

¿Justicia para todos?

Caretas del nuevo régimen procesal penal chileno *

Alfonso Hernández Molina
Universidad de Valparaíso

Hace ya muchas décadas que el procedimiento penal chileno requería cambios radicales. De allí, sus modificaciones de forma y fondo, contenidas en el nuevo Código procesal penal, no pueden sino ser valoradas; particularmente, la separación de los entes investigadores, acusadores y sentenciadores; el paso, del proceso inquisitivo al acusatorio no puede sino ser bienvenido.

Sin embargo, el texto alberga, también, regulaciones cuyos propósitos, lejos de concordar con lo supuesto, ubicarán a personas - en verdad a sectores- en situación de desprotección frente al poder del Estado y a grupos de influencia. Pese a que varias de tales orientaciones fueron confesadas por el propio Mensaje oficial que hace ya casi una década presentó la entonces propuesta –hoy omitido en la edición oficial- no han sido divulgadas por los patrocinadores de la misma; tampoco debatidas por sus actuales y futuros operadores. Más incluso, parte medular de la moderna normativa hace tabla rasa de las propuestas del compromiso gubernamental, conocido como Informe Rettig, de 1991; es decir, el normador, y su entorno asesor, desdicen su propias promesas.

*Algunas evidencias afloran en las regiones en donde el nuevo régimen ya se aplica, si atendemos **sobre quiénes** se dirige el foco inquisitivo, a saber, gente modesta y mapuches radicales; en cambio, ningún potentado (éstos, al parecer, jamás delinquen), **qué orientaciones** exhiben sus operadores, orientados ya por la escuela norteamericana, y **por cuáles** delitos se encauza públicamente (ninguna estafa o defraudación de alto vuelo, sino, esencialmente, robos menores u homicidios); es decir, **qué** faceta de la delincuencia les interesa llevar a la fase de exhibición pública. Así, cuál es la idea e imagen del **delincuente** que el nuevo sistema procesal (y no sólo sus entusiastas ejecutores) proyecta ante la población. Reaparecen los grilletes; se incorporan ropajes amarillos, para destacar – esto es, diferenciar- al imputado.*

En otras palabras, cómo opera –era de esperar que así fuera- el elegantemente denominado “principio” de oportunidad, brindado al ministerio público. Discrecionalidad, es decir, arbitrariedad.

*Las siguientes líneas comentan lo anterior; igualmente, y por estar íntimamente relacionados, añaden un bosquejo de **factores criminógenos**, y sobre la **co-culpabilidad**, concepto y materia proscrita de los estudios de Derecho. Luego, nos referimos al interesado cuestionamiento de la vigencia del Código penal, y concluimos con los temas seguridad nacional y seguridad ciudadana.*

Envolviendo temas que atañen a todos, es pertinente atenderlos.

* Reconstrucción, anotada y actualizada, de Ponencia comunicada en el XIV Congreso Latinoamericano, VI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en el mes de septiembre de 2002. Comisión 6. Derechos Humanos

I.- EL INFORME RETTIG

En un solemne y publicitado acto celebrado en La Moneda, en 1991, el jefe de Estado de la época, Patricio Aylwin, recibió de la denominada Comisión Verdad y Reconciliación¹, su Informe, conocido con el apellido de su presidente, Raúl Rettig. Por fin parecían concretarse expectativas de justicia, después de tantos años de arbitrariedad estatal, y desconocimiento oficial de la dignidad, integridad e incluso la vida de muchas personas, aun fuera de Chile.

El señalado Informe planteó un nutrido y bien fundado elenco de medidas legales de índole penal y procesal destinadas a tutelar a la persona en sus ámbitos más preciados, teniendo muy presente el drama colectivo iniciado en 1973, y la estructura normativa que lo facilitó. De allí, entre muchas vías, planteó acciones concretas a fin de establecer castigo real para la aplicación de tormentos, ejecutada por funcionarios públicos; igualmente, propuso la criminalización del desaparecimiento forzado de personas, y elevar la figura de coacción, de mera falta a delito.

Buscó fijar medidas de tutela efectiva para la libertad ambulatoria. El Informe consignó varias sugerencias relativas a la normativa reguladora del acto de la detención. Se propuso examinar la procedencia de atenuar *“la autorización legal indiscriminada dada por los artículos 288 y 289 del Código de procedimiento penal a Carabineros e Investigaciones para hacer uso de sus armas de fuego como medio legítimo para asegurar o reducir a la persona a quien se trata de aprehender”*².

Planteó, también, adoptar las medidas reglamentarias y educativas para *“asegurar el cumplimiento por parte de Carabineros e Investigaciones de sus obligaciones relativas a la detención”*, **entre las cuales** se incluyó, especialmente, el someterse a lo dispuesto en el artículo 175 del Código de procedimiento penal, *“en orden a que estas instituciones **no** tienen facultades para el registro de los vestidos u objetos personales (bolsas o carteras, vehículos) de personas particulares, a menos que haya motivos suficientes para proceder a su detención”*³.

El documento de la Comisión RETTIG procuró, asimismo, permitir los procesamientos de los responsables de delitos atentatorios contra derechos humanos, incorporando normas especiales en materia de prescripción penal, y dictar normas *“que impidan amnistiar delitos sin investigar previamente los hechos que son objeto de la amnistía”*^{4 5}.

Las proposiciones recién señaladas, elaboradas en 1990, constataron o consideraron conductas de los aparatos armados denominados de *“orden y seguridad”*, practicadas durante el régimen pinochetista. Esta situación no pareció cambiar radicalmente en los años siguientes; tampoco se presentaron iniciativas oficiales destinadas a concretar dichas sugerencias. Tal realidad provocó, incluso, llamados de atención del Comité contra la tortura, entidad especializada de la Organización de

¹ Que, paradójicamente, incluyó a Jorge Correa Sutil, hoy subsecretario del Interior.

² Cuarta parte, Capítulo II, rubricado *“Prevención de violaciones a los derechos humanos”*.

³ Cuarta parte, Capítulo II.

⁴ Cuarta parte, Capítulo II, B, 5, b.

⁵ Anteriormente, la coalición gubernamental prometía en su Programa de 1989: *“Habida consideración a que por denegación sistemática de justicia y tratándose de graves delitos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, en numerosos casos, por temor o desconocimiento de los hechos no se han podido ejercer las acciones penales pertinentes, la ley establecerá un plazo especial de prescripción de un año, con plena eficacia jurídica, que prevalecerá sobre cualquier otra norma vigente”* (Bases programáticas político-institucionales”, punto II, número 2, rubricado *“Verdad y Justicia”*).

las Naciones Unidas, ONU. Entre otras, la formulada en noviembre de 1994, desde Ginebra, y por la cual se requirió al gobierno el llevar a cabo una profunda reforma legislativa que establezca la sujeción de las llamadas “fuerzas de seguridad”. Puede añadirse el Informe del relator especial de la ONU asignado a Chile, Nigel S. RODLEY, Informe que consignó “*numerosos y serios casos de abusos*” por parte de aquéllas⁶. Y esto, pese a la nominal vigencia, desde el año 1989, del Pacto de derechos civiles y políticos.

En verdad, lejos de ver ánimos por convertir en normas el conjunto de aspiraciones destinadas a fortalecer el resguardo de derechos esenciales, aspiraciones fijadas en el citado RETTIG, estos años han conocido la normativización de variadas iniciativas gubernamentales y parlamentarias que marchan a contrapelo de lo indicado.

Indicios de dicho despropósito aparecieron en ese mismo año 1991. La ley 18.314, denominada *antiterrorista*, texto conforme a modificación introducida ese mismo año⁷, acogió las extremas facultades de los Comandantes de guarnición militar para que, **sin mandato judicial**, expidan órdenes de detención de *presuntos* responsables de los delitos referidos en dicho cuerpo legiferante -el cual es amplísimo- como del **registro e incautación** de efectos o instrumentos que se *encontraren* en el lugar de la detención y que *pusieron guardar relación* con los delitos que se investigan⁸.

En los años siguientes, tal tendencia se confirmó. Por una parte, sólo en 1998⁹, se precisó un débil castigo penal a empleados públicos que decretaren o prolongaren indebidamente incomunicación de personas privadas de libertad o le aplicaren rigores innecesarios, o hicieren arrestar o detener en otros lugares de los establecidos por la ley, o aplicaren tormentos o apremios ilegítimos. Se trata de conductas muy graves; sin embargo, se les asignó presidio menor y, solo en el evento de lesiones gravísimas o muerte aparecen los márgenes del presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

Lejos de valorar la libertad personal, agravando la coacción y robusteciendo su normativa investigadora, se desdeñó su tutela¹⁰. A la vez, en dicho período se fortalece el poder de los agentes del Estado, y se robusteció, **a toda costa**, la protección de la propiedad privada. Más precisamente, beneficiándose y privilegiándose a los propietarios, esto es, a los que *tienen bienes*¹¹, desnaturalizando la legítima defensa al ampliarse desmesuradamente, y brindándosele un muy especial trato, por ejemplo en materia de libertad provisional, al margen de otras modificaciones -y prácticas- penales, procesales e, incluso, penitenciarias¹².

⁶ Febrero 6 de 1996.

⁷ Ley 19.027.

⁸ Artículo 13.

⁹ Ley 19.567, artículo 2.

¹⁰ Más incluso, en el año 2001, modificándose el nuevo Código procesal penal mediante ley 19.789, autorizándose la detención por ciertas faltas, no se incluyeron las acciones coactivas.

¹¹ En el tema del amparo a la libertad y seguridad individuales, es necesario distinguir entre **prevención y represión**, e indagar *dónde* o en *cuáles sectores sociales se concentra cada una de estas labores*. Es interesante, así, conocer las confesiones de sus propios operadores, por ejemplo, la de un alto oficial de Carabineros, quien, requerido por un periodista sobre *por qué* se patrullan las zonas altas de la región metropolitana (Las Condes, Vitacura), con funcionarios y vehículos pertenecientes a unidades del área sur, contestó que la Policía focaliza su labor preventiva, y sus recursos, en los “*sectores donde las personas sienten amenaza a sus bienes*”. Dicho en otras palabras, que enfocan su protección hacia las personas y grupos sociales que **tienen** bienes (Programa “Informe especial”, de Televisión Nacional de Chile, 24 de agosto de 1995).

¹² Recordemos lo expresado por el entonces fiscal de la Corte Suprema, Enrique Paillás, quien, consultado del por qué se suministra trato especial a los condenados Contreras y Espinoza, homicidas de Orlando Letelier, declaró que lo merecían por “*su condición militar y su grado*” (Televisión Nacional de Chile, noticiero de 27 de noviembre de 1996).

II.- EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Pero no sería sino hasta la codificación de la nueva legislación procesal penal, concretada en el oficialmente denominado **Código procesal penal**¹³, que deberíamos entender como propósito real del poder político desentenderse de planteamientos y anhelos del comentado Informe.

MEDIDAS Y CONCEPCIONES CUESTIONABLES

a) Ingreso a lugares cerrados y control de comunicaciones privadas.

Contrariando lo que puede suponerse, un arsenal de medios de control individual y social es suministrado al Estado por el nuevo Código procesal. En efecto, se faculta a los agentes policiales para que **aun sin orden judicial** ingresen y registren lugares cerrados, bastando que aleguen haber escuchado “*llamadas de auxilio*”, “*u otros signos evidentes que indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito*”¹⁴. Con esto, se reafirma la normativa especial creada en el año 1991¹⁵, regulación que vulnera particularmente la libertad de morada y el escaso ámbito de intimidad de sectores modestos de la población chilena. Ya hemos comprobado que estos reciben un trato muy diferente del que, **bajo idéntica normativa procesal**, han gozado los moradores de otros grupos o sectores¹⁶.

El nuevo régimen procedimental introduce la sospecha como base suficiente para ingresar en áreas íntimas de la persona, aun sin delito, no siquiera en desarrollo. Así, permite la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, u otras formas de telecomunicación de personas, de quienes incluso se **sospeche** hayan participado en la preparación o que **preparan la participación** o comisión en “*hecho punible que mereciere pena de crimen*”, interceptación y grabación que, en la práctica, puede tener duración indefinida¹⁷.

Y, en lo que atañe a la retención e incautación de correspondencia privada, medida que el Código procedimental sustituido hace aplicable exclusivamente al procesado, es extendida en el

Más recientemente, en este año 2002, el trato brindado a los numerosos militares a quienes se acreditó responsabilidad en el asesinato del sindicalista Tucapel Jiménez Alfaro. Como lo señalaron las imágenes de prensa, sin esposas, altaneros, y con el saludo de manos -efusivo y respetuoso- ofrecido por oficiales de Gendarmería (TVN., noticiero de 15 de julio pasado). Y esto, sin considerar su especial y bien acomodado lugar de cumplimiento de penas (Punta Peuco).

¹³ Mensaje Presidencial 110-331, de junio 9 de 1995. En su estudio y redacción participaron quienes actuaron como ministros del interior de Pinochet, (Enrique Montero), y entidades ideológicas de Renovación Nacional (Instituto libertad), y la UDI (Instituto libertad y desarrollo), tal como lo confiesa el propio Mensaje del proyecto de nuevo Código Procesal Penal. En cambio, ninguna institución promotora o defensora de derechos humanos logró invitación ni participación en la gestación y contenido de tan importante cuerpo.

No es impertinente señalar que economistas del denominado Instituto libertad y desarrollo, pasan su tiempo practicando tiro con armas de fuego automáticas, sorteando obstáculos, emulando el entrenamiento de comandos militares, en canchas de Club Cordillera (“La Tercera”, diciembre 9 de 2001, pág. 30).

RIVACOPA recordaba que un procesalista iberoamericano, también convocado, tiene entre sus méritos haber preparado Códigos procedimentales para dictaduras del área.

¹⁴ Artículo 206 del nuevo Código; artículo 293 de su proyecto.

¹⁵ Mediante ley 19.077 (artículo 156 del sustituido Código de procedimiento penal).

¹⁶ Por ejemplo, los moradores de Villa Baviera, en la VII región, beneficiados de la disposición de los funcionarios policiales que, aun con el respaldo que les brindaba una orden amplia de investigar, solicitaban **permiso** para ingresar al recinto, esperando fuera del lugar su concesión (mayo de 1997).

¹⁷ Artículo 222 del nuevo Código; la raíz en el artículo 311 de su proyecto.

comentado nuevo Código al **imputado**, calidad procesal cuyo concepto es amplísimo¹⁸, y en circunstancias tan genéricas y ambiguas que, en los hechos, procederá en todo caso¹⁹.

Los mencionados mecanismos de control personal y social, y otros, pese a estar distribuidos en diversos preceptos del nuevo Código, no constituyen meros accidentes de éste. Por el contrario, manifestando características de su substrato valorativo, concretan ya en el plano normativo varios de sus principios rectores. Y es que la propia Exposición de motivos que acompañó a su proyecto, y mediante la cual el gobierno explicó fundamentos y objetivos de su iniciativa, confiesa tales orientaciones. Ilustrativo es que en la edición oficial del nuevo Código, por primera vez se omite reproducir tal Mensaje.

b) La “desviación” como objeto de persecución estatal.

No podemos sorprendernos hoy del contenido del nuevo régimen procesal, toda vez que el señalado Mensaje reiteraba insistentemente invocaciones a las “*conductas desviadas*”²⁰. A la vez de envolver un concepto que, en todo caso, es **mucho más amplio que el de delito**²¹, representa una noción fomentada por corrientes criminológicas cuyo rasgo principal es legitimar la actuación de grupos dominantes de la sociedad²².

Con tales expresiones, ya el Mensaje oficial reveló el anhelo, por parte de órganos del Estado y de quienes ejercen su control, de imponer a los individuos moldes de comportamiento que **exceden** lo establecido y requerido por las normas **jurídicas**. Se establecen y exigen pautas de conducta y modos de ver el mundo que pertenecen a otras áreas, tales como la religiosa, la filosófica y la moral; esto es, se reclama de las personas su adecuación al Estado, en ámbitos de la existencia individual que a éste no le corresponde ingresar, calificando, aprobando o reprobando actos u omisiones, incluso modos de ser y de pensar. Se evidencia con ello la existencia de una oculta clasificación gubernamental del comportamiento, y así de las personas: por una parte, las “*normales*” y, por otra, las “*desviadas*” o “*anormales*”, es decir, que presentarían irregularidad o anomalía (los “*diferentes*”). Por tanto, estaríamos sujetos u obligados a adecuar nuestro comportamiento y modo de ser no sólo a las disposiciones jurídicas creadas en procura de la tutela de **bienes jurídicos reales**, sino a preceptos o normas de otra índole o tipo.

Lo anterior, por cuanto una conducta solamente puede calificarse de “*desviada*” con arreglo a un parámetro **determinado**, con respecto a **tales** principios o a **cuales** normas; no puede comprenderse si no es en función de un **preciso** estándar, de una **específica** escala. Y al Derecho no le corresponde asumir la tarea de calificar y enderezar actos u omisiones de índole moral o religiosa; y, respecto de las de carácter social, sólo de aquellas que poseen recepción o valoración jurídica fundándose en el amparo de bienes jurídicos **concretos**.

La noción de “*conductas desviadas*” o de “*desviación*” nos transportan, por otro camino y con otras palabras, a una idea ya conocida: la de **peligrosidad** o **temibilidad**. Ésta, liberando de responsabilidad al sistema económicosocial en la producción del delito, ha servido para justificar métodos de intervención estatal en esferas íntimas del ser humano. En verdad, se opera una

¹⁸ Artículo 7 del nuevo Código; la fuente en el artículo 6 de su proyecto.

¹⁹ Artículos 218 y 219 del nuevo Código; se proponía en los artículos 306 y 307 del entonces proyecto; se regula tal mecanismo en el artículo 176 del Código de procedimiento penal sustituido.

²⁰ Párrafos 17, 23 y 25.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal e injusto*, en el volumen *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1982, pág. 81.

²² BERGALLI, Roberto, *La ideología del control social tradicional*, en *Doctrina penal*, año 3, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 85 y ss.

diferenciación no de los actos sino de las personas mismas, labor estatal que impedirá fundar una cultura pluralista. Más cuando cada vez que se manifiesta el descontento de grupos de la sociedad (mapuches, trabajadores portuarios, estudiantes), se levantan voces en el gobierno y en la empresa privada que reclaman “*reimponer la disciplina social*”²³. Tales expresiones ilustran la verdadera concepción que, sobre democracia y relaciones sociales, anida en ellos.

c) La intimidación social como un fin del proceso.

Se reconoce asignar al proceso penal un “*importante efecto preventivo general*”²⁴. Esto es, ahora no solamente los condenados o penados sino, además, los **imputados** serán instrumentos para provocar comportamientos en el resto de las personas. Recordemos que las doctrinas preventistas generales, las cuales el nuevo Código confiesa asumir, ven en la aplicación de la pena un medio para que no se delinca; para que, por su **espectáculo**, a saber, ofreciendo la suerte del sentenciado -y ahora del mero imputado- a la vista de la población para impresionar su ánimo (práctica diaria de los aparatos policiales), los demás se abstengan de conducirse de modo similar.

Ésta utiliza al ser humano para fines extraños a él; convierte a la pena en método; se dirige a los demás **utilizando** al condenado, avisándoles perentoriamente, amedrentándoles con el espectáculo de su ajusticiamiento para que se abstengan de delinquir; reduce la pena a la intimidación; procuraría, por vía de aquella, que los otros no delincan, camino que “*desemboca en el terrorismo penal*”²⁵. Para ella, “*lo único que verdaderamente importa es el ejemplo, el escarmiento y la eficacia*”²⁶.

La comentada normativa traslada ahora tales objetivos al proceso mismo, pese a que en él todavía no se acredita la responsabilidad del imputado, en rigor mero denunciado.

En tal orientación, “*late un poderoso afán discriminatorio y una fe decidida en la eficacia de la violencia, con un trasfondo de sadismo, que en muchas ocasiones será inconsciente y cuyas motivaciones habría de investigar la psicología profunda, pero que no por ello deja de ser indudable; con todo lo cual su éxito en la doctrina y en la opinión resulta evidente*”²⁷. El delincuente sería un ser que responde en su conducta a estímulos, y cuyo comportamiento se puede determinar de dicho modo²⁸.

La prevención general se reduce a la intimidación, o sea, inhibir a otros **a través del miedo**, para que se conduzcan conforme a los requerimientos del agente que la proyecta: “*no tienen por que retraerse ante los hechos pequeños, ni ante los actos preparatorios, ni ante lo que se piensa ni ante lo que se quiere: lo único que verdaderamente importa es el ejemplo, el escarmiento y la eficacia*”²⁹. En efecto, la aplicación de tales orientaciones también se comprueba en el arbitrio de interceptación telefónica de terceros y en otros mecanismos de control e indagación personal, no ya de acciones delictivas concretas y determinadas, sino de opiniones, modos de ser, tendencias, propensiones, en fin, áreas del individuo a las que no ingresaría un sistema jurídico democrático.

²³ Interesante es el caso de los grandes empresarios, y los ejercicios de la disciplina. Evidenciando los favores del poder económico y sus nexos con el militar, sin esfuerzo obtienen grados militares como **oficiales** de reserva –con las facultades inherentes- sea en la Armada (entre muchos, el caso de Agustín Edwards), o en la Fuerza Aérea, como es el caso de uno de los hermanos Paredes, propietarios de Metalpar, aunque, en Punta Arenas, no logró ser introducido en la cabina de un avión a reacción (“La Tercera”, agosto 11 de 2002).

²⁴ Párrafo 49.

²⁵ *Configuración y desfiguración de la pena*, Discurso de incorporación como miembro correspondiente de la entonces denominada Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile, Santiago, 1980, pág. 16.

²⁶ *Ibidem*, pág. 17.

²⁷ En el Prólogo de *Función y aplicación de la pena*, citada, pág. XII.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ RIVACOBA, *Configuración y desfiguración de la pena*, citada, pág. 17.

d) ¿Configurando la personalidad?

Sin estar específicamente nombrada, se invocaron objetivos de **prevención especial**. Muy ilustrativas fueron las referencias formuladas a la “**reinserción**”³⁰, a la “**reincorporación**”³¹, y a la “**resocialización**”³². Estas expresiones, junto a las de **readaptación** y **reeducción**, traducen los propósitos preventistas especiales albergados en el nuevo Código, poseyendo como necesaria consecuencia la noción de **tratamiento**³³.

Las citadas aspiraciones oficiales, proyectando una imagen de preocupación por la persona, poseen un muy endeble fundamento, toda vez que hay delincuentes integrados, insertados o educados que no requieren recuperación; asimismo, desconocen u ocultan el hecho de que para que una persona pueda ser reinsertada, reincorporada o resocializada tiene que haber estado, **previamente**, insertada, incorporada o socializada, y la mayor parte de los delincuentes jamás lo han sido sino en “*grupos o sectores marginales y descalificados*”³⁴. Es más, si la propia sociedad participa en la producción de delincuentes, ¿con qué autoridad puede pretender resocializarlos? Bajo la apariencia de abnegación, benevolencia y amor por los seres humanos, tales finalidades pueden envolver, en realidad, el control y configuración de la personalidad. Se divisa en dichos propósitos una “*soberbia e insoportable identificación o asimilación del Derecho y del Estado con la moral, que puede desencadenar una intolerable y tiránica invasión de la conciencia individual*”³⁵.

Como develó RIVACOBÁ: “*Salvo en el idealismo romántico de los correccionalistas, la prevención especial denota a las claras en sus partidarios una actitud soberbiosa, muy pagada de su superioridad, que no ve en quien delinque más que un ser inferior y desgraciado, por el que íntimamente no se puede sentir sino desagrado y conmiseración y al que, en un ademán paternalista y desprendido con que ante todo se refuerza o reafirma la propia personalidad, se debe ayudar y mejorar. Que en este concepto no falta ninguno de los ingredientes esenciales de la demagogia, y que así se comprende con facilidad su aceptación en muchos espíritus, parece obvio*”³⁶.

Para sus partidarios, el delincuente es un sujeto débil, en cuya subjetividad se entiende tener el derecho de obrar; la pena se concibe como un noble tratamiento, que lo elevará³⁷.

Lo descrito implica una intromisión del Estado en el sistema de creencias y valores del individuo, y vulnera su libertad de conciencia. Y es que toda concepción de la pena como vía para fines extrínsecos a su propia entidad termina siempre en la utilización del individuo como medio para fines ajenos a sí mismo, con el consiguiente desconocimiento o menosprecio de la dignidad humana³⁸.

La aplicación de las medidas preventistas, tanto generales como especiales, manifiesta concepciones incompatibles con los derechos más íntimos de la persona. Que el imputado (ni siquiera ya el condenado o sentenciado), funcione u opere como un **instrumento** que ha de generar sus consecuencias en otras personas -las cuales deberían verse intimidadas por la suerte de aquél- y de que, al mismo tiempo, se le impongan fines que puede no haber escogido ni que se ha propuesto, significan consecuencias inherentes o propias de dichas orientaciones. Tanto las medidas preventistas

³⁰ Párrafo 11.

³¹ Párrafo 26.

³² Párrafo 54.

³³ Muy de moda en el penitenciarismo contemporáneo. “*Con su sofisticada apariencia de altruismo y filantropía, constituye el peligro más temible y refinado de nuestros días en el ámbito de lo penal para la libertad y la dignidad del hombre*”. RIVACOBÁ, *Configuración y desfiguración de la pena*, citada, pág. 17.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ob. cit.*, pág. 18.

³⁶ En el Prólogo de *Función y aplicación de la pena*, citado, pág. XII.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ RIVACOBÁ concluyó: “*Cuando se desfigura la pena, se desfigura al hombre*”. En *Configuración y desfiguración de la pena*, citada, pág. 18.

generales como las especiales rebajan a la persona, de fin en sí misma, al nivel de **medio** para la obtención de objetivos o finalidades fijados por los sectores que controlan el Estado. ¿Se trata, acaso, de domesticarlos?

El Hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo, como un valor supremo. Y, en ninguna de las dos perspectivas –prevenciones general o especial– “*se percibe al delincuente como un ser de dignidad, cuyos actos se puede desvalorar, pero cuya personalidad hay que respetar; y, lo que acaece siempre que se incurre en una equivocación acerca de los que son y para lo que sirven las cosas, ese tratamiento no ha producido ningún efecto positivo*”^{39 40}.

e) ¿Lesividad o peligrosismo?

La comentada Exposición de motivos atribuye al nuevo Código la incorporación de “*nuevos principios, como el de lesividad*”⁴¹, el cual no define pero que, atendiendo a su concepto doctrinal, entendemos como referido al daño o puesta en riesgo de bienes jurídicos **concretos**. Más precisamente, al decir de ZAFFARONI, “*según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo*”⁴². Sin embargo, y ratificando la misma aprehensión del señalado autor⁴³, las situaciones para las cuales hoy en Chile, en el nuevo Código, se invoca esta expresión, por ejemplo aludiendo a la “*criminalidad de más alta lesividad*”⁴⁴, y, sobre todo, por el tratamiento que el articulado del proyecto otorga para que, justificándose en la **sospecha**, puedan operar diversos mecanismos de control sobre la persona⁴⁵, evidencia el constituir otro de los meros cambios de denominación para la idea de **peligrosidad**, con desarrollo de más de un siglo y que, por esencia, es adversa a la libertad individual⁴⁶.

³⁹ En el Prólogo de *Función y aplicación de la pena*, citado, págs. XII y XIII.

⁴⁰ Considerando otros cuerpos legales que participan de tales corrientes, RIVACOBÁ comentaba: “*Sin embargo lo peor, lo más espantable, es que no se advierta en el país ningún movimiento de crítica y protesta en la materia, casi ni voces aisladas, y no ya de manera inconcreta en el ambiente social, entre la gente profana en estas cuestiones, sino tampoco entre los juristas, y más recortadamente los penalistas; todo lo contrario. Pues lo importante [...] no radica en reconstruir con criterio más o menos restrictivo o crítico con más o menos vigor estas o aquellas instituciones, sino en algo a la vez más profundo, más amplio y más elevado. Y en el fondo, ¿no consistirá en discutir y dilucidar si lo que llamamos Derecho penal es un Derecho antropológicamente fundado, de seres humanos para seres humanos, tratados como humanos, o, en otras palabras, verdadero Derecho y no un sistema y aparato de coerciones e imposiciones?*”. En el artículo *Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo*, incluido en el volumen colectivo *Criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*; coordinado por Sergio POLITOFF y Jean Pierre MATUS, Conosur, Santiago, junio de 2000, págs. 69 y ss.

⁴¹ Párrafo 11.

⁴² *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, año 2000, pág. 121.

⁴³ Quien, seguidamente, expresa: “*Este principio es casi siempre admitido a nivel discursivo, sin perjuicio de que el mismo discurso lo desvirtúe abriendo múltiples posibilidades de racionalizar su neutralización*”.

⁴⁴ Párrafos 23 y 24, entre otros.

⁴⁵ Uno de ellos es el llamado control de identidad, el cual hoy autoriza a los funcionarios policiales al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo; nótese que el **abuso** en el ejercicio de procedimientos dirigidos a la identificación de una persona *podrán ser constitutivos de delito* (no son, sino *podrán ser*); esto es, en la práctica quedará impune. Lo reciente de esta creación (ley 19.789, de enero de 2002), indican los vientos hoy imperantes.

En todo caso, a propósito de expedición y ligerezas procesales para coartar libertades esenciales, más grave resulta la ampliación del artículo 9 del comentado Código procesal; mediante la recién citada ley 19.789, se permite que, no sólo la autorización expedida por el juez de garantía, sino incluso la **solicitud** para privar al imputado o a un tercero, del ejercicio de los derechos constitucionales, o los restrinja o perturbe, podrá ser transmitida por cualquier medio, incluso fax y correo electrónico. Es cierto que se introducen conceptos como *casos urgentes*, y *necesidad de éxito de la diligencia*; pero, ¿a quiénes, en la vida real, les corresponderá calificarlas?

⁴⁶ Notable descripción de esta corriente en ZAFFARONI, en su muy reciente *Derecho penal. Parte general*, citado, págs. 295 y ss., obra presentada a fines del año 2000, en Buenos Aires, por Manuel de RIVACOBÁ.

Ratificamos la conclusión anterior al constatar la imperante orientación de la llamada política penal oficial, que criminaliza acciones que no lesionan ni ponen en riesgo concreto bien jurídico alguno, o a cuyos titulares les corresponde o pertenece su disposición, conductas que, no obstante, sí revelarían, sí darían indicios o señales de inclinaciones o tendencias personales de sus ejecutores, inclinaciones o tendencias que disgustan al aparato estatal. Un ejemplo supone la tipificación de la mera tenencia de drogas en lugares de acceso público, destinadas al consumo personal exclusivo de su portador, y el mismo consumo, incluso en lugares o recintos privados, como puede ser su propia casa habitación⁴⁷. Es indiscutible que pueden reprobarse tales comportamientos desde un enfoque ético, social o médico; no obstante, su incriminación y castigo **penal** quebranta fundamentos del culpabilismo, acentuando la desfiguración del Derecho punitivo chileno. Más, cuando se alteran normas fundamentales de su Parte general, desnaturalizando la legítima defensa al incluirse presunciones de exención de responsabilidad criminal que privilegian el amparo de la posesión de bienes de terceros con relación a la vida de personas⁴⁸.

Se sectoriza a los “*indeseables*” según la conveniencia del momento, no operándose dichas facultades tratándose de grupos influyentes, aunque sus conductas envuelvan mayor gravedad y lesión a bienes colectivos⁴⁹. Esta doble escala se constata también en muchos políticos de carátula progresista⁵⁰.

f) Ley procesal y régimen económico.

Interesantes resultan también otras confesiones del Mensaje comentado. Por ejemplo, la protección del régimen económico imperante como especial finalidad del sistema legal, cuya eficiencia “*es base indispensable para los títulos de propiedad y el crédito*”⁵¹, finalidad que, ya en el contenido normativo del proyecto, y hoy en el nuevo Código, se privilegia por sobre las vías para obtenerla; y de que “*mediante la modernización de la administración de justicia se busca favorecer la consolidación del modelo económico*”⁵². Igualmente, trasciende el indirecto reconocimiento de que los llamados “*procesos de modernización*” no sólo **excluyen** sectores sociales⁵³, sino que, además, implican un **factor criminógeno**⁵⁴, esto es, **generador de conductas delictuosas**.

Estas menciones revelan pleno conocimiento de los gestores del reciente Código (los auténticos, no los aparentes) sobre las estrechas vinculaciones económicas y políticas de la legislación procesal, y del rol que puede desempeñar como **operadora** del régimen económico imperante; por tanto, muy funcional para quienes ejercen su control o se benefician del mismo. Extrañamente, revelando tanta atención por la función colaboradora con el régimen económico, el Código se desentiende de las

⁴⁷ Ley 19.366, de 1995, artículo 41.

⁴⁸ Ley 19.164, de 1992, artículo 1.

⁴⁹ Atendamos al caso producido en 1996, cuando el gobierno de la época expulsó a varios ciudadanos peruanos, ya judicialmente sobreesidos de imputaciones por *faltas a la moral*. Sin embargo, no actuó con intensidad semejante respecto de ciudadanos alemanes colonos de Villa Baviera, o de empresarios coreanos acusados por muchos trabajadores de graves abusos laborales.

⁵⁰ Caso emblemático es el de José Viera Gallo: requerido, hace no tantos años, en un programa periodístico televisivo, por qué el gobierno exhibe poca decisión para solucionar el caso “Colonia Dignidad”, arguyó que aquél es muy respetuoso de las libertades democráticas y de la inviolabilidad del hogar, y que “*para ingresar a una propiedad se necesita orden judicial*”, que “*no hay Estado dictatorial en Chile*” (Programa “*Medianoche*”, de TVN, madrugada del 5 de agosto de 1997). Olvidó que todos los días se allanan poblaciones modestas sin orden alguna, infringiendo normas procesales básicas; estos hechos parecen no importar.

⁵¹ Párrafo 6.

⁵² Párrafo 9. Confesión semejante ubicamos en el Mensaje Presidencial del entonces proyecto modificadorio del Código Orgánico de Tribunales, que introdujo en Chile los juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal, destinados a operar la normativa comentada (Mensaje 53-339, de 3 de noviembre de 1998), luego convertido en ley 19.665.

⁵³ Párrafo 18.

⁵⁴ Párrafo 23.

desigualdades reales imperantes en la sociedad, y que por cierto que influyen en la esfera procesal penal.

III.- FACTORES CRIMINÓGENOS Y CO-CULPABILIDAD

Comprobando que varias de las orientaciones comentadas fueron expresamente reconocidas por el Mensaje oficial, ¿podemos sorprendernos de que no hayan sido objeto de debate, al menos universitario? Es claro que no debíamos esperar que la controversia fuera alentada por quienes se ligan a los autores de la hoy imperante normativa, o de los estudiantes y abogados que -sin importar el costo personal o ético- procuran acomodo y buena ubicación, o custodian la ya lograda. Pero, además, tal silencio se origina en la realidad predominante en las Escuelas de Derecho de las Universidades públicas (ni mención de las privadas), y en los medios de información, en los cuales, de modo funcional para sectores dominantes, se impone una visión de la culpabilidad que la circunscribe o limita **exclusivamente** a la persona.

Consecuentemente, se silencia la Criminología, (o sólo se difunde las *observaciones* de Lombroso); ni siquiera se mencionan importantes causas de criminalidad, tales como la estructura política y social y la sociedad misma que, según POLAINO, generan una “*auténtica estafa de ilusiones y de expectativas*” de la que es víctima directa la juventud⁵⁵. Tampoco se indagan o señalan las causas de la violencia manifestada por sectores modestos, pese a que el fenómeno de la “*ostensible marginación social que sufren los sectores laboral y económicamente menos favorecidos*”, generan condicionamientos que desembocan en una reacción de violencia⁵⁶. Ni una frase se expresa respecto de factores causalmente determinantes del incremento de la delincuencia violenta, en orden a ubicar como elementos etiológicos de tal aumento la “*neurosis laboral colateral al pluriempleo como contrapunto de un alarmante incremento de la cifra real de paro [cesantía]*”⁵⁷.

En cambio, y conforme al grupo “*Paz ciudadana*”, integrado incluso por agentes de la recién pasada dictadura⁵⁸, creación del grupo Edwards, uno de los organismos patrocinadores (gestores en verdad) del contenido del nuevo Código procedimental, se exhibe a la “*delincuencia*” como fenómeno desvinculado de la estructura económica, de la política económica, un mal circunscrito, por ejemplo, a los ejecutores de robos con fuerza en las cosas o violencia en las personas, y a los padres que maltratan a menores. Ellos serían los únicos “*malos*”. Conforme al Mensaje, contra ellos la gente *honesto* debería encauzar su repulsión y sus reacciones (y el sadismo refugiado), invocando fortalecer más aun los aparatos de control social, especialmente el de policía.

Y esto, mientras nada se dice respecto de las causas que fermentan tales comportamientos, ni menos respecto de la delincuencia de “*cuello blanco*”: ninguna referencia a los delitos económicos o que los patrones ejecutan en la esfera laboral dependiente, como injurias, calumnias, amenazas, extorsiones, y la generalizada apropiación indebida de cotizaciones previsionales, que son propiedad de los trabajadores; tampoco sobre los delitos medioambientales perpetrados por los poderosos. Lo anterior, pese a que se trata de actos de extendida ejecución, y que incluso exigen un juicio de reproche agravado por las circunstancias en que se cometen, favorecidos por influencias y de enorme daño

⁵⁵ Véase, de Miguel POLAINO NAVARRETE, *Marginación social y génesis de la criminalidad*, en el volumen *Aspectos filosóficos, médicos y criminológicos de la reforma penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba (España), 1987, pág. 140.

⁵⁶ POLAINO, obra citada, pág. 139.

⁵⁷ COBO DEL ROSAL, citado por POLAINO, en *Criminalidad internacional y defensa social*, incluido en el volumen *Criminalidad actual y Derecho penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba (España), 1988, págs. 145 y 146.

⁵⁸ Como Enrique Montero, quien actuara como ministro del interior del régimen de los ochenta.

colectivo. Pertinentes son las palabras de BECCARIA, en cuanto “*la sensibilidad del reo no es la medida de las penas, sino el daño público, tanto mayor cuanto sea producido por quien es más favorecido*”⁵⁹. Muchos patrones, gente “*respetable*”, nunca delinquen, a lo más cometen “*errores*” o “*excesos*”; ellos no son “*delincuentes*”.

Nos desenvolvemos en una realidad jurídica que no se muestra tal cual es. En palabras de POLITOFF, que “*elude la autocrítica del sistema, al hacer recaer enteramente sobre la libertad individual hechos sobre los que, a lo menos, existe co-responsabilidad de la sociedad*”⁶⁰. Se ignoran orientaciones progresivas, tales como la co-culpabilidad, cuya noción implica “*los condicionamientos e insuficiencias sociales que lastran la personalidad [de quien comete un delito] y reducen su capacidad de autodeterminación, [factores que] debe tenerse presente en cualquier caso*”⁶¹.

Al decir de ZAFFARONI, es innegable el hecho de que “*el orden jurídico es un ‘tercero’ que reprocha jurídicamente a los habitantes que cometieron un injusto, basado en que les era exigible la no comisión del mismo, el único orden jurídico que estuviese en condiciones de dejar de lado las consideraciones sociales al momento de precisar la exigibilidad, sería aquel que diese a todos los habitantes las mismas posibilidades de autorrealización*”⁶².

Y continúa: “*Reconocido, pues, que el orden sostenido por el derecho no da a todos las mismas posibilidades de realización, es lógico que le exija más a quien más posibilidades la ha dado y que cargue con su parte respecto de aquel a quien menos posibilidades ha dado, cargando aquí la sociedad con la parte de culpabilidad que le corresponde por lo que se ha llamado a este fenómeno ‘co-culpabilidad’, planteada a veces como problema de responsabilidad moral*”⁶³. Y es que “*el sujeto que socialmente se haya más desvalido, lógicamente tiene una menor posibilidad de autodeterminación en muchos aspectos*”⁶⁴. Para él, la co-culpabilidad comprende aquella parte de la culpabilidad “*por el hecho con que debe cargar la sociedad, en razón de no haberle brindado las posibilidades que hubiesen ampliado su ámbito de autodeterminación*”⁶⁵.

Es unánime el reconocimiento de que, en el presente momento histórico, las sociedades no ofrecen iguales posibilidades; y esta realidad tiene efecto jurídico esencial en la esfera de la culpabilidad: “*si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un margen de posibilidades que se le ofrecen a unos y se le niega a otros y, por ende, cuando la infracción es cometida por aquél a quien se le han negado algunas posibilidades que la sociedad le dio a otros, o equitativo será que la parte de responsabilidad por el hecho que corresponda a esas negaciones sea cargada por la misma sociedad que en esa medida fue injusta*”⁶⁶. Idea central de la llamada co-culpabilidad es que “*si la sociedad no da a todos las mismas posibilidades, pues que cargue con la parte de responsabilidad que le incumbe por las posibilidades que le ha negado al infractor en comparación con las que le ha dado a otros*”⁶⁷.

⁵⁹ Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Ediciones Orbis, Buenos Aires, 1984, pág. 92.

⁶⁰ Véase, de Sergio POLITOFF, *Democracia y descriminalización*, en *Cuadernos panameños de criminología*, número 11-12, Universidad de Panamá, 1982-1983. Elías NEUMAN la denomina *co-responsabilidad estatal*, según lo advierte Carlos PARMA, en *Culpabilidad, lineamientos para su estudio*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, pág. 78.

⁶¹ Manuel de RIVACOBIA, *Criminología y justicia penal*, incluido en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, año 12, número 48, pág. 677.

⁶² Véase, de Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, pág. 65.

⁶³ Obra citada, página 66.

⁶⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, pág. 314.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana, perspectivas-disyuntivas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, pág. 167.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 168.

Comentando la referencia legal sobre el tema, localizada en el Código penal argentino, se recuerda el pensamiento de MARAT, esto es, “a la evidente verdad de razón según la cual no es justa la retribución en una sociedad injusta”⁶⁸; ¿cómo puede ser justa la retribución en una sociedad injusta? “fundada en el robo, la opresión y la violencia. Fue Marat quien con mayor claridad afirmó la injusticia de quien retribuye por igual a quienes tienen y a quienes no tienen ciertas posibilidades. En esto finca el pensamiento fundamental de la co-culpabilidad, que le llevaba a concluir en que el juez que en estas condiciones dictase una sentencia de muerte sería un asesino”⁶⁹. Fundada es la opinión de que sólo puede existir auténtica culpabilidad “en los casos en que la persona se hallaba en la situación de asumir la responsabilidad y cargar con ella, esto es, si le ha sido dada la posibilidad de autodeterminar su capacidad para emplearla en el proyecto y bienestar propio y de la sociedad”⁷⁰.

IV.- ¿AHORA EL CÓDIGO PENAL?

Insertadas allí, ahora se avisan intenciones de modificar el Código penal⁷¹.

Preparan los ánimos, en la esfera forense, profesores de universidades privadas dominio de grupos integristas y ultra conservadores, y varias publicaciones, al menos una de ellas propiedad de una empresa transnacional. Señales de tal ansiedad se comprueban en la declaración de propósitos oficiales, dirigidas específicamente a modificar normas sobre edad e imputabilidad penal, que ya se concreta, con el aval, incluso, de la directora del propio Servicio Nacional de Menores⁷².

El rol que en esta área, y en otras, jugaron los juristas vinculados y sectores influyentes de las Facultades de Derecho nos advierte desde hoy el papel que pueden exhibir. Por esto, la crítica de fondo y la atención y preocupación por el amparo de derechos básicos –la atención y preocupación que va más allá del discurso– no saldrá de ellos.

Uno de los motivos de nuestra desconfianza lo describe acertadamente ZAFFARONI: “las agencias de reproducción ideológica (especialmente las universitarias) no son ajenas a la competencia interna [...] Corren riesgo de perder peso político en la medida en que deslegitimen el poder punitivo; los operadores que contrarían el discurso dominante pierden puntos en la pugna por asesorar a los operadores políticos o para escalar en las agencias judiciales. Y corren el riesgo de verse superados por sus opositores en los concursos a cátedras, de perder financiación, para investigaciones, etc. Como resultado de ello, seleccionan a sus propios operadores en forma preferente entre los que comparten el discurso, lo **racionalizan** o lo **matizan**, pero evitan a quienes lo rechazan”⁷³.

⁶⁸ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo V, citado, pág. 314.

⁶⁹ ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, citada, nota 61, pág. 170. Interesantes resultan, también, sus referencias al juez MAGNAUD; ojalá se atendiera su ejemplo.

Louk HULSMAN advertía: “cuando el discurso oficial se refiere al sistema penal, considera implícitamente que se trata de un sistema racional, concebido, creado y controlado por el hombre. Nada más engañoso... El sistema es como una cadena sobre la cual avanza el imputado: cada uno de los encargados aprieta, por ende, su respectivo perno, y al final de la cadena sale terminado el producto del sistema: una vez cada cuatro, un preso”. La cita es de Carlos PARMA, en *Culpabilidad, lineamientos para su estudio*, citada en nota 57, págs. 80 y 81.

⁷⁰ Walter ORSCHEKOWSKI, *La culpabilidad en el Derecho penal socialista*, traducción de Juan Bustos y Sergio Politoff, en la *Revista de Ciencias penales*, Santiago, 1972-1, pág. 5.

⁷¹ ¿Razones? Que habría preceptos que, por causas histórico-económicas, sobredimensionan las *plumas* (delitos contra los derechos patrimoniales); así también, la existencia de algunos tipos que acogen conductas desvaloradas en otra época pero no hoy; en fin. Reconocemos tales detalles, susceptibles de modificación particular; sin embargo, los aludidos promotores, y su séquito, olvidan -o ignoran- que se trata de un Código penal de acto, un Código culpabilista, que más que menos tutela garantías esenciales y dentro de un marco que acoge el principio de legalidad, permite al juez moverse en la graduación de la pena. Que, en su práctica éstos no lo hagan, eso es otro tema.

⁷² Declaraciones en el programa “*El Mirador*”, de Televisión Nacional de Chile, edición de 6 de agosto de 2002.

⁷³ ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, citado, pág. 19.

No olvidemos que “*el discurso del derecho penal se forma en los ámbitos que, dentro del sistema penal, cumplen la función de reproducción ideológica (universidades) y se transfiere –con cierto retraso- a las agencias judiciales, aunque a veces estas toman la iniciativa y luego las primeras le proporcionan mayor organicidad discursiva. La paradoja que implica construir un discurso que legitima un enorme poder ajeno y reduce el propio, se explica porque los segmentos jurídicos han privilegiado el ejercicio de su poder a través del discurso, en detrimento del ejercicio directo del mismo. El poder del discurso –en este caso del derecho penal- es mucho más importante de lo que usualmente se reconocía: todo poder genera un discurso y también -lo que es fundamental- condiciona a las personas para que sólo conozcan a través de ese discurso, y siempre conforme al mismo*”⁷⁴.

V.- SEGURIDAD CIUDADANA Y SEGURIDAD NACIONAL

La manipulación de los miedos colectivos, comprobable en el Chile de hoy, se dirige a nutrir, aún más, el arsenal normativo del Estado. La teoría de la *seguridad nacional*, que sustentó ideológicamente a las dictaduras, se sustituye (se acomoda), por la teorización llamada *seguridad ciudadana* (ideología más que problema real). Para sus promotores, estaríamos insertos en una guerra interna. Presentan al sistema penal como arma bélica; entre otras consecuencias para la vida social, con su previsible repercusión **política**, contamos:

- a) Incentivan el antagonismo entre los sectores subordinados de la sociedad;
- b) Impiden o dificultan la coalición o el acuerdo en el interior de esos sectores;
- c) Aumentan la distancia y la incomunicación entre las diversas clases sociales;
- d) Potencian los miedos (espacios paranoicos), las desconfianzas y los prejuicios;
- e) Devalúan las actitudes y discursos de respeto por la vida y la dignidad humanas;
- f) Dificultan las tentativas de hallar caminos alternativos de solución de conflictos;
- g) Desacreditan los discursos limitadores de la violencia;
- h) Proyectan a los críticos del abuso del poder como aliados o emisarios de los delincuentes, y
- i) Habilitan la misma violencia que respecto de aquellos.

Exhibiendo como absoluto el valor *seguridad*, debilitan vínculos sociales básicos (solidaridad, simpatía), y procuran reforzar los verticales (autoridad, disciplina). Si la *seguridad nacional* fortalecía al aparato militar, ésta fortalece al policial⁷⁵ instrumento que, en la práctica, cumple el mismo rol. Vamos directo -si es que no estamos ya en él- al Estado de policía⁷⁶.

Más grave es que tal inducción de pánico colectivo esté institucionalmente dirigida, y alentada por entidades aparentemente filantrópicas financiadas por el empresariado.

Coparticipan los políticos que, en ello, divisan cámaras de televisión y elecciones venideras (y no sólo los de derecha). Justifican y legitiman la generación del arsenal normativo, ante la población y el estudiantado⁷⁷ (es decir, sobre los futuros cultores –u operadores- del Derecho) tanto la intelectualidad integrada, como los nuevos “*catedráticos*”, extraídos incluso del aparato militar.

La desatención de policía y tribunales por la más de docena de muertos de la localidad de Alto Hospicio, y la rápida aclaración de delitos, graves por cierto, perpetradas por un solitario delincuente

⁷⁴ ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, citado, págs. 25 y 26.

⁷⁵ No sólo en atribuciones, sino en un arsenal de medios operativos acorazados, tal como puede verse regularmente en la calle.

⁷⁶ Véase el ya citado *Derecho penal. Parte general*, de ZAFFARONI, pág. 17.

⁷⁷ Y, en el ámbito docente, callar implica aprobar.

marginal⁷⁸ (caso conocido como *La Dehesa*), revela formación y deformación policial y judicial, que focaliza tareas de tutela, dando preferencia a un privilegiado sector social⁷⁹; esto es una práctica indesmentible.

Un régimen que, en nombre de la *modernidad*, hace tabla rasa de principios penales que lograron amparo en el Ordenamiento jurídicopenal chileno, que fortalece armas y acoraza aparatos policiales, disminuye márgenes de inimputabilidad penal⁸⁰, y alienta la creación de registros genéticos de los *peligrosos*⁸¹ (curiosamente, no de todos). Y, últimamente, procede, mediante Gendarmería, a implementar una “*completa*” base de datos sobre las personas que visitan a quienes están privados de libertad⁸², integrando, con ello, a familiares, vecinos y amigos de los detenidos, al grupo objeto de control social.

Pensaba que los procedimientos penales de los siglos XVI al XIX, descritos por Michel FOUCAULT, esto es, las técnicas para dominar las multiplicidades humanas y manipular sus fuerzas, para controlar, medir y encauzar a los individuos y hacerlos *dóciles* y *útiles*⁸³ estaban ya superados. No es así.

Alfonso Hernández Molina
2003

⁷⁸ Roberto Martínez Vásquez.

⁷⁹ Sin perjuicio de reconocer que muchos de sus integrantes desenvuelven una correcta conducta funcionaria individual. Asimismo, teniendo presente que la ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE, ha demostrado en sus publicaciones y criterios de evaluación, insertos en Concursos de ingreso al área, especial valoración por principios democráticos de organización estatal y de funcionamiento de sus órganos esenciales.

En el caso de la CORPORACIÓN DEL PODER JUDICIAL, parece ilustrativo un ejemplo: en Concursos de ingreso a la planta de los nuevos juzgados de garantía y tribunales orales, el psicólogo que dirige la operación de *selección* confesaba, en una conversación privada, el pasado año, que se evita elegir personas gordas, “*porque tal rasgo revelaría inseguridad*”. Ya lo saben los excedidos de peso.

En verdad, el régimen de *selección* operado merece un artículo aparte. Es increíble la distancia entre la norma y la práctica, precisamente en las esferas en donde menos se esperaría.

⁸⁰ Siendo que el propio Rodrigo Quintana Meléndez, recién nombrado Defensor Público Nacional, hace no tantos años, actuando en el Servicio Nacional de Menores, planteaba en páginas mercuriales de Valparaíso, su radical y bien fundada oposición a ello, desvirtuando sólidamente las apreciaciones exhibidas por un profesor de Derecho penal porteño, entonces editoralista del medio aludido.

⁸¹ En declaración a TVN., Doris Cooper vehementemente atribuía a causas **genéticas** el factor causal de los bullados delitos de Roberto Martínez Vásquez (violaciones en La Dehesa, entre otros). No exhibió ni invocó ningún estudio, ninguna prueba (agosto 5 de 2002).

⁸² Confesiones de su director regional metropolitano, en La Tercera, edición de 16 de marzo de 2003, pág. 26.

⁸³ Véase *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, decimotava edición, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI editores, México, 1990.