tal que el derecho comunitario prima sobre las normas internas, cualquiera sea el grado que ocupen dentro de la escala jerárquica y cualquiera sea la época de dictación de estas últimas. A consecuencia de lo anterior es que las normas comunitarias priman también sobre las Constituciones de los Estados, toda vez que si la validez de las normas europeas o comunitarias dependiere del resultado de su contraste con las Constituciones de los Estados, se eliminaría la efectividad y unidad material del Derecho Comunitario.

Sin embargo, acorde a jurisprudencia, el Derecho Comunitario no prima frente al derecho interno cuando éste fuese una norma constitucional que garantiza un derecho fundamental. Con ello se pone en evidencia el principal principio que caracteriza al ordenamiento jurídico comunitario: su supremacía frente a cualquier norma de derecho interno, con la consiguiente disminución de la efectividad de las normas europeas.

Importante en la relación entre derechos fundamentales y ordenamiento jurídico comunitario es, por una parte, el papel que juegan los derechos fundamentales como normas o principios que limitan la actividad de los órganos comunitarios, y, por otra, el papel de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados como límite a la actividad de la Comunidad.<sup>60</sup>

#### CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO COMO MARCO ADECUADO PARA GARANTIZAR LA APLICACION DE ESTOS PRINCIPIOS.

El Estado Moderno, surgido a raíz de los sucesos históricos del siglo XVIII (Revolución Francesa, Independencia de Estados Unidos) se diferencia de las formas políticas que la anteceden por una serie de características que le son esenciales. En paralelo con su surgimiento, y formando parte de su evolución surge el Constitucionalismo, desarrollado a partir del siglo XIX, que postula el reconocimiento de la libertad e igualdad de los hombres y en el

---

<sup>60</sup> Lasagabaster Herrarte, Iñáqui. "Las Comunidades Europeas y los Derechos Fundamentales", en "Rev. Española de Derecho Constitucional", Nº 18, 1986

que se concretan sus postulados básicos: principio de legalidad, separación de poderes, primacía constitucional y consagración de una esfera de libertades.

La esencia de estos postulados recogidos en una norma superior como sería la Constitución, es la posición especial que se reconoce al individuo frente al poder estatal, que deriva del principio básico de que las relaciones entre los órganos de poder estatal y los ciudadanos se regulan por el Derecho y, por tanto, no estarían sujetas a la arbitrariedad y discrecionalidad absoluta de los gobernantes. En consecuencia, tanto el Estado como los ciudadanos son sujetos de derechos y de obligaciones.

De este modo las Cartas Constitucionales del siglo XVIII y XIX organizan un sistema de libertades fundamentales del ciudadano, ya sea a través de los llamados "derechos de libertad", que constituyen el ámbito de actividad de los particulares que los poderes del Estado deben respetar, ya sea a través de los "derechos políticos" que aseguran su participación en la dirección estatal. Así, aparecen reconocidas las libertades conculcadas y desconocidas por los regímenes precedentes y que se reafirman como derechos innatos, inviolables e imprescriptibles. Lo característico de la norma constitucional, no es su configuración como "ley superior", sino el ser una norma dotada de "supralegalidad", es decir, única regla capaz de limitar al legislador como órgano que representa a la comunidad jurídicamente organizada y al que la propia Constitución encomienda la tarea de crear, interpretar y modificar el Derecho, de manera que no representa solamente una posición ordinamental en la estructura piramidal de las normas jurídicas en la cual ocupa su cúspide, sino que específicamente constituye una relación internormativa con la ley, a la cual limita y a su vez da contenido, toda vez que es en aquélla donde se consagran y amparan las garantías individuales cumpliendo sustancialmente una labor garantizadora de la libertad y, sobre todo, de la dignidad del individuo frente al Estado, específicamente, frente a su poder punitivo.

Desde la perspectiva de los principios que rigen al Derecho Penal, en cuanto enunciados básicos que inspiran su normatividad, independientemente de que el legislador penal los recoja de manera expresa, y que constituyen primordialmente máximas que dirigen la

creación, aplicación y ejecución de las reglas punitivas, su consagración en la Constitución implica una garantía efectiva del respeto que todo Estado debe tener por el ser humano, que lleva a sostener que toda medida especialmente aflictiva del Derecho Penal debe adecuarse a esta norma, la cual recoge los postulados filosófico-políticos que inspiran a un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana, puesto que al ser el Derecho Penal especialmente positivo (normativo), su elaboración debe acordarse a sus postulados, de modo tal que permita garantizar las posibilidades de seguridad y certeza de una justicia penal al servicio del hombre.

Es así, como el Derecho Penal encuentra su fundamento y límite en el cuerpo constitucional puesto que, "el legislador está legitimado para tutelar mediante normas jurídico-penales aquellos bienes jurídicos incorporados al ordenamiento constitucional... y está llamado a dirigir tal tutela porque su proclamación en la norma fundamental los define como los más valiosos bienes para la comunidad, sin perjuicio de la autonomía del legislador para determinar cuál de los instrumentos jurídicos y políticos de que dispone sea el más apto para alcanzar la protección más eficaz (principio de "última ratio")"<sup>61</sup>.

El órgano legislativo crea el hecho punible y le señala una pena que no es discrecional sino reglada, sometida a un procedimiento en lo formal y a los principios consagrados en la Constitución, explícita o implícitamente, en lo sustancial, de manera tal que ella es el marco más adecuado para garantizar su aplicación, pues le obliga a acatar sus postulados al limitarlo en la creación, interpretación y modificación del Derecho, a respetar su contenido. Además, porque contempla sistemas de control ante su violación por parte del legislador, que ante el desborde del fundamento constitucional se aplican "coercitivamente" (en cuanto a que el legislador está obligado a corregir su actuar).

Estos mecanismos son el control de Constitucionalidad, dirigido al legislador, que busca hacer efectivo el principio de supremacía constitucional; y el control de Legalidad. Todo Estado de Derecho

---

<sup>61</sup>Arroyo Zapatero, Luis. Op. Cit. pág. 387.



importa la consideración de la "ley" como norma jurídica suprema, y su respeto, así como los derechos de los demás son a su vez fundamentos del orden político y de la paz social; la legislación debe estar informada por tal reconocimiento, respeto y protección, más aún en el caso de la ley penal, cuya misión primordial es la protección de la Constitución, al ser un mecanismo de control de la conducta de los individuos cuando lesionan o ponen en peligro normas esenciales de la organización social, tales como las referidas a derechos humanos, e instrumento garantizador de la comunidad jurídicamente organizada.

Como contrapartida, uno de los componentes constitucionales es solemnizar los principios fundamentales del ordenamiento penal y garantizar su aplicación. Más aún, se mira la Constitución como marco adecuado para garantizar la aplicación de los principios del Derecho Penal por cuanto tiene vocación de permanencia (rigidez) pues su modificación responde a pautas más estrictas que las de una ley.

En ella se consagran, expresa o tácitamente, los derechos humanos, límites naturales a la acción de los órganos de poder y a los de los propios asociados. Es marco de referencia a toda actividad de los órganos de poder como "base de todo el ordenamiento jurídico del Estado".

José Peraza Chapeau afirma que la Constitución como instrumento jurídico es la forma y fuente principal de expresión del derecho del Estado, cuyas normas se basan en ella en tanto presupuesto inviolable de la legitimidad de las demás leyes (Selección de Lecturas de Derecho Constitucional", La Habana, 1985).

La Constitución consagra la garantía efectiva del modelo de Estado recogida por ella (Estado de Derecho) a través del control de constitucionalidad de las leyes.

**SITUACION NACIONAL.**

i. Artículo 5º CPE<sup>62</sup>.

En el ordenamiento jurídico interno, cobra importancia el artículo 5º de la Constitución de 1980, el que encuentra su antecedente histórico en el artículo 2º de la Constitución de 1925, que establecía que "La soberanía reside esencialmente en la nación, la cual delega su ejercicio en los órganos que esta Constitución establece".

En consecuencia establecía una concepción amplia de la soberanía, carente de todo límite, donde el Estado, en tanto su titular, podía modificar a su arbitrio todas y cada una de las garantías consagradas a nivel constitucional. De ahí que se estimara que las garantías emanaban del reconocimiento estatal. No se concebía su existencia anterior a ello, ni menos aún que fueran inherentes a la condición de ser humano.

Idea progresivamente desechada en el Constitucionalismo Moderno, que avanza hacia el pleno reconocimiento de las garantías inherentes a todo ser humano por el solo hecho de ser tal; que atiende a la convicción de que estos derechos no pueden ser instituidos por ningún Estado a través de su derecho positivo, ya que son anteriores a la organización misma, por lo que sólo pueden ser reconocidos y proclamados.

Sin duda que la Constitución es posterior al hombre y a sus derechos fundamentales, que constituyen las instituciones básicas del orden liberal occidental, respecto de los cuales ésta tiene un papel meramente declarativo. Más aún, representan un marco limitador al actuar del Estado.

En este marco teórico se elabora el nuevo cuerpo constitucional, el que en la norma en comento, prescribía en su texto original:

"La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones

---

<sup>62</sup>Jara C. Eduardo, "La modificación al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución de 1980 y la Ley 18857", en "Cuadernos de análisis jurídico". U. Diego Portales, Marzo de 1990.

periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana."

Su historia fidedigna revela que quienes colaboraron en su elaboración consideraban que una Carta Fundamental debía contemplar una restricción efectiva a la soberanía del Estado, que recogiera la nueva concepción antes reseñada.

Así, en la sesión 48 de la Comisión Constituyente, don Sergio Diez presentó un proyecto para agregar un inciso al artículo 59, que señalaba:

"En el orden interno, la soberanía no reconoce otras limitaciones que las que impone esta Constitución. Toda delegación de soberanía en organismos supranacionales que tengan como finalidad asegurar la paz y la justicia será materia de ley."

De su parte, Enrique Ortúzar, presidente de la Comisión, consideró de suma importancia tratar esta materia porque "tiende a resguardar las garantías fundamentales de tal modo que ni siquiera la propia soberanía interna pueda el día de mañana limitarlas". De manera enfática sostiene que estos derechos no podrían ser objeto de reformas constitucionales, salvo por unanimidad, lo que los hace prácticamente inmodificables.

Al concluir esta sesión, se acordó que el texto tentativo del artículo 59 sería el siguiente:

"La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce directamente a través del plebiscito o las elecciones, o indirectamente mediante la delegación de su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece.

Ningún sector del pueblo ni ningún individuo pueden atribuirse su ejercicio.

La soberanía no reconoce otras limitaciones que las relativas al régimen democrático y a las garantías fundamentales que esta Constitución establece."

Sin embargo, fue en la siguiente sesión, de fecha 27 de Junio de 1974, en la que se discutió de manera más enfática el tema, y donde quedó prácticamente redactada la norma, tal como se la sometería a plebiscito, aún cuando hasta ella se lo contemplaba como artículo 29.

Fue así como el señor Sergio Diez U., señaló que a partir de las observaciones del señor Ortúzar se llegó a la redacción definitiva del inciso final de este artículo, donde se declara que la soberanía encuentra su limitación en los derechos fundamentales del hombre y su expresión política, que es el régimen democrático.

El señor Silva Bascuñán estimó que la mejor redacción sería la siguiente:

"La soberanía no reconoce otras limitaciones que las impuestas por el régimen democrático y por las garantías fundamentales que esta Constitución contempla".

De su parte, don Jaime Guzmán manifestó estar de acuerdo con la inspiración de la norma, más no con su materialización. Cree que en el fondo, la solución está en la idea que don Sergio Diez se limitó a soslayar sin concretar: La soberanía tiene un solo límite fundamental, que es el derecho natural. Concuerd a en no decirlo como tal, por ser una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar de derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana. Desde ellos debe proyectarse la noción de bien común. Considera adecuada tal calificación, por cuanto para ser aptos para limitar la soberanía, deben estar por encima del derecho positivo. Por las consideraciones anteriores, estima inadecuado referirse a "las garantías que la Constitución establece". En definitiva, sugiere que el inciso diga: "La soberanía no reconoce otra limitación que los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana". Texto que en definitiva logró el consenso.

Acto seguido, el Presidente dispuso que la redacción final del inciso II del artículo 59 sería la siguiente: "La soberanía no reconoce otra limitación que los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana", y declaró que "la disposición en la fórmula que se está proponiendo, conforma un régimen en la Carta

Fundamental que ni siquiera por la vía de la reforma constitucional o por el plebiscito podría destruirse, y eso es de extraordinaria trascendencia".

Previo a su aprobación se agregó "El ejercicio de" y "esenciales" a la norma, que se sometió a la aprobación plebiscitaria en los términos siguientes: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos fundamentales esenciales que emanan de la naturaleza humana."

Más tarde, don José Luis Cea Egaña<sup>63</sup>, sostiene que "Con tales términos se quiere significar que una recta formulación constitucional ha de adoptar como supuesto la dignidad eminente del hombre individualmente y asociado, con fines que son siempre sólo suyos, mientras que el Estado persigue finalidades coadyuvantes de aquéllos. Subrayo por ende, que la consumación de los fines humanos determina los objetivos, competencias y potestades del Estado. A éste le compete promover el bien común con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución asegura y que ni aún la soberanía tiene a su haber conculcar."

## ii. Modificación Constitucional.

El esfuerzo reformador persigue básicamente proteger de manera más efectiva los derechos esenciales de la persona humana, sean de la primera, segunda o tercera generación, lo que se desprende de la enumeración indistinta, consagrada en el artículo 19 de la Carta de 1980, que se refiere a todo aquel "que emane de la naturaleza humana" y que están reconocidos, protegidos o amparados por el Derecho Internacional; enfatizar el papel del Estado frente a la promoción y respeto de tales derechos. Es así, como la expresión "garantizados" tiene importancia dentro de la modificación, puesto que atiende a que no basta con su reconocimiento interno, sino que, además el Estado debe adoptar las medidas para caucionar su respeto y promoción, puesto que la garantía se concretará sólo en la medida que el Estado y sus órganos se preocupen de que las

---

<sup>63</sup>Cea Egaña, José Luis, "Tratado de la Constitución de 1980", pag. 82

normas sobre derechos esenciales de la persona humana se incorporen al ordenamiento jurídico positivo y se cumplan, y que además, si existen normas que atenten contra ellos, se deroguen. Por último, que se adecúe la normativa interna a todo el campo del Derecho Internacional al respecto, de manera tal que exista identidad entre ambos ordenamientos, a fin de asegurar una plena incorporación de los tratados y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en la misma jerarquía que las normas de derecho interno dictadas en la materia.

#### **Implicancias de la modificación al Artículo 50 inc.II CPE.**

Al remitirse a los tratados internacionales, éstos se incorporan al rango constitucional, y, por tanto a las garantías fundamentales del artículo 19 CPE, no obstante, formalmente, deban tramitarse como ley común para entrar en vigencia en Chile.

Se ha estimado por los Tribunales de Justicia, interpretando el alcance del artículo 50 N°1 CPE, que los derechos que emanan de los tratados no son exigibles sino hasta que el instrumento haya cumplido todos los trámites formales para entrar en vigor en Chile (las formalidades propias de una ley).

La interpretación anterior es inconsecuente con la normativa general en derecho comparado, donde se equipara la exigibilidad interna con la internacional, esto es, los derechos quedan amparados desde el momento mismo en que el instrumento internacional es ratificado o aprobado.

La tendencia general se funda en que los gobiernos no pueden realizar conductas que atenten contra los tratados mientras cumplen con la tramitación interna previa a su entrada en vigencia. Norma que se habría infringido por el gobierno militar, ya que habiéndose ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Febrero de 1972 y promulgado en Noviembre de 1976, sólo fueron publicados en Abril y Mayo de 1989, por ende, recién en esas fechas entraron en vigencia.

## CAPITULO II

### TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.

#### A. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIBERAL CON INCIDENCIA PROCESAL.

##### 1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD O RESERVA LEGAL.

Constituye uno de los principios clásicos tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal que, como se vio, fue acuñado por Feuerbach bajo los términos "nullum crime sine lege, nula poena sine lege, nullum crime et nulla poena sine iudicio".

En el ámbito procesal este principio se desglosa en varios sub principios, a saber:

a. Nadie puede ser procesado si no existe una ley penal previa que contemple la conducta imputada.

b. Nadie puede ser procesado sino por un órgano que haya sido previamente establecido por el legislador al cual se le otorguen facultades para conocer de esos asuntos, cuyos integrantes deben haber sido previamente investidos conforme a derecho.

c. Nadie puede ser condenado sino una vez concluido un proceso debidamente tramitado acorde a las reglas de procedimiento penal especialmente contempladas en la ley y a su vez las penas que se le apliquen deben formar parte del catálogo en ella misma contemplado.

d. El cumplimiento de la condena ha de llevarse a cabo en lugares públicos de detención, por órganos administrativos regulados por ley y subordinados al órgano jurisdiccional al cual corresponde la supervigilancia de la ejecución del fallo.

El proceso penal (instrumento determinante de la realización de la pretensión punitiva del Estado), sólo se podrá poner en movimiento en la medida que concurren todos los elementos condicionantes de su ejercicio, ya que este principio actúa dinámicamente en él, aún en la fase de investigación procesal, en consecuencia:

- Para que una persona sea sometida a proceso es necesario que esté justificada la existencia del delito que se investiga y que aparezcan presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor (art. 274 CPP).

- El hecho que motiva la investigación debe estar previamente establecido en la ley penal, de ahí que no podrá darse curso a ninguna "notitia criminis" que no encuadre en una figura penal predeterminada, (tipicidad) sin que ello signifique desestimar "in limine" aquellas cuyo encuadramiento sea dudoso (art. 18 CP).

- Para los efectos de acusar se requiere que el juez de la causa haya adquirido la convicción de que tal persona participó en el hecho que reviste caracteres de delito, ya comprobado, y que no concurren en el caso alguna causal que motive el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 424 CPP).

- Si durante el proceso o en la etapa de sentencia el tribunal llega a la convicción de que el hecho que motivó el proceso no existió, no constituye delito, o no hubo participación de aquellos a quienes se le atribuye, deberá sobreseer definitivamente la causa o bien dictar sentencia absolutoria (art. 408, 456 bis CPP).

- Asimismo, si durante el curso del proceso se comprueba alguna causal de exención o extinción de responsabilidad penal, el órgano jurisdiccional deberá sobreseer definitivamente la causa, dictando al efecto una resolución fundada (art. 279 bis y 408 CPP).

Como consecuencia de las dos últimas situaciones cesarán todas aquellas medidas privativas o restrictivas de la libertad de los sujetos implicados así como toda otra consecuencia procesal que de tal proceso haya derivado.

## **2. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.**

En el proceso penal, este principio se consagra como la igualdad de las partes en el proceso, esto es, dar un idéntico tratamiento a los sujetos sin distinción alguna, salvo aquellas previamente establecidas en la ley, tales como ciertas inmunidades. En un sentido sustancial, en la proporcionalidad del tratamiento, en cuanto

a tratar igual a los ontológicamente iguales y desigual a los ontológicamente desiguales, a fin de superar toda discriminación latente en una mera igualdad formal, y así permitir que toda persona humana, cualquiera sea su raza, edad, sexo o condición pueda entrar en el goce y ejercicio de sus derechos en forma igualitaria. De ahí que al Estado corresponda poner al servicio de aquel que no pueda proporcionarse por sus propios medios la asistencia de un letrado los medios que aseguren su debida asistencia jurídica en pos de su derecho de igualdad en el juicio. (Art. 19 Nº 3 CPE, 278 CPP).

El principio de igualdad procesal penal implica, además, que el legislador no puede establecer diferencias de trato que no se funden en un fin constitucionalmente legítimo y, a su vez, los medios previstos para su consecución deben tener una justificación razonable a la luz de él. Por tanto la actuación del magistrado debe estar imbuida de criterios de "razonabilidad" que conducirá a que ante situaciones similares no siempre se adopten las mismas soluciones, sin que ello signifique una discriminación arbitraria, atendidas las particulares circunstancias que rodean a cada hecho, más aún se sostiene que no toda diferencia de trato puede ser considerada ofensiva por sí misma de la dignidad humana, ya que si ella se orienta legítimamente sin conducir a situaciones contrarias a la justicia o a la razón, no será arbitraria ni caprichosa, y por tanto, no repugnará la esencial unidad y dignidad de la persona humana.

### **3. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.**

En todo proceso de incriminación operan diversos factores más bien informales que conducen a una necesaria selección de conductas que serán objeto de persecución penal. Representa un intento del ordenamiento jurídico de conducir a que tal selección se rija por criterios racionales, acordes a las metas políticas perseguidas por el ejercicio del poder penal del Estado sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar.

Este criterio de persecución penal puede considerarse un eficaz auxilio al sistema penal tanto en cuanto a la desincriminación de hechos punibles como a la eficacia global del derecho penal en

aquellas zonas en que sea indispensable su actuación como método de control social. De él derivan ciertos criterios que sólo se enunciarán por estar tratados en el capítulo anterior y que son:

- Adecuación social del hecho.
- Desviación de los hechos punibles de bagatela a otras áreas del ordenamiento jurídico.
- Proporcionalidad de la pena atendida la entidad de la conducta.
- Preferencia en la persecución del hecho punible más grave.
- Criterio del interés público al momento de decidir sobre la determinación de las conductas de persecución penal pública.
- Principio de "mínima culpabilidad", esto es, la suspensión condicional de la persecución penal si se demuestra que el sujeto se apartó ocasionalmente de las reglas de convivencia social, por lo que no cabe calificarlo como antisocial, o si fue afectado de tal modo por los resultados del hecho que ya no sea necesaria la retribución penal al haberse producido naturalmente.

De este modo, la aplicación de estos criterios restan de la persecución penal hechos en sí punibles, pero en los cuales la aplicación del ius puniendi contradice sus fines propios, reemplazándola por otras medidas que empíricamente logren mejor el fin perseguido, sin tanto o menosprecio para la persona humana y aseguren su reinserción social dejando espacio para un derecho penal más eficaz allí donde debe serlo.

Implica por tanto que aún cuando exista un tipo y una acción que se encuadra en él, el órgano jurisdiccional cese en su persecución, si, aplicados los principios anteriores determina que con la puesta en vigor del sistema penal, no se satisfacen los requisitos mínimos de aplicabilidad, luego de realizada la necesaria labor de comparación "necesidad de eficacia del sistema penal-reconocimiento de la dignidad del hechor".

Su reconocimiento y regulación jurídica evita la existencia real de criterios de oportunidad ocultos -fijados por órganos no res-

ponsables políticamente- para ponerlos en manos de los órganos del Estado responsables de trazar su política criminal. Se logra así una coordinación entre las metas perseguidas y la aplicación de los criterios determinados por la ley.

#### 4. PRINCIPIO DE RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA.

La dignidad de la persona es un valor espiritual y moral inherente a ella y que se manifiesta singularmente en su autodeterminación consciente y responsable, que lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás. Esta es la base de la tesis del libre albedrío que se opone al determinismo en tanto se le conciba también en términos descriptivos, que, sin embargo, esconde una visión normativa fundamental compatible con la hipótesis determinista.

Es un principio tan básico en todo sistema conocido, que se duda en calificarlo de un mero principio moral; no obstante en ocasiones se presenta extrajurídicamente como el "principio moral de la dignidad de la persona humana". Es esta dignidad la que se considera lesionada cuando un interlocutor descalifica nuestras intenciones, decisiones y juicios por suponerlos resultados ineludibles de una especial experiencia infantil, situación social, o procesos fisiológicos cerebrales.

Cuando frente a esto se invoca la dignidad como persona no se necesita negar la hipótesis determinista, sino poner énfasis en que tal interlocutor, al formular sus opiniones respecto a actitudes subjetivas, tiene la expectativa que debe conscientemente universalizar de que a él se lo trate también como persona, tomando en cuenta su opinión en virtud de sus méritos intrínsecos y no reaccionando frente a ello como ante un mero reflejo condicionado.

En consecuencia para que sea reprochable la conducta y conlleve la aplicación de una pena es menester que el sujeto actúe libre y conscientemente, esto es, voluntariamente (que le sea atribuible) en la conducta realizada, en conocimiento de que la responsabilidad penal es consecuencia necesaria de aquella acción y que no sea producto de un mero reflejo.

Impone al proceso penal, en lo que nos interesa, no privar o restringir la libertad de un sujeto no condenado sino en los casos estrictamente necesarios y mediante resolución fundada.

En el ámbito de las sanciones, se prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, teniendo presente que la calificación de una pena como tal depende de su ejecución y de las modalidades que ésta revista, de manera que por su propia naturaleza no acarree sufrimientos de especial intensidad (pena inhumana) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejado la simple imposición de la condena (pena degradante).

Todo ello enmarcado dentro del reconocimiento de los Derechos Humanos y, principalmente, de la entidad ética del hombre en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

##### 5. PRINCIPIO DE INOCENCIA.

En el seno del proceso penal estriba en considerar ab initio inocente al inculpado, se trata pues de un principio cuya naturaleza es ser un "Derecho Fundamental" con contenido normativo procesal predicado respecto de todo ciudadano, a consecuencia del cual toda persona es inocente mientras no se declare lo contrario.

Se traspasa al acusador la carga aportadora de aquellos elementos de prueba capaces de transformar ese presupuesto inicial en un fundado y razonable veredicto de culpabilidad (contenido esencial), de modo que ante la falta de aportaciones probatorias en tal sentido se impone su absolución con independencia de la convicción íntima del juzgador. <sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>En tal sentido: González-Cuellar García, Antonio. "Jurisprudencia Constitucional española" en Rev. "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", años 1985 y 1986 Tomos XXXVIII y XXXIX y Aragonese Martínez, Sara. "Procesal Penal" en "Información legislativa y jurisprudencial", "Rev. de Derecho Procesal", 1987

Se entiende salvaguardado, este principio, cuando la decisión judicial se ha basado en los medios probatorios aportados al proceso, en cuanto soberano en la apreciación de las pruebas, de las que emana su convicción, de manera tal que nadie puede ser condenado sobre la base de meros indicios (contenido derivado).

Opera como freno ante el riesgo que conlleva un desmedido arbitrio judicial, en que la única convicción se sustenta en meras valoraciones subjetivas carentes de base fáctica evidente.

En general la jurisprudencia al respecto se basa en las siguientes ideas esenciales:

i. El núcleo de esta presunción radica en que es menester comprobar la existencia de pruebas de cargo suficientes para fundar una sentencia condenatoria, que deben ser tales que conduzcan necesariamente a tal conclusión, de manera que la deducción probatoria sea racional y lógica y que se expresen en la fundamentación las grandes líneas o hitos que condujeron al tribunal a dictar condena.

ii. La prueba apta y suficiente es la directa y la circunstancial o indiciaria que ha de cumplir los siguientes requisitos:

- Precisión de que el hecho base esté absolutamente probado, no cabe deducir un indicio de otro u otros.

- Necesidad de que los antecedentes alrededor de la dinámica comisiva no lo sean desconectadas de la misma.

- Exigencia óptica de que el hecho base del indicio no sea un dato aislado sino una pluralidad.

- Necesidad de que entre los hechos fundantes de los indicios exista una interrelación, armonía o concomitancia, de lo contrario la convicción judicial se formaría carente de duda razonable.

- Indemostración de lo que se denomina "contraindicio" ("coartada" en lenguaje vulgar), si el imputado introduce a vía de defensa un hecho que desvirtúa las hipótesis de la acusación, y lo prueba, a raíz de la cual se revela falsa aquella hipótesis, es evidente que

tal dato no puede ni debe ser considerado irrelevante al momento de decidir sobre el curso del procedimiento.

iii. Es privativa de los tribunales de justicia la apreciación de las pruebas que se han aportado al proceso penal para desvirtuar este principio, toda vez que es a éstos a quienes la norma fundamental encomienda tal función.

iv. Las únicas pruebas eficaces para desvirtuar la presunción son aquellas previamente establecidas en el ordenamiento procesal y siempre que en su producción se observen las garantías necesarias para salvaguardar el derecho a defensa, tanto en lo formal como en lo sustancial.

v. La destrucción de esta presunción sólo puede constatarse en una sentencia definitiva ejecutoriada (sin perjuicio de la acción de revisión) que declare la culpabilidad del sujeto sobre la base de la apreciación de las pruebas aportadas al proceso.

vi. La prueba es, por tanto, el eje esencial sobre el cual gira este principio, ya que es el único camino válido para destruir esta presunción *iuris tantum*; se cumplen así las exigencias básicas de las normas que configuran el procedimiento judicial justo y racional.

vii. Se le considera vulnerado toda vez que no se respeten las máximas antes expuestas, esto es, si no se realiza actividad probatoria, ésta es insuficiente, o bien se utilizan medios probatorios no reconocidos en el ordenamiento jurídico, aún cuando en un proceso posterior se compruebe la veracidad de lo sostenido en la sentencia atentatoria.

Al contrario, no puede considerarse vulnerado este principio, cuando en uso de las mismas pruebas el tribunal de la instancia y el de apelación llegan a conclusiones diversas, a consecuencia de discrepancias en la valoración de la prueba, pues lo que se precisa es que la actividad probatoria realizada en el proceso conduzca a la convicción del tribunal de que el sujeto pasivo participó en el hecho ilícito que se le imputa y en la calidad que se le atribuye.

Este criterio se encuentra plenamente acogido en el artículo 14 N°2 del Pacto de derechos Civiles y Políticos al señalar "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

La Comisión Interamericana apoya la tesis que sostiene que "en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda." Respecto a la carga de la prueba -sostiene- sin embargo, que cuando existen ciertas evidencias circunstanciales graves ésta desaparece y se produce la inversión de la prueba, siempre que exista una presencia de indicios abundante y coincidente contra una persona sindicada del hecho concreto.

La Constitución Política de 1980 no la consagra expresamente; incluso una parte de la doctrina sostiene que podría presumirse la culpabilidad de una persona derivándola del derecho consagrado en el art. 19 N°3 inc.V, que impide presumir de derecho la responsabilidad penal.

El artículo 1º del Código Penal, presume que las acciones voluntarias penadas por la ley son dolosas, esto es, que en la conducta objetiva va implícita en principio la intención del autor a realizarlas. Esto no significa que la prueba de la inocencia le corresponda únicamente al inculpado, ya que el 109 del CPP, obliga al juez a investigar no sólo los hechos y circunstancias que establecen o agravan la responsabilidad del inculpado, sino también los que eximan atenúen o extingan.

De ello desprenden, que si bien no hay presunción de inocencia, tampoco de culpabilidad, por cuanto el tribunal debe realizar una investigación exhaustiva, en su búsqueda de la verdad. Más aún, no obstante existan en autos pruebas indiciarias de culpabilidad, si el juez no ha llegado a su íntima convicción, dictará sentencia absolutoria (456 bis CPP). La ley 18.857, sustituyó el art. 42 CPP y estableció que nadie será considerado culpable de un delito hasta que se dicte sentencia condenatoria en su contra.

Debe tenerse presente que ambas disposiciones de rango legal aparecen como una consecuencia del principio de inocencia, el que en definitiva está reconocido implícitamente en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 6. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

Implica de una parte la prohibición de que autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionen dos veces una misma conducta, lo que entraña una reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado, inadmisibles a la luz de sus principios limitadores, a más de conducir a una abierta contradicción con el principio de inocencia ya que la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a este derecho, de que unos mismos hechos sucesiva o simultáneamente existan y dejen de existir para los órganos del Estado. De otra, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, con la sola excepción de los supuestos en que esté justificado tal ejercicio tanto por los tribunales como por la potestad sancionadora de la administración derivada de su supremacía especial consagrada en el ordenamiento jurídico. Este principio sostiene además, otra significación: una misma circunstancia (por ej. el parentesco), no puede ser tomada en cuenta dos veces para la incriminación de un mismo delito (art. 63 inc. I CP).

Cobra especial importancia en el ámbito del concurso de delitos, esto es, cuando existe una conducta que es susceptible de ser subsumida en varios tipos penales (concurso ideal), o que el sujeto haya realizado una pluralidad de acciones delictivas subsumibles en otros tantos tipos penales (concurso real). En cuanto al concurso ideal, no son computables, para los efectos de determinar la pena, aquellas circunstancias que no inciden en el carácter dañino o peligroso de tal conducta, lo contrario implicaría penar al sujeto más de lo necesario y admisible para prevenir la situación disvaliosa generada, lo que supone multiplicar la pena, no obstante no haberse dado una situación más grave que la que la pena única tiende a prevenir.

Se vincula al principio de la cosa juzgada, en el sentido que impide un proceso posterior por un mismo hecho, debiéndose entender

por tal, aquel donde existe identidad legal de persona imputada, identidad del hecho ilícito e identidad de la causa a pedir. Este principio se consagra en el art. 14 Nº7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."

Lamentablemente, la disposición omitió agregar "por los mismos hechos", cual es el alcance real del principio. Así, si los hechos investigados pueden calificarse como varios delitos y en la sentencia sólo se le condenó por uno de ellos, no podría reabrirse el proceso para condenar por otro delito en el cual sea dable la subsunción de la conducta concreta.

El Pacto extiende el derecho no sólo a los absueltos en la sentencia, sino también a los condenados, lo que no ocurre en la Convención Americana, que lo aplica sólo a aquellos.

La Comisión Interamericana, en un informe, señala que la legislación que permite reabrir un proceso teniendo como fundamento la aparición de nuevas pruebas, viola el principio de cosa juzgada.

La ley 18857, al sustituir el art. 42 CPP expresamente incluyó este principio en el inciso II, al disponer que una persona que ha sido condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no puede ser sometida a un nuevo proceso por los mismos hechos, salvo el caso de penas aplicadas por tribunales extranjeros por delitos cometidos fuera del país, pero que queden sometidos a la jurisdicción chilena y respecto de los cuales también pudiera ser procedente un proceso en Chile, y, en fin, en el caso del procedimiento por crimen o simple delito contra personas ausentes.

## **7. PRINCIPIO DE LIBERTAD PROCESAL.**

Se sustenta en la dignidad humana en forma mediata y en el principio de inocencia. Consiste en la declaración formal de reconocimiento, en la cultura jurídica universal, de la libertad como bien

supremo del hombre, que al estar consagrados en la Constitución Política del Estado se encuentran sobre los códigos procesales.

En el proceso penal se traduce en el principio de excarcelación, en el sentido que la regla general es que toda persona sea procesada en libertad, derecho que debe mantenerse, protegerse y respetarse por los administradores de justicia y sólo excepcionalmente, y por causa fundada, podrá restringirse, pero dentro de los márgenes que la propia carta fundamental señala.

En el orden Internacional se desglosa en las siguientes garantías:

- **Derecho a la libertad y seguridad personales.** Art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 7 Nos. 1, 2 y 3 Pacto de San José de Costa Rica; art. 19 Nº 7 CPE.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

- **Derecho de información sobre las causas que motivan la restricción o privación del derecho.** Arts. 9 Nº2 y 14 Nº3 A) Pacto de Derechos Civiles y políticos; Art. 7 Nº4 Pacto de San José; art. 19 Nº7 c) CPE.

La primera de las normas señaladas se refiere a la obligación de informar al sujeto de las razones de su detención y la segunda a la misma obligación respecto de los cargos formulados durante el proceso.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la persona detenida debe ser suficientemente informada de las razones de su detención, como para que pueda tomar medidas inmediatas, a fin de obtener su puesta en libertad, si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento. Ello importa que además de darle a conocer las razones a través del informe de la

disposición legal que se supone infringida, se le comuniquen los hechos por los cuales se estima que ha infringido la determinada norma.

Por su parte, la Comisión Interamericana, al respecto señaló que "La acusación fiscal debe ser sumamente precisa y clara al establecer los hechos que en forma concreta se atribuyen al acusado."

En consecuencia, toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

En el ordenamiento interno, el art. 19 N°7 CPE, reconoce expresamente como Garantía Constitucional, el derecho de toda persona a que previo a su detención le sea "intimada" la orden correspondiente.

A su vez, los arts. 280 y siguientes del CPP contemplan las normas relativas al contenido de la orden de detención, entre las cuales está precisamente el señalamiento del motivo de la detención o prisión. Sin embargo, a renglón seguido, autoriza para excluirlo si existe causa grave que lo aconseje.

En cuanto a la forma de llevar a cabo tal orden, prescriben que el funcionario encargado debe exhibir el mandamiento antes de practicar la detención y darle copia de él al afectado.

Tal consagración aparece como insuficiente al momento de analizar su papel de concreción de la garantía.

Reviste importancia al efecto la modificación introducida por la ley 18857, de 1989 al art.275 CPP, respecto del contenido del auto de procesamiento, en su virtud, se exige que se describan sucintamente los hechos que constituyen las infracciones penales imputadas y para cada uno de los delitos. A diferencia de la norma anterior, que sólo requería que fuera motivado y que señalara los fundamentos en que se apoyaba la convicción del juez, y a los arts. 424 y 426 CPP, sobre la acusación. Sólo la segunda de ellas exige que en ella el juez señale la circunstancias agravantes o atenuantes que perjudican o favorecen al reo.

- **Derecho a ser puesto a disposición del tribunal competente.** Art. 9 N°3 Pacto de Derechos civiles y Políticos; Art. 7 N°5 Pacto de San José; art. 19 N°7 c) CPE; arts. 251 y ss. CPP.

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.

En cuanto al plazo para cumplir con esta garantía, ni el Comité de Derechos Humanos ni la Comisión ha determinado de forma perentoria el lapso que puede transcurrir desde que la persona es detenida hasta que es puesta a disposición del tribunal.

Sin embargo, ilumina la interpretación el que al discutirse el proyecto del Pacto de San José, se consideró que el detenido debe ser puesto prontamente a disposición del juez, y en todo caso, dentro de las 24 horas siguientes. En definitiva, no se acogió el proyecto en este sentido y se optó por no fijar el número de días, pero se exigió que fuera "en la brevedad posible".

En el orden interno, durante la vigencia de la carta de 1925 se cumplía a cabalidad la garantía, pues establecía que la autoridad que detenía "debía" poner al detenido a disposición del tribunal dentro de las 48 horas siguientes. En los casos de delito flagrante cualquier persona podía detener, pero debía poner al sujeto a disposición del juez de inmediato.

El artículo 19 N°7 CPE mantuvo la misma norma de carácter general, pero confirió al juez la facultad de prolongar este plazo hasta por cinco días, a petición de la autoridad y, si el delito investigado es una conducta de aquellas definidas por la ley como terroristas, puede ampliarlo hasta por diez días, lo que en definitiva vulnera la norma internacional, o a lo menos, debilita la garantía.

- **Derecho de amparo.** Art. 9 N<sup>o</sup>4 Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Art 7 N<sup>o</sup>6 Pacto de San José; arts. 21 y 41 N<sup>o</sup> 3 CPE; arts. 306 y ss., 341 CPP.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si éstos fueran ilegales. En los Estados Partes de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

En la Constitución Política de 1980, tal garantía está contemplada en términos más amplios que en los Pactos, por cuanto no sólo procede en los casos de privaciones de libertad ilegales o arbitrarias, sino también ante las amenazas, perturbaciones o cualquier otra privación al derecho a la libertad personal y seguridad individuales, cuyo conocimiento es entregado a la Corte de Apelaciones respectiva (art. 21 CPE).

- **Prohibición de la prisión por deudas.** Art. 11 Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Art. 7 N<sup>o</sup>7 Pacto de San José.

Nadie será detenido por deudas o por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual o extracontractual. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Giusseppe Bettiol, máximo defensor en Italia de la protección de la libertad individual en el proceso, ha señalado que "el principio del favor rei es el principio básico de toda legislación penal procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por un criterio superior de libertad... En la contraposición entre el ius puniendi del Estado, de un lado, y el ius libertatis del imputado, de otro, la preminencia debe ser atribuida a este último si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe".

## B. DERECHO PROCESAL PENAL.

### CONCEPTO, CONTENIDO Y FASES DE DESARROLLO.

Giovanni Leone conceptualiza Derecho Procesal Penal como "el conjunto de normas encaminadas a la declaración de certeza de la notitia criminis, es decir, declaración de certeza del delito e inflicción de pena; a la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de medidas de seguridad; a la declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito y a la inflicción de las consiguientes sanciones; y a la ejecución de las providencias"<sup>65</sup>.

Para Julio B.J. Maier<sup>66</sup>, se define por las metas que persigue, de esta forma Derecho Procesal Penal es aquel destinado a "lograr la verdad histórica como base única de actuación del Derecho Penal en un marco de respeto a la dignidad humana compatible con el Estado de Derecho".

Este derecho afirma el Ius Puniendi del Estado, cuyo titular es el Estado-administrador, derecho que surge del hecho que reviste caracteres de delito, y en contraposición del cual está el derecho de libertad del individuo en cuanto a no sufrir la aplicación de la pena, sino en los casos y dentro de los límites previstos por la ley penal; derechos de carácter sustancial de la relación del derecho penal material.

En cuanto a su contenido, se deben mencionar:

a. **Derecho a la acción penal**, como mecanismo legítimo para poner en movimiento el órgano jurisdiccional, concebida por un sector de la doctrina como un mero impulso procesal, cuyo único objeto es activar la función jurisdiccional y por tanto, se agota con su

---

<sup>65</sup> Leone, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal, obra comentada por Waldo Ortúzar en Rev. de Ciencias Penales Nº 3, tomo XXIV, año 1965, pág. 269 y ss.

<sup>66</sup> Maier, Julio B.J. "Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal" en rev. Doctrina Penal, año 1978

ejercicio; y por otro que sostiene que se trata del derecho a la decisión, por parte del órgano jurisdiccional, acerca del hecho que reviste caracteres de delito, por ende no se agota en la apertura del proceso sino que sigue actuando hasta que queda ejecutoriada la sentencia definitiva.

**b. Relación Procesal.** Se individualiza por la imputación, de manera tal que crea con ella un vínculo entre el tribunal y el imputado, -relación procesal simple-, y eventualmente entre el tribunal y el querellante, el tribunal y el imputado, el querellante y el imputado -relación procesal compleja-. De esta manera el hecho que reviste caracteres de delito y que ha sido puesto en conocimiento del Tribunal para su resolución, por medio de la acción penal, origen de esta relación, hace de puente entre el derecho material y el procesal, al poner en movimiento el ejercicio del ius puniendi.

**c. Objeto del proceso penal.** Se compone de un aspecto genérico, cual es el conflicto entre el ius puniendi estatal y el derecho de libertad del individuo, y otro específico cual es la noticia de haberse cometido un hecho que reviste caracteres de delito, su investigación y su eventual imputación a un sujeto como participante en su comisión, que es susceptible de afectar su derecho a la libertad.

La jurisdicción penal es el poder-deber que tienen los órganos específicamente atribuidos de las facultades de conocer, resolver fundadamente el conflicto de intereses de relevancia jurídico-penal, y de hacer cumplir lo resuelto de conformidad con la norma penal.

El proceso penal es el conjunto de actos mediante los cuales la relación procesal se desarrolla hasta su agotamiento. El límite esencial de la función jurisdiccional está representado por la sentencia irrevocable y la cosa juzgada, que condiciona su existencia, y cubre el error que está detrás de ella. Sin embargo, se deberán prever los mecanismos aptos para salvar aquellos errores que ni el juez ni las partes pudieron impedir, que se evidencian después de la ejecutoriedad del fallo y que en virtud de la cosa juzgada no podrían analizarse.

En cuanto al desarrollo histórico del derecho procesal penal se distinguen principios constitutivos o configuradores que fueron abriéndose paso ya sea combinados, ya sea solos y que dieron lugar a los distintos sistemas procesales.

Antes del proceso penal, el lugar de la pena era ocupado por la composición (compositio), que era un derecho subjetivo atribuido al particular ofendido o a su grupo, para el castigo del culpable. El acusador hacía valer un derecho subjetivo al castigo similar al derecho de crédito que podía reclamar en contra de su deudor, por ello en esta etapa no se distingue entre pena y resarcimiento, ni entre proceso civil y penal. La compositio importó un gran progreso jurídico al obligarse los ofendidos, mediante pacto social, a guardar ciertas formas y respetar ciertos plazos al ejercitar, dentro de ciertos límites, su derecho al castigo. Se trata de una incipiente distinción entre venganza y pena, esta última sustituida por la composición, ya que la venganza es pasión sin límites, mientras que la pena, como entonces la composición, es razón y proporción. Pero aparecen delitos públicos frente a los cuales la composición no era admisible. Es así como junto a la acción privada de la víctima, comienza a reconocerse una acción popular.

El proceso penal, originariamente establecido en favor del delincuente para librarlo de la venganza, ahora se establece en favor del Estado, que quiere rodear de las máximas garantías el castigo; surge así, la correlación entre pena y proceso penal, condensada en el principio nulla poena sine iudicio y se siente la necesidad de organizar el proceso de modo que garantice el ejercicio correcto del derecho de penar en forma eficaz e imparcial. Desde ese momento, el fin de la justicia penal del Estado va a ser siempre el adecuado ejercicio del ius puniendi, tendente a alcanzar dos aspiraciones, de una parte el justo y ejemplar castigo del culpable, que no debe quedar impune, de otra, la protección del inocente que no debe ser condenado. Con el objeto de alcanzar este doble fin permanente del proceso penal surgen dos sistemas procesales, acusatorio e inquisitivo, como caminos opuestos a través de los que el Estado ha ejercitado su derecho a castigar y previamente su derecho a investigar y juzgar los hechos delictivos.

Posteriormente y a raíz de la revolución política que se llevó a cabo a fines del siglo XVIII, de la nueva organización del Estado

con el advenimiento de las repúblicas representativas y de las monarquías constitucionales, es decir, con el establecimiento del llamado Estado de derecho, el sistema de persecución penal varió fundamentalmente, aunque no fue una transformación radical. Así, aparece del código de enjuiciamiento criminal francés de 1808 y legislación posterior, en la cual, no obstante plantearse por los autores de la época el regreso al sistema acusatorio puro, con acusación popular, creación greco-romana y conservada por entonces en el derecho anglosajón, se conservó en principio la forma de persecución penal y la meta principal del enjuiciamiento inquisitivo que pretendía superarse: la persecución penal pública como regla casi sin excepciones y la búsqueda objetiva de la verdad histórica como fin inmediato del procedimiento penal. No obstante, estos fines absolutos pasan a ser relativos, al concebirse otros valores jurídicos referentes a la dignidad humana como superiores a ellos, de manera que en caso de colisión, el orden jurídico establecido pasa a preferir a estos últimos sobre aquéllos.

En definitiva la modificación fundamental afectó la forma de cumplir dichos fines al imponerse límites que relativizaron tales metas en función al ser humano individual, quien dejó de ser concebido como un objeto de persecución penal para pasar a ser un sujeto del procedimiento iniciado en su contra, con facultades y derechos.

El siglo actual, más que buscar un cambio radical en los sistemas procesales, centra su interés en la defensa y desarrollo de los principio establecidos en el siglo anterior, en especial ante las crisis vividas a raíz de las dos guerras mundiales. Así, la Convención Internacional sobre Derechos Humanos, de 1948, y las convenciones europeas y americanas sobre la misma materia, que repercuten en los sistemas nacionales, no representan innovaciones políticas profundas respecto a este tema pero sí un reconocimiento y resguardo supranacional de ellos.

En definitiva, en este siglo debió volverse una y otra vez sobre ellos, puesto que una y otra vez las formas que adoptaron diversos

Estados para gobernarse los desconocieron en los hechos, incluso hoy se sigue atentando en contra de estas conquistas humanas.<sup>67</sup>

El proceso penal es un "procedimiento", que deviene en la realización del derecho penal a través de sus distintas instituciones. De ahí que surja en la doctrina el problema de la autonomía del proceso penal y el de su unidad con proceso civil.

En el análisis de este capítulo se optó por atender a aquella parte de la doctrina que sostiene que existe una relación innegable entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, al ser aquél el que dota de sustantividad a éste, lo que equivale a sostener que el derecho procesal penal es antes que nada Derecho Penal. Se trata de aquella parte que tiene por función la realización práctica del mismo a través de la readecuación de la realidad fáctica a la realidad normativa cuando es quebrantada por algún integrante de la comunidad. Así, y como parte de un todo, debe existir una necesaria relación de coordinación entre ambas ramas del derecho, más aún si se advierte que el Derecho Penal contempla los principios informadores de todo el sistema punitivo; afirmación más evidente si se considera que existe una interdependencia entre ellas, toda vez que la norma penal sólo constituirá una efectiva garantía para la sociedad en la medida que exista un complejo normativo que procure la investigación, tanto del haberse cometido un hecho punible, como de la participación y responsabilidad de determinados sujetos en su comisión, que asegure el respeto a la dignidad humana del ofensor y del ofendido.

Lo anterior tiende a ser desconocido por la doctrina procesalista en pos de una pretendida unidad del derecho procesal, que conduce a la inserción en el proceso penal de instituciones propias del proceso civil, en desmedro de los principios que necesariamente deben informarlo, lo que acarrea errores inaceptables en el ámbito penal al ser completamente inidóneos para resolver sus problemas,

---

<sup>67</sup> Vázquez Sotelo, José Luis, "El Principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Pag.374; Julio B.J. Maier, "Balance y Propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX", en "El poder penal del Estado", Homenaje a Hilde Kaufmann, Ed. Depalma, 1985, pag 273.

a vía de ejemplo se menciona la inserción de la teoría de la acción procesal civil que no logra explicar la persecución penal pública y obligatoria (principio de oficialidad).

Esto es enfatizado por Julio B.J Maier en su trabajo "Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", en revista Doctrina Penal, quien evidencia las influencias recíprocas entre ambos ordenamientos normativos, así a un determinado "derecho Penal" (ej. de autor) corresponde un especial "derecho procesal" (ej. que investigue especialmente las condiciones personales del presunto autor) y a la vez las necesidades e institutos procesales ejercen influencias sobre el derecho penal (ej. la cosa juzgada y prohibición de múltiple persecución inciden en la extinción o agotamiento del ius puniendi).

De otro modo la tensión entre el interés estatal por la persecución penal y el interés individual por la seguridad y dignidad rige todas las soluciones normativas del derecho procesal penal. Una solución diversa, dislocaría el sistema penal en tres miembros sin funciones coordinadas (Derecho Penal en sentido estricto, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución Penal) que se obstaculizarían mutuamente en el logro de fines pretendidamente distintos o por lo menos, autónomos, sin lograr la realización de ningún fin común del derecho penal o del sistema penal en general.

Atendida esta necesaria relación, dentro del ámbito del Derecho Penal Liberal, objeto de nuestro estudio, se ha reconocido la existencia de ciertos principios penales que informan al proceso penal a fin de cumplir el objetivo primario de ambos ordenamientos, cual es el respeto y protección de la dignidad humana.

Sin perjuicio de lo anterior, quienes sostienen la unidad absoluta del derecho procesal, en primer lugar, señalan que es común a todo proceso -penal, civil o administrativo- el fundarse en "un conflicto de intereses regulado por el derecho", producido cuando un sujeto se opone o no satisface una pretensión, o en general, no acata el imperativo recogido en una norma dada; su objeto será obtener la justa composición de la litis, representada precisamente por este conflicto de intereses de relevancia jurídica. Agregan además, que la función jurisdiccional realizada por el Estado a

través de los órganos judiciales es única, sea que se trate del proceso civil o del penal.

Entre quienes defienden la autonomía del proceso penal, Florián<sup>68</sup> destaca que el objeto esencial del proceso penal es una relación de derecho público, que tiende a realizar al derecho penal, última ratio dentro del ordenamiento jurídico frente a las trasgresiones más graves a las condiciones básicas de convivencia social, mientras que el objeto proceso civil es siempre una relación de derecho privado. Critica el argumento dado por quienes sustentan la unidad de ambos procesos en torno al concepto de jurisdicción, por cuanto si bien es indiscutible que la función jurisdiccional del Estado es una sola, sus manifestaciones y desarrollo son diversas atendidos los objetos a que se refiere y las afinidades de forma que tienen son meras semejanzas externas y formales, que no tocan su contenido interno propio. A su turno, en relación a la pretendida unidad fundada en el concepto "litis", sostiene que dicha tesis no encuentra mayor apoyo dentro de la doctrina por cuanto le falta el presupuesto necesario para concebirlo como "litis", cual es la oposición o el concepto de contraparte. En efecto, el proceso penal, en cuanto instrumento de realización del derecho penal, y en definitiva del ius puniendi del Estado -potestad/deber-, ha de tener lugar siempre, exista o no la oposición y el contraste -contenido de la litis-. En todo caso, aunque exista en él "contienda" entre partes, su eficacia no deriva de ello sino de las facultades autónomas del órgano judicial para investigar el hecho sometido a su conocimiento.

Contraargumentando, José Quezada Meléndez<sup>69</sup> sostiene que procesaristas penales que defienden la autonomía del proceso penal frente al civil, deben dar al derecho que regula a aquél una base científica propia, o saber adecuar los institutos del proceso civil. Observa una debilidad conceptual en el Derecho Procesal Penal al confundir la norma procesal con lo material penal, al aplicar

---

<sup>68</sup> Florián, Eugenio. "Elementos de Derecho Procesal Penal", s/f. Edit. Bosch, Barcelona, España.

<sup>69</sup> Quezada Meléndez, José. "El nuevo Proceso Penal chileno". Ed. Ediar Conosur Ltda., 1991, Santiago-Chile.

erróneamente los conceptos de "parte", "legitimación procesal" y otros, que se pueden aplicar a la legislaciones originadas en el Derecho Español, donde las leyes estaban basadas en los principios privatísticos que regían antes de que surgiera la doctrina procesal científica. La característica del proceso penal es su oficialidad o inquisitivo, en virtud del cual el juez tiene la obligación de investigar -probar- y no puede esperar la actividad de las partes, porque se busca la verdad objetiva, real y no la formal, simbólica o ficta.

No obstante la tesis que hemos adoptado, advertimos no debe exagerarse la afirmación de unidad del derecho penal (material y procesal), puesto que el procesal, en cuanto a su funcionamiento interno adquiere autonomía a su respecto. Así, la estructura de los actos procesales, su validez o nulidad y las consecuencias jurídicas que acarrean, son puntos que ligan al derecho procesal penal tanto al derecho procesal civil, como a las reglas generales del ordenamiento sustantivo que regulan las potestades de los sujetos de derecho para lograr ciertas consecuencias jurídicas, por tratarse de un problema interno del derecho procesal: La capacidad de sus actos para provocar ciertas consecuencias jurídicas valiosas.

#### SISTEMAS PROCESALES PENALES.<sup>70</sup>

**ACUSATORIO.** Constituye los inicios del proceso penal, en primer lugar por la confusión entre pena y resarcimiento, y en segundo, por la influencia de las convicciones políticas al arrancar de un principio fundamental practicado en la época greco-romana. El juez no procede de oficio, sino que es preciso que el juicio sea reclamado por una persona que sostenga la acusación, de modo que si falta ésta no puede haber juicio ni condena, se condiciona así la

---

<sup>70</sup>Galecio, Rubén, "El ministerio público", en Rev. de ciencias penales Nº3 Tomo XXIV, 1965, pag 287 y ss.; Ortúzar, Waldo "El juicio Oral, en Rev. de ciencias penales Nº1 Tomo XXIV, año 1965, pag. 85 y ss.; Etcheberry, Alfredo, "Exposición crítica del sistema Procesal Penal Chileno", en Rev. de Ciencias Penales Nº1 Tomo XXIV, año 1965, pag. 78 y ss. Julio B.J. Maier, "Balance y propuesta del Enjuiciamiento penal del siglo XX", en "El Poder Penal del Estado", 1985; Vázquez Sotelo, José Luis, Op. Cit.

pretensión punitiva del Estado a la labor del acusador. Principio fundamental que se combina con el de los jueces populares, de publicidad, oralidad, confrontación entre las partes y prueba de libre apreciación.

La base del sistema está constituida por la necesidad de que nadie sea sometido a la pena si no se demuestra su responsabilidad. Se inspira en el principio de que la autoridad soberana está en todos los miembros de la organización política y confiere al ofendido y a sus parientes el derecho de acusar; el tribunal tiene la facultad de decidir, pero vinculado a las pruebas que presente la acusación. Este sistema se rige por los siguientes criterios básicos:

- **Acusatorio.** El sistema exige la implantación de un órgano encargado de la persecución penal, distinto del órgano jurisdiccional, tal es el ministerio público, órgano requirente que promueve la acción de la justicia, que formula y mantiene la acusación durante el juicio y hasta su decisión, sin perjuicio de que pueda ser sostenida por un particular o por un órgano del Estado que requiere la actividad del juez.

- **Dispositivo.** El impulso procesal está entregado a las partes quienes harán avanzar el procedimiento hasta que la causa quede en estado de ser fallada; asimismo, el juez carece de libertad en la averiguación de los hechos, limitada su labor a este respecto a valorar las pruebas producidas por la acusación y la defensa.

- **La existencia de uno o más destinatarios o sujetos pasivos de la actividad jurisdiccional, perfectamente individualizados.**

- **Imparcialidad.** El tribunal encargado de fallar no ha de haber tenido previamente intervención en la instrucción o preparación de la causa y ni siquiera en la decisión sobre la procedencia de conceder el juicio.

- **Competencia específica.** El tribunal no puede extender el juicio más allá del hecho justiciable o hechos con él conexos, según las acusaciones se los hayan sometido, para evitar que respecto a hechos no comprendidos en la acusación se proceda de oficio con

vulneración de la piedra angular del sistema: no hay juicio sin actor. Sin embargo, exige que el tribunal, al dictar su sentencia, no esté limitado por las peticiones concretas o pretensiones punitivas de las acusaciones, sino que, al contrario pueda sacar todas las consecuencias punitivas que correspondan a los hechos justificables previstas en las leyes penales. La prohibición de sentenciar ultrapetita en el proceso penal está referida a conocer o decidir más allá del hecho sometido a su decisión, y el tribunal puede pronunciarse dentro de tales hechos respecto a todas las consecuencias que correspondan en orden a su punición;

- **Que el tribunal investido de la competencia, derivada de la acción válidamente interpuesta, no dependa ya de la eventual retirada de la acción o de su desistimiento que puedan realizar los acusadores, pues ello supone privatizar el proceso penal.**

- **Contradictoriedad.** Las partes están en entera igualdad, la defensa del sujeto pasivo es tan indispensable como la acusación, de otro modo no se cumpliría con la exigencia básica del derecho a defensa.

- **Oralidad y publicidad.** Constituye una garantía para las partes y una eficaz ayuda para los jueces por cuanto el aporte probatorio y la crítica de aquellas permiten a éstos establecer la verdad y formar su convicción de una mejor manera.

- **Libre apreciación de la prueba.** la prueba por parte del tribunal queda entregada a la sana crítica del juzgador, como una combinación de su raciocinio y conciencia.

- **Libertad procesal.** Es una consecuencia del principio de inocencia, estriba en que el sujeto pasivo del proceso penal goza de libertad durante todo el proceso y hasta la sentencia irrevocable, siendo la prisión procesal excepcional y por tanto la denegación de libertad ha de ser fundada.

**INQUISITIVO.** Este sistema se introduce lenta y excepcionalmente para dotar de mayor eficacia a la persecución penal y al ejercicio del derecho de penar; tendiendo a evitar que graves delitos queden impunes ante la inactividad de los acusadores.

Se consolidó bajo los emperadores romanos y bajo la regulación del derecho canónico a partir del principio fundamental de la iniciativa ex officio del juez, donde la jurisdicción ya no es una actividad requerida sino que espontánea. Así, ante un hecho que reviste caracteres de delito el juez no debe esperar la presencia de un acusador, sino que debe proceder por sí mismo a la persecución.

Normalmente es adoptado por los regímenes absolutistas o autoritarios, en los que el interés social prevalece por sobre todo y en que la administración de justicia no es más que un arma al servicio de los fines de la autoridad política.

En él, el Estado reivindica para sí el poder de promover la represión de los delitos, al acumularse en manos del magistrado las funciones de acusador y de juez con prescindencia en la búsqueda de las pruebas, de la o las partes.

Las garantías procesales que el sistema ofrece al imputado son la prueba legal, la doble instancia y la posibilidad de anulación.

Su propósito es que ningún culpable escape al castigo, de manera tal que los imputados quedan entregados, como simples objetos de indagación, a la posibilidad de castigo sin oportunidad de contradecir la incriminación.

Informan este sistema los siguientes principios:

- **Oficialidad.** En el juez radica el impulso procesal, actúa de oficio, sin esperar la reclamación de un acusador particular, el que pasa a ser una figura de segundo plano, un colaborador de los poderes oficiales del juez.

- **Juez Técnico y Profesional.** Para proceder de oficio es preciso que esté establecido de antemano y disponga de los medios correspondientes y preparación.

- **Se reemplaza la acusación de un fiscal por la que formula este órgano técnico u oficial,** el mismo magistrado que tendrá la labor de iniciar el proceso, acusar y luego sentenciar.

- **Aportación oficial de las pruebas e intermediación.** Tanto la aportación como la producción de la prueba queda en manos del magistrado.

- **Prueba Tasada.** La valoración de los medios probatorios es establecida de antemano por el legislador en modo vinculante para el juez.

- **Prisión Procesal.** El imputado puede ser privado de libertad durante la investigación o preparación del proceso, y una vez sometido a proceso, la prisión procesal es la regla general y la libertad provisional es una facultad discrecional del magistrado.

- **El procedimiento se divide en dos grandes etapas,** a saber: la instrucción o indagación sumaria, que es secreta, escrita, no contradictoria, en la cual la declaración indagatoria es considerada un medio de prueba más y no un medio de defensa del imputado; y el juicio propiamente tal o plenario, público y contradictorio, se inicia por la acusación oficial cuya significación como momento central del proceso cede ante la teórica y práctica atribuida al sumario.

**MIXTO.** Nace como consecuencia de la búsqueda de una solución equitativa frente al conflicto poder-libertad (Estado-Ciudadano), con él se trata de buscar un equilibrio entre Estado e individuo, pilares del Estado de Derecho, al permitir indagar la verdad material, fundar la acusación y dirigirse con ella contra el imputado para que se defienda.

El juicio se despliega en dos etapas: una de indagación de la verdad material, inspirada en el sistema inquisitivo, escriturada y secreta; y otra de inspiración acusatoria, generalmente pública oral y contradictoria.

Es bajo la influencia del siglo de las luces, del culto al individuo y a las libertades, que el código de instrucción criminal francés de 1808 lo establece y generaliza.

Se caracteriza porque el juicio propiamente tal no puede nacer sino por una acusación (base del sistema acusatorio), que debe provenir de un órgano estatal, normalmente el Ministerio Público,

(característica del sistema inquisitivo). De este modo, la fase primaria es puesta en manos de un instructor, la acusación se deduce por el órgano estatal y el juicio contradictorio se conduce ante un órgano jurisdiccional distinto que dicta el fallo.

El juicio se desarrolla como una contienda entre iguales, a ser decidida por un tercero.

En la fase primaria el imputado se presenta como un objeto de la indagación del instructor quien busca afanosamente la verdad, pero en el contradictorio, el acusado es un sujeto que debate con el acusador su situación en el juicio.

El tribunal o jueces del contradictorio conservan su imparcialidad al mantenerse ajenos a la acusación y la instrucción, por ello es indispensable la figura del acusador para resguardar tal imparcialidad. Se dan las siguientes relaciones: acusador-imputado y éstos con el juez, de quien tienen derecho a obtener el deber correlativo de éste de emitir la decisión en uso de su potestad jurisdiccional; a su vez, la decisión definitiva del juez se presenta como la síntesis de tal potestad jurisdiccional y del ius puniendi. De su parte, acusador e imputado tienen el deber de acatar tal decisión.

En este sistema la presencia del Ministerio Público es técnicamente necesaria para que pueda resolverse el conflicto sin desmedro jurídico para el Estado ni para el individuo, al ser un mecanismo procesal que asegura las actividades persecutoria y acusatoria del Estado, garantiza la defensa del reo y al acusador, a quienes somete a un tribunal como tercero imparcial, aunque no sea una figura como la del juzgador, insustituible en virtud de la naturaleza misma de la función de juzgar.

**Lineamientos fundamentales de este sistema:**

- Separación de las funciones de instrucción, acusación y decisión.

- Principio acusatorio, como mínimo debe cumplirse en el plenario o juicio propiamente tal, aún cuando, algunos ordenamientos lo

llevan incluso a la fase de instrucción, impidiendo que el magistrado actúe de oficio.

- El juez instructor se limita a indagar para informar al acusador y preparar la decisión, pero no decide, de él sólo depende que haya o no juicio. A su vez, con su implantación se resguarda la imparcialidad de los jueces, al evitarles la indagación de los hechos.

- El juicio es oral, público y contradictorio, con pruebas de valoración libre por el tribunal, ya sea en conciencia o con sujeción a las reglas de la lógica o de la experiencia.

- El tribunal puede estar organizado por jurados o jueces profesionales y técnicos, o una combinación de ambos.

Sin embargo, una de las dificultades iniciales de este sistema es la de explicar el doble carácter que tiene la intervención del Estado: de una parte, único titular del ius puniendi, y de otra, órgano de promoción de la acción penal ante sus propios tribunales. El Estado pide, ante sí, que respecto de un determinado sujeto y por hechos concretos actúe el ius puniendi del cual él es el único titular en un Estado moderno. Al respecto Gómez Orbaneja en su obra "Derecho Procesal Penal", de 1968, señala que "repugna a la esencia del ius puniendi del Estado que el propio Estado tenga que invocar la protección judicial para realizar su derecho de penar en un caso concreto".

La construcción del sistema se obtiene por una doble vía: mediante la separación del titular del derecho de penar respecto del sujeto activo de la jurisdicción penal, a fin de devolver el Estado al juez penal su imparcialidad; y condicionando el ejercicio del derecho de penar, propio del Estado, al previo ejercicio del derecho de acusar o acción penal, que atribuye a los particulares, a un órgano propio del Estado como el Ministerio Público, o incluso a ambos, reteniendo el Estado su derecho de penar y la titularidad de la jurisdicción.

#### C. PRINCIPIOS PROPIAMENTE PROCESALES DE RANGO SUPRALEGAL.

- DERECHO A SER JUZGADO POR EL JUEZ NATURAL.

Acorde a él serán inadmisibles los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal. Ello significa que nadie puede ser juzgado por tribunales formados especialmente, apartándose de la competencia legal regulada, llamados para decidir casos concretos o individuales. A decir de nuestra Constitución Política del Estado, en su art. 19 NQ3 inc.5 "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

Sin embargo, este principio no obsta que la misma ley señale para ciertas materias un tribunal específico, pero competente para conocer de una pluralidad de casos establecidos en general. No se trata de tribunales de excepción, determinadas divisiones de los ordinarios, tales como los tribunales del trabajo, civiles o penales.

De lo anterior se desprende que afecta la competencia de los tribunales de manera general, donde la ley regula la competencia absoluta y relativa señalando los factores que en el caso determinarán la radicación del asunto ante un tribunal determinado, tales como, en cuanto a la primera, la materia, la cuantía y el fuero y, respecto de la segunda, el territorio.

Su fundamento inmediato es garantizar que el sujeto será juzgado por un órgano jurisdiccional neutral, establecido con anterioridad a los hechos que motivan su intervención, en cumplimiento de la norma Constitucional, y aún Supraconstitucional, lo cual se condice con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

Su quebrantamiento traerá consigo, necesariamente, la declaración de nulidad de todo lo obrado, a más de los recursos o acciones que procedan a fin de eliminar las consecuencias nocivas de tal infracción.

En nuestro ordenamiento, además, se exige para ser juez de un tribunal letrado, haber obtenido el título de abogado, y que en su nombramiento se hayan observado las normas constitucionales y legales.

Adquiere especial connotación en materia penal donde el tribunal comienza a investigar, conoce y juzga acorde a la normativa

vigente al momento de comisión, en cuanto al fondo y acorde a un debido procedimiento legal y previo en cuanto a la forma, puesto que al ser un derecho sancionatorio y de alta dañosidad, está inspirado por el principio de legalidad en sentido estricto y de interpretación restrictiva de la ley penal. El juez penal, entonces, es un especialista del derecho, preparado para satisfacer estas exigencias, y capaz de mantenerse al margen de apreciaciones subjetivas (especialmente en el ámbito emocional) que puedan influir su decisión.

En este punto, es menester además considerar lo que Sara Aragoneses M., en Revista de Derecho Procesal 1987, sección Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, llama "compatibilidad subjetiva", o sea, la capacidad del sujeto de pedir la inhabilitación de un juez, por carecer éste de imparcialidad en el caso concreto. Asimismo, la capacidad de un juez de inhabilitarse de conocer de un caso determinado por esta misma circunstancia. Estos derechos se hacen valer por medio de las implicancias y recusaciones, que se basan en relaciones extraprocesales recogidas en causales legales, taxativamente enumeradas.

Consagrado en el sistema regional (Pacto de San José) en el artículo 8.1 en el sentido que "Toda persona tiene derecho a ser oída... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley".

#### - DERECHO A DEFENSA.

Universalmente reconocido y consagrado en el sentido que toda persona que de alguna forma aparezca como posible responsable de una conducta punible, tiene derecho a actuar en el proceso, cualquiera que éste sea, desde que se le comunica cualquier actuación procesal de la que de alguna manera se desprenda su participación en ella. De esta forma, se le eleva al rango de sujeto del proceso y no mero objeto de persecución penal, a fin de equiparar a las partes interesadas -de haber querellante- evitando la supremacía y preponderancia del acusador que agrava la posición del inculpado, no obstante aún no determinarse su responsabilidad delictual.

Derecho absoluto en todas las fases del proceso, por tanto la ley de procedimiento no podrá impedir que el inculpado concurra al

tribunal durante el sumario en defensa de sus derechos, no obstante no haber sido sometido a proceso.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8.2, lo considera pilar fundamental en cuanto a las garantías en juicio. Reconoce como su fundamento inmediato el garantizar al inculcado una oposición útil y eficaz en la atribución delictiva que le afecta, como consecuencia de un marco de protección a las libertades y derechos reconocidos en los distintos ordenamientos. Más aún, es en el proceso penal donde se deben otorgar medios idóneos para tales garantías, ya que, a decir de Calamandrei, "Todas las libertades son vanas si no se las puede reivindicar y defender en juicio y si el ordenamiento de ese juicio no se funda en el respeto de la persona humana".

La generalidad de los ordenamientos contemporáneos, lo reconocen como un derecho inherente a toda persona humana por el sólo hecho de ser tal; asimismo, contemplan los elementos necesarios para la regularidad del proceso y el ejercicio legítimo ya de la jurisdicción, ya de éste. Así, se reconoce que la enumeración de medios para salvaguardarlo no se agota en los textos legales, puesto que ha de estar integrada necesariamente por todos aquellos medios tendentes al respeto de la dignidad humana y a la forma democrática de gobierno, que se condice con la garantía de la igualdad ante la ley y ante la justicia reconocida a todo nivel.

En las actas de la Constitución Política de 1980, aparece que este principio se consagró en forma amplia, de manera que no sólo en un juicio hubiera intervención de un letrado, sino en toda clase de materias, por ser una de las funciones más relevantes dentro de un Estado.

**En materia penal se desglosa en:**

**a. Derecho a defensa material.** El Pacto de San José prescribe en su art. 8, que "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a: g) no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"; a su vez, se consagra en el art. 14 Nº3 g) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 19 Nº7 f) de la Constitución Política de 1980.

Deriva del principio de inocencia, en el sentido que no es deber del imputado colaborar en la investigación sino que al órgano oficial toca destruir el estado de inocencia de que goza. En consecuencia, representa la libertad moral del individuo en la relación investigador-investigado. En su virtud surge una nueva visión del imputado, especialmente en cuanto a las declaraciones espontáneas dadas por éste en el interrogatorio. En el derecho a silencio, manifestación de este principio, se reconoce una función primaria y esencial de defensa y sólo por vía indirecta y eventual, de fuente probatoria, impidiendo atribuirle consecuencias negativas.

La Constitución Política de 1980, lo enuncia bajo la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio, la que se extiende a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que señale la ley.

La razón de la norma es evitar que se incurra en un nuevo delito, (perjurio).

**b. Defensa Técnica.** En el Pacto de San José se consagra en los siguientes términos: art.8 c) "concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa", y d) "Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección..."; en términos similares lo encontramos en el art.14 NQ3 b) y c) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; asimismo lo contempla la Constitución Política de 1980, en su art. 19 NQ3 inc. II y III.

El sujeto pasivo del proceso penal debe ser asistido por un letrado en su defensa. Derecho irrenunciable, en resguardo del cual se prevé que en caso que el inculcado no designe uno de su confianza, por cualquier motivo y aún en su silencio, le sea designado uno por el Estado, ya que se considera presupuesto del ejercicio legítimo de la jurisdicción.

Nuestra Carta Fundamental prescribe que toda persona tiene derecho a defensa jurídica y que la ley arbitrará los medios para dicha defensa, así como asesoramiento respecto de quienes no puedan procurárselas por sí mismos. Prohíbe, asimismo todo impedimento o perturbación de la garantía, ya provenga de autoridad u otro individuo, una vez requerida la intervención de letrado.

Según consta de las Actas de la CPE 1980, la norma tuvo por objeto dejar al legislador en libertad respecto a los estatutos de las fuerzas armadas y de orden y seguridad, para que éstos dictaran las normas relativas a la intervención de abogados en materia de carácter administrativo y disciplinario. En tales estatutos, en principio se prohíbe la intervención de un abogado con motivo de aplicación de normas disciplinarias a los efectivos de Fuerzas de Seguridad, pero respecto del sumario administrativo si pueden pedirla.

**c. Comunicación entre defensor y defendido libre, secreta, no interferida, en cualquier estado y grado del proceso.** Art. 8 d) Pacto de San José, y art. 19 N°3 inc. II CPE.

Es un vínculo imprescindible para la unión entre defensa material y técnica. Este principio es especialmente importante respecto de las normas que autorizan la incomunicación, principalmente durante la fase de investigación, en cuanto ella no afecte tal derecho se mantiene su carácter meramente cautelar, que no impide la asistencia o consejo del defensor, ya que a decir de Cafferatta Nores "el ejercicio del derecho a defensa, cuya inviolabilidad se encuentra constitucionalmente resguardada, se integra con el consejo profesional y la asistencia técnica. Ejercitado en sus justos límites, no podrá ser jamás considerado un estorbo para la investigación"<sup>71</sup>.

**d. Información.** Art.8 a) del Pacto de San José "Derecho del inculgado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal." y b) "comunicación previa y detallada al inculgado de la acusación formulada."; art 14 N°3 a) Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Todo sujeto tiene derecho a conocer, en forma previa y detallada, las razones que motivaron la apertura de la investigación y toda medida que de ello derive, a fin de que tenga la oportunidad de

---

<sup>71</sup>Cafferatta Nores, José. "Relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal", en rev. Doctrina Penal, año 1987

refutarla. Lo anterior es congruente con la naturaleza de medio de defensa conferida a la declaración del imputado.

**e. Posibilidad de reacción.** Art. 8 c) y f) del Pacto de San José: Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. En igual sentido lo consagra el art.14 a), b), d), y e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La norma procedimental debe contemplar los medios adecuados para la defensa del sujeto en cada etapa del proceso penal. En definitiva, se traduce en el derecho a intervenir en todos los actos relevantes, tanto para el control de legalidad formal del proceso como para el impulso de actividades probatorias aptas para ella.

**f. Recursos.** art.8 h) Pacto de San José: "Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"; art. 14 N°5 Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En su virtud, toda resolución debe ser susceptible de revisión por un órgano jurisdiccional superior aún cuando ello no constituya una segunda instancia, ya que el principio se satisface con la existencia de la casación. Sus emanaciones constituyen su vía de concreción, de manera tal que sea ejercida en la práctica la titularidad del derecho atribuida al sujeto.

- **PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.** Art.8.1 del Pacto de San José:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"; art. 14 Pacto de Derechos Civiles y Políticos; art. 19 N°3 inc V CPE.

La tutela de la persona humana por medio de la justicia garantizada por la existencia de un proceso legal es una exigencia que no

don Rafael Fernández Concha, en su "Tratado de Derecho Natural" llama de "Disertación", es decir, la posibilidad de que una persona pueda oponerse a la pretensión contraria, principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia; principio de libre aportación de la prueba; fundamentación de los fallos, consagrado en las leyes marianas; y, derecho a recurrir de las resoluciones judiciales.

En segundo lugar, en este punto, se debe hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, en su art.14, hace una enumeración de cuales serían las garantías que deben rodear al proceso, que se traducen en las siguientes máximas de aplicación general en materia penal:

- Derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías.
- Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial, establecido por la ley.
- Derecho a que toda actuación y resolución en materia penal sea pública salvo cuando se autorice el secreto por razones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. Asimismo, en los casos en que el interés de menores exija lo contrario.
- Derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.
- Derecho a disponer a tiempo de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. Así como a intervenir en las diligencias probatorias y en general a aportar pruebas.
- Derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas.
- Derecho a ser asistido por un defensor letrado.

admite discusiones, las diferencias se producen al momento de señalar los requisitos que un procedimiento debe contener para satisfacerla.

**A fin de aclarar este punto se hará una breve reseña histórica:**

Se reconoce como primer hito la Carta Magna, luego al Bill of Rights y su consiguiente evolución en el derecho anglosajón. Es así, como en las Constituciones Americanas, por ejemplo, en la enmienda sexta de la Carta de Garantías Individuales de Massachusetts, de 1879-1880, se consagraron los principios que delimitan el concepto de "debido proceso legal". Tales son: noticia al demandado del proceso que le afecta (notificación); plazo razonable para comparecer y exponer derechos por sí o por testigos; y presentación de medios de prueba en apoyo de su defensa.

Para los Norteamericanos, lo más importante es fijar principios racionales que informen al proceso evitando así situaciones de indefensión. Además, el Tribunal debe constituirse de manera que de garantías de imparcialidad, honestidad y competencia.

Lo anterior, se enlaza con el principio penal de reserva, que sirve de freno al despotismo y a los abusos de poder estatal, que fue recogido en la revolución francesa a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y reiterado por la asamblea de las Naciones Unidas en su Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de Diciembre de 1948, que prescribe en su art.8 que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", y, en el art.10, "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Por tratarse de un orden supranacional, los Estados parte del acuerdo, en su normativa deberán darles contenido, a fin de consagrar en la Constitución los principios formativos del procedimiento, que son también de derecho básico, de derecho natural: imparcialidad del tribunal; jurisdicción y competencia; aquel que

- Derecho a que toda sentencia sea revisada por un tribunal superior.

- Derecho a ser indemnizado, si por sentencia posterior se declara la inocencia de quien había sido condenado, o del que resulta absuelto luego de que por una resolución dictada con error judicial haya sido sometido a proceso.

En el ámbito latinoamericano, el Pacto de San José de Costa Rica, lo consagra en su apartado 8.1, a nivel internacional y para todas las materias, incluida la penal.

**Señala a lo menos tres ámbitos en los que incide:**

**a. Referidos al órgano jurisdiccional.** Prohíbe la investidura de jueces ex post facto. Los jueces deben estar investidos legalmente, en forma previa a los hechos que motivan su intervención; competencia; imparcialidad, e independencia.

**b. Referidos a la extensión temporal del proceso.** Principio del plazo razonable. En materia penal, se funda en el respeto debido a la dignidad del hombre. Se reconoce el derecho que tiene toda persona a librarse del estado de sospecha, y por tanto de inseguridad jurídica que importa el ser sindicado como sujeto pasivo de un proceso, en virtud de la acusación de haber participado en un hecho que reviste caracteres de delito, que involucra un peligro cierto de restricción de la libertad, mediante una sentencia que establezca de forma permanente su situación frente a la ley penal.

Deberá sin embargo, dotarse de contenido la expresión "plazo razonable. Al respecto, La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido los siguientes criterios, partiendo de la base que el plazo es un elemento indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido en el caso concreto. Así, el lapso a considerar para efectos de la duración, comprende desde que las actuaciones judiciales repercutieron en la situación del sospechoso, hasta los posibles recursos.

A su vez, la razonabilidad debe medirse en relación a la complejidad del caso (extensión objetiva y subjetiva de la imputación, dificultad indagatoria, ya sea en las cuestiones de hecho como de

derecho, etc); comportamiento del perjudicado. Sus planteamientos meramente dilatorios deben considerarse causa justificante del exceso de duración del proceso. No obstante, el deber de los tribunales de fallar dentro de un término razonable, no puede significar el afectar el contradictorio de los debates, ya que ello importaría denegación de recursos; consecuencias de la demora para el perjudicado tanto en el orden material como moral; conducción del proceso realizado por las autoridades judiciales, de forma que las demoras injustificadas sean imputables al Estado; y finalmente, enfatiza, que el exceso de trabajo en tribunales, si bien exculpa a los jueces de toda responsabilidad personal, no priva a los ciudadanos de accionar contra el Estado, en vía internacional, por los retrasos, por ser un principio supranacional.

Este Tribunal sostiene que constatada una dilación indebida, hay una presunción de irrazonabilidad que toca al Estado desvirtuar.

En consecuencia, presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana. Los Estados parte mediante leyes deben instituir tal proceso. La Ley estatal no puede contemplar formas que hagan ilusorias y por ende inefectivas la concepción del proceso a nivel de norma internacional humanitaria. Si la ley estatal establece un proceso que prive al individuo de la razonable ocasión de defensa con las debidas garantías y la obtención de una decisión por un tribunal acorde a los principios enumerados, dentro de un plazo razonable, debe considerarse violadora de la convención; y, por último, en tales condiciones, deben entrar a jugar las vías que la misma convención establece para hacer efectiva la responsabilidad internacionales del Estado Parte.

Se estima que la legislación procesal nacional no satisface la exigencia contemplada en los artículos 9 Nº3 y 14 Nº3 c) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, referido a la pronta obtención de una sentencia definitiva en relación a la inocencia o culpabilidad del sujeto, por cuanto no se establecen, salvo excepciones, plazos de duración de la investigación sumaria, y si bien es parcialmente satisfecho en el plenario, no lo es plenamente, al no existir plazo para evacuar las medidas para mejor resolver que decreta el Tribunal en virtud del artículo 499, inc. II CPP. Se trata de una consecuencia del principio de seguridad jurídica.

c. **Referidas a las partes.** Derecho a ser oído con las debidas garantías, esto es, la razonable posibilidad de poder influir en la decisión del magistrado mediante la expresión de razones y la producción de pruebas.

**En cuanto a sus elementos se distingue:**

- **Tribunal establecido por la ley.** La razón deriva de los arts. 19 NQ3 de la Constitución de 1980, al disponer "...Tribunal que le señale la ley", concordado con el art.74 del mismo cuerpo legal, que consagra el principio, al entregar a una Ley Orgánica Constitucional, la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales. Ambas normas son manifestaciones del principio de legalidad judicial.

- **Tribunal previamente establecido.** Por la amplitud de la norma se presentan dos interpretaciones tendentes a la determinación del sentido y alcance de la expresión "previamente". La primera sostiene que el Tribunal debe estar establecido con anterioridad al hecho. Posición que no se ha impuesto por el peligro que encierra, ya que importa el peligro de que aquellos hechos acaecidos con anterioridad queden sin ser juzgados; la segunda, que asevera que debe estarlo con anterioridad al juicio o juzgamiento.

A su vez hay dos variantes de la segunda tesis, a saber, aquella que postula que el Tribunal debe establecerse con anterioridad a la iniciación del juicio, luego de lo cual no puede cambiarse; y aquella que sostiene que el Tribunal tiene que estar establecido con anterioridad a la dictación del fallo y más aún, que éste quede ejecutoriado.

Esta última es la que impera, debido a que las leyes procesales, y en especial las orgánicas procesales rigen in actum (desplazan a las anteriores, según se desprende de la ley de efecto retroactivo), y las excepciones a ello se refieren a otras normas procesales como las de la prueba, pero nada dicen respecto a éstas.

- **Proceso previo.** Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo. De manera tal que no hay condena sin este requisito esencial.

- **Proceso legalmente tramitado.** La ley establecerá las normas procedimentales que habrán de guiar la prosecución del ejercicio de la jurisdicción, y a las cuales, por ende, deberá ceñirse el proceso. Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico se distinguen los siguientes principios informadores:

**1. Orden consecutivo legal.** El legislador prevé cada una de las etapas y actuaciones que en ellas habrá de realizarse, a lo que se suma que todos sus plazos sean fatales. El procedimiento está previamente establecido en su integridad, de manera tal que toda persona puede saber anticipadamente su desarrollo en sus diferentes etapas: tal es el caso del plenario criminal.

**2. Orden consecutivo discrecional.** La ley entrega al magistrado la facultad de hacer avanzar el procedimiento acorde a su convicción, concretando su labor jurisdiccional en una forma lógica. Es así como podrá decretar las actuaciones que estime pertinentes al Estado actual de la causa, ya sea para hacerla avanzar (actuaciones probatorias), ya sea para asegurar el cumplimiento de las responsabilidades procesales del sujeto pasivo del proceso (normalmente medidas restrictivas de la libertad, tales como la citación, detención, arraigo o prisión preventiva) o para asegurar sus responsabilidades civiles emanadas del hecho delictivo (embargo, retención de bienes).

Lo cierto es que la ley debe acoger uno de estos principios o una combinación de ambos con anterioridad a la tramitación de un proceso determinado.

- **De acuerdo a normas que garanticen un racional y justo procedimiento.** Al respecto, la comisión constituyente de 1980, estimó que las garantías procesales mínimas, que satisfacen esta exigencia son: derecho a la justicia, a la acción, a juicio, a un tribunal competente y previo, a que existan jueces legalmente investidos, a tener conocimiento de los que se está efectuando, a defensa, a aportar pruebas, a que las decisiones judiciales sean

revisadas por un tribunal superior, aún cuando tal revisión no constituya instancia.<sup>72</sup>

En tal sentido establece una serie de disposiciones tendentes a la concreción de este principio, tales como: art. 19 N°3 inc. II (Derecho de defensa); art. 19 N°3 inc. VI (la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. En un proceso penal, no se podrá condenar a alguien en base a un presunción de derecho, ya que le impide probar en contrario); art. 19 N°3 inc. VII (irretroactividad de la ley penal); art. 19 N°3 inc. VIII (ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella. Prohíbe la ley penal en blanco, por oponerse al principio que reza que tanto el delito como la pena debe estar en una norma de rango legal); art. 19 N°2 inc. final (prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo a quien está siendo o va a ser procesado); art. 19 N°7 g) (prohíbe al legislador establecer la pena de confiscación de bienes y el comiso, salvo el caso expresamente señalado, referido a las asociaciones ilícitas); art. 19 N°7 h) (prohíbe aplicar como sanción la privación de los derechos provisionales de la persona); art. 19 N°7 e) (derecho a la libertad provisional, a menos que el juez de la causa considere que la detención o prisión preventiva son necesarias para la investigación del sumario o la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley determinará los requisitos y modalidades para obtenerla); art. 19 N°7 i) (derecho del sobreseído definitivamente o absuelto a ser indemnizado por el error judicial. Siempre y cuando exista una resolución de la Corte Suprema que declare injustificadamente errónea o arbitraria la resolución que lo sometió a proceso). Principio consagrado asimismo en el artículo 14 N°6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art.10 del Pacto de San José; art. 19 N°7 f) (prohibición de obligar al inculpado, sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que la ley establece, a declarar bajo juramento

---

<sup>72</sup>Bulnes Aldunate, Luz. "El debido Proceso legal", apuntes Escuela de derecho, Universidad de Chile; Mivielle, Bernardette. "La Convención Americana...", 1988

sobre hechos propios de aquél).

- PRINCIPIO ACUSATORIO. Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 19 Nº3 i V CPE.

Inherente a todo Estado Social y Democrático de Derecho y que forma parte del sistema de valores o principios de alcance universal, que se consagra en los ordenamientos jurídicos a nivel constitucional.

A este principio se le reconocen dos vías de acción. De una parte, se refiere a que la base de toda decisión de condena penal se encuentre en el libelo acusatorio, de manera que quien ha sido acusado en un proceso penal, por un determinado delito o falta, no sea condenado luego por otro, ya sea por un cambio de calificación jurídica, ya sea en apelación o casación, en concordancia con el derecho constitucional de igualdad, en el sentido de saber qué se le imputa, para los efectos de una defensa adecuada. Sin embargo, la jurisprudencia Española ha resuelto que no se vulnera la garantía si existe identidad del hecho punible entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, o si ambos delitos o faltas (aquel objeto de la acusación y el de la condena) son generalmente homogéneos, de manera tal que todos los elementos del segundo tipo estén contenidos en el primero, o que el juez al momento de fallar considere circunstancias agravantes no contempladas en la acusación, ya que no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto de la acusación.

De otra parte, se señala que tiende a mantener la imparcialidad del juez, a cuyo objeto se formula la máxima "ne procedat iudex ex officio", a fin de evitar la actividad de oficio del magistrado, vía establecimiento de un acusador, el que actúa como parte en el proceso, sujeto distinto de aquél que ejerce la actividad jurisdiccional.

Se distingue del principio dispositivo -propio del proceso civil- por cuanto en aquel no hay condena sin petición, en cambio en éste, ejercida la carga acusatoria, el tribunal puede decidir válidamente sobre todo aquello que fue objeto de acusación, exista o

no petición concreta al respecto, es decir, reclamada la intervención del tribunal por el acusador, e investido de la jurisdicción penal, es irrelevante o incluso prohibido el retiro de la acusación y el tribunal está facultado para determinar todas las consecuencias punitivas que correspondan a los hechos sometidos a su conocimiento y decisión, cualesquiera que sean las peticiones concretas de la parte acusadora y la calificación de los hechos que haya realizado. De esta forma, la prohibición de ultrapetita en materia penal está referida sólo a la necesidad del Tribunal de circunscribirse a los hechos consagrados en la acusación, cuyos límites no puede traspasar, pero no a las peticiones concretas de las partes que, respetados los límites señalados, deben ser no vinculantes para el tribunal. Con ello se impide la privatización del proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego.

#### - PRINCIPIO PRO REO.

Principio muy cuestionado en la actualidad, dada su carencia de base científica sólida. Sin embargo, en virtud de su reconocimiento constitucional como derecho fundamental con claro contenido normativo procesal alcanza todo el ordenamiento jurídico.

Informa todo el proceso penal, postulando que en caso de duda sobre cuestiones de hecho, deba estarse a la interpretación más favorable al imputado. Así, si no es claro que éste es el autor, debe reconocérsele las condiciones más benignas de cómplice o encubridor.

Ha evolucionado desde considerarlo un principio de discrecional y soberana estimación y no una norma de carácter sustantivo que deba ser rigurosamente observada por el tribunal de la instancia, hasta estimarlo un principio que posibilita el que la prueba de la inocencia equivalga a la no prueba de la culpabilidad, reconociendo su carácter de base de la actual presunción de inocencia, derecho básico y constitucional, que es violado si los hechos declarados como ciertos no fueron objeto de una mínima actividad probatoria.

Los aforismos "In dubio pro reo", "in dubiis reus est absolvendus" (en la duda hay que absolver al reo), "in dubiis, abstins" (en la duda, abstente) y "semper in dubiis benigniora praeferenda sunt"

(en las cosas dudosas se ha de preferir lo más benigno), expresan la idea de protección de los derechos fundamentales del hombre. En definitiva, el juez debe decidir entre dos males: absolver a un culpable (mal social) o condenar a un inocente (mal individual).

En el Digesto, Decio afirma: "nocentem absolvere satius est quam innocentem damnari" (es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente) y Ulpiano señalaba "satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari" (es preferible dejar impune al delito de un culpable que condenar a un inocente).

La doctrina señala que permite conciliar la finalidad represiva de las normas penales, con un sistema de garantías jurídico-penales y con una serie de instituciones que intentan hacer que la pena, cuando se ejecuta, sea más servible al reo.<sup>73</sup>

En general, respecto de la normativa penal procesal referida a él existen tres posturas doctrinales, clásica, que lo aplica a todos aquellos casos en que la norma sea ambigua y oscura; moderna estricta, que le niega todo valor interpretativo; y moderna flexible, que restringe su valor interpretativo y lo hace aplicable sólo cuando han fracasado los demás medios interpretativos.

No obstante, autores como Rodríguez Mourullo y Gómez Orbaneja, Beling, Bettiol y otros opinan que no debe emplearse en la interpretación de la ley ya que sólo es la regla que, en caso de duda sobre los hechos objeto del proceso, dicta al juez el contenido de la sentencia. Es así como lo consideran ante todo un principio de carácter probatorio. Sostienen que su aplicación a la certeza de los hechos abarca tanto a los constitutivos de delito como a los impositivos y extintivos, ya que en un proceso debe quedar plenamente probada la certeza absoluta de los hechos que en él aparezcan, de manera que si no se logra, tal circunstancia habría de jugar, necesariamente, en favor del reo.

---

<sup>73</sup> Así lo señala, además, Gutiérrez De Caviedes, Eduardo. "Estudios de Derecho Procesal". Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1974.

Exige que se pruebe el hecho constitutivo de delito, la ejecución del mismo por el inculpado y sólo cuando aparezcan hechos impeditivos o extintivos será cuando la prueba deba alejar toda duda sobre ellos.

Atendido su carácter procesal, en tanto regla referente a la prueba y a la apreciación de los hechos, se sostiene que obliga al juez instructor a procesar cuando esté cierto, y cuando tenga duda, y a abstenerse sólo cuando tenga una certeza negativa; mientras que el tribunal debe condenar sólo cuando logre una certeza moral excluyente de la duda.

Duramente criticado en cuanto a su formulación dogmática, no puede desconocerse su existencia, atendida su consagración normativa. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 15 dispone: "...Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".,

A su vez, el artículo 19 N°3 inciso VI de la Constitución Nacional prescribe "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado."

- **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.** Art. 8.5 del Pacto de San José: "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."; art.14 N°1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

Principio básico del procedimiento penal de un Estado de Derecho. Consecuencia del principio acusatorio y más propiamente del principio de oralidad, sin perjuicio de ser reconocido también por el principio de escrituración.

Postula que en caso de que no esté previsto forzosamente por la ley un tratamiento en audiencia no pública, o ella misma señale un motivo que exija el secreto en la vista principal o en una parte de ella, o al menos lo admita, tenga lugar el juicio completamente público, a fin de asegurar la confianza en la objetividad de la administración de justicia, al quedar todos los protagonistas del proceso sometidos al control y juicio de la publicidad.

Opera entonces como una eficaz garantía de corrección y desempeño.

Respecto de las partes, no admite restricciones, sin embargo, respecto de terceros, puede verse restringido por razones de moralidad, orden público y el respeto debido a la persona del ofendido o a su familia.

La principal excepción es el secreto sumarial, que no lo vulnera, puesto que al estar inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, que tienen condición de derechos fundamentales, habrá de acomodarse a las condiciones fuera de las cuales las limitaciones constitucionales posibles devienen vulneración del derecho.<sup>74</sup>

- PRINCIPIO DEL JUICIO PREVIO. Art. 19 N°3 inc. V CPE

**Comprende dos reglas:**

1. **Una garantía para el individuo.** No se podrá aplicar una pena sino cuando se haya tramitado juicio previo regular y legal, en el que se haya arribado a una sentencia que formalmente establezca su responsabilidad.

2. **Una regla estructural de aplicación del derecho penal.** La tramitación de un juicio es requisito inexorable para la aplicación de una pena, así, no todos los delitos cometidos dan lugar a la imposición de una pena, sino sólo aquellos respecto de los cuales se dicte una sentencia condenatoria precedida de una serie de trámites legales. En este sentido cabe afirmar que el derecho penal requiere para su aplicación que determinado aparato del Estado (tribunal) efectúe cierta actividad tendente a ella (juicio legalmente tramitado), condiciones necesarias de su actuación.

---

<sup>74</sup>Roxin, Claus y otros. Op. Cit. pág. 235; Ortúzar, Waldo. Op. Cit., pág. 85 a 93; Seoane Cacharrón, Jesús. "El secretario judicial y las garantías constitucionales del derecho a un proceso debido", en Rev. de Derecho Procesal, año 1988, N°1; Aragonese Martínez, Sara. "Procesal Penal", en Rev. de Derecho Procesal, año 1987.

A su vez, se señala que, un juicio, estructuralmente es el complemento de cuatro elementos fundamentales, a saber: acusación, defensa, oportunidad probatoria para el acusador y el imputado, y una sentencia con forma de tal, es decir que se autosustente en los razonamientos y en el derecho que aplique.

Asimismo, la sentencia debe obedecer al principio de congruencia, integrante del principio en comento, que le exige pronunciarse sólo sobre los hechos que han dado base a la pretensión acusadora.

Deriva también del principio de juicio previo, la exigencia de que frente al imputado aparezca formalizada la afirmación de la existencia de una cuestión penal concreta, lo que se verificará mediante un acto procesal que debe cumplir con un conjunto de requisitos mínimos de descripción de hechos con relevancia jurídico-penal, que circunscriba la actividad posterior del juez. Por tanto, sin una acusación, que cumpla esta exigencia, no puede darse por satisfecho el imperativo constitucional. Esto atendido que cada decisión que haga avanzar el proceso, constituye un juicio, a lo menos parcial, respecto del conflicto penal sometido a su conocimiento.

Sin embargo hay autores que sostienen que la expresión "juicio previo" se refiere sólo a la sentencia, donde juicio es sinónimo de fallo. Así, Julio B.J. Maier afirma que "sólo juicio, en tanto conclusión de un razonamiento fundado en premisas, representado por el acto que técnicamente llamamos sentencia, puede estar fundado en algo; para el caso, en la ley penal previa al hecho que se juzga", y agrega, "El proceso, en tanto antecedente necesario de ese juicio, del que éste representa su conclusión, aparece como último término de la fórmula constitucional, pero su exigencia se relaciona más con las otras garantías, en cuanto demandan que el juicio (la sentencia) sea el resultado de un procedimiento imparcial que permita al imputado amplia oportunidad y libertad de defensa, para influir en el juicio del tribunal con vigencia irrestricta de las limitaciones que la Constitución impone al ejercicio de la persecución penal (incoercibilidad del imputado

como órgano de prueba, prohibición de la múltiple persecución penal, inviolabilidad del domicilio y correspondencia epistolar)"<sup>75</sup>

**- FORUM DELICTI COMISSI.**

Los juicios deben ser sustanciados en el lugar en que se verificaron los hechos que los motivan. Su sentido o fundamento es dar garantía al imputado de no ser limitado en su defensa, al ser juzgado fuera del lugar en que está disponible la prueba, testigos, elementos materiales, los vestigios del delito y muchas veces también su sentimiento personal.

**C. TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.**

**I. CONSTITUCION, PROCESO Y DERECHO PROCESAL PENAL.**

La necesidad de estudiar este punto radica en la constatación que el ejercicio de la coacción penal del Estado atenta contra derechos fundamentales muy importantes de los particulares. Así, la detención y prisión preventiva van contra el derecho de libertad; las medidas de aseguramiento del objeto, prestación de fianzas, registro domiciliario, etc., atacan el derecho de propiedad y la inviolabilidad de domicilio; la grabación de comunicaciones atenta contra el derecho a la intimidad y al secreto.

Desde el punto de vista ideológico se evidencia más tal relación, pues, con relativa diferencia al proceso civil, el penal refleja las condiciones políticas de la sociedad en que se ha de desarrollar.

Es menester, entonces, el establecimiento de un sistema que garantice la Constitución y su aplicabilidad, donde se puedan controlar y enjuiciar las violaciones de autoridad pública a los derechos fundamentales, también los procesales penales, consagrados en

---

<sup>75</sup>Julio B.J. Maier, "Revista de estudios procesales", Nº37, año I, 2ª época, Edit. Rubinzol-Culzoni, Santa Fe, 1987, pags. 65-78;

Magariños, Mario "Garantías Constitucionales del derecho procesal penal", en rev. Doctrina Penal, año 1988.

ella, mediante el recurso de amparo, una vez agotadas las posibilidades de impugnación que permiten las leyes ordinarias, en atención a que la Constitución es una norma de aplicación directa, por tanto las normas jurídico procesales penales de grado inferior habrán de interpretarse con sujeción a ella.

La importancia de esta vinculación desde el punto de vista político y del Estado de Derecho, se hizo notar ya hacia 1848 cuando fue consagrado en el Código de Derechos Fundamentales de la Iglesia de San Pablo y en la Constitución Imperial de Frankfurt, de 1849.

En la segunda mitad del siglo XIX se desarrollan poco a poco las máximas procesales, junto con los principios originarios de la Revolución francesa, de la "participación de legos" en la administración de justicia y la independencia de la facultad de acusar en la forma de la fiscalía, en primer lugar en el derecho de los Länder, luego en la Ley Procesal Penal Imperial de 1877.

En el plano del derecho ordinario (infraconstitucional), entretanto, se puede preguntar si algunos principios y formas de la ley procesal penal no se han de comprender como reacción histórica fuerte frente a inconvenientes anteriores y, por ello, debieron ser limitados largo tiempo por el legislador con la debida precaución.

El interés procesal de estudiar el "Derecho Procesal Constitucional" estriba en la constitucionalización como derecho fundamental del "derecho a la tutela judicial efectiva", clave de bóveda en todo ordenamiento constitucional de un Estado Democrático, base de un sistema jurídico organizado a partir de la exigencia sustancial de instituir en sus estadios normativos finales órganos convenientemente habilitados para ejercer la tutela del conjunto del sistema normativo. En este sentido son principios básicos el de expansividad y exclusividad de la jurisdicción. El primero, en cuanto el efectivo aseguramiento del ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los particulares, exige la extensión de la actividad tutelar a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y excluye la posibilidad de sectores judicialmente inaccesibles. Y el segundo, en cuanto régimen jurisdiccional de las garantías instrumentalizadas a través del recurso de amparo, ya que la

efectividad de las garantías constitucionales precisa de los mecanismos de enjuiciamiento y sanción jurídicos.

Las normas de Derecho Constitucional Procesal revisten especial importancia porque constituyen la más alta jerarquía del ordenamiento interno, al margen de su contenido y por instalarse en el sector del ordenamiento generador de los procedimientos de producción normativa.

El desinterés por la vertiente más estrictamente procesal de estas normas implica desocuparse precisamente de aquellos eslabones del conjunto articulado de procedimientos que, iniciándose en la norma fundamental, transcurren en solución de continuidad hasta las fases terminales del ordenamiento, esto es, hasta aquella formalizada jurídicamente como sentencia firme y en la que desemboca la detención material decidida en las fases procedimentales antecedentes.

El Derecho Constitucional es, quizás más que ningún otro ordenamiento, puro derecho procesal, es decir, pura ordenación procedimental, que si bien en sus primeras fases formaliza los contenidos normativos fundamentales del sistema, sólo en los últimos, los hoy tenidos por objetos del derecho procesal strictu sensu, materializan definitivamente las "previsiones" ideadas en aquellos.

Quizás sea el excesivo apego al derecho material, en detrimento del adjetivo o procedimental, la razón que explique la consagración de los constitucionalistas al estudio del contenido de los preceptos constitucionales en perjuicio de las cuestiones procedimentales que él contiene.

Cualquiera sea la postura que se adopte al respecto, resulta obligado ponderar el mérito de la obra destinada al estudio de los aspectos constitucionales del proceso en general. Así, el principio del juez natural o legal revela sintomáticamente una desacertada concepción de la verdadera dimensión constitucional de la exigida determinación previa del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de cada uno de los supuestos particulares en los que deben producirse jurisdiccionalmente normas jurídicas.

Es obvio que la finalidad de este principio es la precisa determinación, con anterioridad a la iniciación de cualquier proceso, del órgano judicial competente, sin que pueda condicionarse la satisfacción de tal finalidad mediante la exigencia de que la determinación se realice a partir de un concreto "determinable". Es así como se circunscribe a los órganos jurisdiccionales de generación legislativa, sin que pueda vulnerarse por la circunstancia de que legislativamente no se hayan instaurado todos los órganos judiciales constitucionalmente posibles.

Lo decisivo es la certera previsibilidad sobre el órgano judicial competente a cada caso, no que la previsibilidad se extienda al establecimiento antecedente de todas las posibilidades potencialmente determinables.

De tal modo, la norma constitucional consagra las bases fundamentales del ordenamiento, y queda entregado al legislador los parámetros de la determinación de la norma constitucional.

Asimismo, la Constitución, en el ámbito procesal, sienta las bases de la jurisdicción. En este sentido, Gimeno Sendra se apoya en un concepto que no se ha extendido en la doctrina procesal por no parecer conveniente. Sostiene: "como se encarga de señalar la Constitución, son dos las notas esenciales que deben concurrir en un órgano para que merezca el calificativo de jurisdiccional a) la de estar institucionalmente dotado de independencia, y b) la de ser titular de la potestad jurisdiccional".<sup>76</sup>

Ello supone operar con un concepto en el que se confunde el contenido de tal función jurídica con las condiciones que a su ejercicio impone la Constitución.

Conceptualmente, la independencia no es uno de sus componentes sino tan sólo un principio informador del modo en que debe ejercerse. Así, su ausencia no desvirtúa la naturaleza jurisdiccional del órgano que la ejercita, esto es, la aplicación irrevocable del derecho, sino que se vulnera el principio constitucional de exclusividad de la jurisdicción en manos de órganos funcionalmente

---

<sup>76</sup>Gimeno Sendra, J. "Tratado de derecho procesal penal"

independientes.<sup>77</sup>

## II. PRINCIPIOS PENALES CON INCIDENCIA PROCESAL DE RANGO CONSTITUCIONAL EN EL AMBITO NACIONAL. (Bases Constitucionales del derecho procesal penal)

Debe tenerse presente que la Constitución Política es Ley Fundamental que establece y regula la Organización del Estado, las funciones públicas y los órganos encargados de su ejercicio, los derechos básicos de los habitantes de la República y los mecanismos encaminados a garantizar su eficacia a fin de mantener un equilibrio entre el Estado y su autoridad y el individuo con su libertad.

Es así como además de existir un catálogo de derechos, debe preverse mecanismos para hacerlos efectivos. Tal es el objetivo del derecho procesal, que tiende a procurar el restablecimiento del derecho cuando pierde eficacia. Por esto se sostiene que el proceso es la autodefensa que tiene el propio Estado para garantizar su autoridad, y es la que tienen los particulares para obtener el resguardo de sus derechos, de su libertad y garantías.

La Constitución Política de 1980, consagra todo un catálogo de normas procesales que revisten una gran importancia, puesto que fijan las bases Constitucionales del Derecho Procesal en general y específicamente del Derecho Procesal Penal.

Esta carta, continuadora de la de 1833 y 1925, no trata de manera sistemática la función jurisdiccional ni su ejercicio, pero sí contiene normas que, analizadas en conjunto, permiten determinar qué materias procesales encuentran su origen inmediato en ella.

En un afán sistematizador, se distinguen seis materias de orden

---

<sup>77</sup>Roxin y Otros, Op. Cit. pag 229 y ss; Gimeno Sendra, Vicente "Constitución y Proceso", En Revista Española de Derecho Constitucional Nº 25, año 1989, sec. "Crítica de Libros".

procesal tratadas por la norma constitucional:

**a. El conflicto de intereses de relevancia jurídica y su solución.** Art. 19 N°3 inc.V, 73 inc.I CPE, (En general se distinguen tres mecanismos, a saber, autotutela, autocomposición y proceso).<sup>78</sup>

**b. La jurisdicción y los órganos judiciales o jurisdiccionales.** (Derecho procesal orgánico) en el capítulo VI, bajo la denominación "Poder Judicial", concepto dejado de lado. Así, es unánime la doctrina en sostener que el objeto del derecho procesal orgánico es la regulación del ejercicio de la función jurisdiccional correspondiente a cualquier órgano dotado del carácter de tribunal, pertenezca o no al poder judicial.

**c. La acción procesal.** En tanto acto jurídico procesal en virtud del cual se hace nacer o se impulsa la iniciación de un proceso. A decir de la mayoría de la doctrina, se extingue con su ejercicio; una vez que el proceso se inicia nacen dentro de él derechos, obligaciones y cargas procesales. Art. 19 Nos. 3 inc.1 y 14 CPE.

**d. El procedimiento.** Conjunto de actos preestablecidos a los cuales deben someterse los sujetos del proceso y que lo hacen avanzar en sus etapas de conocimiento, juzgamiento y cumplimiento de lo resuelto. Art. 19 N°3 inc.V y 73 inc.I CPE.

**e. El proceso.** Medio racional de solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica, que se define como un conjunto de actos jurídicos procesales, del Tribunal y de las partes y excepcional y eventualmente de terceros, destinados a resolver con efectos de cosa juzgada un conflicto de relevancia jurídica. Art. 19 N°3 inc.V, 73 inc.I CPE.

**f.** En consecuencia el conflicto es siempre anterior al proceso, es su presupuesto necesario, lo hace nacer; luego, el proceso se desvincula de él y hay una pretensión o una actividad del juez,

---

<sup>78</sup>v. gr. Colombo C., Juan "Bases Constitucionales del Derecho Procesal", en Revista de Derecho Procesal N°14, año 1987. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

cuando actúa de oficio, que se une a la necesidad de reproducir los hechos acaecidos para poder resolverlos aplicándoles el derecho o la equidad, según corresponda, surge así la importancia de la prueba. Art. 19 N°3, 73 inc.I CPE.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Constitución Política frente al Derecho Procesal, se sostiene que su objeto es establecer las bases normativas tendentes a la prevención y solución de conflictos, hechos derivados del desajuste conductual de sujetos que vulneran el ordenamiento jurídico y por ende la paz social.

Por tanto, la Constitución Política, con el ejercicio de la función legislativa previene el conflicto y con el desarrollo de la función jurisdiccional, lo resuelve.

La primera evoca el concepto de eficacia "legal", en el sentido que la ley como cuerpo rige desde que se publica en el diario oficial o desde la fecha u oportunidad que ella misma determina y hasta que se produce su derogación o se agota. Es norma vigente en todo el período cubierto según lo antes señalado.

La segunda en cambio tiende a la "eficacia real" de la norma, esto es, la posibilidad de hacerla jurídicamente exigible en forma coercitiva, en caso de ser transgredida, mediante el ejercicio de la jurisdicción, desarrollado en el proceso y con efecto de cosa juzgada.

Baste señalar que dado el objeto de esta investigación, se analizará este punto sólo en relación a las normas constitucionales vinculadas al proceso penal.

#### **1. BASES ORGANICAS.**

Son aquellas que se refieren a la organización, atribución y funcionamiento de los tribunales de justicia.

- **EL CONFLICTO Y SUS FORMAS DE SOLUCION.** En materia penal, el conflicto consiste en una acción u omisión de un sujeto que produce un cambio en la realidad que se ajusta a un tipo.

En este punto se debe distinguir, la prevención del conflicto, que

en este punto, pasa por el establecimiento legislativo del catálogo de "tipos" que prevean aquellas conductas que atenten contra los valores básicos de la vida en sociedad.

La Constitución, entrega al legislador tal elaboración, con la limitación consistente en que no le es permitido acceder a hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigencia, es así como consagra el principio de irretroactividad de la ley penal. En consecuencia, siempre será posterior a la norma que lo contempla y específico, en cuanto a que sólo será tal si es idéntico al tipo previamente establecido.

Y las formas de solución del conflicto. Entrega la solución de todo conflicto al proceso, excepcionalmente la ley acoge la autocomposición, en los delitos de acción penal privada, por estar dentro del ámbito de los derechos disponibles.

En general prohíbe la autotutela, sólo la admite en aquellos casos que la propia ley regula. Así, el Código Penal la contempla como una eximente de responsabilidad, debiendo existir un proceso en el cual se analice la situación concreta, y de constatarse que en ella se cumple con los requisitos legales, declare la irresponsabilidad por haber actuado el sujeto en legítima defensa, ya sea propia, de parientes, de terceros, o privilegiada. Es así como se puede sostener que el ordenamiento nacional establece lo que en doctrina se conoce como "autotutela institucionalizada".

Socialmente interesa que exista una efectiva solución del conflicto, que perdure en el tiempo. De ahí la entrega de la exclusividad de la solución de conflictos al proceso, ya que la autotutela, por ser la ley del más fuerte, no da esta garantía, puesto que la solución que ésta imponga, durará mientras y en tanto se mantenga la situación de preminencia que la generó.

A su vez, la autocomposición sólo cabe en el ámbito de lo privado, donde prima el principio de la autonomía de la voluntad, y en general el conflicto penal es uno de derecho público, ya que afecta a la sociedad toda.

- **LA JURISDICCION.** Facultad que tienen los tribunales de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado, por medio del proceso y con

efecto de cosa juzgada, respecto de los conflictos de intereses de relevancia jurídica en cuya intervención les corresponde intervenir, (art.73 inc.I CPE).

- Se trata de una función pública. Consagrada en el art. 19 N°3 de la Carta de 1980, que a propósito de la garantía del debido proceso, establece "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado".

- En los arts. 5, 6 ,7 declara que emana de la soberanía, función pública que corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, y cada vez que un órgano la ejerza acorde a la norma Constitucional, es un tribunal de justicia.

- El art. 73 inc. II, consagra el principio de inexcusabilidad, que le da el carácter de PODER-DEBER, es así como los Tribunales de Justicia tienen la potestad de ejercerla y el deber de pronunciarse sobre la acción deducida, de la cual es sujeto pasivo o destinatario.

- El art. 74 establece el alcance de su ejercicio, en el sentido que "una ley orgánica determinará la organización y atribuciones de los tribunales, que sean necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República". De este modo, su objetivo es resolver el conflicto en forma eficaz y oportuna, pues se busca la "pronta y cumplida administración de justicia".

- El art. 73 entrega su ejercicio a los tribunales establecidos por la ley. Más adelante, entrega al legislador la determinación de los órganos encargados de dirimir y resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica. Por ende, la función es la que califica al órgano. Este mismo artículo contempla sus fases de desarrollo y la facultad de imperio, al establecer "la facultad de conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado..." y "Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales... podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la

resolución que se trata de ejecutar."

- **TRIBUNALES DE JUSTICIA.** Son los órganos encargados del ejercicio de jurisdicción, aún cuando no siempre integren el llamado poder judicial. Las normas constitucionales a este respecto son:

a. Art. 19 N<sup>o</sup>3 inc.IV, que dispone "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". De aquí deriva la afirmación en orden a que son estos los tribunales de justicia a que aluden los arts. 73, 74 y ss.

b. Art. 74, que señala que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fuesen necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia.

c. En cuanto a cuáles son los tribunales, no obstante, no contiene normas sobre su organización, alude a la Corte Suprema, las Cortes de apelaciones, tribunales de letras, el tribunal Constitucional y los tribunales electorales, los cuales si encuentran un tratamiento sistemático en los capítulos 7<sup>o</sup> y 8<sup>o</sup> respectivamente.

- **LOS JUECES.** A este respecto, la Constitución Política de 1980 prevé que:

i. Como regla general, los jueces son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del propio sistema judicial (art.75). Las reglas especiales aparecen en el art. 81 (Tribunal Constitucional); art. 84 (TRICEL) y art. 85 (Tribunales Electorales Regionales).

ii. Que son responsables civil, penal y disciplinariamente en el ejercicio de su cargos (arts. 76 y 79). Para los efectos de controlar directiva, correccional y económicamente a todos los tribunales de la República, salvo los expresamente exceptuados, otorga competencia a la Corte Suprema.

iii. El art.48 establece una responsabilidad política de los miembros de los tribunales superiores de justicia.

iv. Que gozan de inamovilidad (art.77). Los jueces permanecerán en

sus cargos mientras dure su buen comportamiento; sin embargo, los inferiores desempeñarán sus respectivas judicaturas por el tiempo que determinen las leyes. Esto sin perjuicio de cesar en sus funciones a los 75 años de edad, (excepto el Presidente de la Corte Suprema), por renuncia, incapacidad legal sobreviniente o por destitución.

v. Que gozan asimismo de fuero. (Art.78) "Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales y los jueces letrados que integran el poder judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto conforme a la ley".

- **COMPETENCIA.** Es la parte del ejercicio de la jurisdicción que la propia Constitución o la ley entrega a un Tribunal determinado de entre los establecidos.

La Constitución Política de 1980, consagra las siguientes normas vinculadas al tema:

- Tribunal preestablecido. (Art.19 Nº 3) Nadie puede ser juzgado sino por el tribunal que señala la ley. Justamente en él se encuentra la base del sistema.

- Distribución de la jurisdicción. (Art.74) "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la república". Esta ley, al distribuir la jurisdicción, engendra el concepto de competencia.

- Inexcusabilidad. (Art.73 inciso 2º) El tribunal llamado a conocer del asunto debe ser competente: dice "reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión."

- Actos de los órganos del Estado. (Art.7) Engendra el concepto genérico de competencia en el sentido que "los órganos del Estado

actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes."

En lo referido al ejercicio por parte del Estado de la actividad jurisdiccional, alude a la competencia definida por el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales. Aplicada así la norma, debe concluirse que los tribunales actúan válidamente previa investidura, dentro de la competencia que les otorga la ley, acorde al artículo 74 CPE.

- Detención por delito flagrante. (Art. 19 N°7 c) La persona detenida por delito flagrante, lo es sólo con el objeto de ser puesta a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes.

- Amparo. (Art. 21) Conocerá de dicha acción o recurso, según el caso, la magistratura que señala la ley, lo que equivale a "juez competente", concepto reiterado en el inciso 2º, al decir que el sujeto es puesto a disposición del juez competente y el inc. 3º que insiste en la competencia de la magistratura correspondiente, que es la Corte de Apelaciones respectiva.

- Protección. (Art.20) Es competente para conocer de ella la Corte de Apelaciones respectiva.

- Inaplicabilidad. (Art. 80) Es de competencia privativa de la Corte Suprema, al igual que el reclamo de pérdida de nacionalidad (Art. 12).

Existen otros casos especiales que no se tratarán.

- **INEXCUSABILIDAD.** El art.73 inciso 2º de la Constitución Política de 1980, consagra "el poder-deber de la jurisdicción", que da fundamento constitucional a la norma del CDT. En materia penal se ve satisfecho con el pronunciamiento del Tribunal, en orden a si el hecho que se le expone reviste o no caracteres de delito y, en la afirmativa, con la dictación de la resolución "Instrúyase sumario".

- **IGUALDAD ANTE LA JUSTICIA.** Surge del principio de bilateralidad y se traduce en la igual posición de los sujetos del proceso frente al juez, tercero imparcial a quien toca resolver el conflicto.

El art. 19 Nº3 CPE, indica que la Constitución asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos. Norma que se complementa con los incisos 2º y 3º que dicen: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida... La ley arbitrará los medios para otorgar asesoría y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos".

## 2. BASES FUNCIONALES.

- **ACCION.** Es la facultad, derivada de la prohibición a los sujetos de autotutelar sus derechos, con la consiguiente opción de traspasar el conflicto al proceso, mediante el llamado al órgano jurisdiccional para que éste lo conozca, resuelva y haga cumplir lo juzgado.

Es consecuencia del sistema dispositivo, es decir, no hay jurisdicción operada si no es impulsada, salvo los casos en que se dota a los tribunales de la facultad de activarla por sí mismos, mediante su actuación de oficio, que no implica que pase a su vez a ser parte, porque ésta es la que acciona, y el juez no puede accionar contra sí mismo. Lo que ocurre es que la jurisdicción permite al tribunal atraer hacia su esfera de competencia ciertos conflictos de intereses de relevancia jurídica.

Couture concibe a la acción como una manifestación del derecho de petición, en este sentido podría afirmarse que se comprende en el artículo 19 Nº14 CPE.

En cuanto a su fundamento constitucional, se debe aludir al artículo 19 N°3 que asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos. Acorde al diccionario de la R.A.E., "ejercicio" es acción o efecto de ejercer. Así pues, el individuo, al ejercer el derecho de abrir proceso da forma a la acción; y que en su inciso 5º declara que un proceso legalmente tramitado es aquel que nace y se desarrolla en la forma establecida por la ley. Cuando aquélla señala que rige el principio dispositivo (ej. delitos de acción penal privada) y que los tribunales no pueden actuar sino por impulso de parte, reconoce que esa actividad es "acción procesal".

Al artículo 7º, que establece que los órganos del Estado "actúan", es decir, los tribunales, frente a una serie de conflictos, sólo pueden conocer de aquello que las partes sometan a su decisión. Cualquier infracción a esta "competencia específica", acarrea la nulidad del fallo por la causal extra o ultrapetita. Así la acción impulsa las pretensiones de las partes dentro de las cuales actúa válidamente el tribunal.

Otra materia tratada por la Constitución Política de 1980, que alude a la acción, es la referida al principio de inexcusabilidad, ya visto, donde "forma legal" debe entenderse "haciendo uso de la acción procesal", cuando ésta sea necesaria, o por la actividad de oficio del tribunal. En materia penal, se ejerce a través de la querrela, en que el actor se hace parte, y la denuncia, donde el actor sólo informa al tribunal sin hacerse parte.

Otras disposiciones vinculadas a la acción son el artículo 82 N°12 inc. 3º, (acción para requerir al Tribunal Constitucional); art.12, (acción de reclamación de pérdida de nacionalidad).

- **PROCESO COMO VIA DE SOLUCION DEL CONFLICTO.** El art. 19 N°3 Inc.V CPE, consagra el principio fundamental de que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado. Se requiere en consecuencia actividad tanto de la(s) parte(s) como del tribunal, en el entendido que en materia penal podrá existir una o dos.

En cuanto al actor, habrá parte cuando el proceso se inicie por querrela. En cuanto al sujeto pasivo puede no existir al iniciarse

el proceso, pero sin él la causa no va a poder concluir en forma normal. Si el juez no encarga reo a alguien va a existir un proceso sin destino, una investigación frustrada.

- **PROCEDIMIENTO.** El art. 19 N°3 inc.V CPE, señala que el proceso debe ser previo y legalmente tramitado; que debe ajustarse en su desarrollo a la ley de procedimiento. Disposición en la que alude a la sentencia definitiva, que concordado con su inciso I, y el art.73 del mismo cuerpo legal, lleva a concluir que la Constitución Política de 1980, da un amplio reconocimiento al proceso como forma de solución de conflictos.

Continúa expresando que corresponde al legislador establecer siempre las normas de un "justo y racional procedimiento", términos valorativos que apuntan a que si el proceso no es tal, no obstante mantener su carácter de proceso, no cumplirá el imperativo constitucional de proteger realmente los derechos del Estado y de los particulares.

Reviste especial importancia al respecto el principio de la bilateralidad que consiste en que nadie puede ser condenado si no ha sido legalmente emplazado; y el de la prueba, en el sentido que ambas partes tienen igual derecho de aportar los antecedentes necesarios para reconstituir los hechos del conflicto. Sobre este particular, gráficas son las normas contenidas en los arts. 19 N°7 b) que trata la detención; 21, referido al amparo; 19 N°7 c), derecho de toda persona a ser procesada por el juez competente; y otras garantías del art. 19 N°7, tales como la referida a la incomunicación, la declaración del inculpado, la libertad provisional y la indemnización del daño por un proceso injusto.

- **SENTENCIA Y COSA JUZGADA.** (Art. 19 N°3). Antes, en la Carta de 1925 se consagraba implícitamente en el artículo 80, actualmente el art. 73, a través de la expresión "juzgar", como acto máximo del ejercicio jurisdiccional, reforzado por el imperio (incisos 3º y 4º del art. 73). En cuanto al proceso penal, están los preceptos del art. 19 N°2 y 3.

- **RECURSOS PROCESALES.** Se definen como medios que la ley franquea a las partes para impugnar resoluciones judiciales. Se fundan en la garantía del debido proceso.

### 3. ACCIONES ESPECIALES.

- **AMPARO.** (Art. 21). "Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene que se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado".

El inciso 3º agrega que, "el mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducida en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquier otra privación...".

Tiene un doble carácter. Recurso, cuando ataca una resolución judicial. Ej. orden de detención o encargatoria de reo decretada por el juez con infracción de los presupuestos legales. Acción, si se dirige en contra de una resolución de tribunal no competente en materia penal, o de un arresto en los casos que no procede sin orden, toda vez que hay un sujeto que pide al tribunal que resuelva el conflicto más importante, cual es la garantía total de su libertad. De ahí que se contemple acción pública para impulsar la actividad de la Corte de Apelaciones respectiva.

La causal que la justifica es la existencia de una privación, perturbación o amenaza ilegítima de la garantía de libertad ambulatoria.

- **INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD.** (Art. 81) Su fundamento es la declaración de que cierta norma en su aplicación a un caso concreto infringe la normativa constitucional. Faculta a la Corte Suprema para que declare inaplicable al caso concreto todo precepto legal que la infrinja.

Para calificarla de acción o recurso deberá adoptarse una postura en cuanto a si se considera que el conflicto que la genera es nuevo (relacionado con materias de que conoce la misma Corte Suprema) o si, por el contrario, es un conflicto conexo con el que se ventila ante otro tribunal. En el primer caso se hablará de acción y en el segundo de recurso.

**- ACCION INDEMNIZATORIA POR SENTENCIA PENAL DECLARADA INJUSTIFICADAMENTE ERRONEA O ARBITRARIA.**

Al reconocer el derecho a la libertad y seguridad personal, el art. 19 Nº7 CPE consagra acciones especiales. La primera, para obtener de la Corte Suprema una declaración de que ha sido injustificadamente erróneo o arbitrario un procedimiento concluido por sentencia absolutoria o por sobreseimiento definitivo, o si una sentencia condenatoria es revocada en una instancia superior, y la segunda, para obtener de los tribunales el pago de una indemnización por los perjuicios patrimoniales y morales sufridos a consecuencia de una resolución calificada por la Corte Suprema como injustificadamente errónea o arbitraria.

**III. FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DOGMATICA DE LOS PRINCIPIOS PENALES CON INCIDENCIA EN MATERIA PROCESAL PENAL.**

**- RANGO NORMATIVO.** (Reconocimiento constitucional en Chile y Derecho Comparado).

La generalidad de los ordenamientos internos que han optado por el sistema democrático y social de derecho, contemplan en su normativa constitucional un catálogo de garantías procesales penales.

**CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.**

**- El principio de Legalidad.** (art.25.1) En el sentido que la ley es la única fuente del derecho penal, tanto en su contenido material como procedimental.

A su vez, la carta fundamental, acorde a los principios que deben regir en un Estado de Derecho Social Democrático, reconoce que la ley es la norma jurídica básica emanada de los órganos de representación popular, en quienes reside la soberanía nacional y de quienes emanan los poderes del Estado y que debe estar informada por el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales. De manera que es esencial, para el orden político y la paz social, el respeto a los derechos en ella consagrados.

- **El principio de Igualdad.** (art.14) Como característica esencial del Estado de derecho, acorde al ordenamiento supranacional, que si bien no es absoluto en derecho penal material, si tendrá plena vigencia en el procedimental, en todas sus fases de desarrollo.

-**Supremacía Constitucional.** Consecuencia ineludible del principio de seguridad jurídica. Es así como en la cúspide del ordenamiento español se encuentra el texto constitucional, que sienta las bases de la institucionalidad; luego, las leyes orgánicas, que regulan el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, ( tratadas en el texto constitucional en su título I ) específicamente, en materia penal, aquellas que regulan el procedimiento en general y la prisión preventiva (art.17.1), en particular.

En consecuencia deben ser objeto de ley orgánica todas las materias referidas al desarrollo del principio de legalidad penal y del proceso público penal, ya que tales materias se refieren al "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Luego, las leyes ordinarias y finalmente las disposiciones administrativas.

- **Irretroactividad.** Se garantiza que las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales no tendrán efectos retroactivos, constitucionaliza así, a contrario sensu, la retroactividad de las normas más favorables para el reo, para que no suponga una reiteración del principio de legalidad.

- En cuanto a las penas, en su art.15 prohíbe aquellas que impliquen tratos inhumanos o degradantes y declara abolida la pena de muerte, salvo el caso de excepción que ella misma contempla, al acoger el principio del Respeto a la Dignidad Humana su art. 10.1.

- Entrega la exclusividad de la jurisdicción a los tribunales determinados por las leyes.

- Respecto al procedimiento, consagra los principios de bilateralidad, del juez legal y predeterminado, de defensa y asistencia de letrado, de publicidad, de información, y de inocencia.

- Regula las bases de la prisión preventiva, en el sentido que sólo procede en los casos, en la forma y por el plazo máximo previsto por la ley. En todo caso, el tiempo que se mantenga esta privación de libertad no podrá ser superior al estrictamente necesario para la averiguación tendente al esclarecimiento de los hechos y el procesamiento.

En consecuencia, la Constitución Española de 1978, en su art. 1.1, respeta el modelo clásico de una constitución liberal, al sentar las bases de un Estado de derecho que defiende el principio de legalidad, con una administración de justicia independiente y una regulación de las garantías del sujeto pasivo del proceso penal, en cualquiera de sus fases de desarrollo.

Asimismo hace suyos los principios del modelo liberal progresista al abolir la pena de muerte, regular la responsabilidad estatal por actos administrativos y judiciales, proteger el medio ambiente y el patrimonio cultural, y buscar un equilibrio entre la protección de la dignidad del hombre y la defensa de los intereses de la sociedad.

**CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA.** Norma fundamental respecto de las cartas de cada uno de los Estados Federados.

Es así como en su art. 18 establece que "Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". De la disposición anterior se desprende, en primer lugar, que las garantías fundamentales tienen como destinatario al habitante, sin requerir que sea nacional o ciudadano. Y en segundo lugar, implica tres reglas de garantía: el principio de legalidad; principio del juicio previo; y principio de inocencia.

- El principio del juicio previo está integrado por: la acusación, que debe constituir una imputación concreta respecto de un individuo determinado; defensa, en el sentido que el sujeto pasivo tiene derecho a estar presente en el proceso y a ser oído, a contar con un defensor técnico, a probar los hechos que le favorezcan y a controvertir el derecho y los elementos sobre los cuales se pretende sustentar la acusación; congruencia entre lo debatido y lo fallado; y sentencia fundada.

- El estado de inocencia importa que durante el proceso y mientras no haya sentencia firme, el sujeto es inocente, ya que su responsabilidad por el hecho que se le imputa se determinará en el juicio y será la sentencia el único título válido para declararlo culpable y en su caso privarlo de su libertad.

- Respecto del principio de legalidad, en primer lugar, el artículo 18 consagra el principio del juez natural, en el sentido que nadie puede ser "juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa". De lo anterior deriva el que la ley es quien determina la base de la organización judicial, que no se puede ser juzgado por tribunales creados con carácter meramente accidental, en cuanto sólo se establecerán para instruir un grupo de casos determinados, y se impide la modificación de competencia de los tribunales en materia penal con efecto retroactivo.

El texto constitucional consagra además los principios del Forum delicti comissi y del non bis in idem.

#### CONSTITUCION COLOMBIANA.

También consagra principios que producen efectos inmediatos o directos en materia penal, ya sea sustancial o procesal, así contempla el principio de legalidad, con sus correlativos de garantía penal y procesal, en sus arts. 20, 21, 23, 26, 27, 28, 160 y 163. El principio de respeto a derechos humanos, en sus tres manifestaciones (civiles, sociales y políticos), como límite a la actuación del Estado y de los demás individuos particulares; el principio del debido proceso y principio pro reo. Asimismo, la norma constitucional reconoce la garantía de libertad de locomoción y movilización, aún respecto del sometido a proceso, y mientras no exista sentencia condenatoria que haya aplicado una pena privativa de libertad a su respecto. Sin embargo, contempla la posibilidad de que la ley regule los casos y formas en que tal garantía puede ser limitada de manera legítima, especialmente a través del instituto de la prisión preventiva, provocando temor en la doctrina sobre la efectividad de la garantía, a lo cual se agrega que con ello se vulnera el principio de inocencia, de la dignidad de la persona humana.

- RECONOCIMIENTO SUPRACONSTITUCIONAL (Pacto de San José)

Analizaremos el "Sistema Regional" (Pacto de San José), en el cual nuestro ordenamiento se inserta, donde se distinguen los siguientes principios, que sólo se enunciarán por haber sido tratados antes: Legalidad (art.9); Igualdad (art.2.4); Publicidad (art.8.5); Inocencia (art.8.2), el cual, a su vez comprende: El derecho a defensa (art.8.1), material, técnica, derecho a recurrir ante tribunal superior; Libertad procesal como regla general; Carga probatoria del acusador; Indubio Pro Reo; y en general el principio del Debido Proceso (art.8.1). Todos analizados en el capítulo anterior.

**D. FORMULACION DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.**

De lo analizado tanto en este capítulo, como en el anterior, se puede concluir, en general, que los distintos pactos internacionales, específicamente las Declaraciones de Derechos Humanos, tanto universal como regional, consagran las bases del Derecho Penal a través del reconocimiento de aquellos principios básicos inherentes a todo ordenamiento que se inserte en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, respetuoso de la dignidad humana, de manera tal que el ordenamiento jurídico en general debe estar inspirado en este orden internacional, cuyo eje es el respeto y garantía de la persona.

El derecho penal en general (tanto material como procesal) ve sujeta su legitimidad al grado de concordancia que tenga con estos principios universales.

- En cuanto al derecho penal material, mediante el establecimiento de tipos penales tendentes a la protección de los derechos humanos de la víctima y a la imputabilidad del autor y en general de normas en resguardo de la paz social.

- A su turno, el Derecho Procesal Penal, en tanto medio para restablecer el equilibrio roto por el quebrantamiento de la norma por parte del individuo, no debe perder de vista que el sujeto, objeto de persecución penal, es ante todo un ser humano, que debe ser respetado en su esencia como tal; lo contrario acarrearía una instrumentalización de la persona en pos de una pretendida

vigencia del ordenamiento jurídico. Es así como tanto la norma de procedimiento como el proceso propiamente tal carece de legitimidad si en los hechos trasgrede los derechos básicos de este sujeto, más aún si se considera que la premisa básica en esta materia es la inocencia del sujeto mientras no se haya demostrado lo contrario y que, en el peor de los casos, de dictarse sentencia condenatoria en su contra, mantendrá intacta su calidad de ser humano "digno". De ahí la prohibición de aplicar penas o tratos inhumanos o degradantes.

La importancia de tal consagración internacional, radica en que al suscribir y ratificar estos convenios, los Estados Parte se comprometen a adecuar sus ordenamientos Jurídicos Internos a la normativa supranacional.

Día a día es más unánime la doctrina en sostener que las normas internacionales sobre derechos Humanos tienen aplicación directa, capaz de derogar la normativa interna que no se acorde a ella y susceptible de ser perseguido su cumplimiento en forma coercible, para cuyos efectos el individuo, como destinatario de la norma, una vez agotada la vía interna, puede recurrir ante las instancias internacionales destinadas velar por su eficacia, mediante el ejercicio de acciones contra el Estado infractor, del cual puede o no ser nacional. De ahí que sostengamos la existencia de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, que, basada en las conclusiones anteriores, formula las siguientes hipótesis:

a. "Existe un conjunto de principios penales consagrados a nivel Constitucional y aún Supraconstitucional, que en su conjunto representan un todo armónico, sistemático y universal que dota de sustantividad, y determina la legitimidad del ordenamiento legal."

b. "Tales principios informan tanto el contenido de la norma penal material, como el de aquella que persigue la eficacia real de ésta."

c. En consecuencia, al representar un todo unitario "No es posible disociar el estudio y en general tratamiento de las normas penales sustantivas de las procesales" en pos de una pretendida unidad del derecho procesal.

**E. ADECUACION DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL A LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.**

Artículos del Código de Procedimiento Penal Chileno que consagran los principios insertos en esta teoría:

**PRINCIPIO INQUISITIVO.** Art. 63 bis, sobre la actividad investigadora del juez; arts. 108, 110, 111, 112, 113, 113 bis, 116, 117, 119 y 120 bis, que establecen normas generales respecto a la comprobación del delito; arts. 121 a 151, vinculados a la comprobación del delito en casos especiales; arts. 156 a 183, que regulan el allanamiento y otras diligencias; arts. 342 a 350 bis, sobre la identificación del sujeto y su participación en el hecho punible.

**PRINCIPIO HUMANISTA O DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO.** Las leyes 18857 y 19047, modificatorias de este código, consagran este principio a través de los artículos 19, 42, 67, 279 bis, 293 inc. 2º, 349, 356 y sgtes.

**DEBIDO PROCESO.** Consagrado en el artículo 42, concordando así con el artículo 19 Nº3 de CPE.

**DERECHO A LA LIBERTAD.** Art. 42 bis, relacionado con el principio de legalidad y el artículo 19 Nos. 3 y 7 letras a), b), c) y d) CPE. Se consagra la libertad provisional como un derecho, a través de la modificación introducida por la ley 19047 en los artículos 356 a 379 inclusives.

**PRINCIPIO DE INOCENCIA.** Art. 42

**DERECHO DE DEFENSA.** En cuanto a los derechos del inculpado: Arts. 67 Nº1, 120, 278, 303, 318 bis, 321, 322 y 445. Concordados con el artículo 19 Nº3 CPE; y como derecho a la información: art. 322 inc.III, en concordancia con el artículo 19 Nº7 c) CPE.

**DIGNIDAD HUMANA.** art. 272 bis inc.III y 323 modificado por ley 19047.

**NON BIS IN IDEM.** art.42 inc.II

**ACUSATORIO.** artículos 515 y siguientes.

**F. PROPUESTA DE UNA SISTEMATIZACION DOGMATICA Y NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL COMO BASE DE ANALISIS.**

**i. Atendiendo a los elementos constitutivos del proceso.** Respecto al órgano judicial se vislumbran los principios de imparcialidad, juez natural, profesional o lego, legalmente investido y responsable, tribunal previo y competente. A su turno, en cuanto a las partes, éstas deben ser legalmente emplazadas, las asiste el derecho a defensa, la bilateralidad de la audiencia, el derecho a ser oído, el principio de publicidad, el derecho a recurrir a un Tribunal jerárquicamente superior, a fin que se revise la decisión judicial. Y finalmente, en cuanto al procedimiento, éste debe responder al principio del debido proceso, que a su vez está integrado por el derecho a acción, la bilateralidad de la audiencia, la publicidad, el derecho a recursos, la legalidad, el plazo razonable, y al principio del non bis in idem.

**ii. Atendido al Sistema Procesal,** uno acusatorio obedece a los principios: acusatorio, oralidad, inmediación, publicidad, dispositivo o pasividad del tribunal, libre apreciación de la prueba, jurados. Mientras que uno inquisitivo responde a los principios del secreto, la oficialidad, de escrituración, de prueba tasada, y del juez profesional.

**iii. Si atendemos al Bien Jurídico Protegido,** básicamente se contraponen, de una parte la protección de la dignidad humana, que lleva ínsitos los principios de inocencia, del derecho a defensa, de la libre aportación de pruebas, de indubio pro reo, y de libertad procesal. De otra, el Ius Puniendi estatal, que importará los principios de oficialidad, oportunidad, y legalidad.

**iv. Atendido el Sistema de Gobierno,** distinguimos los sistemas autoritarios, que se identifican con el inquisitivo y por ende, con los principios de oficialidad, pruebas aportadas por el Estado, juez técnico, prueba tasada, secreto, unilateralidad, escrituración, prisión procesal. Mientras que un Estado Social y Democrático de Derecho se identifica con el sistema acusatorio, y en consecuencia con los principios que lo inspiran y que son de respeto a la dignidad humana.

### CAPITULO III

#### MEDIDAS QUE AFECTAN EL DERECHO DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL.

##### A. INTRODUCCION.

El sumario penal persigue el cumplimiento de sus objetivos:

**i. Esenciales.** Ellos son, investigar los hechos que constituyen la infracción penal y determinar la persona o personas responsables de ella (art. 76 inc. I CPP).

**ii. De su naturaleza.** Corresponde al aseguramiento de la persona del delincuente (art. 76 inc. II CPP), por cuanto aún si el legislador no los hubiera establecido, resulta evidente que el tribunal debe cumplirlos; de una parte, porque no son connaturales a todo hecho delictivo, sino a aquellos que revistan una cierta entidad, y de la otra, porque el sujeto puede verse eximido de ellos por el instituto de la excarcelación.

**iii. Accidentales.** Se refiere al aseguramiento de las eventuales responsabilidades civiles del o los responsables del hecho. (art. 76 inc. II CPP).

Para el cumplimiento del segundo objetivo, se prevén medios de coacción que afectan al sujeto activo del conflicto penal, en su libertad personal.

Cabe mencionar, como tales, el arraigo, la citación, la detención, la prisión preventiva, medidas que serán objeto de análisis de este capítulo, centrándose la investigación en la prisión preventiva, que se estudiará bajo el prisma de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, en los términos planteados en los capítulos anteriores.

Tales medidas resultan de la confrontación entre el interés individual en la libertad procesal, consustancial a la dignidad humana, y el ius puniendi estatal, donde factores tales como la necesidad de asegurar los resultados del proceso y a la sociedad respecto de la comisión de nuevos delitos, hace que la balanza se

incline en beneficio del segundo. Sin embargo, en un Estado democrático tal conflicto debe solucionarse a través de una síntesis de ambos intereses igualmente dignos de protección.

## B. CONCEPTO

Como concepto primario se puede señalar que son medidas cautelares de carácter restrictivo o privativo de la libertad personal, tendentes al aseguramiento de la persona del delincuente.

Tal concepto, sin embargo es insuficiente, debiéndose agregar como objetivos:

- Obtener la necesaria cooperación para la investigación de un hecho
- Proteger la seguridad personal del ofendido.
- Asegurar el éxito de la investigación.
- Asegurar los fines del procedimiento penal.
- Prevenir la comisión de delitos.

## C. ORIGEN HISTORICO.<sup>79</sup>

Durante los primeros tiempos de Roma, los medios coercitivos con que contaban los magistrados para incoar y substanciar los procesos penales públicos eran:

1. **La citación personal**, que era un acto administrativo emanado del magistrado por el que se ordenaba al inculpado comparecer personalmente ante aquél en un día y lugar determinados. No se trataba de una medida exclusiva del procedimiento penal, sino una simple manifestación de la atribución general de que se hallaban investidos los magistrados con imperium; tomaba la denominación

---

<sup>79</sup>En la elaboración de este acápite se consultaron: Zavaleta, Arturo J. "La prisión preventiva y la libertad provisoria" (Antecedentes históricos, doctrina, legislación y jurisprudencia), Ed. Arayú, Depalma S.A.C.I., Bs. Aires, 1954.

"vocatio", o "evocatio", respectivamente, dependiendo de si se realizaba dentro del recinto de la ciudad, o fuera de aquél o en lugares más distantes y valiéndose de algún funcionario intermedio para ello, caso en el cual, además se concedía al sujeto un plazo de 30 días para que ordenara sus asuntos.

**2. Si el sujeto se encontraba remiso al llamamiento, el magistrado estaba facultado para hacerlo comparecer por medio de la fuerza; si no se hacía presente en el lugar indicado en el tiempo preciso, reiteraba la orden de citación haciéndola más efectiva mediante la detención, con lo que la convertía en citación calificada.**

La negativa a comparecer constituía un delito autónomo; lo mismo ocurría con la demora en dar cumplimiento a la citación calificada. Es así como si no obstante haberla ordenado el magistrado, por medio de cédula de requisición dirigida a las autoridades del reino o de la ciudad, a más de haberlo hecho por anuncio público, el citado como inculpado no comparecía, se le incluía en la nómina de los "Buscados" (requirendi), se le embargaban sus bienes, que pasaban luego a poder del Fisco, si dentro de un año desde la fecha de la citación calificada no se presentaba o justificaba su tardanza o inasistencia.

**3. El inculpado que comparecía a la presencia del magistrado en virtud de la citación, simple o calificada, podía ser constituido en prisión preventiva por aquél, medida que, al igual que las anteriores tomaba a su solo arbitrio, más aún podía ordenar que se azotara al sujeto o que se le diera muerte, y si bien es cierto que al correr del tiempo se dictaron algunas reglas sobre la materia, no lo es menos que se cometieron un gran cúmulo de atrocidades, a tal punto que se hizo necesaria la dictación de leyes represivas de tales procederres, tal es el caso de las leyes Porciae, dictadas a mediados del siglo VI, cuya violación acarrearba severas penalidades, y daba derecho al perjudicado para invocar la intervención de los tribunos o para recurrir directamente al pueblo.**

Con la sanción de la ley de las Doce Tablas, que consagra la igualdad ante la ley, los comicios por centurias pasaron a formar el "comitatus maximus", es decir, la asamblea del pueblo en la que

residía la soberanía nacional, dotada de la facultad de entender en todos los crímenes reprimidos con pena capital, esto es, aquellos que traían aparejada privación de la vida o del derecho de ciudadanía.

La preocupación sobre estos delitos recaía en comisarios extraordinarios llamados "questores" o "duoviri perdvellionis y parricidii". En cuanto a los delitos menores, es de presumir que en una primera etapa quedaron impunes, para luego ser llevados por los magistrados de la plebe, ante las asambleas de las tribus, lo que los llevó más tarde a asumir el rol de tribunales de fuero represivo para estos delitos, con la única facultad de imponer pena de multa.

En general eran los tribunos y los ediles los que actuaban como acusadores públicos, tanto en los procesos radicados en las centurias como en los de las asambleas de las tribus, se continuaba con el proceso corriente de citación al inculpado, y si bien en rigor se imponía su detención o prisión preventiva, para la que existían cárceles públicas, de las cuales en algunas oportunidades se prescindía para confiar la custodia del sujeto a algunos particulares (Custodia libera), lo cierto es que en la generalidad de los casos, a menos que existieran motivos especiales para proceder de otra manera, el inculpado quedaba en libertad si ofrecía ciudadanos que respondieran por él como fiadores (vades publici).

Es así como a través de más de diez generaciones, el pueblo mismo fue el que ejerció directamente el poder judicial en materia criminal.

A partir del último siglo de la República, desde la época en que empezó a delegarse en tribunales permanentes (quaestiones perpetuae) la función represiva, y en que empezó a manifestarse con todo su empuje el proceso acusatorio, los magistrados seguían teniendo la facultad de ordenar la citación de los inculpados, pero al parecer no ocurre lo mismo con la de disponer la detención o prisión preventiva, ya que los acusados por homicidio permanecían siempre en libertad.

Como fuere, en definitiva desde la "Lex Julia de via publica et privata", los ciudadanos estaban exentos de estas medidas de segu-

ridad, por lo que en ningún caso era necesaria la prestación de fianza alguna, atendido que en el proceso acusatorio debía existir igualdad completa entre la acusación y la defensa. Mantener en prisión preventiva al inculcado, mientras el acusador disponía de entera libertad importaba vulnerar esta exigencia en desmedro de quien corría más riesgos por lo que, en definitiva, merecía garantías más serias.

Fese a ello, debe advertirse que el impedimento de hacer conducir al sujeto por la fuerza pública, detenerlo o someterlo a prisión preventiva no regía cuando se trataba de delito contra la seguridad del Estado, se sorprendía al sujeto en delito flagrante, o cuando mediaba confesión, casos en que eran de rigor. La ley de las Doce Tablas permitía incluso matar al ladrón sorprendido en delito flagrante, cuando era cometido de noche o durante el día, si persistía en él, defendiéndose con un arma cualquiera, casos en los cuales el detenido era llevado a presencia del tribunal a efectos de ser interrogado (*auditus apud acta*) y sólo después de oído era llevado a prisión, si el delito era susceptible de ella.

Bajo el imperio, cuando el proceso inquisitivo empezó a reemplazar en gran número de delitos a la acusación pública, cuando Roma abandonó la justicia lega, para dejar en manos de los magistrados toda la jurisdicción a raíz del auge inusitado de la llamada extraordinario *cognitio*, volvió nuevamente a hacerse uso de la prisión preventiva, la que tenía lugar de tres modos, *in carcelum*, que se decretaba en los casos de crímenes muy graves y que se cumplía en las cárceles públicas; *milite traditio*, en que se dejaba al inculcado bajo la custodia de uno o varios soldados, generalmente ancianos, que se responsabilizaban de su persona, adoptando diversas precauciones, podían habitar su casa, vivir con él en un lugar determinado o limitarse a seguirlo o vigilarlo de cerca; y custodia libera, en que el inculcado quedaba bajo la guarda de una persona en un castillo o ciudad. Si bien la decisión sobre ellas quedaba entregada al entero arbitrio del magistrado, quien las aplicaba tomando en consideración la fortuna, reputación o dignidad del imputado y de la naturaleza del hecho inculcado, regían los siguientes criterios:

- Las dos últimas formas se aplicaban cuando no era posible engrillar al sujeto en razón de su rango o fortuna.

- En los casos de crímenes muy graves debía existir indicios también graves de culpabilidad.

- En principio el inculpado no podía ser detenido sino en virtud de orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad.

- Sin embargo, tratándose de crímenes flagrantes y graves, las autoridades de ejecución estaban habilitadas para prescindir de aquella formalidad, si bien tenían la obligación de conducir al detenido a presencia del gobernador a fin de su interrogatorio.

- La instrucción debía concluir dentro de un mes y si el inculpado carecía de fiador no podía permanecer encarcelado más de un año. Conservaba sus derechos de ciudadano y sus funciones si era magistrado, pero no podía pretender nuevos títulos ni dignidades antes de quedar resuelta su situación. Con todo, quedaba en libertad una vez transcurrido un año desde el comienzo de la instrucción.

Con el advenimiento del Cristianismo y bajo la dirección de los emperadores no paganos, el orden de cosas imperante hasta entonces en materia de encarcelamientos y prisiones, sufrió cambios muy importantes, a saber:

a. Se parte del principio que la prisión preventiva no debía ser una pena y menos un suplicio; se suprimieron así los elementos de tortura, se crearon prisiones separadas para cada sexo, se las dotó de iluminación.

b. Como medio para garantizar la aplicación de tales reformas se ordenó que los jueces visitaran cada domingo a los detenidos, que los interrogaran y escucharan sus quejas.

Los obispos por su parte tuvieron derecho a acercarse a ellos, autorizándoseles a visitarlos todas las semanas y a poner en conocimiento del príncipe los retardos, deficiencias, infracciones y negligencias que constataran, cualesquiera fuera la naturaleza de éstas.

Los alcaides, a su vez, debían presentar todos los meses a los jueces un estado conteniendo el género de acusación que pesaba sobre cada detenido, su condición y su edad.

c. Bajo otros aspectos, se procuró reducir el término de la prisión preventiva estableciendo que para esclavos no podía pasar de veinte días, luego de los cuales debían ser restituidos a sus amos o vendidos si carecían de ellos.

Los hombres libres acusados de sedición eran juzgados de inmediato si no habían obtenido su libertad provisoria y en el plazo de treinta días si se les imputaba un crimen castigado con pena capital.

Las mujeres, lo mismo que las personas ilustres, no podían ser detenidas ni constituidas en prisión preventiva, y cuando una medida de seguridad se hacía necesaria a su respecto, se les exigía una fianza, y si afirmaban bajo juramento que les era imposible proporcionarla, bastaba con simple caución precautoria.

Cuando se estimaba indispensable prevenir la huida, se las enviaba a los monasterios o se las confiaba a otras mujeres para que las custodiaran libre y públicamente no debiendo jamás ser encarceladas o custodiadas por hombres.

La infracción a esta ley se sancionaba con pena de multa (20 libras de oro).

En conclusión, el régimen existente era el siguiente:

a. En los últimos tiempos de Roma era una excepción, requería para su aplicación que el sujeto estuviera "convicto", lo mismo se exigía en caso de crimen enorme, no bastaba con simples presunciones.

b. La libertad provisoria era un derecho, cuando el crimen no hubiese sido confesado o flagrante.

c. La legislación protegía al sindicado, ya que aquél que hubiese privado ilegalmente a un hombre era perseguido por la acción de la ley Flavia de Plagiarus, la "Liberaris causa", acción de

recuperación de libertad que el afectado intentaba por medio de un "asertos libertatis".

**D. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL LEGISLADOR AL PREVER ESTAS MEDIDAS.**

**1. Asegurar la persona del delincuente. Art.246 inc.I CPP.**

"Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de la libertad en la forma determinada en este título"

Tiene por objeto asegurar la eficacia de la sentencia condenatoria que llegue a pronunciarse y garantizar que el inculpado esté a disposición del tribunal para la realización de los actos del procedimiento en que se requiera su presencia, a fin de evitar la frustración de los objetivos del proceso penal. Ello porque el ejercicio del ius puniendi estatal se legitima en el propio proceso penal, sin el cual los ciudadanos carecerían de toda garantía frente a la administración.

Esta opinión, empero, no es compartida por todos los autores; así, hay quienes sostienen que el aseguramiento de la eficacia de la sentencia condenatoria involucra en sí mismo una infracción del derecho de inocencia, por constituir un prejuzgamiento.

**2. Obtener la necesaria cooperación para la investigación de un hecho. art. 252 CPP.** "Por la detención se priva la libertad por breve tiempo a un individuo contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un delito, o a aquel contra quien aparece motivo que induzca a creer que no ha de prestar a la justicia la cooperación oportuna a que lo obliga la ley, para la investigación de un hecho punible."

El fin de la norma es asegurar la presencia de sujetos que puedan aportar material fáctico en la investigación, necesario para el esclarecimiento de los hechos.

Hay autores que opinan que podría acarrear consecuencias dañinas para el ejercicio del derecho de defensa -en el caso específico

del sujeto pasivo de la pretensión penal- ya que se le privaría de la labor de búsqueda de los medios de descargo oportunos para su defensa.

### **3. Proteger la seguridad personal del ofendido.**

Art. 19 Nº 7 e) CPE: "La libertad personal procederá a menos que ... sea considerada por el juez como necesaria..., para la seguridad del ofendido";

Art. 247 inc. final CPP, "... no se aplicará a los casos... en vista de lo que aparece en el sumario, se considere indispensable para la seguridad personal del ofendido... según las circunstancias del delito y o las condiciones personales del imputado", y

363 inc.I CPP, "no se concederá libertad provisional... cuando... sea considerara por el juez, en resolución someramente fundada, como necesaria:... b) para la seguridad de la persona del ofendido".

Persigue resguardar la integridad física, en sentido amplio, del ofendido, impidiendo represalias o, en su caso, la reiteración del ilícito investigado.

Es necesario que las circunstancias del delito o las condiciones personales del imputado justifiquen la aplicación de la medida en resguardo del objetivo analizado.

### **4. Asegurar el éxito de la investigación.**

Art. 19 Nº 7 e) CPE, "La libertad personal procederá a menos que ... sea considerada por el juez como necesaria... para la investigación...";

Arts. 247 inc. final CPP, "... no se aplicará en... para que no se frustren la investigaciones que deban practicarse..." y 363 inc.I CPP, que se analizará más adelante.

Tiende a evitar la ocultación de medios de prueba y los obstáculos o impedimentos en la búsqueda de los mismos.

Se trata netamente de una función cautelar ya que por ella se pretende garantizar el proceso.

#### **5. Asegurar los fines del proceso penal.**

Arts. 255 N°2, 256, 258, 262 CPP, facultan para detener a personas que se encontraren en el lugar de los hechos y en los momentos que se perpetró el hecho investigado.

Permite el resguardo de medios de prueba que facilitarán la labor investigadora y el esclarecimiento de los hechos, garantizando el éxito del proceso.

**6. Prevenir la comisión de delitos.** Art. 260 CPP, que faculta la detención de quien: N°3, "anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer" y N°4, "se encontrare a deshora o en lugares o circunstancias que presten motivos fundados para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas".

Tal objetivo descansa en dos pilares, uno es la idea de "peligrosidad", por lo que su finalidad es cautelar; y otro es la satisfacción de demandas sociales derivadas ya de "alarma social", ya de la "frecuencia" con que son cometidos los delitos considerados susceptibles de ocasionar inseguridad ciudadana.

Hay autores que opinan que esa finalidad no responde a criterios cautelares sino más bien de "prevención", propios de las medidas de seguridad, atribuyéndole igual naturaleza que a la prisión que es una pena.

#### **E. LIMITE GENERAL A LAS MEDIDAS DE ESTA ESPECIE.**

El límite natural en nuestro ordenamiento jurídico, está dado por el principio de legalidad, que se hace evidente a través del art.42 bis CPP, agregado por la ley 18.857, que prescribe: "No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio o arraigar a ningún habitante de la república, sino, en los casos y en la forma señalados en la Constitución y las leyes...".

## F. CLASES DE MEDIDAS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL.

### LA CITACION.

Es una orden del juez de la causa a fin de que el presunto responsable del hecho punible comparezca a prestar declaración indagatoria, y para que, declarado reo, comparezca a las demás actuaciones del proceso, cuando no fuere privado de libertad durante éste.

No implica privación de libertad personal, rige para delitos de poca gravedad, y obliga al presunto responsable a concurrir ante la presencia judicial bajo apercibimiento de ser posteriormente citado bajo orden de detención o prisión, según se trate de partes o terceros ajenos al juicio.

La Ley 18857 reforma los artículos 247, 248 y 249, sin embargo la única modificación sustancial es la que afecta al artículo 247, que prevé, como presupuesto de operatividad de la citación el que el citado tenga domicilio conocido. En segundo lugar, y cumplido lo anterior, la hace procedente respecto de cualquier delito o infracción al cual la ley le asigne pena de falta, eliminándose la referencia a las infracciones de ordenanza municipales.

### LA DETENCION.

Según el artículo 252 CPP, es la "privación de la libertad por breve tiempo -cinco días como regla general, salvo el caso de los delitos terroristas, según el artículo 272 CPP- a un individuo contra quien aparece motivo que induzca a creer que no ha de prestar a la justicia la cooperación oportuna a que lo obliga la ley, para la investigación de un hecho punible".

Su carácter de medida cautelar se desprende del artículo 251, que establece que "Para asegurar la acción de la justicia, podrán los jueces decretar la detención de una persona en la forma y en los casos determinados por la ley."

No obstante, conforme a la regla general respecto de la privación de libertad durante el proceso, su tiempo de duración será imputado al condenado para todos los efectos legales. (503 CPP concord. 26 CP)

La ley 18857 modifica al respecto, los artículos 254 N°2, 256 inc. II, 258, 259, 160 inc.1º, 261, 265, 267, 269, 270 y 272; y además incorpora dos preceptos, el 270 bis y 272 bis.

En un intento de sistematización, podemos elaborar el siguiente esquema legislativo<sup>80</sup>, luego de la modificación:

**a. Objetivos y requisitos.** No se observan modificaciones, salvo en lo relativo a la procedencia de la medida decretada por autoridades distintas del juez.

**b. Personas facultadas para decretarla.** Pueden ser, el juez, autoridades administrativas facultadas, la policía, y cualquier persona en caso de delito flagrante. De ahí que se distinga entre detención con orden, ya sea judicial o administrativa, y detención sin orden; y, de otra parte, entre detención judicial, administrativa y policial.

Respecto de la detención judicial, sólo se modifica el artículo 256, donde se elimina la referencia a los jueces menores, por no existir en el ordenamiento jurídico; mientras que, en la detención administrativa, se eliminan las referencias a los inspectores y subdelegados, y se agrega al Intendente (254 N°2) y el Alcalde (259). En consecuencia, son autoridades facultadas para decretarla: Intendentes, Gobernadores, donde se eliminan las referencias a los crímenes y simples delitos cometidos para producir descarrilamiento en una vía férrea, el homicidio, las lesiones graves, incendio, robo con violencia o intimidación en las personas, y el hurto de animales; a su turno, se agregan los de tráfico de estupefacientes (258 N°3), conductas terroristas (258 N°4), y crímenes y simples delitos de sustracción y secuestro de personas (258 N°5). Los Alcaldes, respecto de las figuras contempladas en los números 4, 5, y 6 del art.258 (259). En la detención policial, a

---

<sup>80</sup>Díaz Uribe, Claudio, "Las modificaciones de la ley 18857 a las medidas para asegurar la persona del delincuente, el recurso de amparo, la libertad provisional, el sobreseimiento y la sentencia definitiva", en Las reformas de la ley 18857", cuadernos de análisis jurídico. serie 14 seminarios. escuela de Derecho, U. Diego Portales, Marzo 1990.

su turno, se modifica el artículo 260, pero se trata de cambios gramaticales y no substanciales.

### **c. Duración.**

Según lo informado por don José Bernales, esta materia estuvo a cargo de don Waldo Ortúzar, quien se preocupó fundamentalmente de adecuar las disposiciones del CPP a la CPE de 1980.

En tal contexto, resulta importante la introducción del artículo 272 bis, que autoriza al juez para ampliar la detención decretada por otra autoridad por el plazo de cinco días y hasta diez días tratándose de conductas terroristas, reglamentando lo dispuesto en el artículo 19 Nº7 c) CPE. Para una mayor claridad, el autor distingue:

#### **- Detención administrativa.**

Concordando los arts. 270 bis CPP y 19 Nº 7 c) inc.II CPE, resulta que el plazo general es de 24 horas para delito flagrante, y de 48 horas, cuando sea una autoridad administrativa la que la haya ordenado (270 bis), lo que aparece discordante con lo dispuesto por el artículo 269 de ese mismo cuerpo legal, que establece que cuando es decretada por autoridad distinta del juez, no durará sino hasta que el detenido sea puesto ante el juez competente, lo que debe verificarse en el acto o, si no fuere hora de despacho, a primera hora de la audiencia inmediata.

A su vez, el artículo 272 bis, prevé que la detención ordenada por autoridad administrativa se prorrogue hasta por 5 días, y excepcionalmente, cuando se trate de delitos calificados por ley como conductas terroristas, hasta diez días. Lo anterior no es aplicable a casos de delito flagrante.

El legislador exige que tanto la petición de ampliación como la autorización consten por escrito. El juez debe resolver al respecto mediante resolución fundada, si estima que debe concederse la prórroga, por ser útil para el éxito de las indagaciones. Asimismo puede revocarla en cualquier momento o bien visitar al detenido, interrogarlo y decretar exámenes médicos.

Los plazos, en todo caso, se cuentan desde que se verifica la detención y sólo se pueden prorrogar hasta el número de días que falten para completar el máximo legal, según el caso.

- **Judicial.** Su plazo máximo continúa siendo de cinco días, pero se deja constancia expresa de que se cuentan desde que el detenido es puesto a disposición del tribunal (272).

- **Por un particular.** Faculta sólo para poner inmediatamente, de manera directa o a través de los organismos de policía, al detenido a disposición del juez competente.

## **EL ARRAIGO.**

### **Concepto.**

Es una medida cautelar, restrictiva de la libertad personal, que consiste en la prohibición de salir del territorio nacional, en virtud de orden emanada de un juez respecto de las personas y en los casos que concurren los requisitos que la ley prevé o, de pleno derecho respecto de las personas y en los casos que la propia ley determina que opera sin necesidad de orden judicial.

### **Clasificación.**

**1. Atendiendo al sujeto que lo establece. judicial y de pleno derecho.**

Es judicial aquel que, en casos graves y urgentes, el juez está facultado disponer respecto de quien existan antecedentes que, apreciados "en conciencia" (en realidad el legislador ha querido referirse a la sana crítica por cuanto el juez para decretarla deberá apreciar los antecedentes de acuerdo a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia), sean bastantes para estimar que en el sumario podrá decretarse la detención y que tratará de sustraerse a la acción de la justicia (finalidad de aseguramiento).

Excepcionalmente este tipo de arraigo puede decretarse respecto de un sujeto que está detenido, es el caso contemplado en el art.279 bis CPP.

La norma legal exige para decretarlo que la persona tenga el carácter de simple imputado y no de inculpado del hecho investigado.

Es de pleno derecho, aquel que dispone la ley como consecuencia de las órdenes de detención, encargatorias de reo y sentencias condenatorias, pero sólo cuando estas últimas impongan penas privativas o restrictivas de libertad que deban cumplirse en el país y mientras no se ejecuten o extingan. El legislador es quien establece su procedencia como consecuencia de determinada resolución dictada en el proceso, al juez sólo le corresponde efectuar la comunicación pertinente a los organismos respectivos.

## **2. Atendiendo a su duración. limitado e indefinido.**

Limitado es aquel que sólo puede ser ordenado por el juez, por un lapso improrrogable, respecto de unos mismos hechos, no superior a 60 días, reunidos los requisitos previstos por la ley. Por tanto el arraigo judicial siempre tiene un lapso máximo de 60 días, de carácter continuo y que se cuenta desde que se decretó.

Mientras que indefinido es el dispuesto por la ley sin limitación en el tiempo respecto de los detenidos, reos y condenados a penas privativas o restrictivas de libertad que deban cumplirse en el país. El arraigo de pleno derecho siempre es de este tipo, puesto que se establece en atención a la situación que tiene el sujeto pasivo en el proceso penal y permanece vigente hasta que éste mantenga alguna de esas calidades. El otorgamiento de la libertad provisional del inculpado o reo no implica con su sólo mérito la cesación de la medida, la que requiere de la revocación de la orden respectiva.

Al respecto, la ley 18857 modificó el art.305 bis c) inc.II, bis d) incs. III y IV, e) y f) CPP:

**i. Bis c) inc. II.** Agrega que el arraigo de pleno derecho existe aún cuando al sujeto se le haya otorgado cualquiera de los beneficios alternativos de la pena establecidos en la ley 18216, el anterior sólo se refería a la libertad condicional.

**ii. Bis d) inc. III.** La caución se hace efectiva en favor de la Junta de Servicios Judiciales.

iii. Bis d) inc. IV. Respecto del quebrantamiento del arraigo, precisa que éste se entiende siempre cometido en Chile, sea que se haya cometido ausentándose del territorio nacional o no regresando al país en el plazo fijado por el tribunal.

iv. Bis e). Sustituye la mención a "Policía Internacional" por "Organismo que corresponda", referida a la comunicación del arraigo al organismo competente.

v. Bis f). Se sustituye el término "mismo juez que decretó el arraigo", por "tribunal que conoció del arraigo".

## LA PRISION PREVENTIVA.

### a. ORIGEN HISTORICO.

Sus primeras manifestaciones se encuentran en tiempos de la antigua Grecia y del Imperio Romano, cuyas organizaciones sociales, políticas y culturales constituyen la base de la actual cultura occidental. Así, en tiempos primitivos dominaron la autocomposición y la venganza privada como medios de solución de los conflictos temporales derivados de la convivencia.

En tiempos primitivos no aparecían aún las primeras manifestaciones de las organizaciones humanas derivadas del asentamiento de los pueblos en territorios determinados, situación que ocurriría con el nacimiento de los primeros pueblos, naciones o estados políticos, con cuyo desarrollo aparece la "vindicta pública". De manera que, el vengador comparece ahora ante la autoridad pública a legitimar su venganza ya ejecutada o para solicitar la entrega del ofensor para ejecutarla, de ahí la generación de los primeros procedimientos judiciales.

En una primera época, la prisión preventiva fue estimada como un beneficio para el "acusado", toda vez que por su medio se evitaba la venganza privada antes que ella fuera legitimada por la resolución de la autoridad. No obstante, como muchas veces la libertad del acusado era necesaria para el trabajo de la tribu, la manutención de la familia, el culto de los antepasados o el servicio de la guerra, y el peligro de la fuga no existía, pues la

expatriación era más temida que la muerte, no se restringía la libertad antes de la condena.

Posteriormente se la consideró como una garantía del acusador, a fin de no hacer ilusoria su vindicta, pero a objeto de resguardar la libertad del acusado y evitar situaciones injustas, se estableció la libertad provisional.

Ya en Grecia, la libertad provisional fue estimada como una "medida para asegurar la acción de la justicia", a decir de sus juristas, ya que el acusado debía rendir una fianza, "vindex" y ambas partes del juicio una caución de que volverían al tribunal, "vadimonium", y sólo si el hechor rendía ambas podía lograrla. Se encontraba establecida para todos los delitos, salvo aquellos calificados como públicos, que implicaban penas de exilio o muerte.

En la Roma de Ulpiano, en la aplicación e interpretación de las "Doce Tablas" por pretores y jurisconsultos, se marca una notable transformación, ya que no eran excarcelables sólo los delitos privados, sino también los públicos.

El propio Justiniano, en el Digesto, construyó una institución similar o análoga a las actuales, donde abundan disposiciones sobre fiadores y cuantía de las fianzas. A su vez, resulta importante señalar que en esta obra se establecieron sólo algunos delitos que no eran excarcelables -de aquellos contra el *ager publicum*-, y que al parecer de Ulpiano ello constituía una pena anticipada.

En los delitos menos graves, la libertad provisional se concedía como regla general, salvo confesión del acusado, por constituir una plena prueba, que llevaría con seguridad a su condena.

En España rigieron las leyes romanas hasta varios siglos después de la conquista bárbara. El "Fuero Juzgo" la reglamentó como regla general, salvo los delitos contra la sociedad, el rey o la iglesia.

Posteriormente, Alfonso X, "El Sabio", dictó sus "Siete Partidas", en donde trata la institución aplicando el criterio de la "gravedad de la pena" para determinar si procede o no la excarcelación del procesado. Aplica la inexcrcelación de los delitos que

merecían pena de muerte o lesiones corporales, ya que el procesado "con miedo de recibir daño o muerte fuyrían de la tierra o se esconderían, de manera que no los podría fayar para cumplir con ellos la justicia". Origen de una de las razones que subsisten en los ordenamientos para limitar la institución: el peligro de fuga o desaparecimiento del acusado.

Multiplicidad de leyes posteriores la regularon, las que finalmente fueron recogidas en las "Ordenanzas de Castilla", y en 1502 una real orden de Isabel y Fernando reglamentó de manera precisa la excarcelación. Así pasaron a la "Nueva Recopilación" y de allí a la "Novísima Recopilación", en las cuales se distingue: delitos graves, delitos no graves y delitos leves. Los primeros eran inexcrcelables, en los segundos, la excarcelación procedía siempre que se cumplieran ciertos requisitos de carácter procesal, y los terceros eran siempre excrcelables.

#### **b. CONCEPTO.**

Del análisis histórico de los medios procesales vulneratorios de la libertad personal se evidencia que el que más se destaca, por su gravedad e importancia, es la prisión preventiva.

Problema de constante preocupación en la doctrina es el conceptualizarla. En principio, podría concebírsela como una medida de seguridad, una garantía de ejecución de la pena y un medio de instrucción<sup>81</sup>. Acorde a ello, se puede sostener que presenta los siguientes elementos distintivos:

- Es una medida de seguridad. A fin de evitar la comisión de nuevos delitos por el sujeto, y en los casos de delito flagrante, un medio para evitar las posibles perturbaciones causadas por la presencia del agente en el lugar del crimen.

---

<sup>81</sup> Conforme definen Faustín Hélie, Emile Jamais, Charles Martin, André Lapeyre, Tomás Jofré, Artemio Moreno y Bartoloni Ferro.

- Tiende a la garantía de ejecución de la pena y asimismo un medio para asegurar las eventuales responsabilidades civiles emanadas del delito.

- Asimismo, constituye un medio de instrucción. Pretende de una parte coadyuvar a la producción de probanzas tales como careos, interrogatorios y confrontación del inculpado; y de otra, evitar que realice acciones tendentes a hacer desaparecer probanzas, ya sea sobornar testigos, hacer desaparecer huellas del delito, etc.

Sin embargo, se crítica a esta concepción. por cuanto, de una parte, no es una medida de seguridad, más aún, nada autoriza a sostener que, por el hecho de haber sido sorprendido el individuo en delito flagrante, volverá a cometer nuevo delito. Al decir de Julio Herrera (La Reforma Penal, Buenos Aires, 1911) "No se ve la relación que exista entre la conducta posterior del imputado y la detención preventiva", y de otra no es un medio de instrucción, sino uno que tiende a hacer más cómoda la instrucción, objetivo ante el cual se considera "legítima" la privación de libertad del sujeto. Sin embargo, esto no es efectivo, pues perfectamente posible substanciar un proceso sin mantener al imputado privado de su libertad. El hecho de que el sujeto pasivo sea indispensable en el proceso penal no la justifica por cuanto se exige, para su subsistencia, su clara identificación, no su necesaria presencia.

Más aún, la simple privación de libertad no será capaz de impedir que el sujeto maquine fórmulas para hacer desaparecer las probanzas, y aún cuando lo fuera, nada autoriza a sostener que no lo harán por él las personas a que se encuentra ligado.

Lo anterior, aún sin considerar los principios que se han enunciado en este trabajo, que impiden transformar al sujeto pasivo del proceso penal, en un simple objeto probatorio, atendido su carácter de sujeto del proceso, al cual no corresponde probar su inocencia, sino que toca al órgano instructor acreditar su culpabilidad.

De ahí que debemos buscar los elementos básicos que debiera contener una eventual definición de la institución, que refleje de

manera más óptima a la institución de la prisión preventiva. En este intento, hemos identificado los siguientes elementos:<sup>82</sup>

- Se trata de una medida cautelar.
- Mediante la cual se priva de su libertad individual, por tiempo indefinido.
- En virtud de una resolución judicial emanada de Tribunal competente.
- Que se aplica respecto del sometido a proceso, por existir respecto de ella, presunciones fundadas de haber participado en el hecho que reviste caracteres de delito que se investiga.
- Cuyo objeto es asegurar a la persona del inculcado, la seguridad del ofendido y de la sociedad.
- Todo lo anterior, al tenor de las normas legales que la rigen.

#### c. NATURALEZA JURIDICA.

Al respecto se pueden mencionar las siguientes tesis:

1. Libertad provisional como un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva, que procede siempre, salvo las excepciones taxativamente enumeradas en el propio texto constitucional:

#### Variantes.

- Tesis del profesor Mario Mosquera Ruiz en su separata intitulada "La Libertad Provisional", (Dpto. Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977), basada en el Acta Constitucional N°3 de 1976, que expresamente la concebía así, señalando tres excepciones a su procedencia, las que de manera alguna atendían a la naturaleza del delito o a la pena que se le asignara.

La norma pertinente señalaba que "La prisión preventiva procederá siempre, a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario, o para la seguridad del ofendido o de la

---

<sup>82</sup> Conforme a el análisis de las definiciones dadas por Jiménez Asenjo, Fenech, Emiliano Aldama, Tostes Malta, Máximo Castro, Vélez Mariconde, Zimmermann y Claudio Díaz Uribe.

sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla".

Posteriormente recuerda el trabajo elaborado por la comisión de estudios de la Nueva Constitución, desarrollando el proyecto constitucional que daría paso al actual texto constitucional, en la cual nuevamente se la considera como un "derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva" en iguales términos que el Acta Constitucional N°3, ya transcrito, criterio que en definitiva no prevaleció en el texto constitucional del año 1980, que acogió el sostenido por el Consejo del Estado, órgano asesor del constituyente.

Al efecto, este organismo, en su informe sobre el tema expresó que la libertad provisional "no es un derecho sino una garantía" de la libertad personal; que pueden existir delitos inexcusables y que de hecho el mismo texto Constitucional contemplaba la inexcusación en el caso de las conductas terroristas (art.9), razón por la cual se suprimieron las expresiones "derecho" y "procederá siempre" del proyecto. Según este informe, por el sólo hecho de existir tales delitos, en razón de su naturaleza, resultaba contraproducente e insostenible el expresar que la excusación era un "derecho" del detenido o sujeto a prisión preventiva.

Al respecto, expresa el profesor Mosquera, que "de lo expuesto se desprende que la libertad provisional obedece a un criterio de estricta justicia, que pretende conciliar la existencia del derecho a la libertad individual que tiene toda persona por su condición de tal, con el derecho que tiene la sociedad de defenderse y sancionar a cualquiera de sus miembros que realice actos contrarios al orden social."

De tal opinión destaca la frase "Derecho a la libertad individual", consagrado en el texto constitucional en el artículo 19 N°7 letras a) y b); y que resulta al parecer más propio hablar de "ius puniendi del Estado" que de "derecho que tiene la sociedad de defenderse y sancionar...".

Posteriormente, en la edición 1991 de esta misma separata, don Mario Mosquera sostiene que "En la actualidad, la libertad provisional es un derecho de todo detenido o preso. Este derecho podrá ser

ejercitado siempre, en la forma y condiciones previstas en el título IX del libro II del Código de Procedimiento Penal (art.356 inc.I CPP).

**Luego, enumera como características de la institución las siguientes:**

**Constitucional.** Porque en todos los antecedentes legislativos y doctrinarios que sirvieron de base para la dictación de la ley 19047 se dejó constancia de encontrarse reconocido como tal en la Carta Fundamental, y que además, se contempla en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que deben ser respetados y promovidos por los órganos del Estado (art.5. inc.II CPE).

**Relativo.** Puede ser denegado por resolución fundada en base a antecedentes calificados del proceso, siempre que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez estrictamente indispensable para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o la sociedad.

**Permanente.** La limitación de su ejercicio sólo puede ser establecida por el tribunal, de manera transitoria y mientras se mantengan los motivos que justifiquen la limitación de su ejercicio. De allí que el legislador haya establecido que "la prisión preventiva sólo durará el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines" (art. 356 inc.II CPP) y que la libertad provisional se puede pedir y otorgar en cualquier estado del juicio (art.364 inc.I CPP).

**Condiciona.** Su reconocimiento se encuentra siempre supeditado a que el inculpado o procesado asegure su presentación cuando el juez lo citare por estimar necesaria su comparecencia personal o se tratare de llevar a efecto la ejecución de la sentencia. (art.367 CPP).

**Procesal.** Su ejercicio debe efectuarse por el inculpado o procesado sólo durante la pendencia del proceso penal (art.364. inc.I CPP).

**Derecho Subjetivo Público.** Es una facultad del inculpado o procesado frente al poder público.

**Irrenunciable.** No es posible su disposición por parte del legitimado activo para hacer uso de ella.

**Obligatoria.** Debe ser imperativamente reconocido por el tribunal en la medida que no concurran las circunstancias que hacen posible su denegación y se cumplan las formas y condiciones previstas por la ley para su ejercicio.

Acto seguido el citado autor agrega, refiriéndose a la procedencia de la excarcelación, que de acuerdo al actual texto constitucional, la libertad provisional procede a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para la investigación del sumario, la seguridad del ofendido o la sociedad, y que al efecto debe considerarse que "en casi todas las declaraciones de derechos humanos y tratados internacionales relativos a éstos -excarcelación-, ratificados por Chile, se encuentra consagrado el Principio de inocencia, por cuya virtud toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. De este principio arrancarían la idea de que la regla general respecto de los inculcados y procesados ha de ser la libertad provisional, autorizándose que se les prive de libertad sólo en casos muy limitados y necesarios".

- Tesis de don Enrique Ortúzar Escobar, Presidente de la comisión constituyente y redactor del Acta Constitucional Nº3 de 1976.

Creo necesario recordar a la comisión lo establecido en el artículo 11 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", a saber "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que hayan asegurado todas las garantías para su defensa".

Igualmente hizo presente el artículo 25 de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", esto es, "nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil, todo individuo que haya sido privado de libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y ha de ser juzgado sin dilación injustificada o de lo

contrario a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad".

La comisión trató el tema en sus sesiones 116, 117 y 118, celebradas durante el mes de Abril de 1976. De su análisis se puede concluir que en forma unánime sus integrantes la formularon como "un derecho" del detenido o sujeto a prisión preventiva. Incluso, uno de sus miembros comenzó las sesiones abogando para que la "ley" pudiese restringir el "beneficio" de la libertad provisional aún cuando el delito no mereciera pena aflictiva, porque "no hay pille que ande suelto y los delincuentes habituales por a, b, o c motivos, siempre obtienen su libertad bajo fianza", pero terminó en la misma sesión por reconocer que debía consagrarse en la Constitución como un "derecho humano", que debía ser reconocido en forma amplia, si bien "dejando al legislador la facultad de regularlo".

En definitiva la cuestión no fue objeto de controversia mayor, como si lo fueron aspectos tales como la terminología utilizada y las facultades que se otorgarían al legislador y al juez de la causa al respecto.

En definitiva el acta constitucional utiliza las expresiones "derecho" del detenido o sujeto a prisión preventiva y "procederá siempre", salvo tres excepciones claramente establecidas, y que en manera alguna atendía a la gravedad de la pena impuesta al delito o a su naturaleza. Existía una imposibilidad que el legislador estableciera causales de inexcusación absoluta, según constancia expresa dejada por los constituyentes.

- Tesis de don Rubén Galecio Gómez. Trata el tema en su exposición y edición para la Revista de Ciencias Penales tomo XXXVI Nº1 de 1977, expresa que es un "derecho Constitucional", en atención a ser consagrado en la Constitución; "permanente", por cuanto el juez sólo podía limitarla de manera transitoria, mientras se mantengan los fundamentos de la restricción; "procesal", ya que se manifiesta durante el juicio penal y se rige por sus normas; y "subjetivo", en tanto facultad del detenido o sujeto a prisión

preventiva frente al poder público, representa una limitación que se impone a sí mismo el Estado.

Resulta de la manifestación de un concepto coordinado con otras garantías constitucionales que conformaban los principios básicos del ordenamiento jurídico procesal, a saber:

i. Que la ley penal debe preexistir a toda sanción -nulla poena sine lege-

ii. Que el proceso penal es el único medio legítimo para aplicar la ley sustantiva -nula poena sine iudicio-

iii. Que el proceso penal debe estar regulado por la ley.

iv. Que en consecuencia, nadie puede ser declarado culpable y castigado sino por una sentencia judicial -principio de inocencia-

v. Que la sentencia del juez natural es la única fuente para limitar definitivamente la libertad. Sólo a título de pena puede limitarse definitivamente la libertad.

La potestad punitiva del Estado queda delimitada por ésta: sólo la represión secundum lege es legítima. De esta forma, en el proceso, sólo se puede privar de la libertad a título de "cautela", en una situación excepcional derivada de necesidades trascendentes e inevitables. El derecho a la libertad provisional derivaría de estas premisas.

Este autor invoca el principio de inocencia, que concibe como un "estado jurídico" del imputado hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva, si bien reconoce que durante el proceso existen ciertos "indicios", pruebas o presunciones, a cuya virtud se irá avanzando en el procedimiento, y que justificaran la adopción de medidas tales como órdenes de aprehensión, auto de procesamiento, que en definitiva cautelen la persona del sujeto pasivo del proceso penal. Principio que contenido en los anteproyectos, fue suprimido del acta por razones que se desconocen.

Otra manifestación de esta concepción, es el artículo 503 CPP, que ordena computar la privación de libertad durante el proceso a la

pena, ya que aquélla "no es una sanción" según lo diría expresamente el artículo 20 CP.

- **Tesis de Mancini.** Es un "beneficio" acordado por la ley para el sujeto pasivo del proceso penal, una simple renuncia del Estado a su potestad de la custodia preventiva de aquél.

- **Tesis de don José Bernales.** Constituye la manifestación del antiguo derecho de defensa que tiene el reo frente a estas medidas cautelares, "es una especie de defensa procesal anticipada a la que va a hacer en el plenario con respecto al fondo del asunto", la que en todo caso debe ser fundada. Derecho humano anterior a la sociedad basado en un presunción de buena fe, de inocencia, que tiene toda persona que aún no ha sido condenada.

- **Tesis de don Waldo Ortúzar.** Formuló una reserva a la mención a la presunción de inocencia como su fundamento, puesto que en el proceso penal impera la duda, la que, mantenida en suspenso hasta la sentencia definitiva, reclama para el sujeto una consideración más humana, y que habilita la libertad provisional, mas no aquélla.

- **Tesis de Salvador Mohor.** En su obra "La libertad Provisional", sostiene que la cuestión relativa a la determinación de su naturaleza jurídica estriba en si constituye un derecho o la garantía de un derecho, a saber, la libertad personal, y que por tanto accede a ella.

Sostener que es una garantía significa atender sólo a la relación jurídica accesoria existente entre libertad personal y libertad provisional, sin considerarla en sí misma, asumiendo sólo una visión unilateral del problema.

Es así como afirma que se trata de un derecho-garantía; vincula al juez de la causa, toda vez que en el proceso se den las condiciones de procedencia, debe actualizarla en el caso concreto, concediendo el beneficio al sujeto; de ahí su carácter de derecho; cuya salvaguarda requiere de la rectitud y justicia humana, por ello se la considera como una garantía.

Atiende a que en el contexto legislativo del acta constitucional NQ3 se discutió que constituye un derecho del sujeto, por lo que el juez de la causa no puede denegarla, en el evento que se cumplan las condiciones señaladas por el ordenamiento para su procedencia; y que establece una facultad discrecional, en favor del juez, y en consecuencia una mera gracia jurídica, habilitando a la autoridad para rechazarlo aún cumplidas tales condiciones. De manera que, para obtenerla el sujeto debería cumplir primero con los requisitos establecidos en el ordenamiento y recién entonces queda habilitado para someterla a la decisión discrecional de la autoridad judicial, concretándose un nuevo elemento determinante de su procedencia, cual sería la voluntad de concederla; no obstante el riesgo que ello involucra, puesto que en esta tarea de sopesar la libertad humana con las exigencias de la materialización del Ius Puniendi Estatal, podría llegar a una decisión arbitraria.

En atención a ello sostiene que "La discrecionalidad de una facultad conferida por el ordenamiento jurídico a la autoridad judicial o administrativa no tiene de discrecional sino su nombre. Constituye simplemente el expediente de que se vale el legislador para obtener la realización de los fines del Estado cuando estima, que la consagración de la categoría antónima de la facultad jurídica, es decir, el deber jurídico de la autoridad (Obligación de dar, hacer o no hacer, en favor de uno o más gobernados o del interés nacional en general) pudiera llegar a significar precisamente la negación de los fines mencionados".

La imposición por el legislador de un deber jurídico a la autoridad implica para su destinatario un mandato imperativo y consecuentemente, obliga al legislador a precisar los términos o condiciones bajo los cuales deberá llevarse a efecto. Así, a su juicio sería en estos casos que los fines del Estado se satisfacen plenamente para el legislador al obligar a la autoridad a proceder de acuerdo a lo preestablecido.

Acto seguido, el citado autor señala que la cuestión estriba en determinar la naturaleza jurídica de la discrecionalidad del Estado y supuesta su presencia, establecer si implica un reconocimiento en la libertad provisional de un derecho o no.

Luego, a propósito de las condiciones de cuyo cumplimiento depende el nacimiento de un derecho a un beneficio jurídico, distingue entre condiciones objetivas o legales, que son aquellas preestablecidas por el poder constituyente y legislativo; y, condiciones subjetivas, judiciales o administrativas: aquellas que por su expreso o implícito mandato, deberán ser arbitrados por la autoridad respectiva.

Concluye que no existe derecho subjetivo cuyo nacimiento y ejercicio no esté subordinado al cumplimiento de tales condiciones o presupuestos, exigidos expresa o tácitamente por el ordenamiento jurídico, que hacen nacer y procuran la conservación de los derechos. Por tanto, en la libertad provisional, su cumplimiento origina jurídicamente el nacimiento de un derecho y en ningún caso, el de una simple expectativa a la obtención de una gracia jurídica. "Y ello, porque la realización de los presupuestos mencionados no determina la aparición de una facultad discrecional sino la de un deber jurídico de reconocimiento del derecho al beneficio".

- Carrara. "Es una injusticia necesaria" que debe ser admitida por las leyes penales: necesaria para formar la convicción del juzgador en torno a la verdad de los hechos que investiga.

## **2. Prisión Preventiva como un acto procesal cautelar entregado al conocimiento del juez de la causa.**

Esta tesis es sostenida por don Osvaldo López L. y don Patricio Valdés A. como un rechazo a la tesis anterior.

### **Sus argumentos son:**

**Primero**, denota poca claridad la tesis que sostiene que la libertad provisional es un "derecho" dada la multiplicidad de fundamentos que se dan a su favor, y en su contra, ya que tal pensamiento aparece manifiestamente forzado por las corrientes iusnaturalistas y de derechos humanos difundidas en este último tiempo, sin que con ello se reste validez a tales principios, sino sólo en rigor jurídico-procesal, no corresponde respecto de este instituto. Confirma tal afirmación, la tesis sostenida por el Consejo de Defensa del Estado en su informe respecto del proyecto constitucional de 1980, por cuanto, contemplándose un delito inexcusable por

naturaleza, resultaba inconciliable que el mismo texto contemplara esta institución como un derecho del privado de libertad. Así, sostienen que el actual texto constitucional, en su artículo 19 Nº7 e) expresamente abandonó el criterio adoptado por el constituyente del acta Nº3, al no contemplarla como un derecho.

Basan su tesis, además, en el apoyo prestado por la comisión constituyente, a la constitucionalidad del D.L. 2622 de 1979, que modificaba el art.44 del DFL Nº 707 de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que establecía la caución de la libertad provisional equivalente al importe del cheque, intereses y costas de la ejecución, estimada prudencialmente por el juez de la causa.

No obstante la posición adoptada respecto de la excarcelación, estimó que no se contravenía lo prescrito por el Acta, ya que junto con establecerla como un derecho, dispuso que la ley establecería los requisitos y modalidades para obtenerla, pudiendo ser uno de estos la caución. Aunque entiende que dicha facultad legislativa no puede llegar hasta el extremo de afectar la esencia del derecho, estima que en el caso en comento, tal caución se aviene a la naturaleza del delito de giro doloso de cheques, por afectar a la fe pública y por ende a la seguridad de la sociedad.

La secretaría de legislación hace suyo este proyecto, con lo cual se confirma que la legislación en torno al tema siempre ha carecido de univocidad, de manera que, pretendiendo consagrar este "hipotético derecho", habilitaba situaciones como la reseñada, que hacía inconciliable tal concepto, más aún al discriminar en torno a la naturaleza del delito por el cual se encontraba el privado de libertad.

**Segundo**, del análisis histórico nacional, hasta antes de la dición de la ley 19047, aparece que sólo en el Acta Constitucional Nº3 de 1976, se la consagra como un derecho, puesto que, la legislación posterior a ella, v.gr. DL 2185 de 1978, modificadorio del artículo 363 del CPP, la restringe de tal manera que la hace inoperante e inexistente en la práctica, al establecer pautas al juez, que se pueden calificar de difusas, para determinar su procedencia o improcedencia.

**Tercero**, en la aplicación jurisprudencial de tales preceptos, se observa que por regla general, se rechazaron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en su contra, argumentando que la propia acta establecía que era la ley la que determinaría los requisitos y modalidades para obtenerla. En consecuencia, la Corte Suprema acogió la tesis que estas leyes precisaban el concepto de "seguridad de la sociedad" incorporado en el Acta, no obstante que esta misma consagrara que tal determinación sólo alcanza a los aspectos procedimentales y que el legislador no podía vulnerarlo.

Debe tenerse presente que tal acta no contenía una norma similar al actual art. 19 N<sup>o</sup> 26 CPE, que garantiza que los preceptos legales no podrán afectar en su esencia los derechos por ella garantizados.

En definitiva, al constatar que la Constitución del 80 acoge el criterio del Consejo de Defensa, concluyen que la libertad provisional no fue considerada como un derecho, porque ella misma permitía que en la ley se contemplaran delitos inexcusables por naturaleza.

**Cuarto**, con la dictación de la ley 19047, de 1991, originada tanto en las corrientes iusnaturalistas y derechos humanos, como en el cumplimiento del Pacto de San José de Costa Rica, promulgado el 5 de Enero de 1991, se modifica al CPP, revirtiéndose tal situación, al restablecer su carácter de derecho, específicamente en su artículo 356.

El mensaje que el ejecutivo envió al legislativo con ocasión de su discusión y aprobación señalaba que "se proponen las modificaciones a las normas que establecen la forma y requisitos de obtención de la libertad provisional..., de tal modo de respetar íntegramente el ámbito de protección del sujeto garantizado en la norma constitucional que regula la materia. Se busca poner término a cualquier restricción adicional por vía legislativa a las que estableció el constituyente, limitándose la ley exclusivamente a regular dicho precepto constitucional, sin establecer exigencias o restricciones adicionales para la concesión del beneficio. ... Las normas ... sólo contienen limitaciones a las facultades del juez para negar el beneficio, otorgándosele a éste las más amplias

facultades para concederla, eliminándose así las restricciones vigentes."

Más adelante, se apunta que "...cabe destacar que la nueva regulación implica un reconocimiento explícito del ámbito de decisión judicial sobre la materia, entregándole a los jueces sólo los criterios generales para que ellos ponderen los elementos que determinan su decisión y exigiéndoles luego la explicitación de los motivos de la misma."

Se proponía con ello resaltar su carácter de derecho humano y garantía constitucional.

Para estos autores, lo anterior no hace sino poner en evidencia la distorsión y oscuridad en la formulación de los fines perseguidos, puesto que al enfatizar la urgencia de otorgar latitud al juez al momento de resolver sobre la excarcelación, con las solas limitaciones constitucionales, que nada tiene que ver con la necesidad de concebirla como un "derecho"; por lo demás, aparece como ineficaz para los efectos de influir al magistrado en la ponderación de los antecedentes, al momento de decidir sobre su procedencia en el caso concreto, debido a que la norma, al parecer, persigue mantener la independencia del magistrado al momento de decidir sobre su procedencia, por lo que resultaba estéril pronunciarse sobre su naturaleza jurídica.

Más aún, al establecer la norma de la ley 19047 que la libertad provisional es un "derecho de todo detenido o preso", no es suficiente para clarificar la cuestión sobre su naturaleza jurídica en tal sentido, ya que el artículo 19 N°7 e) CPE permanece sustancialmente incólume, mientras que, de haber aceptado tal criterio, debió retomar el texto del Acta Constitucional N°3. La modificación se mantuvo, en definitiva en el ámbito legal.

**Quinto**, por cuanto las conductas terroristas fueron consagradas originariamente en la Constitución como inexcusables, cual fue el principal argumento del Consejo de Estado para desechar la tesis de la libertad provisional como un derecho; y sólo mediante la ley 19055, de 1 de Abril de 1991, fue modificado el art.9 y 19 N°7 e) de la Constitución, considerándolas como delitos comunes, que sin embargo no admiten la excarcelación en forma amplia, sino que

establece para su procedencia: que la resolución que la concede debe ser siempre consultada; que el tribunal superior que conoce de la consulta o apelación de la resolución que se pronuncia sobre ella debe estar integrado sólo por Ministros Titulares; y, que la resolución que la acoge deberá ser acordada por la unanimidad de sus miembros.

Se estableció, además, que mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.

Lo anterior reafirma la incoherencia de la regulación normativa al respecto, y que más que un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva, es un acto jurídico procesal cautelar, entregado a la prudencia y conocimiento del juez de la causa. Si el legislador hubiere pretendido reincorporarla al catálogo de derechos hubiere modificado íntegramente el texto del artículo 19 N°7 e) de la Constitución Política de 1980

En definitiva, sostiene que dicho texto tiene rango simplemente legal, primando la concepción constitucional sobre la materia.

Sexto, suman a lo anterior, que fue de especial interés al constituyente del Acta N°3, dejar clara constancia de que a virtud de considerarla como un derecho, resultaba total y absolutamente vedado al legislador establecer delitos inexcusables en razón de su naturaleza, lo que a su juicio ocurre hoy, en el caso de los delitos terroristas (aún después de la dictación de la ley 19.055), como respecto del delito de giro doloso de cheques.

Al respecto, resulta interesante la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de las Cortes de Apelaciones, en especial sobre el delito de giro doloso de cheques, que afirman que por las nuevas disposiciones legales vigentes, la caución exigida por el artículo 44 del DFL 707 de 1982, ya analizada, vulnera el "derecho" a la libertad provisional e importaría en definitiva dar cabida a la prisión por deudas, expresamente prohibida por el artículo 7 N°7 del Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo los autores sostienen que al no constituir un derecho constitucionalmente consagrado, tales disposiciones, simplemente

legales, de ninguna manera vulneran el texto constitucional. En efecto, el artículo 19 N°26 CPE, establece que "La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan las demás normas relativas a los Estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla."

Se advierte que el texto se refiere sólo a las disposiciones legales "que por mandato de la Constitución regulen, complementen...o limiten...", lo que denota su carácter restringido.

**Séptimo,** resultaría incompatible la existencia de delitos inexcusables por naturaleza con este derecho, puesto que tal nomenclatura resulta artificiosa, extraña al mérito de los procesos y contrapuesta al principio de inocencia. Por todos estos motivos consideran que se ajusta más a la realidad de este instituto, su consideración como un acto procesal cautelar, ya que, de esta manera se precisa previamente la rendición de una fianza para su materialización; persigue aminorar el rigor de la prisión procesal, a fin de dar cumplimiento al derecho sí constitucionalmente garantizado de la "libertad personal", que debe mantenerse intacto hasta la ejecutoriedad de la sentencia definitiva que lo limite.

Refuerza esta tesis lo sostenido por Clariá Olmedo, según el cual la "provisionalidad" de la excarcelación tiene un valor positivo, en tanto mantiene la amenaza de encarcelamiento; así como uno negativo, en cuanto no se trata de una liberación firme respecto del proceso en el que se propone.

**Octavo,** en el ámbito de la práctica judicial, sostener que es un derecho humano amplio, podría significar que el juez de la causa se viera en la obligación legal de otorgarla a quien, en estricta justicia y convicción la hubiera denegado, por no existir los "antecedentes graves" exigidos por el artículo 363 CPP, situación altamente peligrosa para uno de los objetivos fundamentales del derecho penal y el proceso penal, cual es el castigo del hechor de

un delito y el aseguramiento de su persona durante la investigación.

A este respecto, debe tenerse presente que Carrara sostiene que aún cuando el tribunal tuviere la convicción de peligrosidad y autoría del sujeto, se vería en la necesidad de otorgarla, no obstante la imposibilidad, aún transitoria de fundamentar su denegación, implicando un grave peligro para la sociedad y para la obtención de uno de los fines del proceso penal (la sanción), ya que al encontrarse en libertad, le resulta más fácil eludir la acción de la justicia y por ende la facultad punitiva del Estado.

**Noveno,** se hacen cargo del argumento, según el cual la libertad constituye un derecho de la persona, que rige en virtud del actual artículo 59 CPE, argumentando que esta afirmación no es efectiva y que, por el contrario, se trata de normativa de rango legal, conforme a las reglas generales del derecho. En consecuencia, no se trata de un derecho garantizado a nivel constitucional.

#### **d. FUNDAMENTOS DE EXISTENCIA DE LA PRISION PREVENTIVA.**

##### **- Marco teórico.**

Es la medida restrictiva de libertad personal que mayor gravedad e importancia reviste, carácter que se aprecia en el hecho de ser decretada en contra de un hombre sobre el cual aún no existe declaración de culpabilidad por una sentencia irrevocable de condena.

Si la libertad individual es un derecho fundamental, inherente al ser humano, reconocido y amparado por todas las legislaciones de los Estados de derecho democráticos, y si no se puede afirmar legalmente que un sujeto es culpable de un delito sino desde que hay sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que así lo determine, lo lógico sería que sólo recién en ese momento se proceda al encarcelamiento del individuo, por ende, todo constreñimiento corporal impuesto con antelación sería una flagrante violación de esta libertad. Por tanto surge la interrogante ¿cuál es el fundamento de la prisión preventiva?

La postura clásica sostiene que el único objeto de tal medida cautelar es asegurar la persona del imputado a los fines de realización del juicio y de la eventual aplicación de la pena.

Sansonetti advierte que es una violación a la libertad individual, puesto que este derecho exige que se espere a la sentencia condenatoria para encarcelar al sujeto; sin embargo, expresa que, por otro lado, hay una razón muy grave que exige, en ciertos casos, por inexorable necesidad, la detención preventiva. Siendo los hombres como son y no como se quisiera que fueran, sucedería con mucha frecuencia que, faltando la detención preventiva, los acusados de delitos, especialmente de los más graves, buscarían la impunidad con la fuga; así faltaría a la justicia casi siempre eficacia para darse a sí misma la justa reparación, al reo la pena merecida, a la sociedad el ejemplo. Estos efectos deben impedirse en absoluto, porque la justicia, que es tanto más poderosa para afirmarse como fuerza reconstitutriz de los órdenes sociales perturbados, cuanto más eficaz es su acción, no conseguiría su objeto precisamente en los casos en que es más necesario conseguirlo. Se mejante necesidad trae otra, la de la detención preventiva, por la razón de que no hay más que dos caminos: eliminarla y con ello facilitar la impunidad de los grandes culpables, o mantenerla y con ello violar la libertad individual ¿Cuál de los dos caminos conviene escoger?, ocurre con frecuencia que el hombre tiene ante sí, no una vía buena y otra mala, sino malas las dos; en tales casos escoge si quiere ser razonable, la menos mala. El caso ahora presente es uno de ellos, y es fácil comprender que el menor mal es el de imponer a la libertad individual uno de aquellos sacrificios que debe soportar en gracia del orden social, el cual es mantenido firme especialmente por la acción eficaz de la justicia. De manera que esta contricción de la libertad individual, por la razón expuesta, se legitima.<sup>83</sup>

Se sostiene, entonces, que es la necesidad la que justifica el derecho de la sociedad de imponerla a un sujeto a quien se atribuye la comisión de un hecho delictivo, pero respecto del cual no hay condena, fundamento jurídico suficiente cuando se tiene presente

---

<sup>83</sup>Citado por Zavaleta, Arturo J. Op. Cit. Pag 109

que es derecho y deber del Estado aplicar la ley represiva a todo aquel que infrinja una norma penal.

Atendido que el Estado hace efectiva su pretensión punitiva, traducida en el castigo del sujeto, previo un juicio de responsabilidad en el que se demuestren los fundamentos de la acusación, mediante la aplicación de la pena, y a fin de evitar que eluda el juicio o se sustraiga a la eventual ejecución de la pena, existiendo presunciones suficientes de ser el autor de un delito, el Estado se ve compelido por la necesidad de asegurar su persona por medio de esta institución, porque sin ella, la justicia no conseguiría su objeto.

Una tesis minoritaria, sustentada por Jean Bornecque, señala que la prisión preventiva es una pena. Ello por cuanto la forma clásica o tradicional que la ve como un mal necesario, reposa en una noción poco sólida y antijurídica, por cuanto dicha expresión podría aplicarse igualmente al derecho penal, ya que ¿qué es el derecho si no una limitación a la libertad individual, que se justifica sólo por la finalidad perseguida?. Por débil que ella sea, toda restricción a su libertad no puede menos que causar al sujeto un mal exigido por el interés superior de la comunidad.

Sostiene este autor que el derecho penal, particularmente, debería clasificarse entre esos males necesarios, puesto que es la rama del derecho que impone más limitaciones, eminentemente razonables por lo demás, a la libertad absoluta de los sujetos, sin embargo nadie ha considerado jamás al derecho penal como un mal necesario, en sentido de noción antijurídica.

Para él, la prisión preventiva es una pena resultante de un juicio; de no ser así, podría oponérsele un argumento jurídico muy fuerte, cual es "in dubio pro reo", e incluso, presunción legal de inocencia.

Añade además que es tal desde el momento que lleva a la producción de un sufrimiento -físico, moral y social- infligido por la comunidad a un individuo.

En definitiva, se está en la presencia de una pena y un juicio exorbitante del derecho común con características muy originales.

Funda tal conclusión en que el juez, con todos los elementos en su mano, entra a analizar su sentencia, existiendo cuatro elementos que harán inclinar la balanza en sentido de libertad o prisión preventiva: infracción cuyo autor se busca, cargos que pesan sobre el inculpado, moralidad del sujeto y satisfacción reclamada por la opinión pública. Elementos que deben concurrir en forma copulativa. Incluso, respecto al tercero, incluye las siguientes variables: posibilidad de fuga, peligro de colusiones y peligrosidad del individuo.

La apreciación de estos datos, permite a este autor sostener el carácter de sentencia penal, en la decisión adoptada por el juez, consistiendo la pena en el encarcelamiento del sujeto.

**Esta tesis es criticada fuertemente por la doctrina en razón de:**

**i. Recurre a un artificio jurídico,** el considerar que no se trata de una pena del derecho común, sino de una "con caracteres muy originales".

Obviamente no puede decir otra cosa, ya que necesita sortear el inconveniente que le presenta la circunstancia que la resolución que impone esta "pena" no reviste el carácter de una sentencia definitiva de condena, sino que se halla en la curiosa situación de una "sentencia sin cesar reformable".

**ii. Su argumento de que la "pena" consiste en encarcelar al sujeto y que la mejor demostración de ello es que se lleva acabo en las prisiones comunes, resulta pueril** por decir lo menos, puesto que, aunque desdichadamente la práctica ha establecido tal situación, de ahí a afirmar que ello prueba su tesis hay una distancia sideral, pues dicha situación de hecho no puede servir jamás de basamento a ninguna teoría con pretensiones de jurídica.

**iii. Respecto al principio legal de presunción de inocencia,** Vélez Mariconde señaló que cuando ese postulado se afirmó como supuesto básico del sistema represivo formal, no se pensó en abolir el sistema coercitivo para asegurar el ejercicio de la función penal, sino en asentar una base que proscribiera toda coerción innecesaria y todo rigor, físico o moral, capaz de herir a una persona que no ha sido declarada culpable.

Si la necesidad es la que justifica el derecho del Estado de constituir al sujeto en prisión preventiva, motivada en el hecho de evitar que eluda el juicio o se sustraiga a la ejecución de la pena ¿cuál es su límite?. Peco señala que "La ley sin la amplitud judicial es ineficaz para defender a la sociedad. La latitud judicial sin freno legal menoscaba las garantías individuales, conciliar la agilidad de la ley con el arbitrio judicial entraña hallar el equilibrio entre la defensa de la sociedad y las garantías personales. Fuerza es conferir a la ley lo que pertenece a la ley, al juez lo que pertenece al juez. Compete a la primera trazar las normas directivas, al segundo adaptarlas al caso particular. Los elementos permanentes e invariables entran en la zona de la actividad legal. Las características mudables y tornadizas encajan en el marco de la actividad judicial."<sup>84</sup>

En consecuencia, estima que el conciliar el arbitrio legal y judicial es la fórmula para lograr la armonía entre las exigencias de la justicia social y los derechos de libertad del individuo.

A su turno, Blakstone sostiene que es imposible abolir la prisión preventiva, ya que "Una exención absoluta de la prisión en todos los casos, es una cosa incompatible con toda idea de derecho y de sociedad política; si esta exención fuese admitida, sería imposible proteger el derecho y a la sociedad, y toda libertad civil sería sensiblemente disminuida."

**- A la luz de los objetivos del sumario criminal.**

Se puede conceptuar como aquella etapa no contradictoria del proceso penal, en que se practican las investigaciones para establecer la existencia del hecho punible y sus circunstancias, y el o los presuntos autores y se decretan medidas tendentes al aseguramiento de la persona y bienes de estos últimos<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Citado por Zavaleta, Arturo J. Op. Cit. Pag. 124

<sup>85</sup> López L. Osvaldo, "Derecho Procesal Penal Chileno"

Se rige por los siguientes principios informadores del procedimiento: secreto, por regla general; escrituración; no contradictorio; orden consecutivo discrecional, no tiene plazo de duración, salvo excepciones; e inquisitivo.

**Sus objetivos son:** la comprobación del hecho punible, la averiguación de la persona del delincuente, el aseguramiento de la persona del delincuente (objetivo que da lugar al juego Prisión preventiva-Libertad provisional) y el aseguramiento de la responsabilidad pecuniaria del delincuente.

El papel de la prisión preventiva, respecto a los autores que sostienen que consiste en un acto jurídico procesal cautelar, está relacionado con el tercer objetivo de sumario, cual es el aseguramiento de la persona del delincuente, mientras se encuentre pendiente la tramitación del proceso penal correspondiente.

A su turno, el fundamento de la libertad provisional, para estos autores, no es el principio de inocencia. Así, según don Waldo Ortúzar<sup>86</sup>, en el proceso penal siempre existe la duda respecto de la responsabilidad que le cabe a su sujeto pasivo, máxime si existen antecedentes en el proceso que lo incriminen; sino que deviene de la garantía constitucional a la libertad personal y del hecho de que la responsabilidad penal nace conjuntamente con la ejecutoriedad de la sentencia condenatoria.

#### **Marco normativo del sumario criminal.**

El art. 76 CPP dispone que "Todo juicio penal a que de origen la perpetración de un crimen o simple delito comenzara por la investigación de los hechos que constituyen la infracción y la determinación de la persona o personas responsables de ella, y las circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad ... Las diligencias dirigidas a preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos y asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria, constituyen el sumario."

---

<sup>86</sup>Ortuzar Waldo, en "publicaciones", Rev. de Ciencias Penales, Tomo XXXVI, N°1 año 1977

A su turno, el art. 108 señala: "La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario"; y el art. 246: "Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este título".

#### e. PRINCIPIOS QUE LIMITAN O INFORMAN A LA PRISION PREVENTIVA.

##### LIBERTAD.

Ante todo resulta difícil dar una definición exacta de la libertad, por pertenecer al mundo de lo metafísico, donde no es posible conceptualizar sin restar su ser al objeto que se pretende captar gnoseológicamente.

Sentada la premisa anterior, debe reconocerse la necesidad de, a lo menos intentar, dar una definición más o menos elaborada de este bien tanpreciado, para poder apreciarla como un límite o principio informante del objeto principal de esta investigación, cual es la prisión preventiva.

En el mundo antiguo, se entendía por tal, la protección de la minoría de los gobernantes políticos. Así, los patriotas tendían a señalar límites a este poder, y lo conseguían de diversas maneras:

19 por el reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades o derechos políticos, cuya infracción por parte de aquéllos suponía el quebrantamiento del deber y tal vez el riesgo de suscitar una resistencia particular o aún, una rebelión general.

20 En una segunda etapa, mediante el establecimiento de frenos constitucionales por medio de los cuales el consentimiento de la comunidad o de un cuerpo cualquiera, supuesto representante de sus intereses llegaba a ser condición esencial a los actos más importantes del ejecutivo.

30 Más tarde, se estimó que era mejor que los diversos magistrados del Estado fuesen defensores o delegados suyos, revocables a voluntad.

Hacia 1858, Stuart Mill, en "Ensayo sobre la libertad" señala como elementos de ésta los siguientes:

19 **Dominio interno de la conciencia.** Exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar, de sentir, libertad absoluta de opinión y de sentimiento, sobre cualquier asunto.

20 **Libertad de gustos o inclinaciones.** "Libertad de organizar nuestras vidas según nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no los perjudiquemos".

30 **Libertad de asociación para la consecución de un fin cualquiera,** siempre que sea inofensivo para los demás y que los asociados sean mayores de edad y no se encuentren engañados o coaccionados.

Estos elementos deben existir de manera absoluta y sin reserva.

Desde otro punto de vista, y ya dentro del tema que interesa, se ha sostenido que la libertad personal en toda su amplitud no es más que el mito del hombre en creer que todo lo que desea hacer lo puede realizar sin limitación alguna, ni siquiera de la naturaleza. Ello lleva a la afirmación que el hombre es un ser que nace libre, por lo tanto se autodetermina y elige su destino.

En consecuencia, el concepto de libertad pasa a ser infinito, pues encarna toda clase de libertad que limita el derecho, siendo éste un instrumento de poder que restringe o limita todas las clases de libertades del hombre.

No constituye un atributo que se adquiere por cumplirse determinadas condiciones ni tampoco un don superpuesto, sino que es inherente y consustancial al ser humano.

En 1981, en su mensaje de paz al mundo, el Papa Juan Pablo II dijo "La libertad en su esencia es anterior al hombre, connatural a la persona humana, signo distintivo de su naturaleza".

También se entiende por tal, la facultad que tiene la persona de autodeterminarse o carecer de identidad constitutiva y no estar adscrito a un ser determinado, es decir, poder ser otro del que se era y no poder instalarse de una vez para siempre en ningún ser determinado.

Las libertades son limitadas por el derecho que impera en cada Estado. Es así como la libertad de locomoción o de movimiento puede verse afectada por la existencia de medidas privativas o restrictivas del derecho.

A raíz de lo anterior es que surge el concepto de libertad social o civil, acuñado hacia el 1859, por Stuart Mill, en su ensayo sobre la libertad, referido a "la naturaleza y límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo."<sup>87</sup>

Ahora bien, jurídicamente la libertad de locomoción -aspecto de la libertad personal- consiste en el derecho que tiene la persona de movilizarse a su mero arbitrio, y a no verse restringida en esta facultad sino en virtud de sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada y que la pena aplicada sea efectivamente de aquellas que tienen como efecto natural esta restricción.

Las privaciones de tal libertad son ilegítimas cuando de ella no se ha hecho mal uso, es decir, uso contra el derecho; el mal uso de este bien legitima su disminución o pérdida, puesto que quien al ejercerla ofende, es indigno de ser libre. La libertad es para los hombres de bien, en cuanto éstos se encaminan hacia él y todos sus atributos y potencialidades las dirige a ese fin trascendental (según una inspiración filosófica, cristiana y humanista).

---

<sup>87</sup>Stuart Mill, John "Ensayo sobre la libertad", Ed. Aguilar, 50 Ed. 1968, 1ª ed. 1859

Es así como la sociedad, en tanto garante del bien común, debe adoptar las medidas que eviten este mal uso, aún cuando con ellas la afecte. Sin embargo, no es arbitrario a la sociedad imponerlas, ya que será la propia ley de la razón la que establezca lo que es conveniente. Incluso se hace necesario establecer mecanismos destinados a lograr el acatamiento del derecho, los cuales sólo afectarán a quienes verdaderamente hayan traspasado con su conducta los límites previsibles por éste.<sup>88</sup>

La prisión procesal es un acto jurisdiccional por medio del cual se dispone la privación de la libertad de locomoción de una persona antes de declararse si es culpable o inocente.

Encerrar en las cárceles a una persona que está sometida a proceso y sobre la cual, en consecuencia, no se ha dictado sentencia condenatoria, es violar y desconocer el principio de inocencia, atentar contra el principio de la dignidad del hombre y desconocer el llamado "Principio de Libertad Personal".

Si la finalidad de esta medida es asegurar la presencia del sujeto durante la tramitación del proceso ¿Se hace necesario encarcelarlo? y ¿Para qué?.

Si a lo que se atiende es al aseguramiento de la sentencia, es un sofisma, puesto que el que este fallo sea condenatorio es una eventualidad que más aún se ve desvirtuado por una constatación empírica que lleva a concluir que la gran mayoría de las causas terminan o en sobreseimiento o en sentencia absolutoria o simplemente archivadas sin que exista jurídicamente pena a imponer.

Si pretende evitar que el sujeto intente entorpecer la investigación ¿Será que es más patente para el imputado esconder o frustrar la verdad real o histórica, que al Estado encontrarla?. El poder omnímodo de sancionar está en manos de éste, quien cuenta con mecanismos especializados para la averiguación de tales hechos,

---

<sup>88</sup> Fiama Olivares, Gustavo "Avance Constitucional, Retroceso Interpretativo", en Rev. de Derecho, U. de Concepción, año 1977

puesto que tiene dentro de sus atribuciones todos los medios administrativos, judiciales y policiales para tales efectos.

La base de este principio se encuentra en considerarla como una emanación directa de la dignidad humana, que debe protegerse de todo ataque ilegítimo o aún innecesario a la luz de la necesidad de la realización del ius puniendi estatal, por cuanto al ser inherente a todo ser humano, está fuera del alcance de otro ser humano el vulnerarla en su esencia sin un fundamento plausible.

En un estudio realizado en Colombia, se constató que la detención y prisión preventiva no cumplían con los fines para los cuales se instituyeron y violan en forma ostensible el principio de presunción de inocencia, atentan contra la dignidad de la persona humana y afectan en forma grave la libertad personal. Además que sus efectos son excesivamente nocivos para quien la soporta y no garantiza absolutamente nada ni a la sociedad, ni a la familia ni al mismo Estado.<sup>89</sup>

Las Constituciones en los Estados de derecho contemporáneos respaldan este derecho al establecer el principio de legalidad y del debido proceso, al igual que el principio "favor rei". No obstante, en ellas mismas se la restringe, de manera que desde su origen dentro de la regulación normativa nace limitada, permitiendo que tanto el legislador como la autoridad pública competente tome decisiones sustanciales sobre ella.

Lo anterior constituye un peligro para el principio por cuanto podría significar una legitimación del abuso en las manos de estas autoridades, sin que la sociedad tenga una mínima defensa frente a ello.

Con todo, contrarresta lo anterior la existencia generalizada en los ordenamientos constitucionales, de un mecanismo similar a nuestro recurso de amparo.

---

<sup>89</sup>Paéz Velandia, Dídimo "Fundamentos Constitucionales del Derecho Penal", en Revista de derecho penal y criminología, Colombia, 1986.

## DIGNIDAD HUMANA.

El ser humano posee derechos anteriores y superiores a la organización política, como manifestación de ser un ente social, porque él es mucho más, ya que tiene un fin trascendente. Así, el Estado no puede impedir el ejercicio de sus potencialidades que le acerquen a su fin superior; la actividad estatal debe dirigirse en apoyo de estos fines, por cuanto se justifica solamente por la naturaleza social del hombre, en tanto instrumento coadyuvante a su perfección. De ahí que su misión jamás podrá ser atentar en su contra.

Así, resulta obvio que el Estado no puede desconocer derechos que derivan de su naturaleza humana y debe reconocer su dignidad, de lo que surgen los derechos Constitucionales y de su respeto, las garantías.

Sin embargo, la imperfección del hombre le hace atentar en contra de sus semejantes, lo que conduce a la sociedad a crear mecanismos de defensa, y es el derecho quien, frente a tales transgresiones, viene a dar o a quitar no según su arbitrio, sino según lo que corresponda, por naturaleza o justo título, al hombre.

El principal mecanismo de defensa de un Estado de Derecho es el derecho penal, pero para su actuación efectiva requiere de un proceso, dentro del cual se prevén instituciones que pueden afectar la libertad del sujeto, aún cuando no exista sentencia condenatoria ejecutoriada (justo título para los efectos de hacer cumplir la condena), las cuales, si bien tienden al cumplimiento de sus fines no sólo afectan el bien específico libertad, sino en general a la dignidad humana.

En tal sentido se han reseñado como factores negativos de la institución carcelaria los siguientes:

- Instalaciones viejas, materiales obsoletos o carencia de materiales.
- Malas condiciones sanitarias, higiénicas y alimentarias.
- Hacinamiento o superpoblación o aislamiento.

- Baja extracción social y nula o mala preparación del personal de guardia limitado a funciones de custodia o represión.
- Falta de alternativas laborales o malos sueldos.
- Disciplina mecánica y autoritaria, orientada casi exclusivamente al mantenimiento del orden.
- Falta de clasificación de los internos dando lugar a un clima de agresión colectiva, tensiones reprimidas a punto de estallar, bestialización, criminalización y subculturación.
- Frecuente falta de alternativas rehabilitadoras y ociosidad reforzada para los internos que se limitan sólo a contemplar "el paso de las horas".
- Frecuente corrupción del personal de custodia mediante el favoritismo o desigual rigurosidad, según la flaqueza o fiereza de los internos, su procedencia social o posibilidades materiales.

De ahí que se señale que el sólo paso por una institución carcelaria constituye un fracaso del derecho penal resocializador, por cuanto se reconocen como características constantes de la comunidad carcelaria que los institutos de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y reinserción del recluso y favorecen su estable inserción en la población criminal.

Asimismo que es contraria a todo moderno sistema educativo, porque éste se apoya sobre la individualidad, el respeto a la persona. Las ceremonias de degradación de que es objeto el sujeto al momento de ingresar al recinto son la primera muestra de la aseveración anterior; el sujeto es despojado aún de los símbolos exteriores de su propia autonomía (ropa y objetos personales), pierde luego la espontaneidad en su actuación, al ingresar al conjunto disciplinario represivo y uniforme.

Finalmente, se señala que produce efectos nocivos en la psiquis del sujeto, se producen trastornos en la personalidad tanto por lo que se señalara antes como por el sistema de distribuir en la comunidad carcelaria los medios de satisfacción de las necesidades,

conforme a las relaciones informales de poder y de dominación de la voluntad que las caracterizan.

El desequilibrio a que se hace mención se ha estudiado desde diversos puntos de vista:

i. **"Desculturización"**. (Goffmann, 1961, 11 y SS)<sup>90</sup>, desadaptación en las condiciones necesarias para vivir en libertad, que se refleja en disminución de la fuerza de voluntad, pérdida del sentido de autoresponsabilidad desde el punto de vista económico y social, disminución del sentido de la realidad del mundo exterior y la formación personal, de separación progresiva de los valores y de los modelos de comportamiento propios de la sociedad externa.

ii. **"Culturización o Prisionización"**. (Harbordt, 1972, 82 y ss) referida a asimilación de las costumbres y modelos de la subcultura carcelaria, que hacen cada vez más ilusoria la reinserción a la sociedad libre del sujeto, baste hacer mención a las relaciones de poder entre los internos, que se han planteado en los siguientes términos:

- **Educación al criminal**. Es de general conocimiento que la jerarquía y organización social interna se basa en la existencia de internos con una fuerte orientación asocial, que por el poder o quizás por el prestigio de que gozan, asumen la función de modelos para los demás, siendo al mismo tiempo una autoridad con la cual la autoridad pública encargada del establecimiento, está obligada a compartir el propio poder normativo de hecho.

La manera como son reguladas las relaciones de poder y de distribución de los recursos en la comunidad carcelaria, favorecen la formación de costumbres mentales que inspiran el cinismo, el culto y respeto a la violencia ilegal. Ello le transmite al detenido un modelo antagonístico con respecto al poder legal, específicamente en lo referido a su compromiso con la legalidad.

---

<sup>90</sup> Citado por Baratta, A. "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", En Revista Nuevo Foro Penal Nº15, Julio, Agosto, Septiembre 1982, Pag. 737

- **Educación del buen detenido.** La aseguración de un cierto grado de orden, del cual el jefe de los detenidos se hace garante (a cambio de privilegios) frente a la autoridad, forma parte de los fines reconocidos a esta comunidad. La educación viene para el resto a través de la aceptación de las normas formales del instituto y de las informales puestas por las estructuras de poder. En general se puede decir que la adaptación a estas normas tiende a interiorizar modelos exteriores de comportamiento, que sirven para el ordenado desarrollo de la vida de la institución, es su verdadero fin, mientras la función propiamente educativa viene ampliamente excluida del proceso de interiorización de las normas, favorece la formación de costumbres de pasivo conformismo y de oportunismo.

La relación con los representantes de los organismos institucionales, que en esta forma se convierten en característica del comportamiento del detenido está dotada contemporáneamente de hostilidad, desconfianza y una sumisión sin consentimiento

**iii. Despersonalización.** Resulta del hábito de recibirlo todo resuelto, sin posibilidad de deliberación, lo que puede causar psicosis irreparables y, por sobre todo, una discapacitación para la convivencia social libre.

La custodia permanente crea inseguridad, que como se sabe, es un factor de fracaso en la vida social.

La separación familiar es otro drama que debe soportar el recluso. Hay autores que tienden a valorarla como una pena suplementaria, por cuanto se castiga también a la familia del recluso al privarla de su cabeza o sustento. Problema social que se agrava en los países subdesarrollados, debido a la falta de beneficios sociales o protección familiar por el tiempo de reclusión, más aún, si se considera que quienes normalmente son privados de libertad, sea durante el proceso o por una condena, provienen de los sectores más desposeídos de la sociedad.

Como consecuencia, los reclusos se ven en la necesidad de conformar una cultura propia de supervivencia, una subcultura al margen de las reglas oficiales de la sociedad y del establecimiento, a la que ya se ha hecho mención.

iv. Estigmatización vitalicia. El sujeto que haya pasado por una institución carcelaria, a cualquier título, al salir de la misma recibe un castigo retroactivo de parte de la sociedad, que ahora lo observará con desconfianza; Este efecto alcanza incluso a su grupo familiar, vulnerándose así el principio de personalidad de la responsabilidad penal.

Si tales efectos son poco deseados tratándose del condenado, de ahí la corriente doctrinaria que ataca la subsistencia de las penas privativas de libertad, resultan francamente inaceptables respecto de quien rige, en todo su vigor, la presunción de inocencia, si bien puede sostenerse que existe una relación inversamente proporcional entre firmeza de esta presunción y procedencia de estas medidas, esto, atendido los grados de convicción sobre la responsabilidad del sujeto en el hecho investigado, necesarios para su adopción.

#### PROPORCIONALIDAD.

Atendido que la libertad personal es un bien reconocido tanto a nivel constitucional como supraconstitucional, como una emanación de la dignidad humana, es que se ha señalado en la doctrina de todo Estado de Derecho y organismos internacionales, que debe imponerse sólo cuando aparezca conveniente a los fines del proceso penal, más aún cuando sea necesario para la realización de sus fines. La consecuencia de no cumplirse con esta exigencia en un caso concreto es la procedencia del amparo.

La prisión preventiva, al constituir sólo una cierta restricción a la libertad, a la libre disposición de la persona, para el aseguramiento de ciertos fines, debe apelar a principios como éste, de proporcionalidad, para no afectar más allá de lo necesario el bien libertad, basándose en criterios tales como, gravedad de la pena amenazada en abstracto por la ley penal para la infracción imputada; estimación de la pena posible en el caso concreto; y, particularidades del eventual cumplimiento efectivo de la pena.

La regla de proporcionalidad, legítima en principio como un criterio para adoptar la prisión preventiva, se transforma en ilegítima cuando se interpreta como frontera de la libertad procesal, esto es, como únicos casos que la admiten, que hacen excepción al

principio de que toda infracción amenazada con pena privativa de libertad implica prisión preventiva.

La simple adopción de esta medida en todos los casos en que el hecho investigado se sancione con pena privativa de libertad, fijando como únicas excepciones los criterios ya indicados de desproporción, implica efectos nocivos en su aplicación, tales como grandes masas de presos sin condena en las cárceles. Lo procedente es autorizar la prisión preventiva para casos excepcionales, como cuando exista el peligro de obstaculización en la investigación de los hechos, y luego corregir algún posible exceso con la aplicación de esta regla.

#### UTILIDAD.

Al decir de Vicente Gimeno Sendra, el conflicto vinculado a la utilidad de la institución de la prisión preventiva, entre el ius puniendi y el derecho constitucional a la libertad, consustancial al proceso penal, en donde la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el momento del juicio obliga a inclinar la balanza de ese inestable equilibrio en beneficio del primero y detrimento del segundo, lo que convierte a la prisión provisional en una triste necesidad social<sup>91</sup>.

Como medida esencialmente asegurativa, su utilidad reside en que se fundamenta en la garantía de eficacia que el Estado está obligado a otorgar al procedimiento penal.

Es así como la citación, la detención, la prisión preventiva constituyen medidas coactivas que pueden ser exigidas por el poder público respecto de todos y cada uno de los habitantes del Estado, por cuanto podrían ser necesarias para la demostración de culpabilidad.

Lo anterior se funda en el mismo bien común, ya que siendo ese el fin del Estado, su promoción exige el respeto de los derechos de

---

<sup>91</sup>Citado por Asencio Mellado, José María. "La prisión provisional", Edit. Civitas, 1987, España.

todos sus integrantes, y quien niega su contribución, en definitiva está negando su propio bien y el de la comunidad toda.

Es así como la prisión preventiva es uno de los medios que prevé el ordenamiento jurídico, en pos de contribuir al bien común, respecto al aseguramiento de las responsabilidades del sujeto pasivo del proceso penal. En consecuencia, sólo se puede privar de libertad durante el proceso a aquellas personas que, de un modo cierto, puedan contribuir al objetivo antes señalado y por el tiempo estrictamente necesario para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ser asimismo útil a fines tales como la seguridad del presunto ofendido y también de la propia sociedad, por las especiales circunstancias de peligrosidad del presunto responsable, en cuanto la sana prudencia lo aconseje.

Debe tenerse presente que nos obstante lo señalado, su aplicación no significa un juicio de culpabilidad y menos una sanción o pena. El procesado privado de libertad, debe ser tratado como inocente, de allí que su derecho a la libertad debe ser siempre respetado, salvo que lo contrario sea estrictamente necesario para "la investigación del sumario, la seguridad del ofendido o de la sociedad", excepciones que pueden hacer ilusorio el derecho a la libertad si se aplican abusivamente.

El Constituyente nacional deja al juez su determinación, que en ningún caso puede ser arbitraria, puesto que debe ceñirse rigurosamente a los principios generales del derecho, a la equidad, a los hechos del proceso, al fin de la ley, en definitiva, a lo que es justo en cada caso.

#### **PELIGROSIDAD.**

A decir de Julio B.J. Maier en "Excarcelación, peligrosidad", en Rev. Nuevo Pensamiento Penal, año 1976, consiste en un juicio de valor emitido por el juzgador a la luz de antecedentes que, respecto del sujeto involucrado, inducen a suponer razonablemente que se está ante una personalidad agudamente antisocial. Juicio complejo que puede fundarse no sólo a la vista de la historia personal y antecedentes del imputado, sino también a la conducta que aflora del hecho delictivo. No es efectivo que el hecho delictivo

tenga una "peligrosidad específica" distinta de una "peligrosidad in genere" de la personalidad. Las dos son aspectos interrelacionados estrechamente. Hay perfiles de la personalidad que se reflejan en un determinado hecho delictivo súbitamente y al contrario, también existen hechos delictivos atípicos dentro de una determinada personalidad.

Una tesis minoritaria agrega además que aún cuando se trate de un hecho único culposo, si de él se desprende que el sujeto puede ser altamente peligroso, en atención precisamente a la naturaleza de éste, es improcedente la excarcelación.

Se desecha tal tesis en atención a que el criterio de peligrosidad no puede radicar en un juicio subjetivo del juez, sino que significa un juicio criminológico de pronóstico desfavorable sobre la conducta futura del sujeto, extraídas de las circunstancias fácticas del delito, de los datos que se tengan sobre la vida anterior y posterior al hecho del agente, y los móviles que determinaron su comportamiento, el que no puede fundarse positivamente en el aforismo "La peligrosidad común incita en todo delito".

Una parte de la doctrina se opone a esta consideración de la prisión procesal como un medio para neutralizar la peligrosidad del sujeto al impedir que continúe su actividad delictiva, que en el ordenamiento jurídico nacional se ve reflejado en sus objetivos, "seguridad del ofendido" y "de la sociedad", por cuanto atribuye a la coerción procesal el mismo fin que el de las medidas de seguridad previstas en el orden sustantivo penal.

La crítica se formula señalando que implica una medida de seguridad, una restricción de la libertad personal de quien la sufre, a su respecto rige el principio de reserva de la ley penal. Cuando una ley procesal instituye, bajo el disfraz de coerción procesal (detención o prisión preventiva), una medida de seguridad no prevista en el código penal, disponiendo su aplicación a hipótesis no consideradas por este cuerpo legal como merecedoras de tal tratamiento, viola francamente el principio de reserva.

Se advierte así que tal hipótesis es aún más grave que la anterior, porque las instituciones procesales no se usan sólo para

castigar por adelantado, sino para imponer medidas de seguridad que ni siquiera podría imponer la propia sentencia.<sup>92</sup>

Más aún el encarcelamiento preventivo no puede funcionar represivamente, es decir sancionando una acción jurídicamente desvaliosa, sino que responde a la necesidad de evitar que el sujeto eluda la acción judicial impidiendo el proceso con su rebeldía o la búsqueda de la verdad sobre la acción atribuida, ya por destrucción de sus rastros, ya por acuerdo con cómplices o terceras personas.

La prisión procesal no significa la utilización de la coerción jurídica como pena sino a título de cautela, esto es para asegurar que se cumplan los fines del procedimiento, por ende tampoco podrá significar el establecimiento de una pena anticipada a la decisión final, sino sólo el medio para lograr que el proceso se realice y, eventualmente, el cumplimiento de una condena.

#### **TEMPORALIDAD.**

Constituye una consecuencia necesaria de la correcta y sincera interpretación de lo que significa un Estado de Derecho en sus manifestaciones particularizadas, que impone un límite absoluto a las medidas de coerción intraprocesales, en especial la prisión preventiva, que obliga a optar por la libertad personal, por sobre el ius puniendi estatal.

Este principio en general se desprende del análisis normativo al respecto, aún cuando no se establezca una norma específica que señale un plazo determinado para la prisión preventiva, a diferencia de lo que sucede con la citación, la detención y el arraigo judicial, así como respecto de la incomunicación como medida agravante de las privativas de libertad.

En general, se sostiene que una interpretación sistémica de tales normas, conduce a adoptar el criterio que reza que las autorizaciones coercitivas de la ley, a mero título de una persecución

---

<sup>92</sup>Cafferata Nores, José, "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", en Revista Doctrina Penal, año 1987.

penal, en cuanto se refieren a la persona del imputado, tienen un límite temporal que, en principio es insuperable.

En tal sentido se han sentado como premisas:

- Es improcedente el encarcelamiento preventivo que se extiende más allá del límite temporal fijado por la ley procesal.

- Tal ilegitimidad torna procedente el amparo.

- El límite temporal del encarcelamiento preventivo durante la sustanciación, cuando no es posible elevar la causa a plenario, surge del juego armónico de los preceptos relativos a los derechos del inculpado, duración del secreto sumarial, en general de las normas referidas al principio del debido proceso legal.

#### **PROVISIONALIDAD.**

Encuentra su fundamento en la existencia de un proceso y en la necesidad de garantizar la futura efectividad de la sentencia. Se concreta en la dependencia directa de la medida cautelar de la causa en la cual se adopta, y del fallo que habrá de ejecutarse; por tanto, no puede extenderse más allá de su vigencia. Más aún, depende directamente de la mantención del auto de procesamiento, al ser concebida como una de sus consecuencias, si bien no necesaria.

Su mantención esta supeditada a una condición, cual es que subsista la situación procesal que le dio origen.

Se distingue de la temporalidad por cuanto ésta puede revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto, por el sólo advenimiento del plazo fijado, lo que le da un grado de certidumbre "deseable" en cuanto a su duración.

Doctrinariamente, por razones de seguridad jurídica, se ha sostenido la necesidad de fijarle plazos máximos de duración, no susceptibles de ser rebasados, fijados en atención a la cuantía de la previsible pena futura, si bien, para su mantención, subsiste el criterio del rebus sic stantibus, esto es la invariabilidad de las condiciones que motivaron que se constituyera el sujeto en prisión

preventiva o, a lo menos, que las que en ese momento rigen sean de igual gravedad.

Otros criterios propuestos para determinar su cesación son:

- Que el sujeto preste garantía suficiente de su persona, en cuanto a sus obligaciones procesales penales.

- El advenimiento de la convicción del magistrado sobre la inocencia del sujeto, que hará cesar su permanencia en el proceso, debido a la dictación de una resolución definitiva que se concretaría en una sentencia interlocutoria de sobreseimiento. Este criterio ha sido adoptado en la legislación nacional, incluso para los efectos de no someter a proceso al sujeto respecto del cual existen antecedentes suficientes como para lograr la convicción en el juzgador de que se encuentra en alguna de las situaciones que, acorde a la ley penal, queda exento de responsabilidad.

- La existencia de otras medidas que, siendo menos agraviantes aseguren de igual medida a la persona del inculpado.

#### f. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA PRISION PREVENTIVA.

##### - INTRODUCCION.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9 N°3 dispone "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio."

A su vez, en el ámbito europeo, el Tratado de Roma de 04 de Noviembre de 1950, en su artículo 4º consagra el derecho a que toda persona en su causa "sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable"; y en su artículo 5º, refuerza lo anterior al disponer que en los procesos en que el imputado está sometido a prisión provisional, el afectado "tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable.

Concuerdia con ello, el que, si durante el proceso se presume la inocencia del sujeto, su libertad no puede ser menoscabada, con lo

que se evita que esta institución constituya un anticipo de la pena. Sin embargo, la doctrina internacional estima que bajo determinadas circunstancias es necesario mantener al sujeto en prisión preventiva, en especial para no entorpecer la labor de investigación.

En la generalidad de los ordenamientos constitucionales contemporáneos se defiende la libertad de locomoción. A vía de ejemplo se puede señalar la Constitución colombiana que respalda este derecho con el establecimiento de los principios de legalidad, favor rei y debido proceso; la Argentina, al garantizar que nadie puede ser penado sin que exista un proceso, que tramitado conforme a la ley, haya derivado en una sentencia condenatoria, sienta las bases para sostener el encarcelamiento preventivo como una excepción a la libertad de locomoción y la necesidad de demostrar en el proceso, para hacerlo efectivo, que alguno de los peligros aclarados estén presentes en el caso y no puedan evitarse de otra manera.

#### - NORMATIVA NACIONAL.

##### 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

En Chile, como parte de la América española, durante la época india rigieron las leyes dictadas por la corona para ser aplicadas en el nuevo continente, a más de toda la legislación que en general regía en España.

Al respecto cabe mencionar la Novísima Recopilación que distinguía entre, delitos leves, que eran excarcelables por regla general. El juez debía decretar la libertad provisional, en caso contrario cometía injuria -equivalente hoy a falta o abuso-, salvo que existieran motivos para temer la fuga del procesado; delitos no graves, que exigían, para que procediera la excarcelación del procesado, que se fijara y publicara la lista de testigos de cargo y que éstos hubieran declarado; y delitos graves, esto es, aquellos que merecían pena de muerte, de pérdida de algún miembro, u otra pena corporal, que eran inexcarcelables.

Salvo los delitos graves, la prisión preventiva era considerada una situación eminentemente transitoria; así, al respecto, un auto acordado del tribunal de la Real Audiencia de 23 de Abril de 1789, daba instrucciones para que no se extendiera más de dos meses, determinándose que para exceder dicho plazo debía justificarse con el auto de condena correspondiente; en caso contrario debía dejarse en libertad al procesado. Antecedente importante, por constituir la primera manifestación "legal" del reino que limitaba la prisión preventiva en razón del tiempo durante el cual el procesado podía permanecer privado de su libertad.

Tales son los criterios imperantes cuando Chile comienza su vida independiente en 1818.

## 2. EVOLUCION CONSTITUCIONAL.

- CONSTITUCION DE 1818. Dictada luego de un año de gobierno de O'Higgins.

En el título "De los Deberes y Derechos del Hombre en Sociedad", aparece la institución, inspirada en las ideas sobre Garantías Constitucionales de Juan Egaña. Así, su artículo 4º decía "El hombre que afianza la existencia de su persona y bienes a satisfacción del juez, con una seguridad suficiente, no debe ser preso ni embargado, a no ser que sea delito que merezca pena aflictiva".

Además, se exigía la existencia de semi-plena prueba del delito, que antes de ocho días debe hacerse saber la causa de su prisión, tomarle confesión y en caso de estar incomunicado, levantar tal medida.

Se establece como causal de no excarcelación, la sospecha de fuga.

Se debe destacar que desde esa primera normativa el constituyente dejó "a la prudencia del juez de la causa la valoración de la fianza de libertad ofrecida por el acusado", tema que resultó ampliamente debatido en la elaboración y aplicación del Acta Constitucional Nº3 de 1976, dejando de manifiesto que el juez de la causa es el más idóneo para la valorización y determinación de la procedencia o improcedencia de la libertad provisional. De otro lado, sólo limita, con rango de garantía constitucional, la no

concesión de la libertad provisional, a la existencia de un delito que merezca pena aflictiva, los demás son esencialmente excarcelables.

**- CONSTITUCION DE 1822.**

En su artículo 207 establecía: "En cualquier estado de la causa, en que se advierta que el delito no merece pena corporal o destierro, se pondrá libre al preso". Norma que constituye un retroceso en la excarcelación, al restringir su aplicación a aquellos que no merecían "pena corporal", concepto más amplio que el de "pena aflictiva".

**- CONSTITUCION DE 1823.** Redactada por el moralista católico Juan Egaña.

En su título XII, "Del Poder Judicial", artículo 134 dispone que: "afianzada suficientemente la persona o bienes no debe ser preso o embargado el que no es responsable de pena corporal".

Se mantiene de esta manera el principio de inexcrcelación de aquellos delitos que merecían tal pena, y se agrega "afianzada suficientemente la persona o bienes", volviendo al criterio de exigir una fianza para gozar de la libertad provisional. Al efecto, se debe recordar que después de la época de la venganza privada, por la vindicta pública, se entregó la resolución de conflicto a la autoridad, mediante un procedimiento, y el "acusado", mientras se le juzgaba, debía rendir una doble fianza, una destinada a caucionar su comparecencia al juicio y cumplimiento de la sentencia y otra destinada a garantizar los posibles daños derivados del delito.

Exigencias vigentes en el Derecho Romano del Digesto, en el de la Edad Media y en la Legislación española del Fuero Juzgo, Siete Partidas, Novísima Recopilación, las que en su oportunidad fueron traspasadas a nuestro país, aún en tiempos de la independencia, a falta de leyes patrias que resolvieran la materia en forma diversa.

Es así como también la legislación hispana contemplaba la prisión de una persona por el incumplimiento de una obligación pecuniaria,

por lo que igualmente se incluyó la expresión "embargo" en la norma constitucional en comento.

Como se ha dicho, los cuerpos constitucionales de la república contemplaron la institución del afianzamiento de los bienes del deudor o embargo, para precaver la responsabilidad por los daños provenientes del delito. A mayor abundamiento, un Decreto Ley de 1837, sobre juicio ejecutivo, definió la fianza de "saneamiento de la acción", que consistía en obligarse el fiador con sus propios bienes a asegurar que los bienes embargados al deudor eran propios de éste y que con ellos cubriría su responsabilidad. El deudor debía ser objeto de prisión preventiva si no daba tal fianza.

Lo que aseguraba la Constitución de 1823, era entonces que aquel que había prestado la citada fianza, debía ser puesto en libertad, salvo que el delito mereciera pena corporal.

#### - CONSTITUCION DE 1828.

Mantiene los criterios anteriores, salvo una pequeña variación en la redacción del texto constitucional.

En su artículo 14 establecía "Todo individuo preso o detenido, por delito en que no recaiga pena corporal, será puesto en libertad inmediatamente que dé fianza en los términos requeridos por la ley"

#### - CONSTITUCION DE 1833.

En su título "De las garantías de la Seguridad y la Propiedad", artículo 133, dispone que "Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción en la forma que según la naturaleza de los actos determine la ley, no debe ser preso ni embargado, el que no sea responsable de pena aflictiva o infamante".

De su lectura se puede concluir que mantiene supeditada la libertad procesal a la rendición de una fianza, la cual es doble para el acusado, sin embargo, amplía el beneficio de la excarcelación a todos aquellos delitos a los cuales no se les hubiera asignado una pena aflictiva, volviendo al criterio sentado por la Constitución de 1818 y que impera hasta hoy, y que reitera que no debe ser

mantenido en prisión o embargado, el que ha afianzado suficientemente su persona o el saneamiento de la acción, derivado de la prisión por deuda. Al respecto, el Decreto Ley de 8 de Febrero de 1837 en su artículo 6 establecía que entre las órdenes que debía contener el mandamiento de ejecución y embargo, estaba la de que el deudor debía ser conducido a una prisión, acto seguido de haber hecho la traba, si no daba fianza de saneamiento en los términos ya señalados.

Asimismo, y del análisis de todas las disposiciones constitucionales mencionadas, se desprende que en todas ellas, a semejanza de la legislación española de las Indias, se adopta el criterio de la gravedad de la pena asignada al delito para determinar la procedencia de la excarcelación.

- **CONSTITUCION DE 1925.** Dictada durante la presidencia de Arturo Alessandri Palma, aprobada el 30 de Agosto, y publicada el 18 de Septiembre de dicho año.

Su artículo 19 es la única norma que se refiere a la institución, dispone que "Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción, en la forma que según la naturaleza de los casos determine la ley, no debe ser detenido ni sujeto a prisión preventiva, el que no sea responsable de un delito a que la ley señale pena aflictiva". Texto derogado por el artículo 12 del Acta Constitucional N°3.

Es decir, mantuvo lo preceptuado por su antecesora, depurando ciertos tecnicismos en su lenguaje, como ejemplo, sustituyó las expresiones "preso ni embargado" por "detenido ni sujeto a prisión preventiva", "responsable de pena aflictiva" por "responsable de un delito al que la ley señale pena aflictiva", y suprimió la referencia a las penas infamantes, desconocidas ya en esos años. Incomprensible resulta la mantención de la referencia al saneamiento de la acción, derogada esa exigencia en el año 1868, a virtud de la desaparición de la "prisión por deudas" en la legislación nacional.

La exclusión de las expresiones "preso ni embargado", decían relación a que los términos "detenido o sujeto a prisión preventiva" resultaban ser más idóneos, como, a su vez, la expresión embargado

resultaba superflua, puesto que a la época de su dictación, como ya se expresó, se había derogado la institución de la prisión por deudas.

Esta disposición fue entendida en el sentido que dicho beneficio se obtenía como consecuencia del ejercicio de un derecho, siempre y cuando se llegara a prever que la pena que en definitiva se asignara al delito, no tendría el carácter de aflictiva. Interpretación que surgía de la frase "no debe ser detenido ni sujeto...el que no fuera responsable de un delito al que la ley señalara pena aflictiva". Es así como en ese caso existía el derecho a su obtención, de forma que, cumplidas las condiciones objetivas contempladas en los artículos 357 a 360 del CPP nacía el derecho a obtenerla y el juez, por tanto, no podía denegarla.

No obstante, la norma constitucional no solucionaba el problema en la hipótesis que la ley otorgara al delito una pena aflictiva e, incluso, interpretándola podría haberse concluido que si era así, lisa y llanamente este beneficio se excluía. Interpretación que no prosperó dadas las exigencias filosóficas de la institución, al residir su esencia en la conveniencia de no afectar vanamente la libertad personal de quien aún no es condenado, fundamento que persiste cualquiera sea la naturaleza de la pena asignada.

Al respecto, surgió una interpretación conciliatoria, cuya virtud consistió en mantener viva la institución, al margen de consideraciones relativas a la naturaleza de la pena asignada, de manera que el privado de libertad durante el proceso carecía del derecho a obtenerla, pero podía solicitar la libertad provisional como una gracia, y la autoridad asumía la facultad discrecional de concederla, cumplidos ciertos requisitos legales -Arts. 361 y 363 CPP-. De esta manera, el sujeto sólo tenía una mera expectativa de obtener el beneficio, versus el "derecho" -según la concepción tradicional de la discrecionalidad como una facultad- de la autoridad judicial de concederlo como una gracia.

Empero, una variante interpretativa en torno a tal facultad discrecional, sostenía que ésta sólo debía incidir en el establecimiento de las condiciones o presupuestos de cuyo cumplimiento dependía su concesión, fijados objetivamente en la ley; constituidos éstos, nacía para el juez el deber jurídico de reconocerlo.

Según el profesor Mohor<sup>93</sup>, la recta interpretación lleva a concluir que el texto constitucional marginaba del beneficio a todos aquellos delitos para los que la ley prescribe pena aflictiva, siendo en definitiva la ley, que en una interpretación extensiva de sus normas, la consagra.

**Esgrime dos argumentos en apoyo a esta tesis:**

a. El fundamento substancial de la libertad provisional es independiente de la naturaleza del delito y la pena asignada. No se ve como podría la gravedad de aquél y de ésta desvirtuar el estado de incertidumbre existente en torno a la condena formal y definitiva del imputado, toda vez que se han realizado los presupuestos garantes de su disponibilidad física a los requerimientos del juicio y a la ejecución de la sentencia.

b. La circunstancia de que la Constitución no consagrara expresamente el instituto en relación a los delitos con pena aflictiva, no puede significar la exclusión definitiva del beneficio para estos casos, atendida su base filosófica. Las normas constitucionales son esencialmente estatutos limitativos del poder, en orden a delimitar el ámbito de las libertades fundamentales de la persona humana. Ahora bien, si de su contexto no emana la denegación explícita de otras, nada impide que el ordenamiento jurídico secundario, básicamente la ley, sea quien reconozca, reglamente o amplíe, según el caso, el alcance de los derechos garantizados por ella, con respeto siempre a las reales limitaciones y al derecho preferente de los demás.

**- ACTA CONSTITUCIONAL Nº3 DE 1976.**

La comisión encargada de elaborar su anteproyecto, designada por DS 1064, de 12 de Noviembre de 1973, se inspiró en la doctrina que materializa las disposiciones que al respecto contienen las Declaraciones de Derechos Humanos, que conciben una preceptiva constitucional que asegura definitivamente y sin limitaciones su calidad de derecho.

---

<sup>93</sup> Mohor A., Salvador. Op. Cit. pág. 45 y ss.

En consecuencia, en su artículo 19 N°6 letra d) la reguló en los términos siguientes: "La libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva. Procederá siempre, a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla"<sup>94</sup>.

De la disposición transcrita se desprende inequívocamente lo enunciado, de manera tal que cumplidas las condiciones o presupuestos, objetivos o subjetivos, de los cuales depende la consecución del beneficio jurídico, se configura ipso facto una situación vinculante que le habilita para exigir el reconocimiento de su procedencia en el caso concreto. Dicho de otra forma, nace para el sujeto el derecho a la obtención del beneficio, razón por la cual no podría ser denegado por la autoridad judicial, la cual se ve afectada a un deber jurídico, cual es el de reconocerla concretamente, decretándola.

En el plano doctrinal, se podría sostener que la libertad provisional es un derecho en sí, abstractamente considerado, pero requiere, para su actualización, del cumplimiento de determinados requisitos en la situación de hecho; de la observancia de ciertas condiciones establecidos ya en la Constitución, ya en la ley, directamente, o en la autoridad a la que toca conocer del caso concreto.

**Es así como el texto constitucional demarca las enunciadas condiciones, a saber:**

**- Condiciones Objetivas.**

Entregadas por el constituyente a la ley, pues expresa: "La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla". Su establecimiento por el legislador, con miras a la consecución, en

---

<sup>94</sup>Acta Constitucional N°3 "De los derechos y deberes Constitucionales", contenida en el Decreto Ley N° 1552, de 13 de Septiembre de 1976.

general, del bien común y, en particular, de la protección de la libertad personal del procesado, supone la adopción de la vía del deber jurídico para el magistrado, en el caso que concurran tales condiciones, que determinan el nacimiento del derecho a la libertad provisional.

Representan en definitiva un marco legislativo formal, donde al magistrado sólo toca verificar la adecuación de la situación de hecho.

#### **- Condiciones Subjetivas.**

El texto constitucional dispone que "Procederá siempre, a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad". Sin perjuicio de que las leyes complementarias de la constitución establezcan, a su vez otros requisitos de carácter subjetivo, principalmente tendentes a clarificar el sentido y alcance de las expresiones "necesaria para las investigaciones del sumario", "seguridad del ofendido o de la sociedad".

Al contrario de las anteriores, se entrega a la autoridad judicial o administrativa la apreciación de la situación de hecho y la determinación de si procede su actualización, en atención a pautas que esta autoridad se autoimpone.

Así, respecto de éstas, se adopta la vía de la facultad jurídica al órgano judicial o administrativo, en tanto "ejecutor" del derecho, que, sin embargo, no importa una habilitación para decidir caprichosamente sobre su concesión, sino sólo para fijar las condiciones que hacen nacer el derecho, las que deberán, en todo caso, estar ajustadas a las exigencias que plantean los fines aludidos.

De ahí que estas condiciones queden necesariamente sometidas a la revisión de un órgano superior, que verificará el hecho mismo de su establecimiento y si él se ajusta o no a los fines genéricos y específicos que se han tenido a la vista para su institucionalización, sirviendo en consecuencia de mecanismos de control de la interpretación realizada por el órgano inferior, y que involucra

necesariamente la necesidad de que éste haya fundamentado su decisión, señalando las condiciones o requisitos y como han sido o no satisfechos en el caso concreto.

La revisión del órgano superior deberá recaer tanto en la determinación de la procedencia de los requisitos objetivos y subjetivos como en la calificación que se haya hecho de las situaciones fácticas que las constituyen.

A modo de conclusión se puede sostener que el Acta Constitucional N°3 consagra en términos explícitos que la obtención de la libertad provisional es un "derecho", excluye, en consecuencia, la idea de "gracia jurídica", que presidió la interpretación del art. 19 de la Constitución de 1925. En tanto derecho, se encuentra subordinada su actualización al cumplimiento de presupuestos objetivos y subjetivos.

Al existir en todo caso el derecho a su obtención, es que ya no existen delitos inexcarcelables, "siempre procederá", si se verifican los requisitos objetivos y subjetivos. El magistrado, en la resolución pronunciada a su respecto deberá fundamentar su decisión, a fin de evitar la arbitrariedad judicial, facilitar la revisión por el tribunal superior y realizar la calidad de derecho que se le asigna. En consecuencia, ya no es posible sostener la inexcarcelabilidad de los delitos que merecen pena aflictiva, no obstante en ellos será más difícil obtenerla, ya que, atendido los fines genéricos de la institución de la prisión preventiva, las condiciones de actualización serán más exigentes. Lo mismo puede afirmarse respecto de toda otra norma legal que haya establecido virtuales inexcarcelabilidades, ya sea por un determinado tiempo (art.363 CPP), o por razones de probabilidad de condena o temor de fuga (364 y 377 CPP), por devenir en inconstitucionales, si bien se produce el efecto antes señalado en la calidad de las condiciones o requisitos de concreción. Todo lo anterior referido a las disposiciones legales vigentes a esa época.

#### - CONSTITUCION DE 1980.

En su artículo 19 N°7 e) consagra la libertad provisional para todo caso, salvo que el juez la estime necesaria para las investigaciones del sumario, la seguridad de la sociedad o del ofendido.

ii. Otorgamiento de la libertad provisional sin fianza una vez concluido el sumario, en los delitos a los que la ley no asignare una pena superior a la de reclusión menor en su grado mínimo.

iii. Inexcarcelabilidad en los delitos que merecen pena superior a presidio en todos sus grados o reclusión mayor, lo cual se aplicaba también cuando la pena era alternativa.

iv. Facultad del juez para negar la libertad para la seguridad de la persona ofendida, cuando hubiere peligro de que se frustraran las investigaciones del sumario o cuando considerare la prisión preventiva como necesaria para asegurar la acción de la justicia, pudiendo poner término a la libertad provisional, cuando hubiere motivos para temer que el procesado puesto en libertad se fugare.

#### - CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Con su dictación vino a derogar la precitada ley, e igualmente a codificar una legislación procesal penal dispersa y heterogénea vigente a la fecha, contenida en numerosos autos acordados, reales cédulas y leyes.

Su proyecto fue preparado por Manuel Edigio Ballesteros y posteriormente sometido al estudio de una comisión especial de senadores y diputados.

A decir de don Rubén Galecio Gómez, en su publicación en la Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXIV Nº1 de 1977, el código "concibe la libertad provisional dentro del sistema de coacción personal ...", "... resultado de un juego simultáneo o sucesivo de la prisión preventiva y la excarcelación, instituciones ambas que tienden a resolver su situación durante el progreso del juicio. La ley penal disciplina la prisión preventiva como una medida cautelar para asegurar la efectiva vigencia del derecho, pero atenúa sus efectos haciéndola cesar mediante la libertad provisional, cuando el afectado suministra, a cambio de su persona, una garantía real o personal, y en ocasiones menos graves, aún sin garantía." ... "Desde el punto de vista subjetivo, la excarcelación es concebida como un derecho limitado cuando el delito no merece pena aflictiva."

La disciplina como una medida cautelar para asegurar la efectiva vigencia del derecho, pero atenuaba sus efectos, haciéndola cesar mediante la libertad provisional, cuando el sujeto suministraba una garantía, real o personal, y sin garantía en ocasiones menos graves.

En consecuencia, se puede sostener que el código, en su versión original, presenta las siguientes **características** respecto de la institución en comento:

**1. Se la concibe en un doble aspecto;** de una parte como una medida de carácter cautelar dentro del procedimiento penal; de la otra, como un derecho limitado del sujeto pasivo del proceso mientras se resuelve la duda sobre si es inocente o culpable, por el doble método que suministra el proceso: uno de reconstrucción histórica del hecho, y otro de carácter dialéctico, el plenario.

**2. El detenido o procesado liberado se encontraba así en un estado provisional,** y se sometía al cumplimiento de ciertas obligaciones referentes a la conducta que debía observar durante el proceso.

**3. Desde el punto de vista subjetivo, concibe a la excarcelación como un derecho limitado cuando el delito no merecía pena aflictiva,** denotando un trasfondo histórico, respecto del derecho de punir del Estado y la libertad del hombre, en relación con el criterio de la gravedad de la pena asignada al delito.

- **MODIFICACIONES AL CPP.** Este código ha sido modificado, entre otras, por las siguientes normas:

**i. Ley 7836, de 28 de Agosto de 1944,** en virtud de la cual entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal que rige hasta antes de la vigencia de la ley 18857 de 06 de Diciembre de 1989 y Ley 19.047, de 14 de Febrero de 1991;

**ii. Ley 11183 de 10 de Junio de 1953;** que agregó un inciso II al art. 360 CPP, que reza que se concederá la excarcelación bajo fianza a los reos que han cumplido la pena que les aplica la sentencia de primera instancia.

iii. Ley 11625, de 04 de Octubre de 1956; que modifica, en lo que nos interesa, normas relativas a la detención en caso de delito flagrante.

iv. DL 2185. Publicado en el diario oficial el 06 de Mayo de 1978, complementario del Acta Constitucional N°3, introduce importantes modificaciones a los artículo 356 a 379 CPP.

Comienza reconociendo, en su parte considerativa, su carácter de derecho, al reproducir íntegramente el artículo 1 N°6 del Acta Constitucional N°3. De ahí que se agregue al artículo 356 del CPP, el siguiente inciso primero: "El detenido y el preso tendrán derecho a la libertad provisional, en la forma y condiciones previstas por este título". Esto es, el título IX del libro II, 1ª parte CPP, debió decir "en la Constitución y en este título"<sup>95</sup>.

Consecuente con lo anterior, deja siempre abierta la posibilidad de obtenerla, previa satisfacción de los requisitos copulativos, tanto objetivos como subjetivos, que establece para su procedencia.

Se aprecian en el CPP las siguientes condiciones objetivas:

i. Delitos que no merecen pena corporal superior a reclusión menor en grado mínimo (357 CPP). Mantiene las señaladas con anterioridad a su dictación.

ii. Delitos que merecen pena inferior a aflictiva pero superior a reclusión menor en su grado mínimo (358 y 359 CPP), tampoco se ven modificadas.

iii. Delitos que merecen pena aflictiva. Modifica el art. 361 CPP, sustituyendo su inciso primero por el siguiente: "Si el delito tiene asignada por la ley pena aflictiva, el detenido o preso tendrá derecho a que se le conceda la excarcelación, salvo en los casos a que se refiere el artículo 363", esto es, casos en los

---

<sup>95</sup> Mohor Salvador, Op. Cit. pag. 98

cuales las condiciones de nacimiento del derecho a su obtención queda subordinado, además, a la concurrencia de condiciones o presupuestos de carácter subjetivo, en consecuencia, no le restan su calidad de derecho.

Las únicas condiciones objetivas determinantes del derecho a la obtención del beneficio de la excarcelación son: el otorgamiento de una fianza hipotecaria o el depósito de dinero o de efectos públicos de comercio de un valor equivalente, y ratificación del reconocimiento del derecho de que se trata a través de la consulta al tribunal de alzada correspondiente.

**iv. Situaciones a que se refiere el art. 363,** que contemplaba casos de inexcrcelación temporal, calificadas en atención a la especial situación delictiva en que se encontraba el detenido o sujeto a prisión preventiva. Este precepto fue sustituido totalmente por el DL 2185, en virtud del cual se pasó a referir a condiciones subjetivas.

Asimismo se advierten condiciones subjetivas, esto es, casos en los que el legislador hizo uso de la vía de la "facultad jurídica", para la consecución de los fines que la institución persigue satisfacer. En su virtud, la autoridad judicial deberá fijar las condiciones que deberán satisfacerse para decidir, las que no se perjudican con su concreción, tales como los fines del sumario, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

El texto del art. 363, modificado queda en definitiva así:

"No se concederá la libertad provisional al detenido o preso, cuando la detención o prisión sea considerada por el juez, en resolución someramente fundada, estrictamente necesaria:

a. Para las investigaciones del sumario; b. Para la seguridad de la persona del ofendido; o c. Para la seguridad de la sociedad, por haber antecedentes graves de que tratará de eludir la acción de la justicia o continuará su actividad delictiva. "En definitiva, no vulnera el texto constitucional, ya que se supone que se han conjurado, a lo menos racionalmente, el temor de la evasión o fuga, y el riesgo de continuación de la actividad delictiva, que ponen en peligro los bienes jurídicos que en la misma disposición se enuncian.

Concordada esta disposición con el artículo 361, se concluye que la remisión que el inciso primero de este artículo hace a la norma en comento no tiene otro objeto que el de hacer aplicables a los delitos con pena aflictiva disposiciones sobre condiciones subjetivas de aplicación general e ilimitada.

El DL 2185, establece los siguientes casos como "presunciones" de que la libertad del sujeto representará un peligro concreto para la seguridad de la sociedad, que no pretenden establecer presunciones al respecto, sino que vienen a iluminar al juez en la ponderación de los antecedentes, atendida su "facultad legal":

a. Delitos sancionados por la ley con presidio o reclusión mayores en grado máximo o una pena superior a ésta.

b. Sujeto condenado en primera instancia a una o más penas que, conjunta o separadamente, son superiores a cinco años de presidio o reclusión. Estimación que desaparece si, en segunda instancia se le impone una sanción inferior a 3 años y un día (pena no aflictiva), o cualquier otra no privativa de libertad.

c. Sujeto que se ha fugado o evadido y que es nuevamente aprehendido.

d. Habitualidad o profesionalidad en la comisión de hechos delictuosos, revelados por la pluralidad o reiteración de delitos, condenas anteriores y demás antecedentes conocidos del procesado o detenido.

Señala asimismo, que tales estimaciones no serán consideradas tratándose de los delitos en que la libertad provisional procede sin caución, cuando el sujeto pasivo haya sido favorecido por sentencia absolutoria y sobreseimiento, si ha cumplido la pena impuesta en primera instancia, o si la pena ha sido remitida condicionalmente y, finalmente, si ha cumplido un tiempo de privación de libertad igual o superior al mínimo que le correspondería al delito, o delitos imputados, según las reglas concursales.

x. DL 2621, de 25 de Abril de 1979.

xi. **Ley 18857.** Esta ley estableció una serie de modificaciones a las medidas para asegurar a la persona del delincuente contempladas en el CPP, de las cuales las que tienen mayor trascendencia son las referidas a la detención y al auto de procesamiento, como presupuesto de la prisión preventiva.

Su artículo 42 establece una especie de principio de legalidad al disponer que "No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio ni arraigar a ningún habitante de la república, sino, en los casos y en la forma señalados en la Constitución y las Leyes..."

**- Modificaciones al auto de "procesamiento".**

**a. Requisitos de los Nos. 1 y 2 del art. 274.**

En su N<sup>o</sup>2, se elimina la expresión "a lo menos", referida a la existencia de presunciones fundadas de participación.

**b. Requisitos adicionales del art 274.**

Agrega, como su inciso final que cada hecho imputado debe ser materia del auto de procesamiento. No caben ya encargatorias de reo genéricas, esto es, referidas a determinado tipo penal, debe fundarse en hechos concretos, materia del proceso, como una manifestación clara del derecho a defensa, ya que el reo sabe concretamente qué hechos se le imputan.

Esta exigencia es reiterada en el artículo 275. Asimismo, en el artículo 380, también reformado, se establece que el juez de oficio debe ordenar el embargo en bienes del procesado al dictar la encargatoria de reo.

**c. Necesidad de fundamentación.**

El artículo 275 exige además, que tanto la resolución que somete al inculcado a proceso, como aquella que dispone su libertad deberán ser fundadas, señalando a lo menos someramente, qué antecedentes, de los allegados al proceso, le han llevado a la convicción para decidir en uno u otro sentido. Exigencia que ya estaba contemplada en el artículo 276 del CPP.

En todo caso, tal exigencia sólo puede verse satisfecha a cabalidad en un sistema judicial no tan recargado como el que se observa en la realidad nacional.

**d: Posibilidad de omitir la encargatoria de reo (art.279 bis).**

Con anterioridad a la dictación de esta ley, la jurisprudencia mayoritaria entendía que el requisito del artículo 274 N°1, que justificaba la existencia del delito, sólo decía relación con la tipicidad, mientras que tanto la antijuridicidad como la culpabilidad eran materias del sobreseimiento definitivo o de la sentencia definitiva. Al respecto, el art. 279 bis introduce una regla contraria al disponer expresamente, que el juez puede abstenerse de encarar reo si concurren algunas de las causales contempladas en los artículos 4 a 7 del artículo 408 CPP, que autorizan el sobreseimiento definitivo. Sin embargo, el favorecido por esta disposición mantiene su carácter de inculpado para todos los efectos legales.

Se hace incapié en que el N°4 se refiere a eximentes de responsabilidad penal contempladas en el artículo 10 CP, esto es, conductas típicas, pero no antijurídicas. Además se establecen causales de falta de culpabilidad o de reprochabilidad penal.

La resolución que se abstiene de encarar reo al inculpado en virtud de este artículo puede ser modificada en el curso del sumario (279 bis inc.II)

**e. Carácter provisional del auto de procesamiento.**

La resolución que somete a proceso al sujeto produce efecto de cosa juzgada formal, esto es, puede ser dejada sin efecto o modificada si cambian los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de su dictación.

La ley modificatoria agrega una limitación: el juez no puede dejarla sin efecto mientras esté pendiente el recurso de apelación interpuesto en su contra. Se produce una especie de desasimiento temporal (278 bis).

**- Modificaciones a las disposiciones comunes a la detención y la prisión preventiva.**

Se modifican los artículos 281 Nº5, 286, 288, inciso II, 291 inciso II, 292 inciso II, 293 inciso II y 305 del CPP. de ellas, revisten especial importancia:

- Art. 281 Nº 5, que modificado, señala como requisito del mandamiento de detención o prisión: "La determinación de la cárcel o lugar público de detención donde deba conducirse a aprehendido, o de su casa cuando así se hubiese decretado".

La inclusión de la casa-habitación del detenido o preso, representa la concreción legal de la norma constitucional (19 Nº7 d)), que ha de concordarse con el art. 285 CPP, según el cual, el juez de la causa debe arbitrar las medidas para evitar la fuga de aquél que, por encontrarse gravemente enferma, no se le puede trasladar a la cárcel sin peligro.

- Art. 293 inc.II, que contempla el derecho a que se informe al detenido o preso, aún cuando se encuentre incomunicado, por los funcionarios de policía o por el tribunal, a su familia, a su abogado o a la persona que él señale, sobre el hecho de su detención o prisión. Derecho que tiene la virtud de concretar el principio de defensa material ya estudiado.

**- Modificaciones referidas a la libertad provisional. (Título IX de libro II CPP)**

Se modifica los artículos 357, 360, 361, 362, 365, 366, 367, 368, 375, 378 y 379. Además se agregan los artículos 372 bis y 375 bis.

De ellos, sólo alteran el régimen de libertad provisional la modificación al art. 357 y la introducción del artículo 375 bis.

En el Art. 357 se hace procedente la libertad provisional sin caución respecto de los delitos sancionados con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo. Lo que hasta ese momento se aplicaba a los delitos a los que la ley les asignara una pena privativa o restrictiva de

libertad de duración no superior a la de reclusión menor en su grado mínimo.

En los artículos 360 y 365 se elimina la referencia al Ministerio Público.

En el art. 362 se hace aplicable la obligación de presentarse en secretaría, en las oportunidades que determine el juez, al sujeto que goza de cualquiera de los regímenes de libertad provisional, no sólo en los casos de libertad con caución, como parecía desprenderse del antiguo texto legal.

En el art. 363 se elimina la expresión "estrictamente", respecto de las causales que permiten denegar la excarcelación, haciendo concordar el texto legal con el artículo 19 Nº7 e) CPE.

En los Arts. 366, 367, 368, 378 y 379 se sustituye el término "fianza" por el de "caución", a fin de hacer más preciso jurídicamente al texto legal.

Se agrega el Art. 372 bis, que dispone que al excarcelado sin caución que no compareciere, se le dejará sin efecto la libertad provisional; y que, de otorgársele nuevamente el beneficio, deberá prestar caución.

En los nuevos arts. 375 y 375 bis se hace beneficiario de la caución a la Junta de Servicios Judiciales.

**- Modificaciones al Párrafo 3º del Título IV, sobre prisión preventiva.**

Específicamente se modifican los artículos 275 y 276.

El art. 275 establece que el juez en la resolución en que somete a proceso debe ordenar la filiación del reo y conceder la libertad provisional si procede en los casos previstos en los artículos 357 o 359 del CPP.

Norma que reviste importancia por cuanto establece que el extracto de filiación no es de aquellas diligencias pendientes que impiden la excarcelación, zanjando la divergencia jurisprudencial que

existía al respecto. Y, además, porque ordena al juez a pronunciarse de oficio respecto a la procedencia de la libertad provisional, en los casos de los artículos 357 y 359.

El art. 276 en su inciso 3º dispone que, encargado reo una persona que gozaba de libertad provisional, ella debe mantenerse si no han cambiado las circunstancias que la hicieron procedente. Disposición aplicable aún en el caso del artículo 361.

v. Ley 19.047.

- Sustituye los incisos I y II del art.356, por los siguientes:

"La libertad provisional es un derecho de todo detenido o preso. Este derecho podrá ser ejercido siempre, en la forma y condiciones previstas en este Título.

La prisión preventiva sólo durará el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines. El juez, al resolver una solicitud de libertad, siempre tomará en especial consideración el tiempo que el detenido o preso haya estado sujeta a ella".

- Sustituye el art 363 por el siguiente:

"Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la seguridad de la víctima del delito se encuentra en peligro por la libertad del detenido o preso cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste pueda realizar atentados graves en su contra.

El tribunal deberá dejar constancia en el proceso, en forma pormenorizada, de los antecedentes calificados que hayan obstado a la libertad provisional, cuando no pueda mencionarlos en la resolución, por afectar el éxito de la investigación".

- **Suprime su inciso II del art. 364,** referido a la resolución que deniega la libertad provisional.

- **Sustituye el art.377 por el siguiente:**

"Podrá el juez poner término a la libertad provisional por resolución fundada, cuando aparezcan nuevos antecedentes que así lo justifiquen, al tenor de lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 363, y procediendo en lo demás en conformidad a lo establecido en el inciso 3º del mismo artículo".

**g. JUICIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA O PRISION PROCESAL A LA LUZ DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.**

- **EN EL ENTORNO LATINOAMERICANO.**<sup>96</sup>

#### **A. Introducción.**

Puede sostenerse que en los llamados Estados de Derecho democráticos, la institución de la prisión preventiva sólo es aceptada si responde a ciertos principios que informan al Derecho Penal en general y al Derecho Procesal Penal en especial, principios que se consagran en las respectivas Constituciones.

Los problemas en torno a su mantención surgen cuando se analiza comparativamente el número de sujetos privados de libertad durante un proceso penal y los índices de terminación de este tipo de procesos, por medios "anormales", tales como el sobreseimiento definitivo, sin mencionar todos aquellos que ni siquiera tienen un fin, jurídicamente hablando, puesto que son archivados por no existir antecedentes suficientes como para seguir adelante con la investigación. Y se agudizan cuando se observa la gran cantidad de sentencias condenatorias que imponen penas menores al tiempo efectivo de prisión preventiva sufrida por el sujeto, la que en teoría debe imputarse a ella, careciendo en el caso de causa legal

---

<sup>96</sup> Tomado de Carranza, Elías y Otros, "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", Costa Rica, 1983, "Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente"

como tal, subsistiendo sólo su carácter cautelar, que, atendida la poca monta de la pena aplicada, lleva a lo menos a dudar sobre su legitimidad, aplicando el criterio de la proporcionalidad.

Súmase a lo anterior que los daños que se han provocado al sujeto en su dignidad son irreversibles e irreparables, ni siquiera por la vía de la indemnización.

Se ha sostenido que el sistema procesal imperante en un Estado es factor determinante en la existencia de altas tasas de personas sujetas a prisión preventiva, si bien no puede ser considerado en forma aislada, fuera de su contexto histórico, político y socioeconómico así, en uno anglosajón son más bajas que en uno continental-europeo.

Se apoyan en una serie de criterios que determinarían el mayor o menor número de sujetos sometidos a prisión procesal que exhibe cada país:

- **Duración máxima del proceso desde su inicio hasta su sentencia firme.** Importante, ya que si se considera que en los países con un sistema continental europeo son comunes los procesos de larga duración, persistiendo la incertidumbre sobre su libertad a título de medida cautelar intraprocesal.
- **Que el proceso sea oral o escrito.** Los escritos suelen ser de mayor duración.
- **Monto máximo de la pena para el que la ley autoriza la excarcelación.** Si el monto es muy bajo será mayor el número de procesados presos.
- **Carácter de "primario" o "reincidente" del imputado.** Vinculado al criterio de peligrosidad ya analizado.
- **Tipos de excarcelaciones que autoriza la ley.** Sin fianza, con fianza simple, con fianza calificada etc.
- **En caso de excarcelaciones con garantía económica, el monto de las mismas fijado por la ley o por el juez.** Si son muy altos los montos, lo procesados presos de menores recursos no podrán acceder

a ella.

- El acceso a una buena o mala defensa legal. Vinculado a lo anterior y al hecho que la asistencia judicial gratuita, debido al exceso de trabajo y a la escasez de recursos con que cuenta, es deficiente.

- La clase social a la que el procesado pertenece. Existe un concierto social en considerar más "peligrosos" a los procesados presos de los estratos de menores ingresos.

En síntesis se ha sostenido que en el último tiempo la magnitud del fenómeno del preso sin condena excede los marcos propios de la teoría procesal penal. Esto se reseña en los siguientes puntos:

1. Necesidad de desinstitucionalizar la prisión preventiva.

2. En América Latina y el Caribe, en los países con sistema penal de tipo Continental Europeo se advirtió un promedio del 68,47% de "presos sin condena" sobre el total de la población penada de libertad. Por su parte en los de sistema penal Anglosajón el promedio sobre la misma variable alcanzó un 22,57%.

3. Ello sugiere la importancia de la variable "Sistema penal" en el fenómeno analizado.

4. Dentro de los países con sistema Continental-Europeo existen diferencias en el porcentaje de presos sin condena, debido a variables que las explican.

5. En el período que va entre Diciembre de 1972 hasta Marzo de 1982 aproximadamente, esta cifra aumentó en un 11,26% para los países de América Latina y el Caribe con sistema Continental-Europeo.

#### **B. FACTORES QUE LLEVAN A LA PRISION PREVENTIVA EN LA REGION.**

Uno de los factores determinantes es y ha sido la proliferación de los regímenes dictatoriales de derecha o izquierda que abrumaron a los países iberoamericanos y caribeños, que implican a menudo una sumisión de la función judicial.

A lo anterior se suma que, desde antiguo, que en los países de la región y en más que pueden citarse, la administración de justicia trabaja conforme a horario o lo que se llama "horas de despacho", en las que el encausado y luego detenido o encarcelado, en espera de un enjuiciamiento, no siempre se enfrenta con el juez, sino con un empleado subalterno del juzgado, y que la asistencia judicial provista a "los de abajo" es más bien ficción que realidad.

### C. ANALISIS DEL FENOMENO A LA LUZ DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL.

1. Se advierte la existencia de ciertas máximas que informan al sistema penal en general, que se extraen tanto de su sustantividad como del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que son asimismo aplicables al sistema procesal, en tanto mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para su actuación concreta;

2. Asimismo, hay ciertas instituciones propias del derecho procesal, que tienen la misma calidad.

3. Tales máximas han sido elevadas a la categoría de principios informadores del procedimiento penal.

4. Al haber sido consagrados con rango Supraconstitucional, ya sea expresa o tácitamente, los sistemas normativos internos (de rango inferior) deben adecuarse a ellos, so pena de carecer de legitimidad.

5. Lo anterior se satisface en forma primaria con el análisis y establecimiento de Regímenes Constitucionales acordes a ellos y en segundo término, mediante la reforma del ordenamiento legal en lo que los vulnera.

6. No basta con su consagración normativa, el magistrado, creador del derecho concreto, los hombres de derecho, que con su labor coadyuvan a los primeros, y en general la sociedad toda, que en definitiva es regida por la normativa imperante deben concurrir a su respeto y concreción, pues de lo contrario derivarán en "instituciones de papel", ya que es el hombre el que da vida a las normas y no éstas a aquél.

Analizado en este marco teórico el fenómeno del preso sin condena en América Latina, se advierte que desde el punto de vista de los derechos humanos un proceso penal prolongado, en especial cuando acarrea una dilatada privación de libertad, implica una violación al principio que nadie puede ser penado mientras no se compruebe su culpabilidad en la forma legalmente establecida.

La prisión preventiva constituye una limitación excepcional que pesa sobre un sujeto y su prolongación y generalización excede el marco de la racionalidad, alterando el principio acusatorio, reemplazándolo por el inquisitorio puro. Su amplitud y extensión temporal más allá de un límite tolerable, a la luz del principio del debido proceso, hace desaparecer la garantía formal de un proceso penal contradictorio, acusatorio y público.

Debe mantenerse su carácter de excepcional, pues su generalización, en los términos antedichos significaría aniquilar el principio de inocencia. En consecuencia, el estudio analizado denota que en la región, si bien existe una consagración formal de los principios del liberalismo penal, las garantías procesales, la ejecución penal resocializadora, en la práctica éstas no han sido respetadas en su integridad, lo que se ha visto favorecido, en el período de que se trata, por la proliferación de regímenes dictatoriales.

Ello ha creado una distorsión temporal del proceso criminal, donde hay sujetos que en la práctica están sufriendo a título de medida cautelar intraprocesal, una privación de libertad en todo similar a aquella que sufriría de ser condenado (eventualidad) mientras existen textos normativos que propugnan su dignidad como garantía básica del sistema penal.

Vale decir, se produce en los hechos una brecha, entre la ideología práctica realizada en el plano social y la ideología formal o jurídica, plasmada en los textos legales y constitucionales; siendo un imperativo actual el arbitrar los medios necesarios para reducir tal distanciamiento a fin de realizar en forma efectiva los derechos humanos y de legitimar el control social del Estado en el área penal, toda vez que éste lo estará sólo en la medida que realice dichos objetivos en el plano fáctico.

Asimismo, se sostiene que el fenómeno impide el desarrollo social en la región. Es así como en la Declaración de Caracas de 1980 se señala que la prevención del delito "Depende ante todo de los progresos que se realicen en el mundo para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de calidad de la vida"; "En la prevención del delito y la justicia penal deben ser examinados dentro del contexto del desarrollo económico, de los sistemas políticos, de los valores sociales y culturales y del cambio social, así como dentro del contexto del nuevo orden económico internacional". Se declara que "El objetivo final del desarrollo ha de ser el continuo aumento del bienestar en toda la población sobre la base de su plena participación...y justa distribución", reafirmando "La necesidad de que los sistemas de prevención del delito y de justicia penal estén en consonancia con los principios de la justicia social".

De dicho texto, así como de otros referentes al mismo tema, se originaron estudios y trabajos criminológicos demostrativos de que la misma desigualdad existente en la participación de los beneficios del desarrollo, es la desigualdad que caracteriza los sistemas penales de la región cuando son medidos en los grandes números.

Así, se puede decir que la prisión preventiva tiene un uso desigual respecto de las clases sociales inversamente proporcional a la distribución que la estructura social efectúa de los beneficios del desarrollo. Por ende, el elevado número de sujetos sometidos a prisión preventiva es un "síntoma revelador de un sistema penal incompatible con un desarrollo económico orientado al mejoramiento de las condiciones de vida".

Se desvirtúa así la función del sistema penal como control social racional respetuoso de la dignidad del hombre, al incumplir su papel de educador y formador que muestra a la ciudadanía el juicio de la comunidad frente al infractor y la sanción racional, que tiende a reinsertarlo socialmente; sino que es la decisión secreta, con prueba incompleta, que sin control público lo priva de libertad por tiempo considerable iniciando un proceso de estigmatización criminalizante mediante una lesión grave a su personalidad causada por lo prolongado de la medida sin que exista sentencia condenatoria.

De manera que en el plano procesal penal, tal distorsión revela un proceso inquisitorio puro que vulnera las garantías consagradas a nivel constitucional e , incluso, legal. Y, en el plano penal de fondo, convierte a este instituto en un instrumento netamente intimidatorio, graduado no sólo en razón de la gravedad de la imputación, sino también en otros criterios y conforme al grado de certeza de la prueba, lo que vulnera todo respeto a la dignidad humana puesto que el sujeto es utilizado como un "medio" para intimidar al resto. Llevando en definitiva a una escisión del sistema penal consagrado.

#### **- EN EL SISTEMA NACIONAL.**

En Chile, la materia es regulada principalmente en el Código de Procedimiento Penal de 1906 en su versión actualizada, que consagra un sistema procesal mixto.

Se trata en el párrafo 3º del Título IV del Libro II, bajo el epígrafe "Del procesamiento y la prisión preventiva".

#### **PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.**

- Que se trate de delito para los cuales la ley prevé la prisión preventiva, es decir, que no se trate de aquéllos que sólo admiten citación.

- Es necesario que el sujeto sea sometido a proceso, para lo que a su vez es menester que se haya comprobado el hecho punible; que aparezcan presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en él como autor, cómplice o encubridor; que el sujeto haya prestado declaración en el proceso, salvo casos de excepción. ejemplo: ley de cheques.

- Que haya motivo para mantenerlo en prisión preventiva, el que debe expresarse en la resolución.

**CLASES DE EXCARCELACION PREVISTAS POR EL LEGISLADOR.**

**- ATENDIENDO A SI REQUIERE CAUCION.**

**i. SIN FIANZA. Arts. 357 y 358 CPP.**

- Cuando el delito tiene pena inferior a presidio menor en grado mínimo.

- Cuando, no obstante tratarse de delito que merezca pena superior a la señalada, pero inferior aflictiva, en primera instancia se absuelve o sobresee al sujeto, aún cuando la sentencia o auto hayan de ser revisados por tribunal superior.

- Respecto del reo condenado en primera instancia a una pena cuyo tiempo se hubiere completado durante la detención y prisión preventiva.

**ii. CON FIANZA SIMPLE. Art. 359 CPP.** "Se suspenderá el decreto de detención o prisión preventiva contra una persona sindicada de delito al que la ley no señale pena aflictiva, siempre que ella afiance suficientemente su comparecencia en el juicio y la ejecución de la sentencia que se pronuncie. Y si esa persona da previamente fianza no se librarán aquellos decretos".

- A los autores de delitos al que la ley impone una pena menor a las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en su grado máximo.

- A los cómplices o a los encubridores de delito a que la ley señale una pena mayor que las del número precedente, cuando según la ley haya de reducirse la pena a una menor que las designadas en dicho número.

- A los reos de delito frustrado o de tentativa que se hallen en el caso del N<sup>o</sup> 1. y

- A los procesados como autores o cómplices o encubridores de cualquier delito, siempre que, por las circunstancias atenuantes que concurran o por las que resten una vez compensadas ellas con las agravantes del caso la pena sea menor que las expresadas en el mismo N<sup>o</sup> 1.

iii. **CON FIANZA REAL O CALIFICADA.** Art. 361 CPP "Si el delito tiene asignada por ley pena aflictiva, el detenido o preso tendrá derecho a que se le conceda la excarcelación salvo los casos del artículo 363.

En este caso la resolución que otorgue la libertad provisional deberá consultarse al tribunal de alzada que corresponda.

Para los efectos de este artículo no se aceptará otra caución que hipoteca o depósito de dinero o de efectos públicos de un valor equivalente. Estas cauciones podrán ser constituidas también por un tercero".

En cuanto a la cuantía de la caución, el artículo 368 prescribe que será determinada por el juez tomando en consideración la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la justicia.

No obstante esta regla general, normas tales como el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes, Bancarias y Cheques y el 165 del Código Tributario, establecen montos equivalentes al monto del cheque, en el primer caso y en el segundo, al monto de lo defraudado.

- **ATENDIENDO A SI REQUIERE CONSULTA AL TRIBUNAL DE ALZADA.**

i. **SIN CONSULTA.** Delitos menores.

ii. **CON CONSULTA.** Art. 361 CPP, siempre que el delito requiera pena aflictiva.

- **DURACION INDEFINIDA.** Sujeto a la permanencia del auto de reo.

- **DELITOS INEXCARCELABLES.**

i. **INEXCARCELABILIDAD EXPRESA.** (Establecida formalmente en la ley)

- Extradición pasiva. Arts. 644 y ss. CPP

- Art. 363 CPP "Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados del

proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el juez estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la seguridad de la víctima del delito se encuentra en peligro por la libertad del detenido o preso cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste pueda realizar atentados graves en su contra.

El Tribunal deberá dejar constancia en el proceso, en forma pormenorizada, de los antecedentes calificados que hayan obstado a la libertad provisional, cuando no pueda mencionarlos en la resolución, por afectar el éxito de la investigación".

#### CRITERIOS A CONSIDERAR POR EL JUEZ.

##### GENERICOS. Art. 363 inc. I CPP.

- Cuando la detención o la prisión sea estimada por el juez estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación.

- Cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

ESPECIFICOS. Art. 363 inc.I y final CPP. Casos en que el legislador estima que existe peligro concreto para la víctima, por existir antecedentes calificados que permiten presumir que el reo pueda realizar atentados graves en su contra. Sin embargo, el legislador prevé formalidades legitimantes, para la denegación de excarcelación, contempladas en el art.363 inc.I y final, a saber:

- El tribunal debe fundar su resolución.

- Dicho fundamento debe basarse en antecedentes calificados del proceso.

- El tribunal deberá dejar constancia en el proceso, en forma pormenorizada de los antecedentes calificados que hayan obstado a la libertad provisional, cuando no pueda mencionarlos en la resolución, por afectar el éxito de la investigación.

**ii. INEXCARCELABILIDAD TACITA.** Arts. 44 Ley de Cheques y 165 Código Tributario.

Se estima por la doctrina que serían tales, ya que por la cuantía de la caución exigida para conceder la libertad provisional, la hacen prácticamente improcedente.

Se ha salvado la vulneración que con estas normas se produce a la regla general que sostiene la excarcelabilidad, mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a fin de dejar sin efecto la resolución que deniega la libertad provisional fundada en ellas, debido a que estarían conculcando el derecho constitucional de la libertad personal.

**CESACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.** Art. 377, 362 y 408 y ss. CPP

i. Por revocación del auto de reo, por ejemplo sobreseimiento definitivo, caso en el cual el sujeto sale del proceso y recobra su libertad sin condiciones.

ii. Existencia de temor de que el reo vaya a eludir la acción de la justicia.

iii. Si el reo no cumple con la formalidad de presentarse en secretaría del tribunal en los días que se determine.

iv. En general, en el caso establecido en el inc. II del art. 363, esto es, cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que el sujeto constituido en prisión preventiva pueda realizar atentados graves en contra del ofendido.

A su vez, la Constitución Política del Estado, en su artículo 19 Nº 7 consagra la libertad personal como una "garantía", como se vio en su oportunidad, estableciendo como criterios para la mantención de la prisión preventiva la necesidad de propender al éxito de la investigación, la seguridad de la persona del ofendido

y la seguridad de la sociedad, entregando a la ley la regulación de los requisitos y formalidades para la obtención de la libertad provisional.

Es así como lo que se entrega al legislador es sólo la "regulación formal" para su obtención, pero no la facultad de afectar en su esencia al derecho. De ahí que se afirme la inconstitucionalidad de las normas que establecen una inexcusabilidad para delitos monetarios ya que, como se estudió, a nivel internacional se encuentra prohibida la "prisión por deudas", siendo los únicos criterios legítimos a considerar para los efectos de la mantención de la privación de libertad durante el proceso, los inspirados en los genéricos enunciados en la Carta Fundamental.

En cumplimiento al imperativo constitucional es que el Código de Procedimiento Penal regula el procedimiento de obtención de la libertad provisional, que no se analizará por ser ajeno al objeto principal de este trabajo.

A su turno, el artículo 21 CPE consagra el Amparo como medida de protección a esta libertad, norma complementada por los artículos 306 y ss. CPP y el Auto Acordado de la Iltma. Corte Suprema, sobre su tramitación y fallo, de 1938, en su versión actualizada.

#### - ANALISIS ESTADISTICO.

Resulta de especial importancia a nuestro trabajo, el estudiar la incidencia de la institución que nos ocupa, en nuestro entorno, a este efecto, hemos extractado las siguientes estadísticas, que si bien corresponden a datos oficiales, reflejan en cierta forma cual es el panorama de la prisión preventiva, especialmente analizada teniendo como universo la población penal. En este sentido, en 1972, sobre un total de 9505 presos, 4204 correspondían a sujetos sometidos a prisión preventiva, esto es un 42,22% del total y en 1981, sobre un total de presos de 12876, 6273 lo estaban por este concepto, equivalentes a un 52,21%. La información señalada respecto al año 1972 fue extractada del documento de Naciones Unidas A/CONF. 56/6, y la de 1981 corresponde a datos oficiales emanados del Instituto Nacional de Estadística.

A su turno, en "Estadística penal mensual de Gendarmería de Chile", de Diciembre de 1990, se consigna una evolución de la población reclusa desde 1974, y hasta 1990, en los términos siguientes:

AÑO	DETENIDOS		PROCESADOS		CONDENADOS		TOTAL	INDICE
1974	3894	26,79%	6306	43,39%	4330	29,80%	14.530	100,00
1975	2474	16,29%	7116	46,86%	5594	36,84%	15.184	104,50
1976	2113	13,39%	7579	48,06%	6077	38,54%	15.769	108,53
1977	1734	11,29%	7177	46,72%	6447	41,97%	15.360	105,71
1978	1554	10,69%	6450	44,38%	6528	44,92%	14.532	100,01
1979	1715	11,50%	6772	45,40%	6428	44,92%	14.915	102,65
1980	1836	12,05%	7272	47,75%	6122	40,20%	15.230	104,82
1981	1853	12,58%	7110	48,28%	5763	39,13%	14.726	101,35
1982	1950	11,75%	7750	46,70%	6898	41,56%	16.598	114,23
1983	2052	11,08%	8542	46,11%	7931	42,81%	18.525	127,49
1984	2081	10,83%	8617	44,83%	8524	44,34%	19.222	132,29
1985	2081	10,28%	8550	42,25%	9604	47,46%	20.235	139,26
1986	2248	10,53%	9395	44,01%	9705	45,46%	21.348	146,92
1987	2283	9,77%	10715	45,84%	10378	44,39%	23.376	160,88
1988	2330	9,32%	11204	44,86%	11441	45,81%	24.975	171,88
1989	2423	9,61%	10751	42,66%	12032	47,73%	25.206	173,47
1990	2356	10,14%	9438	40,63%	11435	49,23%	23.229	159,87

Es importante hacer mención a que este cuadro emana de información cuantitativa de uso interna del Servicio de Gendarmería, y, que se traducen en circulares relativamente informales que periódicamente dan cuenta de la población penitenciaria existente en cada recinto categorizada según se trate de detenidos, procesados y condenados.

- NECESIDAD DE UNA COORDINACION NORMATIVA.

La propia estructura de la norma penal evidencia que su actuación requiere la intervención de una autoridad estatal, pues no se concibe un sometimiento voluntario a la pena. De esta manera existe un orden de punir que se dirige a la autoridad pública, el destinatario del mandato de imponer la pena no es el mismo que el de la prohibición. Ello porque el interés público que inspira al derecho penal exige el castigo del verdadero culpable, y no de cualquiera que acceda someterse a él.

En este contexto podría afirmarse que el derecho procesal está al servicio del derecho penal, es imprescindible respecto de aquél, ya que sin éste no podría "tocarle un pelo" al delincuente, pues la pena que éste debería sufrir se encuentra sólo en los papeles y únicamente el derecho procesal permitirá que la sanción abstractamente conminada se concrete respecto de una persona determinada.

Si bien la existencia del derecho procesal tiene como fundamento realizar al derecho penal, no se agota su función en ser su mero instrumento, sino además instrumentando al derecho constitucional, reglamenta un sistema de garantías en favor de quien, por sospecharse autor del hecho punible investigado, se intenta someter a una pena. Esto es así porque la propia norma constitucional establece condiciones para llevar a cabo el juicio previo la sanción, impidiendo que se intente actualizar el derecho penal, vulnerando sin necesidad los derechos del sujeto.

Es importante que exista una coordinación normativa, por cuanto la Constitución es canal y cauce del derecho penal.

**Canal**, porque la pretensión represiva que fluye de la noticia de la comisión de un delito, tiene un mecanismo para el logro de su satisfacción en el caso concreto: el proceso, el cual debe seguir un método y una dirección determinada.

**Cauce**, porque establece los límites dentro de los cuales debe correr esta afluencia, impidiendo desbordes y marcando un curso delineado por el respeto de los derechos del individuo sometido a la pretensión penal, que no puede ser superado por la corriente punitiva.

En Chile, con el advenimiento de la democracia, en 1990, el legislador busca los medios para hacer realidad los principios consagrados y reconocidos en la Carta Fundamental, tratando de acortar la brecha existente entre situación fáctica y normativa. Es así, como gracias a una moción de los distintos partidos existentes a la época se reforma el artículo 5 CPE que permite la adecuación de la normativa interna a la internacional, especialmente al Pacto de San José de Costa Rica y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Además, se dictan las Leyes Cumplido, a fin de reformar el Código de Procedimiento Penal con el mismo objeto.

Lo anterior lleva a concluir que en nuestro país se ha llegado a la convicción de que existe una superioridad normativa de los tratados internacionales, a lo menos de los suscritos y ratificados por Chile; Que es necesario adecuar la normativa Constitucional interna a los principios en ellos consagrados; Que en consecuencia, la normativa legal también debe modificarse a fin de satisfacer tal exigencia.

Sin embargo no se puede caer en el error de dictar modificaciones apresuradas e inorgánicas de textos legales y de códigos, que no respondan a ninguna concepción coherente, que sólo sirven de paliativo, mas no solucionan la cuestión de raíz. Es así como se requiere una reforma integral, que no permita que subsistan situaciones tales como las de la ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y la del Código Tributario; de ahí la importancia que cabe al magistrado en esta tarea, por cuanto, sólo en la medida que siga adoptando el criterio de inconstitucionalidad de estas normas, se propenderá a la concreción efectiva de los principios de la Constitución Procesal Penal.

No debe pensarse que un sistema procesal, fundamental en la actuación efectiva del sistema penal, que realice plenamente los principios de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, y por consiguiente, que reduzca al límite razonable de medida precautoria los casos que resten de prisión preventiva institucionalizada, podría realizarse mediante un simple cambio de legislación procesal. El proceso penal siempre lo actuarán hombres y la formación de los mismos señalará el grado de eficacia del sistema. De ahí la necesidad de formar a nuestros magistrados en la ideología de pleno respeto a los principios que esta teoría

sustenta y en general de la dignidad humana.

#### CONCLUSIONES FINALES.

A. Necesidad de analizar la legitimidad de las medidas privativas de libertad durante el Proceso Penal.

La excesiva utilización de la prisión, ya con carácter preventivo o de pena, se vio reflejada en las altas tasas de personas privadas de su libertad en los países latinoamericanos, verificada en un estudio comparativo estadístico y legal realizado por el "Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente", entre los años 1972 y 1982.

Producto de lo anterior, de un cúmulo de estudios evaluativos respecto a los efectos nocivos de la cárcel en la vida ciudadana, y de trabajos teóricos y empíricos demostrativos de las injusticias generadas en la aplicación de estas medidas, surge el movimiento de desinstitucionalización de la prisión preventiva que se cuestiona su conveniencia y necesidad, dados sus altos costos negativos.

Este movimiento se ve impulsado, entre otros, en los congresos V y VI de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, años 1975 y 1980, respectivamente, en cuyos foros se recomendó desinstitucionalizar estas medidas en los distintos niveles del sistema de justicia penal y el uso alternativo de otras formas menos dañinas socialmente.

B. Fundamentos de legitimidad o desestimaciones de la existencia de la Prisión Preventiva en Chile a la luz de la Teoría de la Constitución Procesal Penal.

Se han detectado los siguientes fundamentos de la prisión preventiva en el ordenamiento nacional:

1. Exito de la investigación sumaria. En el entendido que es de interés general que se cumplan los objetivos del proceso penal, cuales son, la averiguación de la verdad sobre el hecho punible; Y sobre quien o quienes serían los sujetos responsables de éste.

2. Seguridad del ofendido y de la sociedad, consecuente con el objeto general del sistema punitivo, y del Estado, que es propender el bien común, que pasa necesariamente por el bien de cada uno de sus integrantes.

3. Aseguramiento de la persona del presunto responsable, en la satisfacción de sus obligaciones procesal penales, ya sea en la substanciación del proceso como en el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria, cuando sea privativa de libertad.

Si bien estos argumentos justifican la existencia de la institución, no es menos cierto que:

1. No puede disfrazarse con el criterio de necesidad de impedir que peligre la investigación, con la comodidad del juez, que pretenda tener fácilmente a su alcance al sujeto procesado, debe regirse en atención a razones de estricta necesidad, esto es debe existir el peligro concreto de que realice maquinaciones destinadas a entorpecer tal tarea, pues está sujeto al principio de utilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida.

2. Deben establecerse criterios objetivos de peligrosidad del sujeto, los cuales, si bien se han establecido en nuestra legislación procesal penal, deben ser aplicados sólo en los casos que el magistrado advierta fundadamente que existe peligro concreto de que la libertad del sujeto pasa necesariamente por la amenaza actual e inminente de un daño de tal entidad a la sociedad o al ofendido, en bienes que sea superiores a la vulneración de la libertad personal del afectado. Se trata en consecuencia de un especial "estado de necesidad" que justifica la privación de un bien de la jerarquía de las garantías constitucionales, que ha de fundarse en todo caso en los antecedentes que existen en autos.

3. Los criterios en este caso deben llevar a asegurar que exista la convicción del juzgador respecto al peligro concreto de que el sujeto tratará de eludir la acción de la justicia. Que asimismo deberá emanar de los antecedentes que se han recabado en el curso de la investigación. Debe reconocerse que nuestro legislador ha sido bastante claro en el Código de Procedimiento Penal en su establecimiento.

4. El análisis histórico de la legislación nacional al respecto, nos lleva a concluir que, la tendencia que ha primado es la que avanza hacia un reconocimiento progresivo de los principios que inspiran la Teoría de la constitución Procesal Penal, mediante la adecuación de la normativa legal pertinente, camino que si bien no ha sido recorrido en su totalidad, la evolución normativa se dirige necesariamente a su plena concreción, a lo menos en los textos positivos.

### C. PROPUESTA FINAL.

En la elaboración de este acápite hemos atendido a que con la prisión preventiva se ve afectada la libertad personal, en su aspecto facultad de movilizarse y permanecer en un determinado lugar al arbitrio de su titular, garantizada constitucional y aún supraconstitucional, bien jurídico directamente emanado del reconocimiento ilimitado de la dignidad humana como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho, en cuyo resguardo los integrantes de la sociedad han aceptado ceder o restringir su libertad en favor del Estado, al cual dotan, entre otras potestades del ius puniendi, a fin que éste, en cuanto garante del bien común, establezca los mecanismos necesarios para que cada uno de sus integrantes accedan a los beneficios de la vida social.

De esta forma, el poder punitivo sólo es legítimo en la medida que el Estado actúe acorde a la máxima que reza que es él quien debe estar al servicio del hombre, en tanto medio para alcanzar su felicidad y no es este último quien deba ser instrumento para alcanzar los fines del primero.

Para el logro del objeto principal del Estado, y como última ratio, es que éste ha establecido el sistema penal y en consecuencia el sistema procesal penal, en que se prevé la posibilidad de privar de libertad a un sujeto respecto del cual existen antecedentes de que ha participado en un hecho punible.

En todo caso la normativa al respecto debe constar en normas jurídicas específicas, que acoten la materia de manera clara y determinada, tanto referido a qué se entiende en la sociedad por un delito específico como en cuanto a las normas procedimentales,

que garanticen el general conocimiento y seguridad en cuanto a su contenido, atendido el principio de legalidad y seguridad jurídica, ya enunciado por Binding.

Dada la entidad del bien que con estas medidas se ve conculcado, y a que el sujeto se encuentra amparado por el estado de inocencia mientras no se dicte una sentencia condenatoria en su contra, y en tanto persona mantiene su dignidad cualquiera sea la decisión judicial que respecto a su responsabilidad que tarde o temprano se pronuncie, es que toda la normativa al respecto debe ser interpretada en forma restrictiva, de manera tal que no se afecte al derecho en su esencia sin que exista un título que lo legitime.

Asimismo deben preverse mecanismos tendentes a hacer cesar esta situación de precario en que se encuentra sindicado como presunto participante en un hecho que reviste caracteres de delito, que hacen peligrar o a lo menos torna insegura su condición de hombre plenamente libre. En este sentido es ilegítimo al sistema penal integral la existencia de procesos de duración excesiva, por ir contra el principio del debido proceso.

Sin embargo no basta con el establecimiento de una normativa de pleno respeto a los principios de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, sino que debe formarse a los magistrados en esta escuela a fin de que en su labor de creador del derecho concreto y en definitiva como el órgano al que la Constitución Política de Estado entrega la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción penal, como concreción del ius puniendi estatal, decidan los conflictos de intereses de relevancia jurídica acorde a ellos. Nos referimos tanto a la decisión fin como a aquellas que hacen avanzar el procedimiento, derivadas de convicciones parciales sobre los objetos del proceso penal.

De ahí que se proponga específicamente el establecimiento en nuestras escuelas de derecho, donde se gestan los magistrados del futuro de un sistema coordinado de enseñanza del sistema penal, que comprenda su base sustantiva, hoy enseñada a través de la cátedra de Derecho Penal y adjetiva (cátedra de Derecho Procesal Penal) que garantice una formación integral de pleno respeto a las garantías fundamentales, que son las que se encuentran detrás de los principios de la Teoría de la Constitución Procesal Penal, lo

cual debiera estar a cargo de ambos departamentos en un intento de coordinación docente.

Complementa lo anterior la necesidad de incorporar al estudio del sistema penal, las normas referidas a derechos humanos.

Asimismo tal formación debe desterrar la idea de que el juez es un mero aplicador de la norma jurídica tal cual esta aparece ante sus ojos y cualquiera sea la consecuencia que ello trae consigo; debe tomarse conciencia de que el hombre es quien crea las instituciones para su propio bienestar, y si no toma las riendas en su efectiva aplicación inspirada en este fin, no se reflejará en una concreta tutela de los derechos humanos, por cuanto por muy perfecta que sea una institución, si no existen hombres dotados de sentido de justicia sino meros exégetas, ellas se vuelven contra el propio hombre que las ha creado.

En definitiva no debe olvidarse que la naturaleza del hombre es fundamento y límite del Estado.

## INDICE

INTRODUCCION	002
CAPITULO I. DERECHO PENAL LIBERAL	
DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO	004
DERECHO PENAL OBJETIVO O IUS POENALE	004
DERECHO PENAL SUBJETIVO O IUS PUNIENDI	016
CONCEPTO	016
ENTORNO HISTORICO EN QUE SURGE EL CONCEPTO	017
LEGITIMACION DEL IUS PUNIENDI: JUSTIFICACION DE LA PENA ESTATAL.	019
Concepto de legitimidad.	019
Análisis histórico-dogmático del concepto de legitimidad.	020
Importancia del cuestionamiento de la legitimidad del poder punitivo del Estado.	024
Análisis dogmático de las críticas a los fundamentos de legitimidad del Derecho Penal.	029
Análisis histórico de los fundamentos de legitimidad del Derecho Penal.	030
El esfuerzo limitador de Beccaria.	031
Principios plasmados en la Ilustración.	035
Niveles de deslegitimación del Ius Puniendi estatal.	036
Desarrollo histórico en nuestro continente.	041
LIMITES AL IUS PUNIENDI	043
Limites formales (Principio de legalidad y Estado de Derecho)	043
Limites materiales.	046
A. Principio de necesaria protección de bienes jurídicos.	046
B. Principio de Subsidiariedad o de mínima intervención del Estado.	050
C. Principio de culpabilidad.	053
DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO	059
DERECHO PENAL Y ESTADO LIBERAL DE DERECHO	064
DERECHO PENAL Y ESTADO INTERVENCIONISTA	068
DERECHO PENAL Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO	069
DERECHO PENAL, CONSTITUCION, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO	075
Concepto de Derechos Humanos en un análisis histórico.	075
Vinculación entre Constitución y Derecho Penal.	088
Constitución Política de Estado como marco adecuado para garantizar la aplicación de estos principios.	099
Situación Nacional.	102
i. Artículo 5º de la Constitución Política de Estado.	103
ii. Modificación constitucional.	106
iii. Implicancias de la Modificación al artículo 5º CPE	107
CAPITULO II. TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL	
A. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL LIBERAL CON INCIDENCIA PROCESAL.	108
1. Principio de legalidad o reserva legal.	108
2. Principio de igualdad ante la ley.	109
3. Principio de oportunidad.	110
4. Principio de respeto a la Dignidad Humana.	112
5. Principio de inocencia.	113
6. Principio non bis in idem.	117
7. Principio de libertad procesal.	118

B. DERECHO PROCESAL PENAL	123
Concepto, contenido y fases de desarrollo.	123
Sistemas procesales penales.	130
1. Acusatorio.	130
2. Inquisitivo.	132
3. Mixto.	134
C. PRINCIPIOS PROPIAMENTE PROCESALES DE RANGO SUPRALEGAL.	136
- Derecho a ser juzgado por el juez natural.	136
- Derecho a defensa.	138
- Principio del debido proceso.	142
- Principio acusatorio.	150
- Principio pro reo.	151
- Principio de publicidad.	153
- Principio del juicio previo.	154
- Principio Forum Delicti Comissi.	156
C. TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL	156
I. Constitución proceso y Derecho Procesal Penal.	156
II. Principios penales con incidencia procesal de rango constitucional en el ámbito nacional.	160
1. Bases Orgánicas.	162
- El conflicto y sus formas de solución	162
- La jurisdicción	163
- Tribunales de Justicia	165
- Los jueces	165
- Competencia	166
- Inexcusabilidad	168
2. Bases Funcionales.	168
- Proceso como forma de solución de conflicto	169
- Procedimiento	170
- Sentencia y cosa juzgada	170
3. Acciones especiales.	171
- Amparo	171
- Inaplicabilidad por inconstitucionalidad	171
- Acción indemnizatoria por sentencia penal declarada injustificadamente errónea o arbitraria	172
3. Fundamentos de su legitimidad dogmática.	172
- Rango Normativo (Reconocimiento constitucional en Chile y Derecho Comparado.	172
Constitución española de 1978	172
Constitución nacional argentina	174
Constitución colombiana	175
- Reconocimiento supraconstitucional (Pacto de San José)	176
D. FORMULACION DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL	176
E. ADECUACION DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL A LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL	177
F. PROPUESTA DE UNA SISTEMATIZACION DOGMATICA Y NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL COMO BASE DE ANALISIS	179
CAPITULO III MEDIDAS QUE AFECTAN EL DERECHO DE LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL.	
A. INTRODUCCION	180
B. CONCEPTO	181

C. ORIGEN HISTORICO	181
D. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL LEGISLADOR AL PREVER ESTAS MEDIDAS.	186
E. LIMITE GENERAL A LAS MEDIDAS DE ESTA ESPECIE	189
F. CLASES DE MEDIDAS QUE AFECTAN LA LIBERTAD PERSONAL	189
LA CITACION.	189
LA DETENCION.	190
EL ARRAIGO.	193
LA PRISION PREVENTIVA.	195
ANTECEDENTES HISTORICOS.	195
CONCEPTO.	197
NATURALEZA JURIDICA.	199
FUNDAMENTOS DE EXISTENCIA DE LA PRISION PREVENTIVA.	213
- Marco teórico	213
- A la luz de los objetivos del sumario criminal	217
- Marco Normativo del Sumario criminal	218
PRINCIPIOS QUE LIMITAN O INFORMAN A LA PRISION PREVENTIVA.	219
Libertad	219
Dignidad humana	224
Proporcionalidad	228
Utilidad	229
Peligrosidad	230
Temporalidad	232
Provisionalidad	233
TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA PRISION PREVENTIVA.	234
- Introducción	234
- Normativa Nacional	235
a. Antecedentes históricos	235
b. Evolución constitucional	236
c. Normas de rango legal	245
JUICIO DE LEGITIMIDAD DE LA PRISION PREVENTIVA O PRISION PROCESAL A LA LUZ DE LA TEORIA DE LA CONSTITUCION PROCESAL PENAL	256
En el entorno latinoamericano	256
A. Introducción.	256
B. Factores que llevan a la Prisión preventiva en la región.	259
C. Análisis del fenómeno a la luz de la teoría de la Constitución Procesal Penal.	259
En el sistema nacional.	262
- Presupuestos de procedencia.	262
- Clases de excarcelación previstas por el legislador.	263
- Criterios a considerar por el juez.	265
- Cesación de la libertad provisional.	266
- Análisis estadístico.	267
Necesidad de una coordinación normativa	269
CONCLUSIONES FINALES	271
A. Necesidad de analizar la legitimidad de las medidas privativas de libertad durante el proceso penal.	271
B. Fundamentos de legitimidad o desestimaciones de la existencia de la prisión preventiva en Chile a la luz de la Teoría de la Constitución Procesal Penal.	271
C. Propuesta Final.	273

## BIBLIOGRAFIA.

### I. LIBROS.

- ALCAIDE, ALVARO. "De la libertad provisoria de los procesados".
- ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA. "La Prisión Provisional".
- BARBERO SANTOS, MARINO. "Marginación Social y Derecho Represivo".
- BAUMANN, J. "Derecho Penal" (1973)  
"Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales. Introducción sobre la base de casos".
- BECCARIA, CESAR BONNESSANA, MARQUEZ DE. "De los delitos y las penas". (Ed. 1957).
- BERTOLINO, PEDRO J. "El funcionamiento del Derecho Procesal Penal" (1985).
- BOIX REIG, JAVIER "Repercusiones de la Constitución Política en el Derecho Penal".
- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. "Bases críticas de un Nuevo Derecho Penal", 1982.  
"Introducción al Derecho Penal".
- CALDERON FUENTES, ORLANDO. "La libertad provisional en la actual legislación" (1981).
- CARNELUTTI, FRANCISCO. "Las miserias del Proceso Penal" (1959).  
"Lecciones sobre el Proceso Penal" (1950).  
"El Proceso Penal como una pena" (1947).
- CARRANZA, ELIAS. "El preso sin condena en América Latina y el Caribe" Costa Rica, (1983).
- CEREZO, J. "Problemas fundamentales del Derecho Penal" (1982).
- GIMENO SENDRA, JOSE. "La Detención".  
"Tratado de Derecho Procesal Penal".
- GONZALEZ CALDERON, JUAN A. "No hay justicia sin libertad".
- KELSEN, HANS. "Teoría pura del Derecho".
- LONDOÑO JIMENEZ, HERNANDO. "Derecho Procesal Penal".
- MARSHALL, GEOFFRE. "Teoría Constitucional".
- MILL, JOHN STUART. "Ensayo sobre la libertad".
- MINISTERIO DE GOBIERNO (ARGENTINA). "Excarcelación Provisoria y eximición de prisión preventiva".
- MOHOR A., SALVADOR. "La Libertad provisional".
- MUNOZ CONDE, FRANCISCO. "Derecho Penal y Control Social".
- NINO, CARLOS. "Introducción al análisis del Derecho". (1984).  
"Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito" (1980).

NOZICK, ROBERT. "Anarquía, Estado y Utopía" (1988).

NOVOA MONREAL, EDUARDO. "Causalismo y Finalismo en el Derecho Penal" (1984).

PEREIRA PEREIRA, ANIBAL. "De la libertad provisional del procesado."

PRIETO CASTRO Y OTRO. "Derecho Procesal Penal".

RAWLS, JOHN. "Teoría de la Justicia" (1978).

REYES F., JUAN DE DIOS. "Libertad provisional o excarcelación."

RODRIGUEZ, GONZALO. "Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la Organización Jurídica"

ROMERO, C. "Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo" (1986).

ROMERO ARIAS, ESTEBAN. "La presunción de inocencia".

ROXIN, CLAUS, GÜNTER, ARTZ Y TIEDEMANN, KLAUS. "Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal" (1989).

ROXIN, CLAUS. "Política Criminal y Sistemas de Derecho Penal" (1976).

SANDOVAL HUERTA, EMILIO. "Sistema penal y Criminología Crítica". "La pena privativa de libertad en Colombia y Alemania".

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTIN. "Estudios sobre Derechos Humanos".

TORNAGHI, HELIO. "Manual de proceso penal. prisao e liberdade".

VILUGRON CASTILLO. "La libertad provisional de los procesados 1949. Dirección General de Prisiones."

WELZEL, HANS. "Derecho Penal Alemán" (1976).

ZAVALETA, ARTURO. "La prisión preventiva y la libertad provisoria; antecedentes históricos".

## II. ARTICULOS DE REVISTAS.

1. REVISTA DOCTRINA PENAL. Edit. Depalma, Buenos Aires.

BARATTA, ALESSANDRO. "Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)" Nº 37 a 40, Año 1987.

BUENO ARUS, FRANCISCO. "Las normas penales en la Constitución española de 1978". Año 1988.

CAFFERATTA NORES, JOSE. "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal". Año 1987.

CHIAVARIA, MARIO. "Libertad personal y proceso penal". Año 1988.

LLOMPART, LOSE S.J. "Teoría y realidad del Derecho". Nº 48, Año 1989.

MAGARIÑOS, MARIO. "Garantías constitucionales del Derecho Procesal penal". Nº 41 a 44, Año 1988.

MAIER, JULIO B.J. "Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal". Año 1978.

"La gravedad y la repercusión social del hecho como fundamento del encarcelamiento preventivo en el proceso penal". Año 1979.

"Hacia una nueva justicia penal". Año 1988.

"Un caso claro de limitación temporal del encarcelamiento preventivo". Año 1983.

MALAMUD GOTI, JAIME E. "¿Puede subsistir el Derecho Penal Liberal?". Año 1981.

MINVIELLE, BERNARDETTE. "La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal". Año 1988.

MIR PUIG, SANTIAGO. "La nueva Constitución española y el Derecho Penal". Año 1979.

RIGHI, ESTEBAN Y OTROS. "Elementos del Derecho Penal y Proceso penal". Nº 45, Año 1989.

RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE. "La reforma penal de la Ilustración". Nº 41 a 44, Año 1988.

ROXIN, CLAUS. "El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo". Año 1979.

STRATENWERGTH, GÜNTHER. "Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho Penal a propósito del ejemplo de la reforma alemana del Derecho Penal". Año 1979.

VASQUEZ ROSSI, JUAN. "Reforma procesal penal y Tribunal de casación". Nº 45, Año 1989.

2. REVISTA DE CIENCIAS PENALES. Edit. Universitaria S.A., Santiago:

CEREZO MIR, JOSE. "Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983". Años 1987-1989.

ETCHEBERRY, ALFREDO. "Hacia una reforma del procedimiento penal. Exposición crítica del Sistema Procesal Penal Chileno". Año 1965.

GALECIO, RUBEN. "El Ministerio Público. Orientaciones para una reforma del CPP". Año 1967.

"Trabajo preparatorio para una reforma del CPP". Año 1967.

JESCHECK, HANS HEINRICH. "Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal Alemán". Años 1978-1981.

LEONE, GIOVANNI. "El tributo que la humanidad debe a César Beccaria".

NUVOLONE, PIETRO. "Legalidad, Justicia, Defensa Social". Año 1965.

ORTUZAR E., ENRIQUE Y OTROS. "Proyecto de ley que crea los Juzgados de instrucción y de sentencia en materia criminal e introduce diversas modificaciones a los Códigos penal, de procedimiento penal y orgánico de tribunales". Año 1964.

ORTUZAR, WALDO. "El juicio oral". Año 1965.  
"Tratado de Derecho Procesal". Año 1965.

VARAS, EDUARDO. "El sistema penitenciario sueco".

3. REVISTA NUEVO PENSAMIENTO PENAL. Edit. Depalma, Buenos Aires.

BACIGALUPO, ENRIQUE. "El Derecho Penal de Culpabilidad en el proyecto de CP".

"Reflexiones sobre la reforma del sistema de reacciones penales ejemplificadas en el Derecho Penal Argentino". Año 1977.

BARBERO SANTOS, MARINO. "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente. Presupuestos para su reforma". Año 1974.

BAUMANN, JURGEN. "Culpabilidad y expiación ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual?".

BERGALLI, ROBERTO. "La política criminal en la República Argentina". Año 1974.

CARRIO, GENARO. "La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado". Año 1977.

DONNA, EDGARDO. "La crisis del pensamiento penal y su superación" Año 1974.

FINZI, CONRADO. "Las medidas de seguridad y coerción en Alemania según la ley de 24 de noviembre de 1933. El proyecto de 1962. El Proyecto alternativo y la primera y segunda ley de reforma".

FRAGOSO, HELENO CLAUDIO. "Aspectos jurídicos de la marginalidad social. Relato oficial del IX Congreso Internacional de Defensa Social. Caracas. Agosto 1976".

JOACHIM RUDOLPHI, HANS. "Los diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico". Año 1975.

LATAGLIATA, ANGELO. "Problemas de la discrecionalidad en el Derecho Penal".

MAIER, JULIO B.J. "La acción, el objeto, los sujetos en el Derecho Penal Argentino y Alemán". Año 1974.

"La reforma del procedimiento penal en Costa Rica". Año 1977.

"La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa".

"Excarcelación. Peligrosidad", en sección Jurisprudencia.

"Proyecto de ley del poder ejecutivo nacional sobre reformas al Código de Procedimiento Criminal. 1975."

4. REVISTA ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

BUENO ARUS, FRANCISCO. "La dimensión jurídica de la pena de prisión". Año 1987.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUIN. "El significado de la moderna teoría de la Culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española". Año 1986.

DELMAS M., MIREILLE. "A favor de unos principios orientadores de la legislación penal". Año 1990.

GARCIAS PLANAS, GABRIEL. "Consecuencias del principio "Non bis in idem" en Derecho Penal". Año 1989.

GONZALEZ-CUELLA, ANTONIO. Jurisprudencia Constitucional con aplicación en materia penal, Mayo-Octubre 1985 y noviembre-diciembre 1985.

LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL. "Alcance y función del Derecho Penal". Año 1989.

MIR PUIG, SANTIAGO. "Función fundamentadora y función limitadora de la Prevención General Positiva". Año 1986.

ROXIN, CLAUD. "Acerca de la problemática del Derecho Penal de la Culpabilidad".

TAVARES, JUANA. "Interpretación, Principio de Legalidad y Jurisprudencia". Año 1987.

5. HOMENAJE A HILDE KAUFMANN. "El Poder penal del Estado", Edit. Depalma, Bs. As., 1985.

HORMAZABAL, M. Y OTROS. "El poder penal del Estado".

NOVOA MONREAL, EDUARDO. "Los límites al ius puniendi".

MAIER, JULIO B.J. "Balance y propuesta del enjuiciamiento criminal del siglo XX.

6. REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.

VASQUEZ SOTELO, JOSE LUIS. "El principio acusatorio y su reflejo en el procedimiento penal español". Año 1982.

7. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA.

BACIGALUPO, ENRIQUE. "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del Principio de Culpabilidad?". Año 1982.

BARATTA, ALESSANDRO. "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistemática". Año 1986.

"Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley penal". Año 1986.

BERGALLI, ROBERTO. "Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales". Año 1980.

CANCINO, JOSÉ Y OTRO. "Normas rectoras de la ley penal". Año 1989.

CORDOVA ANGULO, MIGUEL. "Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad". Año 1989.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN. "Enfoques actuales de la teoría del delito". Año 1989.

MUÑOZ CONDE, F. "Monismo y dualismo en el Derecho Penal español y colombiano". Año 1983.

"Hacia una ciencia crítica del Derecho Penal".

MUÑOZ GOMEZ, JESUS ANTONIO. "La duración real del proceso penal".

MUÑOZ NIETO, ALCIDES. "El Estado de Derecho y la Seguridad Nacional". Año 1979.

PAEZ VALENCIA, DIDIMO. "Fundamentos constitucionales del Derecho Penal". Año 1986.

PEREZ PINZON, ALVARO. "Principios fundamentales del Derecho Penal". Año 1989.

REYES ALVARADO, YESIS. "Hacia un procedimiento más humano". Año 1989.

SANDOVAL LOPEZ, RAFAEL. "La negación del Principio de Libertad personal en Colombia". Año 1989.

#### 8. REVISTA NUEVO FORO PENAL.

BARATTA, ALESSANDRO. "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de la relaciones sociales de desigualdad". Nº15, Año 1982.

ELBERT, CARLOS A. "Historia y crisis de la pena de prisión". Nº18, Año 1983.

RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA. "La distorsión del Sistema Penal". Nº19, Año 1983.

TABORDA PEREANEZ, JAIME. "Inimputabilidad y participación criminal, medidas de seguridad y excarcelación". Nº 20, Año 1983.

CORREDOR PRINS, LESMES. "Sobre la no prohibición de la excarcelación en los delitos de hurto de ganado mayor". Nº 20, Año 1983.

#### 9. REVISTA DE DERECHO PUBLICO.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, MANUEL. "Perspectiva jurídico-política de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978". Año 1990.

MOHOR A., SALVADOR. "Las Constituciones, espejismo de la seguridad jurídica". Año 1982.

#### 10. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

APARICIO CALVO-RUBIO, JOSE. "Protección constitucional del derecho al recurso en el proceso penal". Nº 22, 23 y 24, Año 1988.

ARAGON, MANUEL. "La eficacia jurídica del Principio democrático". Nos. 22, 23 y 24, Año 1988.

BANO LEON, JOSE MARIA. "Diferencia entre Derecho Fundamental y Garantía Constitucional en la Constitución española". Nº22, 23 y 24, Año 1988.

CRUZ VILLALON, PEDRO. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". Año 1985.

"Derecho Constitucional, sistema de fuentes (comentarios al libro de Ignacio de Otto)". Nº 23, Año 1988.

GIMENO SENDRA, VICENTE. "Constitución y proceso" (Crítica de Juan Luis Requejo). Nº 25, Año 1989.

LAZAGABASTER HERRATE, INAQUI. "Las comunidades europeas y los derechos fundamentales". Nº 18, Año 1986.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO. "El principio de jerarquía normativa". Nº24, Año 1988.

11. REVISTA DE DERECHOS HUMANOS.

GUZMAN VIAL, MANUEL. "El Derecho Penal como instrumento represivo". Nº9, Año 1988.

POLITOFF, SERGIO. "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado Democrático de Derecho". Nº 11, Año 1989.

12. REVISTA DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CONCEPCION.

CERDA MEDINA, MARIO. "Las declaraciones de derechos de los ciudadanos". Nº 178, Año 1985.

"Origen de algunos principios básicos de la institucionalidad política establecida en la Constitución de 1980". Nº 176, Año 1986.

OBERG YANEZ, HECTOR. "¿Equilibrio procesal?". Nº 180, Año 1986.

PECCHI CROCE, CARLOS Y ORTIZ SEPULVEDA, ELEODORO. "La Detención. Sus fines y extensión". Nº 188, Año 1990.

WIELINGER, GERMANI. "Teoría de Kelsen sobre la democracia" Nº178, Año 1985.

13. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS PENALISTAS DEL VALLE.

ANIYAR DE CASTRO, LOLA. "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo". Año 1985.

14. REVISTA DE DERECHO PROCESAL. España, Ediciones Reunidas S.A.

ARAGONESES MARTINEZ, SARA. "Proceso penal (Información legislativa y jurisprudencial)". Año 1987.

"Principios del proceso penal". Sección Jurisprudencia. Año 1986.

LORENZO JIMENEZ, JOSE VICENTE. "Las garantías jurisdiccionales penal y civil en la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona". Año 1987.

SEOANE C., JESUS. "El Secretario judicial y las garantías constitucionales del derecho a un proceso debido". Año 1988.

15. REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA.

VASQUEZ SOTELO, JOSE LUIS. "El Principio Acusatorio y su reflejo en el Proceso Penal Español". Año 1982.

16. CUADERNO DE ANALISIS JURIDICO. Univ. Diego Portales.

"Reforma Constitucional del año 1989. Estudio Crítico."



"Reformas de la Ley 18.857."

III. APUNTES DE CLASES.

BULNES ALDUNATE, LVZ. "La indemnización por error judicial". Facultad

de Derecho, U. de Chile.

"El debido proceso legal". Fac. de Derecho, U. de Chile.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL, FACULTAD DE DERECHO, U. DE CHILE.  
"El Arraigo".

MOSQUERA, MARIO. "Consideraciones acerca de los principios informadores del procedimiento". Fac. de Derecho, U. de Chile.  
"La Prisión preventiva". Fac. de Derecho, U. de Chile.

SOTO PIÑEIRO, MIGUEL. "Presupuestos para la formulación de una Teoría jurídica del Delito". Fac. de Derecho, U. de Chile.

IV. SEMINARIOS.

FACULTAD DE DERECHO, CENTRO DE EXTENSION. U. CATOLICA. "Desafíos del Derecho Penal en Democracia", Seminario Internacional, Abril 1991.

FACULTAD DE DERECHO U. CENTRAL. "Derecho Constitucional e Interpretación?" Seminario Internacional Septiembre 1991.

CENTRO DE PROMOCION UNIVERSITARIA, en "Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial". "Las reformas penales posteriores a 1989". Abril 1993.