



guardar silencio



Se publica en el Diario Oficial un texto complementario a la Ley N° 20.191, que a su vez modificó la ley 20.084, de Responsabilidad Penal Adolescente.

# Defensa penal y democracia

Por Carlos Peña G.  
Rector Universidad Diego Portales  
Profesor de derecho Universidad de Chile

Es difícil exagerar la importancia que reviste la reforma al proceso penal cuya instalación se conmemora por estos días. Mirada con imparcialidad y con sentido histórico, la reforma procesal penal constituye la más gigantesca transformación que ha experimentado el Estado en Chile desde su consolidación en la primera mitad del siglo XIX. Si, como enseñaba Weber, el medio específico del Estado es la coacción, entonces no cabe duda que modificar los procedimientos y los requisitos mediante los cuales ella se ejerce es una reforma a lo más íntimo del aparato estatal.

Y eso fue exactamente lo que hizo en nuestro país la reforma procesal penal: modificar el aparato del Estado, cambiar las reglas y los procedimientos que hacen legítimo el ejercicio de la coacción sobre el ciudadano.

En lo que sigue, y a fin de poner de manifiesto esa relevancia del proceso penal y del lugar que en él le cabe a la defensa, se examinará brevemente la relación conceptual entre la defensa penal y la ciudadanía (I) y luego, siguiendo las investigaciones de Foucault, la relación histórica entre el proceso penal concebido como un debate y la verdad (II). Como se verá, la defensa penal está íntimamente atada a la idea del individuo como un sujeto provisto de inmunidades que ninguna consideración puede sobrepasar y a la concepción de la verdad como justificación en medio de un diálogo o debate entre iguales. Ambas son un logro evolutivo de los sistemas legales y políticos que se expresan en el sistema adversarial del que la defensa es parte insustituible.

## (I)

Si se la mira con cuidado, puede afirmarse que el proceso penal adversarial –junto con mejorar los mecanismos de control social y hacer más eficiente la persecución de la criminalidad– es una manera de fortalecer la ciudadanía y la democracia. Y en eso, como se verá de inmediato, la defensa penal pública cumple un papel insustituible, al extremo que, sin ella, el proceso penal perdería todas, o casi todas, sus ventajas.

Y es que la principal diferencia entre el proceso adversarial que se introdujo en el sistema legal y el inquisitivo que se abandonó, deriva de la diversa manera en que, uno y otro, conciben al individuo: mientras uno de ellos, el adversarial, lo concibe como un sujeto; el otro, el inquisitivo, lo concibe como un súbdito.

En efecto, mientras el proceso inquisitivo –cuyas raíces, aunque solemos olvidarlo, están en el siglo XII– prefiere llevar a cabo una investigación y un juicio que prescinde de la calidad de sujeto del inculpado, el proceso adversarial que se introdujo mediante la reforma prefiere ver en el inculpado un sujeto provisto de derechos, alguien que es titular de facultades o de inmunidades que, más allá de cualquier consideración, son susceptibles de ser opuestas al poder del Estado.

Buena parte de las características del proceso penal adversarial-entre otras, la importancia que en él ha de concedérsele a la defensa penal pública- deriva del hecho de concebir al inculpado como un sujeto que



El Congreso aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), vinculado al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos originarios. El texto entra en vigencia a fines de 2009.

Se promulga la Ley N° 20.253, que modifica los Códigos Penal y Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, reforzando ciertas atribuciones para la labor preventiva de las policías.

es titular de derechos que, más allá de toda consideración utilitaria o de seguridad pública, nada ni nadie podría sobrepasar. Y es que las sociedades democráticas se caracterizan -como sugiere Höffe<sup>1</sup>- por esgrimir al menos un principio categórico que, fueren cuales fueren las circunstancias o los motivos, no puede ser legítimamente sobrepasado: la atribución de derechos fundamentales.

Así, el proceso penal, en vez de ser el enfrentamiento sigiloso del Estado con un súbdito, es un debate entre iguales, donde al ciudadano se le reconoce la calidad de igual frente al órgano del Estado.

Esa es la razón de porqué, allí donde existe un sistema de enjuiciamiento adversarial, el juicio penal es concebido bajo la forma de un debate o diálogo entre sujetos iguales, el imputado y el Estado, ante un tercero imparcial, que son los jueces. Ese diseño exige que el Estado haga esfuerzos para dotar de igualdad de armas a todos los partícipes del proceso penal: a la víctima, representada por el Ministerio Público; pero, claro está, también al inculcado, que tendrá a la defensa penal para asistirlo en el juicio.

Ahora bien, al concebirse al imputado como un sujeto y no como un súbdito y al juicio como un debate y no como una mera indagación, el proceso adversarial, del que la defensa forma una parte indisoluble, cambia las relaciones históricas entre la verdad y el poder.

La reforma procesal penal y la institución de la defensa penal independizan, por decirlo así, la verdad del poder. Y esa es quizá la mayor relevancia que posee el cambio institucional que experimentó nuestro país.

Como se verá de inmediato, el proceso penal adversarial concibe a la verdad como justificación: es verdadero, para los efectos de la coacción estatal, sólo aquello que está justificado bajo las condiciones de un debate público. Desde este punto de vista, carece de sentido decir

que algo es verdadero; pero no está justificado<sup>2</sup>. La justificación bajo condiciones procedimentales de diálogo -lo que ocurre en el proceso adversarial- es coincidente con la verdad.

## (II)

Hoy día solemos creer que la verdad, por una parte, y el poder, por la otra, son fenómenos separados y que, por lo mismo, quien tiene el poder no tiene o no detenta, por ese sólo hecho, la verdad, y viceversa, creemos que la verdad puede acabar venciendo al poder hasta el extremo que la verdad, como prometen las escrituras, puede terminar haciéndonos libres. Esta relación entre la verdad y el poder que afirma que la primera posee, a fin de cuentas, más fuerza que la segunda, constituye un logro notable del sistema político y legal que sólo logró asentarse muy tardíamente y que si bien, como dije, hoy día nos parece natural, constituye un logro esforzado de muchos siglos de evolución cultural y política que culminan justamente con el proceso adversarial, con esta paradoja de que el Estado, a la hora de ejercer la coacción, financie a la defensa, a ese órgano cuyo deber es justamente ponerle trabas.

Que podamos acreditar la certeza de nuestras afirmaciones con prescindencia del poder -es decir, la convicción que subyace al método científico y, a la vez, al proceso adversarial- constituye un desarrollo que, como ha mostrado con detalle Foucault, sólo aparece plenamente en el renacimiento. Hasta ese momento, el saber y la verdad están profundamente arraigados en el poder. Un buen ejemplo de ello -es decir, un buen ejemplo de esta dependencia que muestra la verdad respecto del poder- es posible encontrarlo en la universidad medieval y en la manera en que en esa institución se administraba y se transmitía el saber que se estimaba verdadero.

En la universidad medieval, lo mismo que en el procedimiento judicial entonces vigente, el saber se transmitía y se autentificaba no mediante una indagación pública y contradictoria -como lo ordena el modelo

1 Categorical Principles of Law, Penn State, 2002.

2 Es lo que suele denominarse concepción epistémica de la verdad, vid. Schmitt, F. Ed. Theories of Truth, Blackwell, 2004.



La abogada Paula Vial Reynal asume como Defensora Nacional. Por primera vez, el cargo fue designado a través del sistema de Alta Dirección Pública, lo que supuso un concurso público de oposición y su elección desde una terna que el Consejo de Alta Dirección Pública presentó a la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria. Es la primera mujer designada en el cargo.

normativo de ciencia hoy vigente-, sino mediante la observación de determinados rituales, el más célebre de los cuales era la *disputatio*<sup>3</sup>.

Las disputaciones medievales -la manera en que, como digo, se acreditaba la verdad y el saber en la universidad medieval- consistía en un enfrentamiento reglado en que dos adversarios recurrían, en apoyo de lo que afirmaban, no a una indagación independiente o a una evidencia conceptual autónoma, sino al principio de autoridad. Cuantos más autores pudiese un litigante universitario citar a favor de lo que él mismo afirmaba, cuántas más remisiones hiciera a un autor prestigioso como, por ejemplo, Aristóteles, mayores posibilidades tenía de salir victorioso de la disputa.

Podemos imaginarnos el debate universitario de la época como un enfrentamiento verbal en el que no se pretendía descubrir o averiguar nada, sino, simplemente, reafirmar y repetir lo que otros, las figuras de autoridad, habían ya dicho y repetido. A la figura de la *disputatio* como una forma de subordinación de la verdad al poder, se agrega la alquimia que, aunque hoy día nos sea difícil concebirlo, constituye el saber por antonomasia. A diferencia de la ciencia moderna, que se caracteriza por un porfiado intento de indagar y de someter a prueba permanente lo que se indagó, a fin de acreditar si es verdadero o falso, si es o no digno de incorporarse al cuerpo del saber, la alquimia consistía en un complejo y sofisticado sistema de reglas a las que el alquimista, si quería alcanzar el éxito, debía someterse.

El legado de la alquimia, a diferencia de lo que hoy entendemos por ciencia, no consiste en un conjunto de verdades o informaciones alcanzadas incrementalmente, sino un conjunto exhaustivo de reglas, algunas públicas, otras secretas, que, según la suposición de la época, si se seguían fielmente permitían alcanzar el resultado esperado. El alquimista era, así, quien poseía el dominio de las reglas y quien era capaz de aplicarlas con una meticulosidad cercana a la pesadilla, de manera que si el alquimista fracasaba -como, es de suponer, ocurría,

<sup>3</sup> Por supuesto, la *disputatio* era más compleja que lo que se dibuja, con fines de comparación, en el texto. Un ejemplo de una *disputatio* famosa puede verse en Berger Source, Gilbert Crispin, Alan of Lille, and Jacob Ben Reuben, A Study in the Transmission of Medieval Polemic, en *Speculum*, Vol. 49, No. 1 (Jan., 1974), pp. 34-47.

frecuentemente- no era un fracaso de las reglas, sino un fallo de quien las aplicaba.

Las figuras de la *disputatio* y la alquimia -que hoy nos provocan una mezcla de perplejidad y de risa- constituyeron dos modelos de búsqueda de la verdad que, en vez de recurrir a la indagación o a la averiguación, cifraban esperanzas en el poder y en la autoridad. Tanto la *disputatio* como la alquimia poseyeron, desde luego, una expresión jurídica que es posible apreciar en el procedimiento medieval y feudal.

En el derecho feudal, por ejemplo, y como ha mostrado Foucault en sus investigaciones sobre la verdad y las formas jurídicas<sup>4</sup>, las reglas del litigio no están orientadas directamente a probar la verdad de lo que los litigantes afirman, sino que se encuentran orientadas a acreditar la fuerza, el peso o la importancia de quienes están en litigio. Las pruebas en el derecho feudal -al igual que ocurría, según vimos, en la universidad medieval o en la alquimia- constituyen reglas meticulosamente previstas que tienen por objeto acreditar la importancia social de un individuo -es el caso, por ejemplo, de los testigos que juraban que el acusado era inocente-; probar su fortaleza física -es el caso de las ordalías, la más famosa de las cuales consistía en caminar sobre hierro al rojo, con la esperanza, para ganar el juicio, que las cicatrices se borrarán al cabo de dos días; o, que en fin, tienen por objeto poner de manifiesto su destreza y su cultura -como ocurría con las famosas fórmulas que debían ser correctamente pronunciadas, motivo por el cual el acusado suele auxiliarse de alguien que las conoce y las pronuncia bien y que, más tarde, conoceremos como el abogado.

Todas esas reglas del derecho feudal que -como la alquimia- hoy día nos causan risas y provocan en nosotros la sospecha de ignorancia, reposaban sobre la idea, nada extraña según lo pone de manifiesto la historia, de que la verdad no se descubre, averigua o construye sino que se acredita mediante el poder y que, en consecuencia, de lo que se trata no es de indagar, sino de certificar el poder, público o secreto, que cada uno posee.

<sup>4</sup> Para lo que sigue, debe verse Foucault, M. La verdad y las formas jurídicas, Barcelona: Gedisa, 1980.



Se realiza el Primer Encuentro de Mujeres Abogadas de la Defensoría Penal Pública, durante el cual 75 profesionales debatieron durante dos días sobre la realidad del género, a partir de ponencias de distintas autoridades y expertas invitadas.

Sólo hacia fines del siglo XII y comienzos del siglo XIII, esa forma de litigio y de prueba -si así puede llamarse- comienza a desaparecer y surge el procedimiento de naturaleza inquisitiva, distinto, desde luego al anterior, aunque no porque desvincule la verdad del poder, sino, simplemente porque establece una nueva relación entre la verdad y el poder.

Desde luego, en el procedimiento inquisitivo el litigio ya no es visto, como ocurría en pleno derecho feudal, como un conflicto entre dos o más individuos que ponían a prueba su importancia social, su fortaleza o, sencillamente, su suerte, y que podían, llegado el caso, abandonar el litigio, o la disputa, de común acuerdo, sino que ahora el litigio es visto como un asunto de tres sujetos, uno de los cuales representa al soberano, al rey o al señor, que por haber habido infracción de las reglas, está también lesionado y persigue, entonces, una reparación.

Este procurador -que así se llama- tiene la función de doblar a la víctima y de exigir no sólo que se repare al individuo directamente ofendido, sino, también, que se repare al soberano cuyas reglas se han infringido. Esta intervención de un tercero que es, como vengo diciendo, el rey o señor, obliga a cambiar las reglas de la prueba fundadas en el juicio divino de los dados o en las ordalías y se impone, entonces, la indagación efectuada por la autoridad.

La indagación de la autoridad recoge su modelo, según es bien sabido, de la inquisición que practicaba la iglesia carolingia. Conforme a los estatutos de la iglesia, el obispo debía visitar los lugares bajo su jurisdicción a fin de averiguar qué había ocurrido durante su ausencia. El obispo<sup>5</sup> practicaba entonces, la *inquisitio generalis* preguntando a todos los que debían saber -los notarios o los hombres virtuosos- qué había ocurrido desde la anterior visita. Si, como producto de esta indagación, la respuesta era positiva, el obispo pasaba a un segundo momento, la *inquisitio specialis*, que consistía en averiguar qué se había hecho y quien lo había hecho, en determinar cuál era la falta y quién su autor. El procurador del rey -esta figura que cuando surge supone un cambio esencial en el derecho feudal- cumple en el sistema inquisitivo la misma función del obispo: su tarea es establecer por

*inquisitio*, por indagación, si hubo o no crimen, cuál fue y quién lo cometió.

Es fácil advertir que el procedimiento inquisitivo, esta forma de indagación que surge hacia los siglos XII y XIII -y que estuvo entre nosotros vigente hasta hace poco tiempo atrás- no desvincula a la verdad del poder, sino que establece una nueva relación entre esos dos términos. Si en el derecho feudal o en las disputaciones, el objetivo era probar quien tenía de su lado el poder o la autoridad, ahora, con el procedimiento inquisitivo la búsqueda de la verdad le corresponde a quien tiene el poder; es él, el procurador del señor o del rey<sup>6</sup>, a quien corresponde, como al obispo, buscar la verdad mediante una indagación autoritaria, centralmente dirigida, sin debate contradictorio de por medio y donde, desde luego, la figura de un tercero imparcial que decide el debate brilla por su ausencia.

En el procedimiento inquisitivo la verdad no es independiente del poder, sino que, cosa distinta, se busca desde el poder, se indaga por aquellos que representan al poder o en base a reglas meticulosamente redactadas -las reglas de apreciación de la prueba- por el señor o por el rey y que privan a los jueces de toda discreción. La víctima y el victimario no son partícipes genuinos en este proceso, sino que sólo dan la oportunidad para que el proceso se desenvuelva y para que el procurador, como antes el obispo, efectúe su inquisición.

En un mundo en el que la verdad depende del poder, la defensa penal independiente no tiene, claro está, sentido alguno. Allí donde la verdad se indaga y no se construye, por decirlo así, mediante el debate ¿qué sentido tendría un defensor independiente?

La inquisición, esta figura de la iglesia carolingia que supone un nuevo modelo en la búsqueda de la verdad, y que, como digo, subordina la verdad al poder, constituyó, claro está, un formidable cambio en el sistema político y legal y fue un primer paso hacia el abandono de esas formas de prueba, increíbles y azarosas, que poseía el derecho feudal; pero, al mismo tiempo, instaló en la cultura jurídica y política una forma de ejercicio del poder que está lejos de la noción de ciudadanía

5 Idem. p. 84 y ss.

6 Idem, p. 79



La Defensoría Penal Pública inicia en la Región de Coquimbo un Proyecto Piloto Penitenciario, que brinda asesoría legal y acompañamiento a los internos durante la etapa de cumplimiento de condena, para que puedan ejercer sus derechos y solicitar beneficios intrapenitenciarios contemplados en la ley, entre otras cosas.

que se alcanzará, mucho más tarde, recién con el modelo del Estado de derecho, es decir, con esa forma del sistema político y legal que distribuye el poder. Recién cuando ese modelo se constituye, el juicio se configura como un debate entre sujetos dotados de igualdad de armas ante un tercero imparcial y recién allí el Estado o la sociedad, representados en el proceso penal por el Ministerio Público, asumen una condición de igualdad respecto del ciudadano imputado, asistido por la defensa, y ambos se obligan, entonces, a debatir ante los jueces si lo que afirman es o no verdadero.

Ese sistema de enjuiciamiento vinculado al ideal del Estado de derecho y que suele denominarse sistema adversarial y que, por diversos motivos, ha estado presente desde más temprano en los litigios entre propietarios, constituye una verdadera subversión en las tradicionales relaciones, hasta cierto punto inevitable, que, hemos visto, existen entre la verdad y el poder. Y esto pone de manifiesto el papel y la importancia que la defensa poseen en un Estado que quiera estar a la altura de ese ideal.

En este modelo la verdad no se subordina al poder, sino que se independiza de él y se alcanza por medio de la confrontación de relatos. En otras palabras, en este modelo la verdad no es independiente de la justificación de los relatos en competencia.

Por eso en el modelo adversarial quien tiene el poder o la autoridad ya no posee, por ese sólo hecho, la verdad o la plausibilidad de las afirmaciones de su lado, sino que está puesto en la necesidad de probarla en medio de un debate contradictorio ante terceros imparciales que, provistos de neutralidad ante los resultados, deberán decidir. La desvinculación a que aspira el modelo adversarial entre poder y verdad, se alcanza, por sobretodo, y como es fácil apreciarlo, mediante la condición de imparcialidad, es decir, mediante el juzgamiento por sujetos que abandonan todo prejuicio y que aprecian el debate en base a criterios que cualquier ciudadano podría también aplicar. Se trata, como es fácil advertirlo, no sólo de un sistema que procura insistentemente desvincular, como vimos, la verdad respecto del poder concentrado, sino de un modelo que aspira a algo aún más profundo y todavía más revolucionario, a saber, a democratizar la verdad, es decir,

a juzgar en base a criterios y razones que no se mantienen en las penumbras de los iniciados o de los alquimistas, sino que subyacen en la racionalidad de la que, según los ideales ilustrados, todos participamos.

Es difícil exagerar la importancia política y moral que posee esa forma de enjuiciamiento y de prueba y para la cual la defensa penal pública, como hemos visto, es insustituible. Ella recoge, o intenta recoger, las ideas que han inflamado los ideales de la igualdad y de la democracia.

Son esos los ideales que a veces arriesgamos olvidar en medio de la ansiedad que provocan las conductas delictuales. Proveer a todas las personas de un diseño institucional que les permita una cabal tutela de sus derechos, y brindar una defensa imparcial y convencida a los imputados, contar para decirlo con una fórmula canónica, con eficientes abogados del diablo, no es una ingenuidad, sino una exigencia de legitimidad y un requisito sin el cual el Estado de derecho es un puro vapor retórico. La mayor debilidad del sistema inquisitivo que nuestro país dejó atrás radicaba justamente en que, al dejar en la indefensión a los imputados, acababa deslegitimando, debilitando, la respuesta estatal frente a la criminalidad. Un sistema que no provee de una defensa penal a los inculcados, es un sistema que, como se ha dicho ininidad de veces, convierte al delincuente en víctima del Estado y que priva a los órganos del Estado de legitimidad para la persecución del crimen.

En una palabra, la defensa penal pública está más cerca de la metáfora hobbesiana –contener la guerra del Estado contra el ciudadano– más que de la imagen de la búsqueda de la verdad y, por eso, no hay duda, la defensa penal pública posee una dignidad política y ética de la máxima importancia: mediante ella el Estado democrático erige un mecanismo para autocontener el abuso y para sujetar la fuerza a reglas imparciales.