



CARLOS PEÑA

*Decano Facultad de Derecho,  
Universidad Diego Portales.*

Quizá no existe otro momento en la cultura jurídica latinoamericana, en que los problemas atingentes al sistema jurídico, hayan poseído mayor relevancia que en el actual. Si descontamos el momento de la consolidación del estado -cuando los juristas idearon modelar la sociedad por medio de Códigos- en ningún otro instante de nuestra historia se ha generalizado con mayor vigor, y al mismo tiempo con mayor sosiego, la convicción de que las instituciones legales poseen un lugar central en nuestros proyectos de desarrollo. Se trata de un fenómeno que, como suele ocurrir en la historia, se alimenta, hasta cierto punto, de fracasos. Durante muchas décadas, en efecto, asistimos a la convicción opuesta, esto es, asistimos a la convicción que las instituciones legales poseían un lugar menor en el conjunto de nuestros proyectos colectivos. El desarrollo de la estructura productiva desde el estado, en la postguerra, o la privatización de la economía, luego de la llamada década perdida de los años ochenta, solieron obnubilarnos y lograron hacernos olvidar que las instituciones legales más que resultado, constituyen un presupuesto del crecimiento, del desarrollo y de la democracia.

Hoy, sin embargo, nuestras convicciones, relativas al ámbito y al lugar de las instituciones legales, han cambiado. La presencia discursiva en el ámbito público y privado de los derechos fundamentales; los procesos de modernización política y económica; y la necesidad de acentuar la legitimidad del sistema democrático, parecen conducir inevitablemente a enfatizar el rol de los jueces y de los actores del sistema judicial en su conjunto. Que no hay una democracia estable y genuina sin un sistema de justicia accesible, imparcial y eficiente, y que, por otra parte, los sistemas

de justicia sólo pueden florecer allí donde existe la democracia; en suma, que la democracia y los sistemas de justicia suelen ir de la mano y que cuando caen, caen juntos, constituye hoy una convicción que se encuentra ampliamente extendida en nuestros países.

Como parte de ese proceso, y al modo casi de una revelación, la cultura jurídica chilena cayó de pronto en la cuenta de los defectos gigantescos que padecía nuestro proceso penal. Y no se trataba sólo de sus defectos empíricos o fácticos -su bajo nivel de resolución, por ejemplo, o su incapacidad para reprimir la criminalidad grave o, en fin, su alto grado de delegación- sino, por sobre todo, de sus defectos morales y políticos que acaban contradiciendo los ideales constitucionales y las promesas del sistema jurídico. Mientras, en efecto, la tradición constitucional reclama un proceso penal que semeje un debate competitivo entre sujetos provistos de igualdad de armas, decidido, finalmente, por un tercero imparcial, y un sistema de investigación realizado por órganos independientes del jurisdiccional, el sistema de enjuiciamiento hasta hoy vigente en algunas regiones de Chile hace tabla rasa de ese ideal, estructurándose, en cambio, como un sistema de indagación inquisitorial en el que quien juzga al mismo tiempo investiga y en el que los rasgos del debido proceso, como suele decirse, brillan por su ausencia.

La situación, desde luego, no sería del todo grave si se tratara, simplemente, de una cuestión profesional, es decir, si se tratara de un asunto que pudiese interesar sólo a quienes son jueces o abogados. Lo grave del problema es que, como se viene diciendo, se trata de una situación que compromete los valores básicos del sistema político y constitucional y, a fin de

## SOBRE EL PROCESO PENAL

cuentas, los rasgos esenciales de un sistema jurídico. En las sociedades que han instalado a la democracia como forma de convivencia y como método para la adopción de las decisiones públicas, y donde, por lo mismo, las violaciones masivas a los derechos humanos suelen estar clausuradas, es el sistema procesal penal el sector del estado donde, como muestra la experiencia, las formas más abusivas hacia las que inevitablemente tiende el poder suelen manifestarse. En países donde las formas de marginalidad son casi un producto permanente de procesos de desarrollo desigual, la justicia del crimen no es más que el último segmento de un largo camino de criminalización informal que afecta a los sectores más vulnerables de la población y, por lo mismo, suele ser escenario de violaciones a los derechos humanos. Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías en el ámbito del proceso penal es, así, una tarea que viene exigida por la propia idea de derechos fundamentales.

Se trata, además, de una idea que se encuentra a la base de la legitimidad estatal. Es una vieja idea -que desde siempre ha convocado la imaginación de los escritores políticos- la de que la utilización de la fuerza que efectúan el estado y sus agentes, es legítima si y sólo si se efectúa con sujeción a reglas producidas de una manera democrática y con fidelidad hacia los derechos básicos de las personas. Es ésta la única manera de que el uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones sociales sea legítima y pueda, entonces, reclamar respeto y obediencia. Cuando un ciudadano es expuesto a la fuerza pura y simple, experimenta -cómo no- una sensación de agobio e indefensión; cuando, en cambio, es expuesto a la fuerza legítimamente

“...el problema de la justicia penal no es sólo un problema de leyes o de normas, no es sólo un problema de ingeniería legislativa; cosa distinta, se trata de un problema cultural o, como suele decirse hoy día, de un problema que atinge al paradigma mediante el cual pensamos al derecho y al ejercicio del poder estatal”

ejercida él sabe que se trata de una fuerza mediante la cual se hacen valer compromisos colectivos que él mismo ayudó a configurar y sabe, además, como lo soñó alguna vez Rousseau, que quien es sometido al rigor de la ley no está sometido a una voluntad ajena a la suya, a una voluntad que simplemente lo invade, sino a su propia voluntad que, en vez de sojuzgarlo, le pide cuentas por sus actos. Entre estar sometido a una fuerza simplemente indómita y estar sometido a la fuerza que la ley legitima, media toda la diferencia que existe entre quien es súbdito y quien es, en cambio, ciudadano, la diferencia, diría yo, entre Joseph K., ese personaje anonadado por el poder, y el miembro de un Estado de Derecho que, aún habiendo infringido la ley, se siente, de alguna manera, parte de ese mismo estado. Un tránsito, en consecuencia, desde el poder estatal ejercido desde la impersonalidad de la escritura y los enrevesados pasillos de la oficina, hacia un poder estatal ejercido con eficiencia, pero a la vez con garantías y con transparencia, así definiría yo el desafío de instalar en las leyes de nuestro país, pero sobretudo en nuestra cultura legal y política, un sistema procesal penal de corte acusatorio.

Se trata de una tarea que no se agota, sin embargo, en el cambio legislativo que, con un éxito hasta hace poco inimaginable, se está hoy día llevando a cabo. Como es evidente, el problema de la justicia penal no es sólo un problema de leyes o de normas, no es sólo un problema de ingeniería legislativa; cosa distinta, se trata de un problema cultural o, como suele decirse hoy día, de un problema que atinge al paradigma mediante el cual pensamos al derecho y al ejercicio del poder estatal. Porque existe, pudiéramos decir, una práctica cultural, hasta ahora hegemónica, que sustenta

y legitima el sistema de enjuiciamiento con que hoy contamos y que, como lo acabo de sugerir, resulta contradictoria con nuestro ordenamiento constitucional. Esa práctica cultural -que podemos denominar cultura inquisitiva y cuyos orígenes se remontan a una época en que el estado de derecho no era siquiera objeto de una sospecha- equivale a un cierto modo de concebir al sistema legal que no resulta fácil compatibilizar con las exigencias de un estado democrático y constitucional.

En esa cultura inquisitiva -que se encuentra en el subsuelo de nuestras prácticas forenses- se entrelazan múltiples aspectos de carácter social e ideológico y, en particular, es posible hallar en ella una cierta forma específica de concebir las relaciones entre la verdad, por una parte, y el poder por la otra. Esa forma específica de concebir las relaciones entre el saber y el poder -que en su conjunto caracterizan a una cultura inquisitiva- se manifiesta, desde luego, en las formas de enjuiciamiento criminal; pero por sobretudo, y como lo ha sugerido Foucault, en el modo en que se organiza la búsqueda y la transmisión del saber. Creo que examinar cómo llegó a constituirse esta cultura inquisitiva, puede ser quizá, un buen primer paso para intentar superarla. Permítanme que dedique unos minutos a eso y que analice cómo en la cultura inquisitiva se funden, casi en un abrazo, un cierto modelo de búsqueda del saber y un conjunto de prácticas institucionales de la que son muestra los sistemas de enjuiciamiento criminal. Hoy día solemos creer que el saber, 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. Se trata de un logro que en las sociedades occidentales, por ejemplo, contribuye a fortalecer la autonomía de la ciencia o de la universidad frente a las diversas formas que asume el monopolio de la fuerza.

Que podamos ir hacia la verdad, que podamos descubrir o develar lo que, en efecto ocurrió, que podamos acreditar la certeza de nuestras afirmaciones, y todo ello con prescindencia del poder, constituye, como es bien sabido, un desarrollo que sólo aparece plenamente en el renacimiento, cuando, no por casualidad, la idea de individuo comienza a florecer en la cultura occidental. Hasta ese momento, justamente hasta el renacimiento, el saber y la verdad están profundamente arraigadas 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 normativo de ciencia hoy vigente- sino mediante la observación de determinados rituales, el más célebre de los cuales era la disputatio. 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, cuantas 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 su-

posición de la época, permitían, si se seguían fielmente, 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 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, como vengo diciendo, 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. Este fenómeno, como anuncié, no sólo debe interesar a los filósofos de la ciencia o a los historiadores siempre interesados en sacudir el polvo del tiempo a nuestras instituciones, sino que también debe interesar a quienes, como nosotros, interesan las formas de enjuiciamiento. Porque, en efecto, tanto la disputatio como la alquimia poseyeron una expresión jurídica; una expresión jurídica en

la que se expresa ese modelo de búsqueda de la verdad y que es posible apreciar en el procedimiento medieval y feudal. En el derecho feudal, por ejemplo, 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-; pro-

“

*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.*

”

bar 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 borrasen 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 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 o averigua 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.

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 procedi-

miento 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 tam-

bién 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 que, como vemos es un paso inmenso hacia la averiguación, 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 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 quien 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 inquisitivo, por indagación, si hubo o no crimen, cuál fue y quien lo cometió.

Es fácil advertir que el procedimiento inquisitivo, esta forma de indagación que surge hacia los siglos XII y XIII, 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 quien tiene el poder, el procurador del señor o del rey, a quien corresponde, como al obispo en la inquisición, 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.

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 demasiado lejos de la noción de ciudadanía que se alcanzara, mucho más tarde, recién con el modelo del estado de derecho, es decir, con esa forma del sistema político y legal que asume que el juicio constituye un debate entre sujetos dotados de igualdad de armas ante un tercero imparcial y donde el estado o la sociedad, representados, en el proceso penal, por el ministerio público, asumen una condición de igualdad respecto del ciudadano imputado y se obligan, entonces, a debatir ante los jueces si lo que afirman es o no verdadero. Este sistema de enjuiciamiento vinculado al ideal del estado de derecho -es decir, del gobierno limitado- 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 que, hemos visto, existen entre la verdad y el poder. En este modelo -un modelo que, como ustedes habrán visto y experimentado, aún carece de plena vigencia en nuestra cultura jurídica- la verdad no se subordina al poder, sino que se independiza de él y se alcanza por medio de la confrontación de relatos. En este nuevo escenario conceptual, habría que agregar, aunque no tenemos tiempo de demostrarlo, la verdad equivale a una adecuación entre un discurso y otro discurso, por ejemplo, a una adecuación entre el discurso de los testigos en la audiencia y el discurso del defensor. El modelo adversarial, en otras palabras, abandona el ideal de la verdad como una adecuación inamovible entre una afirmación y un hecho independiente de las palabras que

lo relatan. En suma, el ideal de la verdad parece escapar al viejo ideal escolástico que, en nuestro medio, e inexplicablemente, todavía subyace a los debates entre procesalistas. 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, sino de un modelo que aspira a algo aún más profundo y todavía, diría yo, 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. Sujetos, hombres y mujeres en los que se distribuye por igual la capacidad de discernir; un procedimiento que renuncia a la idea insensata de que el poder puede regalarnos una verdad definitiva e inamovible para aspirar, en cambio, sobre la base de un optimismo moderado, a minimizar nuestros errores en la fijación de los hechos; individuos provistos de derechos que los inmunizan contra las injerencias no consentidas de terceros; un estado, en fin, que consiente en someter la fuerza que lo caracteriza al juicio imparcial de ciudadanos, esos son, diría yo los rasgos básicos del sistema adversarial, una conquista que, como espero haber mostrado, es tan joven como la idea del gobierno limitado, la democracia y la misma idea de libertad moderna.

Es difícil, por eso, exagerar la importancia política y moral que posee esa forma de enjuiciamiento y de prueba. Ella recoge, o intenta recoger, las ideas que han inflamado los ideales de la igualdad y de la democracia y de los que, desgraciadamente, estamos todavía lejos en nuestro país, porque, con toda seguridad, es el modelo carolingio de la inquisición, que yo relataba hace algún momento -y no el modelo del estado de derecho- aquél en el que, cada uno de nosotros, todavía reconoce, como si se tratase de un espejo fiel, a nuestras instituciones. En efecto, a fin de cuentas, nuestros jueces son, sin duda, aun más parecidos al obispo de la iglesia carolingia que a un tercero imparcial que media en una disputa entre iguales y nuestro procedimiento es más cercano a las oscuridades de la alquimia que a un debate reglado y

público. Demasiado acostumbrados a creer que el proceso se agota en reglas, e incapaces, a veces, de advertir que las reglas reposan sobre determinados ideales de moralidad, los profesores, los jueces y los abogados solemos creer, por lo mismo, que al hablar del procedimiento, de la prueba o del modo de apreciarla, estamos hablando simplemente de una cuestión técnica, propia de profesionales, respecto de la cual el resto de la gente no tiene nada que decir. Nada más lejos, claro está, de la realidad, puesto que, como espero haber mostrado, en el tema del litigio y de la prueba se expresa qué concepción tenemos el uno del otro, cómo nos relacionamos con el poder y cuán dispuestos estamos a ponerle límites. Comprender todo eso ha de ser visto como uno de los varios pasos que en nuestro país hemos de dar todavía para que nuestra cultura jurídica fortalezca y no contradiga los ideales -no tan viejos, según hemos visto- de la democracia y de la libertad.

Es esa, en mi opinión, una tarea urgente. Una tarea urgente, claro está, pero, como a veces ocurre con las cosas urgentes y con las cosas que deseamos, es también una tarea difícil. Porque, como ustedes saben, hay pocas cosas más vinculadas a la propia identidad que la cultura y, por eso, modificar la cultura, la propia y la ajena, suele ser una experiencia que se percibe como una amenaza para lo que uno es, para el lugar que uno ocupa en el mundo y para el modo de relacionarse con los otros. Intentar un cambio cultural, hacer el esfuerzo de modificar la propia percepción de las cosas con las que uno posee un trato cotidiano, y sobretodo cambiar la percepción que cada uno tiene del poder, exige, por eso, un especial esfuerzo de generosidad, casi supererogatorio, hacia uno mismo y hacia los demás. A fin de cuentas, formarse en una nueva cultura, supone, de manera implícita, el propósito de cambiar; supone aceptar que las cosas pueden ser distintas a como creíamos hasta hace poco que eran; supone, en fin, la sospecha de un error. Por eso, quien por propia iniciativa hace el esfuerzo sincero de modificar su percepción del mundo y de las cosas, está dando una muestra de una especial seguridad y está formulando una expresión de confianza hacia el futuro. ■