



El Defensor Nacional expone los cambios más relevantes que requieren el sistema y sus actores

## LAS URGENCIAS QUE LA REFORMA EXIGE HOY

- ▶ En este artículo, Andrés Mahnke revisa las principales reformas que necesita el sistema procesal penal para recuperar el espíritu original de la reforma, incorporando incluso los aprendizajes que empiezan a dejar el ‘estallido social’ y la actual crisis sanitaria por la pandemia de Covid-19.

▶ Por **Andrés Mahnke M.**,  
Defensor Nacional,  
Defensoría Penal Pública.

**D**esde octubre pasado, dos eventos de alcance masivo han puesto a prueba la capacidad de los distintos actores del sistema procesal penal para hacer frente a contingencias complejas: primero fue el ‘estallido social’ y ahora la pandemia global de Covid-19. Más allá de que los altísimos costos humanitarios de ambos fenómenos están aún lejos de poder medirse con claridad, sí puede decirse que, a casi 20 años de la puesta en marcha de la reforma procesal penal, el nuevo modelo acusatorio y adversarial vigente en Chile ha dado pruebas de madurez funcional.

Primero, pudo adaptarse y hacer frente al enorme aumento de demanda que se produjo en las primeras semanas de movilizaciones sociales. De hecho, solo entre el 20 y el 28 de octubre la Defensoría registró un alza de 70 por ciento en el total de atenciones, en comparación con el mismo período del año anterior.

Y segundo, cuando la amenaza del Coronavirus mantiene hoy al país en estado de catástrofe y con extremas medidas de cuarentena en distintas zonas, el sistema vuelve a mos-

trar flexibilidad, pues con el apoyo de la tecnología adopta formas de atención remota y trabajo a distancia que no solo permiten que la justicia siga operando, sino también que puedan desplegarse esfuerzos para velar por la cautela de los derechos de todas las personas ante la persecución penal.

Aunque otros artículos de esta edición lo exponen con mayor detalle, básicamente el sistema de justicia procesal penal cumple mucho mejor que el anterior su misión de garantizar el acceso a la justicia y a la defensa, en audiencias orales y públicas, con jueces independientes e imparciales, que pueden ejercer el control de legalidad de las medidas privativas de libertad y poseen la facultad de cautelar el respeto a la presunción de inocencia.

Si bien se trata de una buena noticia en un momento tan difícil como este, constatarlo no debe nublar una reflexión de fondo respecto de ciertas mejoras -de fondo y forma- que aparecen hoy como necesarias y urgentes para que la justicia penal recupere el espíritu original de este cambio valórico y estructural que, hace dos décadas, instaló por fin el debido proceso en nuestro país.

► **25 de noviembre:** Se promulga la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en distintos delitos.

► **16 de diciembre:** la Defensoría Penal Pública lanza la “Revista 93”, publicación institucional de corte académico, que busca influir en el debate sobre seguridad pública y delincuencia, entre otros temas de interés en el ámbito público.



## NUEVO CÓDIGO PENAL

Hoy nos enfrentamos a la necesidad de incorporar urgentemente diversos cambios estructurales y formales al sistema. Dentro del primer grupo, el principal de todos se refiere a la creación de un nuevo Código Penal, pues el actual no solo está desactualizado respecto de las formas de vida y costumbres sociales de hace un siglo y medio, como también del reproche social que esas formas y costumbres generan en nuestra comunidad, sino que además presenta severos desequilibrios, por ejemplo, al sancionar más duramente los delitos contra la propiedad. Tanto es así, que afectar hoy un bien (jurídico) tan preciado como la vida puede ser sancionado con penas menores que algunos de esos delitos, que suelen ser cometidos por personas pobres. Es cierto, en Chile efectivamente estamos encarcelando la pobreza.

En este contexto, otro ejemplo surge del propio ‘estallido’ y sus efectos, pues rápidamente se produjo una avalancha de proyectos legislativos destinados a sancionar más gravemente conductas vinculadas con la protesta social, pese a que todas ellas (saqueos, encapuchados, barricadas, interrumpir la circulación) ya están tipificadas en el ordenamiento jurídico.

Un nuevo Código Penal reequilibraría la balanza: permitiría actualizar la tipificación de las conductas penadas y tener un marco proporcionado de sanciones, acorde al actual reproche social de las mismas, que se haga cargo incluso de las nuevas demandas de la sociedad (por ejemplo, delitos del mercado financiero, tributarios, del sistema electoral, informáticos o funcionarios).

## PRISIÓN PREVENTIVA

Por diversas razones, una errada percepción ciudadana en torno a un supuesto aumento permanente de la delincuencia ha ido dejando en el baúl de los recuerdos ciertos equilibrios y criterios de funcionamiento que eran parte del espíritu original de la reforma.

El comportamiento de la medida cautelar de prisión preventiva es un buen medidor para mostrar esta involución. Si en 2000, cuando la reforma comenzó a operar en las regiones de Coquimbo y La Araucanía, el 48,5 por ciento de las personas privadas de libertad cumplían esta medida, ese porcentaje bajó a 24 por ciento en 2007 y luego comenzó nuevamente a crecer, de modo que en 2019 el porcentaje de personas en prisión preventiva llegó a 34,16 por ciento de la población penal total.



Entre medio, 29 leyes han modificado el Código Procesal Penal y otras 61 un Código Penal que, además data de 1874. Con ello se ha logrado, básicamente, crear nuevos tipos penales, aumentar las penas, restringir el marco interpretativo de los jueces para la definición individual de éstas, aumentar las facultades policiales discrecionales o autónomas, reducir las garantías de los ciudadanos y dificultar su protección por los tribunales y la defensa pública, entre otros efectos.

Dos ‘agendas cortas’ han sido emblemáticas para llegar a este resultado. La primera, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2008, fue la Ley N° 20.253, que reforzó las atribuciones preventivas de las policías e introdujo un sistema de presunciones del ‘peligro para la seguridad de la sociedad’, calificación que autoriza a decretar esta medida cautelar contra un imputado y limita la facultad judicial de valorar el caso concreto.

La segunda fue la Ley N° 20.931, publicada en el Diario Oficial el 5 de julio de 2016, que entre otras cosas amplió el catálogo de delitos que permiten al Ministerio Público apelar verbalmente ante el rechazo de la prisión preventiva -en cuyo caso el imputado se mantiene privado de libertad-, incorporó nuevos criterios que restringen la evaluación judicial del ‘peligro para la seguridad de la sociedad’ y estableció un marco rígido para la determinación de la pena en los delitos contra la propiedad, limitando la atribución judicial de determinarla individualmente en cada caso y el cuadro de circunstancias modificatorias del rango punitivo asignado.

## DERECHO A DEFENSA Y AUTONOMÍA

Otra necesidad estructural tiene que ver con consagrar adecuadamente el derecho a defensa como un elemento central,

► **18 de marzo:** El Diario Oficial publica la Ley N° 20.427, que modifica la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar y otros cuerpos legales, para incluir en la legislación nacional el maltrato del adulto mayor.

► **24 de septiembre:** La Defensoría aprueba el 'Código deontológico del defensor penal público', un instrumento de autorregulación institucional del trabajo que desarrollan los abogados que ejercen defensa penal pública.

para permitir su ejercicio amplio desde el punto de vista del acceso a la justicia y la consagración constitucional de la presunción de inocencia.

Respecto del principio de igualdad ante la ley, en tanto, debiesen identificarse claramente las condiciones de vulnerabilidad que refuerzan las obligaciones del Estado respecto de ciertos grupos prioritarios que enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad.

Como parte del eje central del sistema, también reiteramos la necesidad de consagrar definitivamente la autonomía constitucional de la Defensoría. Aunque ese proyecto de ley está prácticamente definido en Justicia, todavía no alcanzamos esa dimensión, pese a que precisamente quien defiende derechos fundamentales tiene que contar con un sustento institucional que garantice la independencia plena de quienes la integran, para que puedan velar en forma exclusiva por los legítimos intereses de las personas a las que representan, que no es otra cosa que garantizar la tutela de derechos fundamentales, como respuesta a una de las responsabilidades esenciales del Estado.

Transformación modélica desde la perspectiva de política pública, que, junto con la dimensión valórica desde el punto de vista social, traerá aparejado nuevos y mayores controles a la institución y mayores responsabilidades en el cumplimiento de nuestra misión.

### REINSERCIÓN

Otro tema relevante tiene que ver con que el Estado asuma con prioridad una política de reinserción social. Hoy esos temas están subordinados a los órganos de vigilancia carcelaria, por lo que se requiere incorporarla explícitamente en la

Constitución y definir la institucionalidad adecuada. Ello probablemente implicará modificar el actual rol de Gendarmería, basado más en criterios de seguridad y control, más allá del esfuerzo de esa institución por apoyar fuertemente este tipo de iniciativas.

Lo anterior está directamente vinculado con la necesidad imperiosa de crear un sistema jurisdiccional de ejecución penal, que asegure el control judicial de todo el procedimiento y promueva realmente el camino a la reinserción y el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

### LOS INTERVINIENTES

Es urgente desarrollar una reingeniería sistémica que involucre a todos los intervinientes, para generar un sistema de turnos de audiencias que privilegie la titularidad de las causas en fiscales y defensores. Ello, porque el actual sistema de delegación de causas privilegia la cobertura de las salas, pero menoscaba la calidad de la comparecencia, el manejo de la causa y el nivel de información y argumentación que se entrega hoy a los jueces.

En la medida que fiscales y defensores públicos deben delegar sus causas, muchos intervinientes no titulares deben asumirlas sin necesariamente manejar adecuadamente sus niveles de complejidad, lo que deteriora la calidad final de todo el proceso y retrasa su resolución, porque muchas audiencias deben suspenderse o postergarse. Mantener la titularidad mejoraría, además, la relación de confianza con los usuarios.

Hablamos, en este ámbito, de problemas cuyas soluciones requieren acuerdos y decisiones del conjunto del sistema





► **5 de octubre:** Se promulga la Ley N° 20.467, que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 de conductas terroristas y su penalidad.

► **14 de diciembre:** Se promulga la Ley N° 20.480, que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, para establecer el delito de femicidio, aumentar las penas aplicables y reformar las normas sobre parricidio.



penal respecto, por ejemplo, de los énfasis de la política criminal y de la forma de agendamiento de los tribunales.

Otros cambios relevantes tienen que ver con resolver algunas deficiencias internas en el funcionamiento del sistema, lo que puede lograrse mejorando el funcionamiento de sus instituciones, erradicando malas prácticas y solucionando problemas organizacionales, entre otras opciones.

En la Defensoría, por ejemplo, requerimos profundizar nuestros ámbitos de especialización, que hoy entregamos a jóvenes, indígenas, personas condenadas privadas de libertad, mujeres y personas inimputables por discapacidad mental. De hecho, con el apoyo de EUROsociAL+ y como parte de los aprendizajes que deja el ‘estallido social’, trabajamos actualmente en la creación de un modelo de defensa para las primeras horas de la detención, de manera de asegurar el acceso a la defensa y el control jurisdiccional de todas las personas que son detenidas.

Observamos la necesidad de reforzar los mecanismos de especialización tanto para el Poder Judicial como para el Ministerio Público, de manera que se desarrolle el dominio de distintos ámbitos de conocimiento específico por jueces y fiscales, con el propósito de entregar una mejor respuesta a las personas diversas que demandan acceso y respuesta a la justicia.

En cuando a Carabineros y la Policía de Investigaciones (PDI), existe la urgente necesidad de modificar la relación actual del Estado con ambas policías. Se trata, evidentemente, de una reforma estructural, que permita un control efectivo de la autoridad sobre las prácticas, protocolos y procedimientos policiales, en los que todavía existen demasiados espacios discrecionales y autónomos, además de promoción y respeto de los derechos humanos, eficacia, rendición de cuentas y control.

Ambas policías requieren hoy el desarrollo de nuevas capacidades de investigación e inteligencia, pero siempre que ello garantice procedimientos que respeten siempre los derechos humanos de todas las personas.

Se requieren controles internos y externos de la acción policial, que permitan acceder a la información base de su actuación, de sus procesos y de sus mecanismos de evaluación, para que se garanticen procedimientos públicos y de calidad, dotados

de nueva legitimidad en el largo camino de recuperación de la confianza pública que todas las instituciones debemos recorrer, bajo la noción de que en este ámbito el fin tampoco justifica los medios.

También es urgente focalizar el rol preventivo en Carabineros y el rol investigativo de la PDI, reforzando en ésta última su capacidad investigativa, su cobertura territorial y su especialización técnica.

### UN SISTEMA DE JUSTICIA MÁS HUMANO Y CONECTADO CON LAS PERSONAS

Si lo que se busca hoy es fortalecer la paz social, reducir la participación de personas en delitos y reforzar el trabajo para la reinserción social efectiva de éstas, requerimos un proceso penal que permita respuestas diferenciadas para casos distintos. Necesitamos un sistema de ejecución penal que promueva la reinserción de los condenados y reduzca los índices de reincidencia. Necesitamos, en síntesis, una persecución penal mucho más eficiente y eficaz, entendiendo -como lo ha hecho la Defensoría- que los sistemas de control interno y externo son pilares esenciales para lograrlo.

Si queremos un sistema con mayor legitimidad y confianza, tenemos que abrazar los principios y valores del Gobierno Abierto, donde la política de datos abiertos, la transparencia, la participación y el generar espacios reales de colaboración y co-construcción sean una obligación para las instituciones del Estado y un derecho para los ciudadanos.

Si promovemos un sistema más humano, no bastarán las cifras objetivas que dan cuenta de un integral pero aparente correcto funcionamiento y operación. Tendremos que hacernos cargo de nuestra responsabilidad de no reproducir las desigualdades sociales en el proceso penal y menos de agravarlas como sucede hoy.

De no permitir modificar las reglas de la prisión preventiva, cuando sabemos empíricamente a quiénes se les va a aplicar y las consecuencias que eso genera en sus vidas y en la de sus familias. De no limitar el uso de salidas alternativas o penas distintas a la reclusión. De no “encarcelar la pobreza”. De incidir, en definitiva, en la existencia de un sistema de justicia más acorde con un estado de derecho, en que se materialice el principio de igualdad ante la ley y que simplemente respete la dignidad y los derechos humanos de las personas.