

SEGURIDAD Y GARANTÍAS: DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DE PREVENCIÓN DE PELIGROS

Security and guarantees: a risk-prevention oriented criminal law and criminal procedure

*María Inés Horvitz L.**

Resumen: El artículo desarrolla la situación actual de la tensión entre la creciente demanda al Estado de seguridad pública por el temor a la delincuencia, y el correlativo debilitamiento de las garantías individuales, que se resuelve a través de la legitimación performativa de instituciones jurídico-penales orientadas a la prevención de peligros. Partiendo de esta premisa, se exploran las razones del fenómeno en Chile, que pareciera exhibir, relativamente, cifras razonables de delincuencia pero que, por otro lado, muestra las mayores tasas de encarcelamiento de la región. Se examinan experiencias similares en otros países del entorno cultural y las formas en que tal problema ha sido enfrentado. Se comprueba que la práctica del proceso penal y la cárcel son los mejores indicadores para la verificación de una práctica punitiva “eficientista” que pone seriamente en peligro los derechos fundamentales.

Palabras clave: Seguridad ciudadana – garantías penales y procesales – derecho penal efficientista – modificaciones al Código Procesal Penal – negociación en el proceso penal.

Abstract: The article develops the current situation of tension between the growing demand to the State of public security by the fear of crime, and the corresponding weakening of individual rights, which is resolved through legal institutions legitimacy performative-oriented to criminal risk prevention. Based on this premise, the paper explores the reasons for the phenomenon in Chile, which appears to exhibit relatively reasonable crime figures but on the other hand, shows the highest rates of incarceration in the region. Similar experiences in other countries of our cultural environment are discussed so as the ways in which this problem has been addressed. It is found that the practice of criminal procedures and prison are the best indicators for the verification of an “efficient” punitive practice, which seriously endangers the fundamental human rights.

Keywords: public security – criminal and procedural guarantees – efficientistic criminal-law – amendments to the Criminal Procedure Code – bargaining in criminal proceedings.

* Abogada, Doctora en Derecho, Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile. Correo electrónico: mhorvitz@derecho.uchile.cl. Este artículo se corresponde, en lo fundamental, con la ponencia presentada en el marco del Primer Encuentro Estudiantil de Derecho Penal y Política Criminal, celebrado en abril de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; no obstante, para su publicación se ha realizado una versión ampliada y actualizada de la misma.

El concepto de “seguridad ciudadana” puede tener, a lo menos, dos lecturas. Si se lo vincula o identifica con la idea de seguridad jurídica, entonces pasa a convertirse en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho.¹ En efecto, en todas las Constituciones posteriores a la Revolución francesa la seguridad es condición indispensable para el aseguramiento de la libertad individual contra la arbitrariedad del poder político. En la construcción ideológica del nuevo orden post-revolucionario, el derecho penal constituye un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a las intervenciones coactivas del Estado. Por ello, el ejercicio de la potestad punitiva estatal debe estar sometido a control y a una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, igualdad y proporcionalidad, y la persecución penal debe estar libre de las presiones y de la influencia política. En este planteamiento clásico liberal del siglo XIX,² la ley se sitúa en el centro del programa jurídico del Estado, y en el ámbito penal, las teorías absolutas de la pena justifican su irrogación únicamente en base a consideraciones de legitimación retrospectiva, como retribución por el hecho cometido y por tanto proporcional a la medida de culpabilidad.

Pero la seguridad también puede ser entendida como la necesidad de *prevención* de peligros potenciales, convirtiéndose entonces en un concepto simbólico que expresa dicha función prospectiva.³ Con el reconocimiento de que las sociedades industriales avanzadas generan crecientemente riesgos que comprometen la continuidad de la propia sociedad, aumentan también las demandas por control o por mayor seguridad.⁴ Los desarrollos del capitalismo, la ciencia y la tecnología han ido modelando nuevas condiciones de existencia que, a su turno, generan riesgos que son percibidos amenazadoramente, tanto más en la medida que escapan a la predicción y al control. Una interesante propuesta de análisis se halla en Baumann,⁵ para quien este panorama es fruto del estrechamiento de las funciones protectoras del Estado, el que (...)

“se lava las manos con respecto a la vulnerabilidad que resulta de la lógica (más precisamente, de la ausencia de lógica) de los mercados libres. La nociva fragilidad de la posición social se redefine hoy como un asunto privado, un problema que deben resolver y sobrellevar los individuos valiéndose de los recursos que se hallan en su posesión privada”.

¹ Pérez Luño, A.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991, p. 19.

² Vid. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992, p. 35, y autores citados en notas 98 y 99.

³ Sobre los vaivenes históricos del concepto de seguridad ciudadana, vid. Bergalli, R.: “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 63 y ss.

⁴ Imprescindible en esta temática, Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 2006.

⁵ Baumann, Zygmunt: *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global* (trad. Lilia Mosconi), Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 76.

Para este autor, las nuevas tendencias han ido socavando aquellos cimientos sobre los cuales se erigió el poder estatal de la era moderna –la lucha contra la vulnerabilidad y la incertidumbre– y ello se manifiesta en la creciente apatía y desinterés de la población con respecto a su participación en la política institucionalizada. “El Estado contemporáneo se ve obligado a buscar otras variedades, *no económicas*, de la vulnerabilidad y la incertidumbre sobre las cuales descansar su legitimidad.” Y añade que la alternativa elegida “parece ser la cuestión de la *seguridad personal*: miedos presentes o augurados, manifiestos u ocultos, genuinos o supuestos, a las *amenazas que penden sobre los cuerpos, las posesiones y los hábitats humanos*, ya se originen en pandemias y dietas o estilos de vida insalubres, o bien en actividades delictivas y comportamientos antisociales de la “clase marginal” o, en los últimos años, del terrorismo global”.⁶

Reconociendo, entonces, que la inseguridad personal puede tener su origen en diversas fuentes, aunque la principal pareciera ser la económica,⁷ las interrogantes que se plantean son muchas: ¿está en condiciones el derecho penal de proveer seguridad que no sea a costa de la libertad de los individuos? ¿Es inocente el recurso del poder político al derecho penal en épocas de crisis política o económica? ¿Existe un vínculo necesario entre delito y sentimiento de inseguridad, presupuesto que está en la base de la justificación política para el endurecimiento de la política criminal y las consiguientes reformas legales? Diversos estudios e investigaciones muestran que el aumento de la sensación de inseguridad de una determinada población no siempre va de la mano con un alza objetiva de la comisión de delitos,⁸ circunstancia que, en Chile, no ha impedido –como veremos– llevar a cabo modificaciones legales restrictivas de derechos en el ámbito de la persecución penal de los delitos.

Un factor de innegable relevancia en la propagación de la inseguridad subjetiva está constituido por los medios de comunicación social, los que exacerbaban el espectáculo del crimen, produciendo, de forma inmediata, identificación y empatía con la víctima y su sufrimiento.⁹ Las encuestas de

⁶ Ob. cit., p. 77. Los destacados son del original.

⁷ Así, Bergalli sostiene que la globalización económica, impuesta desde el proceso de concentración de la riqueza en pocas manos y la difusión de la miseria en vastas mayorías, ha generado una estratificación de las desigualdades que crecen hasta el punto de generar el fenómeno de la exclusión social, al cual se replica con más uso del sistema penal. Para este autor, es la propia estructura o modelo económico (la sociedad de mercado) la que promueve el delito, al constituirse en un formidable agente profundizador de la exclusión social, rasgo esencial de los modelos sociales regidos por las reglas del mercado y no del Estado (“Garantías, sistema penal y exclusión social”, en AA.VV. *Estudios sobre justicia penal*, cit., pp. 542 y ss.).

⁸ O'Malley, Pat: “Cuatro posiciones” en *Nova Criminis (Visiones criminológicas de la Justicia Penal)* N° 4, U. Central de Chile, Santiago, junio de 2011, pp. 23 y ss.

⁹ Junto con ello, y no por eso menos relevante, el diseño de las políticas públicas son, frecuentemente, políticas reactivas soportadas en las exigencias de la competencia electoral, y orientadas al apoyo de los electores. Como señala Garland, “podemos ver las motivaciones específicas detrás de las medidas específicas; son movimientos en un juego que responde a la

victimización no hacen sino reproducir, amplificadamente, las resonancias de los *mass media*, y crean realidades que, sin embargo, son difíciles de contrastar con estadísticas fiables y estudios que den cuenta acabada de las fuentes de información y la metodología empleada, así como de los medios de verificación de las mismas. Ni el número de denuncias policiales ni las encuestas de victimización sirven, por sí solas, para medir la realidad (lo más objetivamente posible) del delito; las primeras, porque constituyen únicamente la *notitia criminis* que, por su propia naturaleza, no constituyen suficiente antecedente para dar por establecida la existencia de un ilícito penal y pueden, además, tener otro propósito u objetivo, y las segundas porque no siempre responden a la comprobación de acciones delictivas sufridas por el encuestado.¹⁰

Un famoso estudio realizado por un grupo de destacados criminólogos¹¹ en un pueblo del norte de Inglaterra pretendió investigar *qué quiere decir la gente cuando habla de delito*, pues se observó que los aldeanos mostraban un altísimo nivel de miedo al delito aunque las estadísticas policiales no daban cuenta de un correspondiente incremento de la actividad delictiva. A través de entrevistas a los pobladores, los autores del estudio descubrieron que el incremento del miedo decía más bien relación con la percepción más amenazante del propio entorno. En particular, estaba relacionado con una corriente de inmigrantes que se instaló en dicha área urbana, antes muy homogénea, fenómeno que fue sentido por todos de un modo disruptivo, como “algo” peligroso para su identidad como comunidad. El estudio invita a reflexionar más profundamente sobre las raíces del miedo en la sociedad posmoderna¹² y en la manera más razonable de enfrentarlo, señalando

crítica, que reacciona frente al escándalo y la reparación de los problemas” (cfr. “Castigo, control social y nueva modernidad”, en *Derecho Penal Contemporáneo* N° 11, Bogotá, 2005, pp. 35 y ss).

¹⁰ Un reconocimiento expreso de la falta de conocimiento científico sobre seguridad pública y ciudadana se halla en el trabajo de Patricio Tudela, *La evaluación de la labor policial preventiva: logros y aprendizajes recientes en Chile*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2011, p. 17; 32 y ss. Interesante resulta, en este punto, destacar aquellos estudios que profundizan en las técnicas de construcción de la subjetividad, a través de la performatividad. Según Lyotard, la performatividad es un proceso de legitimación de una realidad instaurada desde lo puramente discursivo institucional (*La condición posmoderna*, Planeta Agostini, Madrid, 1994). Inmersos en la sociedad como actores y espectadores, como ejecutantes activos y la más de las veces como receptores pasivos de la semiosis social, vivimos nuestra experiencia en términos lingüísticos, le damos nombre a lo que creemos único con palabras y conceptos que no nos pertenecen; nuestra concepción del mundo se elabora a través de interpretaciones de interpretaciones. Se produce así una negociación en la interacción comunicativa, que no sólo es una disputa semántica, sino una de roles y poder pragmático; se trata, en definitiva, de la disputa por el derecho a influir sobre otros o de ser influido por otros. Y es aquí donde cobran importancia las agencias del Estado o los medios masivos de comunicación, que determinan performativamente actitudes, prejuicios y valores en la psique del ciudadano y, luego, conductas y elecciones (cfr. Watzlawick, P., *La realidad inventada*, Gedisa, Barcelona, 1995, pp. 43 y ss).

¹¹ Girling, Loader & Sparks. *Crime and social change in Middle England. Questions of order in an english town*. Routledge, Londres, 2000.

¹² La literatura sobre este tema es interminable; vid. entre otros, Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005; del mismo, “Castigo, control social y nueva modernidad”, cit., pp. 35 y ss.; Baumann, cit., pp. 75 y ss.; Pavarini, Massimo: “Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad social”, *Serie Ciudadanía y Violencias*, Vol. 8, FLACSO-MDMQ, Quito, 2009; Lea, John y Young, Jock: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, 1984, ed.

que no lo sería en este caso, por ejemplo, la decisión de aumentar la dotación policial.

El fenómeno de la inmigración es particularmente interesante para ilustrar las políticas gubernamentales “antidelincuencia”, pues la xenofobia permite descargar la ansiedad social en un objetivo fácil y de bajo costo.¹³ Ya lo han experimentado intensamente desde hace tres décadas los países de Europa, con los planteamientos ultranacionalistas del Frente Nacional de Jean-Marie Le Pen, en Francia,¹⁴ o de dirigentes de ultraderecha como el asesinado Pim Fortuyn, en los Países Bajos, Jörg Haider, en Austria, Pia Kjaersgaard, en Dinamarca, Umberto Bossi, en Italia o muy recientemente Nikolaos Maichaloliakos, en Grecia, quienes, entre otros, han desempeñado exitosas campañas de ley y orden vinculando el fenómeno de la delincuencia con el de la inmigración. Nada más descriptivo que el siguiente párrafo para describir el efecto de su discurso atemorizador:

*“El estado de alerta es permanente: se proclaman peligros que acechan a la vuelta de la próxima esquina (...), desde banlieus poblados de inmigrantes, desde calles miserables infestadas de marginales, desde “barrios peligrosos” incurablemente contaminados de violencia, desde zonas urbanas intransitables, desde las intenciones de pedófilos y otros depravados que andan sueltos, los mendigos insistentes, de las bandas de menores sedientos de sangre, de los merodeadores y los acosadores (...) Las razones para temer son numerosas; dado que su número genuino e intensidad real resultan imposibles de calcular desde la estrecha perspectiva de la experiencia personal, se agrega aún otra razón –quizá la más contundente– para asustarse: uno nunca sabe dónde y cuándo se harán carne las palabras de advertencia”.*¹⁵

Es fácil observar que la sensación colectiva de inseguridad se vincula con mayor frecuencia a los vaivenes de la violencia callejera, pues es más visible y tiene asociados mayores factores de riesgo.¹⁶ No producen, por ejemplo, el mismo

cast. 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires; Wacquant, Loïc: *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010.

¹³ Lo mismo se trata de grupos sociales, culturales o étnicos marginales o excluidos; cfr. Baratta, A.: “Sistema penale ed emarginazione sociale”, en *La Questione Criminale* 2-3, 1976, pp. 237 y ss.

¹⁴ Una reseña significativa se contiene en el artículo de Donald McNeal Jr. Publicado en el *New York Times* el 5 de mayo de 2002 intitulado “Landslide in France: The rightist. Between voting days, le Pen’s fiery image returned to spotlight”. También véase, del mismo, el reportaje del día 6 de mayo en el mismo medio intitulado: “The world:whodunnit? In Europe: often the immigrant”, en el que expresa que se trata de “[c]ulpar a los inmigrantes, los extranjeros recién llegados, del malestar social en todos sus aspectos, en especial del nauseabundo y paralizante sentimiento de inseguridad”.

¹⁵ Baumann, cit., p. 81.

¹⁶ Phillipe Robert señala que: “En los últimos tiempos hay una tendencia a hacer de la violencia –de la confrontación física, del cara a cara agresivo– el meollo mismo de los problemas de seguridad” (*El ciudadano, el delito y el Estado*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 69).

efecto –aunque esta situación esté cambiando paulatinamente–¹⁷ los escandalosos delitos de corrupción y los económicos, que si bien socavan la legitimidad de las instituciones del Estado o del orden público económico no acarrearán demandas de mayor castigo penal, sino únicamente de “soluciones” administrativas, produciendo una irritante profundización de la discriminación social y económica.¹⁸ Esta comprobación hace aun más necesaria la identificación de los mecanismos –nada neutrales– que juegan un rol relevante en las percepciones colectivas.¹⁹

De la mano de ellas, se ha ido generando en nuestro país, siguiendo la tendencia internacional, una intensa y expandida industria lucrativa en torno a la creciente inseguridad subjetiva, así como cambios estructurales drásticos en los modos de vida y en la organización de los peligros. Siguiendo esta dirección se han desarrollado nuevas adaptaciones y rutinas para minimizar el impacto del delito y maximizar el sentimiento de seguridad, como las siguientes:

- i. Aparición de un masivo sector de seguridad privada, con presencia de guardias en centros comerciales y domiciliarios a la industria de seguridad en los hogares;
- ii. Decisiones estratégicas sobre el lugar del domicilio particular y laboral; huida a suburbios “selectos” o a condominios cerrados, aumento en el uso de alarmas de seguridad, circuitos cerrados de TV, alambrada eléctrica en los cierres perimetrales; posesión de animales peligrosos, etc.;
- iii. Incremento de rutinas preventivas que indican qué vecindarios son seguros, dónde se puede ir a pasear en la noche, qué lugares y compañías están vedados para nuestros hijos, etc. Basta verificar los ámbitos de libertad (sin supervisión o control de un adulto) en los espacios públicos permitidos a los niños

¹⁷ Casos como el de Enron y Madoff, en EE.UU. o el de Rumasa en España acaecidos en las últimas décadas han cambiado la fisonomía de relativa impunidad de estos delitos. En Chile, la menor indulgencia en el tratamiento social y jurídico de estos hechos se remonta a la crisis bancaria de los 80 y, más recientemente, con el caso de la multitienda La Polar.

¹⁸ Juan Bustos Ramírez ha destacado que “(...) resulta fácil reducir la inseguridad a la violencia, pues con ello quedan encubiertos todos los procesos económico sociales y culturales que (la) configuran (...)”; y así “(...) circunscribir sin mayor problema el grupo de sujetos que con su comportamiento o presencia originan la inseguridad, que por tanto resulta fácil de cuantificar estadísticamente”. Añade que de este modo el problema queda reducido a los más desfavorecidos socialmente, pues “por sus habilidades y por la formación social recibida, sólo están en condiciones de llevar a cabo actos de violencia callejera, en caso alguno podrían hacer quebrar un banco, sacar ilegítimamente dineros al exterior, gerenciar indebidamente una sociedad anónima, etc. De este modo también el delincuente de cuello blanco queda fuera de este estado de seguridad y toda la preocupación y el temor de la sociedad, de los medios de comunicación de masas, de los científicos sociales, están referidos exclusivamente a los violentos (“Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”, en Pérez Alvarez, F. (ed.), *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 93 y ss., p. 96.

¹⁹ Baratta, A.: “Problemas sociales y percepción de la criminalidad”, en del mismo: *Criminología y sistema penal*, BdeF, Buenos Aires, 2004, pp. 274 y ss.

hace 20 o 30 años y los existentes en la actualidad, al punto que se destaca la inversión estatal destinada a la “recuperación” de dichos espacios.²⁰

La política de limitación preventiva de los riesgos justifica todos los medios de intervención estatal; la búsqueda compulsiva de seguridad cognitiva viene ya desde hace tiempo consolidando el denominado “populismo punitivo” y campañas de ley y orden, aunque en Chile se ha dado con mayor énfasis en el ámbito de la persecución penal y, más precisamente, en el de la actividad policial.²¹

En efecto, la actuación de la policía es fundamental, en tanto tiene una relación directa con la pesquisa y detención de los agresores de la violencia callejera. Sin embargo, la falta de acceso a canales efectivos de representación política y de protesta, la marginalidad social y la privación relativa han ido generando, al igual que en otros países, disturbios y desórdenes periódicos que son reprimidos por la policía en el ejercicio de su actividad preventiva.²² Este fenómeno conduce inexorablemente a un alejamiento de la policía con amplios sectores de la sociedad civil, lo que se agudiza con la criminalización o la intensificación punitiva de los movimientos de protesta,²³ pues la distinción entre los delincuentes y el resto de la comunidad se desdibuja.

A lo anterior se añade que las demandas de mayor seguridad han significado, para la institución policial, un progresivo aumento de recursos humanos²⁴ y materiales sin contrapartida de *accountability* (responsabilización). En efecto, no hay rendición de cuentas ni evaluaciones de gestión por parte de las autoridades políticas que intervienen en el diseño e implementación de la actividad policial, ni por la propia policía; pero lo que es más grave tampoco hay un control externo de carácter cualitativo por parte de la sociedad civil. La falta de eficiencia en las labores preventivas jamás opera en contra de la institución policial, a pesar, en el caso de Carabineros, de su notable autonomía funcional u operativa, que no

²⁰ Cfr. <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/01/715887/Gobierno-invertira-1355-millones-en-recuperacion-de-espacios-publicos-en-25-comunas-de-la-Región-Metropolitana>;

²¹ En el ámbito penal, más que una expansión, a nuestra legislación sigue aquejándola la intensificación del recurso punitivo en el ámbito de la delincuencia común (delitos contra la propiedad, sexuales y legislación de drogas).

²² Lea, J. y Young, J.: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, cit., pp. 23 y ss.

²³ Manifestación reciente de ello es el Proyecto de Ley de resguardo del orden público (denominada Ley Hinzpeter), Boletín 7975-25 de 4/10/2011, que tipifica nuevos delitos de desorden público como respuesta a las protestas estudiantiles por una reforma de la educación pública chilena. Sobre la situación en EE.UU., cfr. Lea/Young, cit., pp. 207 y ss., quienes, refiriéndose a los disturbios de 1981 en Inglaterra, señalan que las movilizaciones y desórdenes colectivos constituyen una forma de hacer política por aquellos que están al margen de la política y no saben de qué otra manera expresar sus demandas (p. 236).

²⁴ Las cifras oficiales disponibles señalan que nuestro país se halla entre aquellos que cuentan con una creciente dotación policial, observando altos estándares en la materia en comparación con otros países de la región. Así, en 2008, Carabineros tenía más de 42.000 funcionarios, representando el 84,5% de la fuerza policial nacional. Su dotación experimentó un aumento del 16,2% desde el año 2000 (37.000 aprox.), esto es, había aproximadamente 255 policías por cada 100.000 habitantes (Tudela, Patricio: *La evaluación de la labor policial preventiva*, cit., p. 6.).

ha sido afectada gravemente por su dependencia institucional. Se han implementado diversos programas preventivos amenazados por la falta de arraigo en la comunidad, como el Plan Integral de Seguridad Ciudadana 1999/2001 o el Programa Comuna Segura Compromiso Cien 2001/2005. Ni siquiera puede decirse que el plan de Estrategia Nacional de Seguridad Pública impulsado en 2006 (2006-2010), y que se proponía avanzar en un monitoreo de la gestión policial como expresión de voluntad política de control civil sobre dicha actividad, haya tenido el éxito esperado. Estudios efectuados por la Fundación Paz Ciudadana dan cuenta de las dificultades en acceder a la información para cotejar los resultados que la institución entrega y, en la mayoría de los casos, los medios de verificación no son conocidos.²⁵

En síntesis, la actividad policial no ha sido objeto de un cuestionamiento profundo –excepto por su compromiso con la dictadura militar– ni ha enfrentado una crisis importante. La conducción civil sobre la misma ha privilegiado, en general, una relación de “armonía pública”, reforzada por los índices de respeto y credibilidad de que goza la institución policial castrense por parte de la población, a pesar que, como se ha dicho, no existen prácticas de transparencia ni de responsabilización en su actividad.²⁶ Y ello tiene mucho que ver con la forma en cómo se ha ido construyendo material y simbólicamente el orden social y se ha ejercido la autoridad y la fuerza pública en Chile. En efecto, tal realidad no da cuenta de un control ciudadano sobre quienes ejercen el control del orden social, sino, por el contrario, se comprueba una claudicación colectiva por el pánico que genera la construcción social-comunicativa del fenómeno delincencial. Desde esta perspectiva es posible comprender la escasa o nula rendición de cuentas de la policía sobre casos comprobados judicialmente de detenciones ilegales o de prueba obtenida de manera ilícita. Y lo mismo cabe replicar respecto del ministerio público, por la ausencia de tratamiento de esta problemática en las cuentas públicas que el Fiscal Nacional rinde anualmente. Sentencias absolutorias o con condenas menores a las solicitadas, dictadas respecto de delitos graves (caso Bombas o Pitronello)²⁷, no son procesadas por la autoridad política ni por los medios de comunicación como posibles errores de los órganos de persecución penal, adjudicándose –empero– responsabilidad a los jueces, quienes por su función estrictamente retrospectiva sólo pueden juzgar el caso en su propio mérito y no en consideraciones preventivas de seguridad pública.²⁸

²⁵ Tudela P., Patricio: *Policía, accountability y control interno: líneas de acción para un mejor desempeño policial*, Fundación Paz Ciudadana, 2011.

²⁶ Fenómeno que también es considerado preocupante en otras latitudes; al respecto, cfr. Lea/Young, cit., pp. 231 y ss.

²⁷ RIT 138-2011 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago y RIT 150-2012 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, respectivamente.

²⁸ Sobre las presiones y amenazas ejercidas sobre los jueces, vid. ponencia de Cristián Riego en *Seguridad ciudadana y reforma procesal penal* (octubre 2006), documento editado por la Fundación Paz Ciudadana (http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090730102042.pdf).

Por otro lado, y en el ámbito penitenciario, las altas cifras de encarcelamiento en nuestro país contradicen la existencia de márgenes relevantes de impunidad, a lo menos en el ámbito de los delitos violentos o que dan lugar a penas efectivas de privación de libertad. Tomando en consideración la proyección de población del año 2012 realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en conjunto con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL),²⁹ y los datos oficiales de los condenados privados de libertad emanados de Gendarmería de Chile, en abril de 2012 la tasa de encarcelados es de aproximadamente 330 presos por cada 100.000 habitantes. Para una visión comparativa de la situación, el informe anual del Centro Internacional de Estudios Carcelarios del King's College de Londres enseña que, en América Latina, Chile sólo sería superado por Surinam, con una tasa de 356 presos por cada 100.000,³⁰ cifras que no se condicen con la situación de violencia estructural en otros países de la región por problemas de terrorismo, narcotráfico, entre otros conflictos sociales. En efecto, México exhibe una tasa estable de 197 presos en el período 2007-2010; Colombia bajó de 159 a 142 entre 2004-2007; Perú subió de 139 a 154 entre 2007 y 2010 y Bolivia subió de 80 a 93.³¹

Una hipótesis explicativa plausible de las altas cifras de encarcelamiento consistiría en las expectativas generadas por la reforma procesal penal y las demandas de eficiencia, las que se han traducido en una mayor rapidez en la tramitación de los procesos, y en las decisiones, muchas veces precoces, de término de las causas. Ello ha tenido repercusión en el número de personas privadas de libertad durante el proceso penal en relación a los condenados en tal calidad. En efecto, en 2002, hubo 13.373 personas en prisión preventiva, cifra que en 2011 bajó a 10.477³², mientras que el número total de condenados³³ subió exponencialmente de 19.434 en 2002 a 43.006 en 2011.³⁴

Ha sido, pues, el proceso penal el barómetro más significativo para medir las presiones por mayor represión persecutoria y judicial, lo que se muestra no sólo

²⁹Cfr. www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/Informes/Microsoft%20Word%20-%20InforP_T.pdf.

³⁰ Informe del Centro Internacional de Estudios Carcelarios del King's College de Londres (<http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>). Sin embargo, mientras la cifra de la ex colonia holandesa muestra una tendencia decreciente, la de Chile va en aumento. Así, en el informe de 2006, Surinam aparecía con una tasa de 437 reos y Chile de 212 por cada 100 mil habitantes; sin embargo, en el estudio de 2007, Surinam bajó a 356, mientras que Chile subió a 240.

³¹ <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/index.php>.

³² Rasgo característico del sistema procesal penal inquisitivo existente con anterioridad a la reforma era la alta cantidad de presos sin condena; situación que se ha invertido en el sistema actual. Cfr. Riego, C.: *La prisión durante el proceso penal en Chile*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 16, Escuela de Derecho U. Diego Portales, Santiago, 1990. Antecedentes empíricos sobre ella se encuentran en: Jiménez, M. A.: *El proceso penal y los derechos humanos*, vol. II, Análisis empírico. Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N°4, Escuela de Derecho U. Diego Portales, Santiago, 1994.

³³ Cifra que incluye a los condenados del subsistema cerrado, de salida controlada al medio libre, los condenados en Centros de Educación y Trabajo (C.E.T.) y los arrestos nocturnos.

³⁴ Estadística oficial de Gendarmería de Chile 2002-2011.

por las sucesivas modificaciones que ha sufrido el Código Procesal Penal, sino también por la verificación de ciertas prácticas que han ido desdibujando su diseño inicial marcadamente acusatorio y centrado en las garantías que aseguran el carácter cognoscitivo del juicio y de los hechos que se establecen en la sentencia. Dichas presiones se han traducido en mayores injerencias en los derechos de las personas y en procesos más rápidos y expeditos para asegurar la condena de los imputados. Estos distintos aspectos serán abordados seguidamente.

Durante la tramitación parlamentaria del nuevo Código Procesal Penal surgió la demanda, promovida por los entonces senadores designados Cordero y Stange, ex jefes máximos de Carabineros, de dotar de mayor discrecionalidad a la policía en el ámbito de la delincuencia callejera, esto es, al margen de las instrucciones del ministerio público.³⁵ Fue así que resucitó, con rostro renovado, la antigua detención “por sospecha”,³⁶ transmutada en la más aséptica figura del “control de identidad”, híbrido policial de naturaleza preventiva enquistado en un cuerpo legal en el que debían regularse exclusivamente las facultades de la policía en la investigación de delitos.

Su absoluta importancia para el combate de la delincuencia fue puesta expresamente de manifiesto durante la tramitación parlamentaria. En efecto, Cordero y Stange señalaron que “la supresión de la detención por sospecha dificulta la labor preventiva que realiza la institución policial, y se crea una sensación de impunidad tanto en los delincuentes, que saben que “solamente” se les podrá controlar su identidad, como en el público, que observa cómo los sospechosos quedan libres sin que se puedan tomar medidas en su contra”. La fraseología clásica del derecho penal de autor resucita al servicio de la urgente necesidad de defensa contra peligros que surgen por doquier. En palabras de los senadores Cordero y Stange: “A su vez, con la derogación del delito de vagancia se ha observado un aumento de mendigos y vagos que entregan malos ejemplos a la juventud y generan una sensación de amenaza en los vecinos de los lugares en que se instalan”. El mal ejemplo, la sensación de amenaza, el desorden, constituyen índices de peligro que es necesario neutralizar, especialmente en aquellos lugares donde tales manifestaciones se hacen visibles para todos, esto es, la calle.

³⁵ La gran autonomía orgánica y funcional de la que ha dispuesto Carabineros desde sus orígenes ha determinado su resistencia a someterse al control del ministerio público, determinando en más de alguna ocasión fricciones entre ambas instituciones.

³⁶ Según el derogado art. 260 del antiguo Código de Procedimiento Penal, “los agentes de policía estarán (...) autorizados para detener: (...) 3.º Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer, y 4.º Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas”.

Por su parte, el artículo 270, del mismo código, señalaba que “el jefe de policía ante quien sean conducidas las personas que sus agentes detengan en conformidad a los números 3.º y 4.º del artículo 260, mantendrá la detención de estas personas o las pondrá en libertad, según las explicaciones que den de su conducta y según los antecedentes que hayan motivado su detención”.

De este modo, el artículo 85 del Código Procesal Penal autoriza a la policía la detención de personas fundada retóricamente en la existencia de “indicios” de haberse cometido, intentado cometer o disponerse a cometer un delito, pues de existir realmente tales indicios, procede la detención por flagrancia sin necesidad de recurrir a esta figura. Se añade la hipótesis del “suministro de informaciones útiles para la indagación de un delito”, esto es, si no se trata del sospechoso, permite a la policía a detener a testigos o vecinos que pudieran aportar tales antecedentes, a discreción de aquélla.

Las facultades policiales para constreñir al indagado o presunto testigo a ser conducido a la unidad policial más cercana estaban, en su origen, claramente delimitadas: sólo podía ocurrir en caso de negativa o de imposibilidad fáctica de identificación, en cuyo caso podía autorizarse la toma de huellas digitales para el solo efecto de identificación. Por otro lado, el conjunto del procedimiento no podía exceder de cuatro horas, tras las cuales aquél debía ser puesto en libertad.

Como ya se anotara, el Código ha sufrido diversas reformas orientadas, en su mayor parte, a revertir el marcado carácter garantista que exhibía al momento de su promulgación.³⁷ La primera más importante en esta tendencia ocurrió en 2002, mediante la Ley 19.789; luego vino la Ley 19.942, de 2004;³⁸ después, la Ley 20.074, de 2005, que tuvo un enorme impacto en la actual fisonomía del Código, y finalmente, la Ley 20.253, de 2008, todas las cuales profundizaron el progresivo desdibujamiento entre las facultades preventivas y represivas de la policía,³⁹ ampliando las atribuciones autónomas del cuerpo policial que, sin antecedentes previos de la comisión de delitos, puede sin embargo proceder a controles y registros con la sola base de sospechas, y procurarse así evidencia incriminatoria. Al mismo tiempo, se fueron limitando o rigidizando las atribuciones judiciales –especialmente de los jueces de garantía– en la ponderación de los antecedentes de cargo para la adopción de medidas cautelares personales o en la declaración de su (i)licitud, introduciendo reglas rígidas para la valoración de las causales de prisión preventiva, eliminando el recurso interpretativo al principio de proporcionalidad en la determinación de su (im)procedencia, introduciendo el recurso de apelación “en el solo efecto devolutivo” contra la resolución que declarase la ilicitud del control de detención respecto de la imputación de ciertos delitos o estableciendo que tal declaración no tendría efecto de cosa juzgada para el debate de exclusión de pruebas.

³⁷ Todas las reformas del CPP fueron en virtud de los siguientes cuerpos legales: Ley 19.789, de 30.01.2002; Ley 19.942, de 15.04.2004; Ley 19.950, de 5.06.2004; Ley 20.074, de 14.11.2005; Ley 20.257, de 15.11.2007; Ley 20.253, de 14.03.2008; y Ley 20.507, de 08.04.2011.

³⁸ Amplió el plazo máximo del procedimiento de “control de identidad” de 4 a 6 horas, salvo en el caso de negativa u ocultamiento de identidad o en que se proporcione una falsa, en cuyo caso el indagado debe ser detenido por infracción al art. 496 N° 5 del Código Penal y conducido ante el juez competente dentro de 24 horas, a menos que el fiscal del caso disponga lo contrario.

³⁹ Es lo que Rusconi designa como “promiscuidad funcional”; cfr. Rusconi, M.: “Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones”, en *Revista Pena y Estado N° 3 (Policía y sociedad democrática)*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 194 y ss.

Para comprender este viraje del legislador es preciso hacer algo de historia. La reforma de 2002 se llevó a cabo recogiendo las indicaciones de una Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma Procesal Penal.⁴⁰ Sus miembros manifestaron alta preocupación por el impacto de la delincuencia menor y los problemas de orden público, cuyo deficiente tratamiento sería la causa de la negativa percepción en torno a la reforma dentro de la comunidad y del aumento del temor ciudadano frente a la delincuencia. Lo más sorprendente es que la propia Comisión admitió que no existían estudios empíricos ni datos objetivos que justificasen la creciente inseguridad subjetiva de la población, añadiendo que el aumento de denuncias podía deberse a las mayores expectativas que generaba el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. No obstante, y en un giro inexplicable en su argumentación, la Comisión concluyó que era necesario aumentar las facultades policiales y que la garantía del control de su ejercicio estaría en el propio sistema acusatorio. Se admitió que la tendencia de los jueces de garantía a declarar ilegales las detenciones designadas como flagrantes al alero de los procedimientos de control de identidad, circunstancia que determinaba la liberación del detenido, habría gatillado la iniciativa legislativa, orientada a limitar las facultades judiciales en esta materia.⁴¹

La ley 19.789 amplió el control de identidad a las faltas; autorizó el registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona controlada y aumento del tiempo máximo de duración del procedimiento de identificación de 4 a 6 horas. Constituyó un paso importante en la transmutación del control de identidad en una pseudodetención por flagrancia, cuando en posesión del indagado se hallaban objetos, instrumentos o efectos de un delito.

Ante cierta tendencia judicial a la declaración de ilegalidad de tales detenciones y al fracaso de solicitudes de prisión preventiva por parte del ministerio público —que podía deberse a las debilidades en la acreditación de los presupuestos materiales y cautelares que la hacen procedente, aunque ningún estudio serio se hizo al respecto—, y frente al fenómeno mediático singularizado como la “puerta giratoria”, se dictó la Ley 20.253, de 2008, que modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal en *materias de seguridad ciudadana*, señalando expresamente que “*refuerza las atribuciones preventivas de la policía*”. Nuevamente, y ahora sin eufemismos, se regulan dentro del código procesal penal facultades policiales preventivas *para* el esclarecimiento de los delitos, esto es, injerencias en los derechos de cualquier ciudadano sin autorización judicial previa *para descubrir* ciertos delitos (los de la calle) que de otro modo sería difícil esclarecer. ¿Qué pasaría si la policía efectuara un control de identidad a algún conspicuo parlamentario o empresario, en su lugar de trabajo, a fin de descubrir un delito de corrupción? La respuesta no parece difícil de adivinar...

⁴⁰ Constituida por el Ministro de Justicia de la época, un asesor de ese Ministerio, un investigador de la Universidad Diego Portales, el entonces Gerente de la Fundación Paz Ciudadana y el Director Ejecutivo del Centro de Justicia para las Américas.

⁴¹ Para mayor detalle, cfr. “Addenda”, en Horvitz, M.I. y López, J.: *Derecho procesal penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 591 y ss.

Como era previsible, las *vedettes* de la nueva reforma al Código Procesal Penal fueron el control de identidad (art. 85 CPP) y las normas que regulan las medidas cautelares personales. Se amplía a 8 horas el límite máximo del procedimiento de identificación y se autoriza a la policía para proceder a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 (detención por flagrancia), de quienes se sorprenda, a *propósito del registro*, en alguna de las hipótesis del artículo 130 CPP, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

Respecto de las causales de flagrancia contenidas en las letras d) y e) del art. 130, se establece que “se entenderá por *tiempo inmediato* (a la comisión del delito) todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, *siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas*”, haciendo una interpretación extensiva de flagrancia que va más allá de cualquier significado sensato que pueda atribuirse al mismo. En caso de una declaración de ilegalidad de la detención (que dio lugar en muchos casos a la libertad del detenido y a vedarse la posibilidad de una formalización inmediata sino a través del procedimiento regular), el legislador de 2008 estableció que ello “no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior” (art. 132, inciso 3, CPP). Pero aun más, la resolución que declaraba la ilegalidad de la detención, que con anterioridad no era susceptible de apelación, tratándose de ciertos delitos graves, como los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, violación impropia (introducción de objetos en vagina, ano o boca de la víctima o mediante uso de animales), parricidio, homicidio calificado y simple, figuras de robo y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, y los establecidos en la Ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, es apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal (nuevo art. 132 bis CPP).

La tendencia legislativa se orienta, por consiguiente, a desconocer los límites de la persecución penal en un estado de derecho. El mensaje es bastante explícito: no importa cómo obtengas la evidencia, habrá impunidad y podrá ser usada en el proceso. El soporte de esta presunción se asila en la segunda parte del inciso 3, del art. 132 CPP: “La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276 CPP.” Los costos para el Estado de derecho y las garantías del ciudadano son evidentes, pero éste piensa que jamás le tocará a él.

Otra modalidad de derecho penal eficientista está constituida por la práctica de los acuerdos entre persecutor público e imputado, cuyo objetivo es buscar salidas rápidas a procesos ya iniciados y evitar el juicio oral, por la vía de la negociación sobre la pena a cambio de la aceptación del contenido de la

instrucción.⁴² Por su efectividad, agilidad y abaratamiento de los costes en la administración de justicia se ha ido imponiendo progresivamente en nuestra praxis procesal penal, a través del procedimiento abreviado y simplificado (art. 395 CPP). En tanto la negociación se plantea antes de que el injusto penal y la culpabilidad sean establecidos judicialmente en un proceso cognoscitivo⁴³ conforme a la ley, es claro que no se reúnen los presupuestos mínimos de seriedad que son exigibles al proceso penal, “porque él constituye una carga pesada, tanto fáctica como normativa, para todos los afectados”.⁴⁴ La ausencia de interés por la configuración del injusto penal y su imputación culpable al autor queda de manifiesto cuando se observan los contubernios entre fiscal y defensor, seguidos del amén del juez de garantía, que aprueba la negociación, la mayor de las veces, con apenas un control formal de los antecedentes que dan cuenta de la imputación fáctica e incluso de la jurídica, juicio adscriptivo que constitucional y legalmente sólo le compete a él.

Sin embargo, el *deal* se adecua demasiado bien a un derecho penal que debe solucionar el mayor volumen de casos posible y que, por ese motivo, no puede tener consideraciones normativas. El sentido de los acuerdos es, justamente, mantener al margen del procedimiento penal las tediosas categorías de imputación del derecho penal tradicional, pues ellas estorban y dilatan su término en tanto exigen reconstrucción, precisión y orientación hacia el pasado. Por ello, en lugar del esclarecimiento cognoscitivo de lo realmente sucedido,⁴⁵ el “conflicto” se resuelve rápidamente engrosando las estadísticas oficiales de términos judiciales de causas, al mismo tiempo que se van llenando las cárceles con reincidentes, quienes no pueden optar a medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad.⁴⁶

A la crítica de la existencia institucional del acuerdo en el proceso penal,⁴⁷ se añade la comprobación de ciertas prácticas propiciadas por los propios actores del sistema que exacerban hasta el paroxismo las críticas al paradigma negocial. En efecto, se ha tornado habitual que fiscales y defensores, en base a consideraciones de carga de trabajo y estímulos institucionales de carácter premial asociados a la terminación en breve tiempo de las causas a su cargo, se pongan de acuerdo en

⁴² Vid, críticas de Schünemann, B.: “¿Crisis del procedimiento penal?” (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), trad. S. Bacigalupo, en *Jornadas sobre “La reforma del derecho penal en Alemania”*, Cuadernos del CGPJ, N° 8, Madrid, 1991, pp. 52-56.

⁴³ Sobre el modelo cognoscitivo o de conocimiento racional de los hechos del proceso, vid. Gascón, Marina: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

⁴⁴ Hassemer, cit., p. 33.

⁴⁵ Gascón afirma la naturaleza contraepistemológica de la “justicia negociada”, especialmente cuando se desarrollan en el campo penal; cit., p. 127.

⁴⁶ El procedimiento abreviado se puede proponer, conforme al art. 406 CPP, cuando el fiscal requiere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, esto es, justamente el ámbito en que resultan procedentes las penas sustitutivas contempladas en la Ley 18.216, que por regla general están excluidas para quienes han sido condenados anteriormente.

⁴⁷ Sobre el particular, vid. Horvitz/López: *Derecho procesal penal chileno*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 503 y ss.

solicitar al juez de garantía competente la tramitación de los casos conforme a las reglas del procedimiento abreviado sin que tal solicitud se asiente, o al menos no exclusivamente, en el estricto mérito de los antecedentes de la investigación y en un pronóstico sobre el resultado del juicio, racionalmente fundado en la ponderación de la evidencia acumulada durante la etapa de investigación.

En el caso de los defensores, esta práctica contraviene gravemente su deber de proporcionar una defensa técnica de calidad, a través de la cual se busca corregir –junto a otros mecanismos institucionales– la desigualdad *de facto* que aqueja al imputado frente a la potestad punitiva estatal. Poco puede hacer éste si su propio defensor lo insta a aceptar la oferta de intercambio del fiscal, esto es, los antecedentes de la investigación o su culpabilidad a cambio de una pena reducida respecto de la que “probablemente se le impondría en el juicio”, comunicándose implícitamente de este modo que el ejercicio de una garantía, el derecho al juicio oral, público y contradictorio, perjudica a su titular.

Tanto para el fiscal como para el defensor, la práctica descrita envuelve sólo ventajas: maximización del tiempo con menos trabajo y esfuerzo (que el que exige la realización de un juicio), además de incentivos premiales por terminación cuantitativa de causas. La tensión entre eficacia y garantías en el proceso penal se resuelve, desde una perspectiva sistémica (esta vez con el concurso de los defensores), a favor de la primera en cualquier procedimiento negociado: dado que predomina la necesidad de dar respuesta punitiva a la mayor cantidad de casos posible y, al mismo tiempo, de eliminar el “cuello de botella” que afecta al sistema, las garantías individuales sólo representan un obstáculo a tales fines y el imputado es tratado bajo una lógica de pura racionalidad instrumental.

El conocimiento de los hechos es postergado a favor de finalidades prácticas del proceso, como la denominada “resolución de conflictos” típica de los sistemas adversariales de la cultura jurídica anglosajona. Pero si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario entonces que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos: bastará con un resultado formal que sea operativo y funcional a dichos fines. En palabras de Gascón, “para las teorías pragmáticas de la verdad, un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión “instrumentalista”) o porque es aceptado (versión “consensualista”). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero porque está justificado; o más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado”.⁴⁸

Sin embargo, tal posibilidad quiebra todos los presupuestos de imputación de responsabilidad penal y de aplicación de las penas en nuestro sistema jurídico, de tradición continental europea. En efecto, la decisión de condena y la irrogación de un mal “negociado” por las partes no pueden contar ni como juicio de reproche

⁴⁸ Gascón, M., cit., p. 54.

ni como pena, sino, a lo más, como condena preventiva y como medida de seguridad, respectivamente, pues el condenado es tratado de modo objetivante y no como persona.⁴⁹ Se trata más bien de una ficción de reproche basada en una pseudoaceptación del imputado del contenido de las actas de investigación del ministerio público, no sobre hechos probados cognoscitivamente, lo que afecta la legitimación retrospectiva del proceso y de la pena exigida por el principio de legalidad penal. Por ello se ha dicho que bajo la apariencia de simplificar el proceso, la “justicia negociada” intenta sustituir el principio de legalidad por el de oportunidad, con una lógica mercantil del *do ut des*, donde el hecho se reconstruye de una forma peor que inquisitiva, marcada por el reconocimiento incondicionado de valor probatorio a los materiales recogidos por el acusador”.⁵⁰

La situación anterior se ve agravada, como se adelantó, por la circunstancia de que los jueces de garantía no ejercen las atribuciones que la ley les confiere en orden al control sobre la admisibilidad del procedimiento abreviado, pues aunque pueden rechazar una solicitud de aplicación de dicho procedimiento especial si los antecedentes de la investigación son insuficientes (art. 410 CPP), raramente efectúan dicha comprobación, ni tampoco verifican si existe correspondencia entre los hechos que se dan por establecidos en la acusación y los que emanan de los antecedentes de la investigación, conformándose con las alegaciones que verbalmente hacen las partes en la audiencia respectiva. Esta práctica judicial no hace más que *sincerar* lo que realmente *es* el procedimiento abreviado y que resulta más que evidente en el caso del procedimiento simplificado, cuando se aplica la disposición legal contenida en el artículo 395 CPP: una práctica comercial que abarca tanto el juicio sobre los hechos como su calificación jurídica, la admisión de culpabilidad, la clase y la cuantía de la pena, todo ello dentro de los límites legales. En este contexto, la intervención judicial aparece completamente superflua y prescindible.

Consistentemente con el fenómeno descrito, se comprueba en una gran cantidad de casos la ausencia de un razonamiento justificante de la decisión judicial. En efecto, se recurre al expediente de la invocación genérica al “debate” habido en la audiencia, reconociéndose implícitamente con ello que el único fundamento de la sentencia es el allanamiento del imputado a la acusación del órgano de persecución penal, tanto en sus premisas fácticas como normativas. No existiendo la necesidad de establecer cognoscitivamente los hechos en la sentencia, ella se limita –en todo lo relacionado a la *quaestio facti*– a la mera declaración apodíctica de que los mismos se consideran “probados” por la aceptación de los antecedentes de la investigación. Pero además, el tribunal suele hacer suya, sin más, la calificación jurídica de los hechos y de la participación, así como de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, e incluso las reglas de

⁴⁹ Llevaba razón Hegel cuando reprochaba al derecho penal preventivo que tratara al hombre como a un perro a quien se levanta el bastón; cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 parágrafo 99, 1970.

⁵⁰ Ferrua, citado por Gascón, *Los hechos...*, cit., pp. 127-128.

determinación de pena invocadas por las partes que han facilitado la negociación y la aplicación de este procedimiento. Y cuando éste ha sido rechazado en el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, los tribunales superiores han afirmado no pocas veces que este procedimiento es de resorte exclusivo del ministerio público, relegando la tarea de los jueces a mera ratificación de las peticiones de las partes.

Un síntoma de que el paradigma negocial ha llegado para instalarse en nuestro sistema y reclama para sí mayores pagos es el hecho que exista ya algún caso llevado a juicio oral en que todas las premisas fácticas de la acusación han sido sometidas a convenciones probatorias, lo que amenaza la existencia del propio juicio oral como elemento central del nuevo sistema procesal penal. Esta tendencia, que antepone consideraciones estratégicas e instrumentales a las únicas que legitiman la irrogación de la pena, socava las bases del ejercicio de la potestad punitiva estatal en un estado de derecho.

Un proceso penal respetuoso del principio de legalidad presupone una reconstrucción de hechos ocurridos en el pasado; por consiguiente, su legitimación sólo puede ser de carácter *retrospectivo*, nunca preventivo. Ello implica la adopción de una epistemología que asegure lo más posible, dentro de las limitaciones del conocimiento empírico, la verdad de los hechos que fundan la sentencia y que, en el caso de ser condenatoria, deben corresponderse con los enunciados legales que establecen los presupuestos de la responsabilidad penal. En efecto, el principio de estricta legalidad penal impone un modelo de proceso penal (o, mejor, un método de averiguación de la verdad) que aspire y garantice al máximo el conocimiento y determinación de los hechos efectivamente acaecidos, aunque sin ignorar las limitaciones epistemológicas y hasta legales que afecten dicho conocimiento; ello, en contraposición al modelo decisionista claramente presente, por ejemplo, en la idea de íntima convicción como valoración libre e independiente de los medios probatorios, tal si se tratara de una especie de momento místico, capaz de suplantar a las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible y que, evidentemente, propicia la arbitrariedad judicial.⁵¹

El modelo cognoscitivo de proceso penal es el que mejor se aviene con una concepción retributivo-comunicativa de la pena, pues en ésta, la pena, sólo se justifica en tanto expresión de un reproche *merecido* por un comportamiento penalmente antijurídico realizado en el pasado, y que es imputable a título de actuación culpable a una determinada persona (ciudadano) que ha mostrado deslealtad comunicativa con los demás participantes en la constitución (democrática) del derecho.

La función expresivo-retributiva de la pena significa que ésta debe orientarse exclusivamente al entendimiento para con el destinatario del reproche, quien es reconocido como agente moral y que en su rol de persona de derecho

⁵¹ Cfr. Andrés Ibáñez, P.: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia”, *DOXA*, 12, 1992.

debió seguir la norma. Pues con el quebrantamiento de la norma el autor niega el entendimiento sobre el cual descansa la norma democráticamente establecida y lesiona la autonomía comunicativa de los demás intervinientes en la interacción normativa. La culpabilidad material se funda, de este modo, en el quebrantamiento del compromiso con el entendimiento no violento, y expresa, institucionalmente, indignación generalizada.⁵²

El planteamiento expuesto rechaza cualquier justificación preventiva o utilitarista de la pena, pues ella, inevitablemente, instrumentaliza al (declarado) culpable. En palabras de Moore, la justicia retributiva no es alcanzada “en la medida que alguien es penado por razones diferentes a que merece ser penado”.⁵³ Pero para el éxito ilocucionario del reproche, esto es, para que éste *exprese* entendimiento o acuerdo entre hablante y oyente, el destinatario del reproche ha de reconocer la pretensión de validez perseguida por el autor del mismo.⁵⁴ Y en tanto el objeto del reproche es un comportamiento (evitable) por el cual alguien es hecho responsable, es condición esencial para el reconocimiento de tal pretensión la comprobación heterónoma de la efectividad del comportamiento antinormativo que se imputa al sujeto y de los presupuestos que fundan la culpabilidad.

Y ello sólo puede lograrse en el contexto de instituciones jurídicamente constituidas que aseguren la verdad de los enunciados fácticos que constituyen la base del juicio normativo de reproche, esto es, con la participación activa del acusado en el ejercicio de las garantías procesales que le permitan allanarse o refutar los distintos aspectos de la hipótesis acusatoria, previniendo de este modo cualquier protesta de irrazonabilidad o arbitrariedad sobre el resultado del proceso. Sólo así la eventual condena puede ser “aceptada” (como legítima) por el afectado y contar como juicio de reproche por el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento; y sólo de este modo la pena puede cumplir su función expresiva, tanto respecto del que la sufre como de los demás participantes en la interacción comunicativa democrática. Un derecho penal preventivo entendido como defensa ante peligros, por el contrario, persigue la producción de seguridad como fin inmediato. En su camino, amenaza con destruir los cimientos de un derecho penal respetuoso de las garantías individuales, constituidas en límites del *ius puniendi* estatal.

⁵² Cfr. Mañalich, J.P.: “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en Kindhäuser/Mañalich: *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 41 y ss.

⁵³ Moore, Michael: *Placing blame*, Oxford University Press, USA, 1997, p. 153.

⁵⁴ Mañalich, cit., pp. 62 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ANDRÉS Ibáñez, P.: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia”, *DOXA*, 12, 1992.
- ❖ BARATTA, A.: “Sistema penale ed emarginazione sociale”, en *La Questione Criminale* 2-3, 1976.
 _____ “Problemas sociales y percepción de la criminalidad”, en del mismo: *Criminología y sistema penal*, BdeF, Buenos Aires, 2004.
- ❖ BAUMANN, Z.: *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global* (trad. Lilia Mosconi), Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- ❖ BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 2006.
- ❖ BERGALLI, R.: “Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía”, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
 _____ “Garantías, sistema penal y exclusión social”, en AA.VV. *Estudios sobre justicia penal: Homenaje a Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Ed. Editores del Puerto, 2005.
- ❖ BUSTOS Ramírez, J.: “Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”, en *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Pérez Alvarez, F. (ed.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ❖ GARLAND, D.: “Castigo, control social y nueva modernidad”, en *Derecho Penal Contemporáneo* N° 11, Bogotá, 2005.
 _____ *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- ❖ GASCÓN, M.: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ❖ GIRLING, LOADER & SPARKS: *Crime and social change in Middle England. Questions of order in an English town*. Routledge, Londres, 2000.
- ❖ HORVITZ, M.I. y LÓPEZ, J.: *Derecho procesal penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
 _____ *Derecho procesal penal chileno*, T. II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- ❖ LEA, J. y YOUNG, J.: *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1984, ed. cast. 2001.
- ❖ MAÑALICH, J.P.: “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en Kindhäuser/Mañalich: *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Ara Editores, Lima, 2009.
- ❖ McNEAL Jr., D.: “Landslide in France: The rightist. Between voting days, le Pen’s fiery image returned to spotlight”, *New York Times* el 5 de mayo de 2002.
 _____ “The world: whodunnit? In Europe: often the immigrant”, *New York Times* el 6 de mayo de 2002.
- ❖ MOORE, M.: *Placing blame*, Oxford University Press, USA, 1997.
- ❖ O’MALLEY, P.: “Cuatro posiciones” en *Nova Criminis (Visiones criminológicas de la Justicia Penal)* N° 4, U. Central de Chile, Santiago, junio de 2011.
- ❖ PAVARINI, M.: “Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad social”, *Serie Ciudadanía y Violencias*, Vol. 8, FLACSO-MDMQ, Quito, 2009.
- ❖ PÉREZ Luño, A.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel Derecho, 1991.
- ❖ RIEGO, C.: *Seguridad ciudadana y reforma procesal penal* (octubre 2006), documento editado por la Fundación Paz Ciudadana http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090730102042.pdf.
- ❖ ROBERT, P.: *El ciudadano, el delito y el Estado*, Atelier, Barcelona, 2003.
- ❖ RUSCONI, M.: “Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones”, en *Revista Pena y Estado* N° 3 (*Policía y sociedad democrática*), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- ❖ SCHÜNEMANN, B.: “¿Crisis del procedimiento penal?” (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), trad. S. Bacigalupo, en *Jornadas sobre “La reforma del derecho penal en Alemania”*, Cuadernos del CGPJ, N° 8, Madrid, 1991.
- ❖ SILVA Sánchez, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992.

- ❖ TUDELA, P.: *La evaluación de la labor policial preventiva: logros y aprendizajes recientes en Chile*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 2011.
_____ *Policía, accountability y control interno: líneas de acción para un mejor desempeño policial*, Fundación Paz Ciudadana, 2011.
- ❖ WACQUANT, L.: *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Barcelona, Gedisa, 2010.