



Art. 93. Derechos y garantías del imputado.

AGENDA CORTA EN UN CHILE MULTICULTURAL



EDITORIAL	02
‘Agenda corta’ en un Chile multicultural. Por Andrés Mahnke M.	
DUDA RAZONABLE	04
Apuntes sobre agenda corta, percepción y reincidencia. Por Rubén Romero M.	
A CONFESIÓN DE PARTE	10
Juan Pablo Mañalich: “Hay que erradicar la promesa irresponsable de que es posible eliminar la delincuencia”. Por Marcelo Padilla V.	
EXAMEN Y CONTRAEXAMEN	18
Héctor Espinosa, director general de la PDI: “Nosotros investigamos para los ciudadanos, no contra ellos”. Por Marcelo Padilla V.	
LA GENTE HABLA	28
Por Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana.	
TALIÓN	31
Buscando agujas en un inmenso pajar. Por Jorge Moraga T.	
TABLA DE EMPLAZAMIENTO	36
‘Cana ficción’ y el otro reality carcelario. Por Andrea Contreras M.	
Migrantes y ‘control de identidad preventivo’. Por Daniela Tapia M., Héctor Mérida C. y Julia Arriagada M.	39
La Corte Suprema y el auto cultivo de marihuana. Por Claudio Fierro M.	42
ALEGATO DE CLAUSURA	46
Entrevistas video grabadas: consideraciones para una política pública exitosa. Por Patricia Condemarín B.	
BAJO PROMESA	50
Música para la liberación. Por Andrea Contreras M.	
ALEGATO DE CLAUSURA	54
Algunos comentarios relativos a la aplicación de la Ley N° 20.931. Por Rodrigo Cerda San Martín.	
OBJECCIÓN	62
‘Agenda corta’: una contradicción diaria entre seguridad y libertad. Por Gustavo López V.	



'AGENDA CORTA' EN UN CHILE MULTICULTURAL

► Por **Andrés Mahnke M.**,
Defensor Nacional.

Asólo cinco meses desde su promulgación, puede parecer apresurado evaluar los impactos de un cambio legislativo tan profundo como el que instauró la nueva Ley N° 20.931, de 'agenda corta anti delincuencia', publicada en el Diario Oficial el pasado 5 de julio.

Pero como se comprobará en la presente edición de "Revista 93", este primer análisis crítico a la nueva norma es no sólo relevante sino necesario, a propósito de todas las polémicas y debates que esta iniciativa generó incluso desde antes de su discusión legislativa y de cómo esa disputa se mantiene aún hoy, asociada ahora al prejuicioso, estigmatizador y falso vínculo entre migrantes y delitos, más allá de que todas las cifras oficiales se encarguen de desmentir tal relación.

Se trata, entonces, de un tema permanente, que aparece cíclica y recurrentemente en las noticias o editoriales de los medios, en los mensajes del mundo político y en los comentarios de las redes sociales, acicateados por contextos propicios como el actual, en que la predefinición de unas y otras precandidaturas presidenciales promueve la expresión de frases

impactantes y posturas categóricas, antes que reflexiones moderadas sobre la base de hechos, cifras y datos concretos.

En efecto, pese a que todas las estadísticas oficiales demuestran que la incidencia de los extranjeros en el delito es todavía muy baja en Chile, declaraciones que buscaban conectar erróneamente ambos tópicos provocaron que ese debate explotara en el país. En tiempos de redes sociales, pareciera entonces que la percepción prevaleciera ante la verdad.

Para observar específicamente este tema, que ha emergido con fuerza en la agenda, un reportaje de la sección **Tabla de Emplazamiento** buscó observar en particular el comportamiento del llamado 'control preventivo de identidad' en las tres de las cuatro zonas del país que concentran la mayor cantidad de extranjeros que anualmente enfrentan al sistema penal: Región Metropolitana, Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta.

Juntas, suman al 70 por ciento de los ciudadanos de otros países que son imputados anualmente por diversos delitos, cifra que -en todo caso- sólo alcanza al 1,9 por ciento de los casos



totales que atiende la Defensoría y casi al 1 por ciento del total de causas anuales del sistema penal.

Pues bien, aunque los números son todavía escasos, el artículo expone uno que vale la pena destacar: según datos del Departamento de Análisis Criminal de Carabineros de Chile, hasta el 9 de septiembre de 2016, sólo en la Tercera Comisaría de Carabineros de Antofagasta se habían efectuado 17 mil 104 controles preventivos de este tipo, casi 9 mil más que en la unidad policial que ocupa el segundo lugar del país, la Primera Comisaría de Curicó.

El dato es relevante, porque ese cuartel antofagastino se sitúa en un sector poblacional en el que confluye más del 70 por ciento de los 44 campamentos que hay en esa ciudad, lo que nos permite conectar esa realidad con el actual debate sobre migrantes y delitos. Y, de modo indirecto si se quiere, con el tema de la presente edición.

Lo que sorprende aquí no es el debate, que es siempre bienvenido, sino el estado de opinión general que reflejan las primeras encuestas sobre esta discusión, pues más allá de las cifras, para la opinión pública general pareciera ser cierto que al menos algunos extranjeros -de origen preferentemente latinoamericano o afrodescendiente- tienen una incidencia mayor en la comisión de delitos en Chile.

Un estudio Cadem realizado en los días previos y publicados por La Tercera el domingo 4 de diciembre señala que el 75 por ciento de los encuestados cree que Chile debiera establecer restricciones a la inmigración y que el 85 por ciento piensa que un migrante debe ser expulsado del país si comete delito.

De nuevo, entonces, es el prejuicio el que se impone por sobre la realidad. Quizás a esto mismo apunta el doctor en derecho penal Juan Pablo Mañalich cuando -en la sección **A Confesión de Parte**- cuestiona la habitual forma de plantear el debate político criminal en Chile que, aplicado a la compleja temática asociada a la 'agenda corta', involucra según él una confusión de roles en las policías, la obsolescencia del ya vetusto Código Penal, la incapacidad del aparato institucional para responder adecuadamente a estos desafíos y la permanente

búsqueda de soluciones al 'problema de la delincuencia' por la vía de legislaciones especiales y reformas institucionales.

De hecho y tal como lo reseña el reportaje principal de esta edición (**Duda Razonable**), sólo en los últimos años se han aprobado modificaciones legislativas a las leyes de control de armas y explosivos (N° 17.798), de penas sustitutivas (N° 18.216), de tránsito (N° 18.290) y al Código Penal, entre otras, todas con el objetivo de aumentar las penas, reforzar el cumplimiento de éstas en privación de libertad, ampliar las atribuciones autónomas de ambas policías y restringir el espacio de interpretación de los jueces en torno al marco de determinación de penas.

Más allá de todo el esfuerzo intersectorial que implican cambios como éstos y de los beneficios que puedan traer, la 'sensación de inseguridad pública' no sólo se mantiene, sino que aumenta gradualmente, pese a que los majaderos números confirman -otra vez- que la delincuencia no crece, sino que disminuye.

Como en el tema de los migrantes, lo que se expresa finalmente aquí es un prejuicio social que, al igual que con 'los delincuentes' -esos 'extraños' que nos amenazan-, suele instalarse como una marca indeleble sobre personas específicas, representativas de un segmento social con características perfectamente reconocibles, que aparecen de antemano como sospechosas o culpables, aunque eso no sea cierto.

El tema se complica cuando pensamos -a propósito del impacto y la influencia general de todos los migrantes en la vida del país- que la noción de un 'Chile multicultural' ya no es un proyecto, sino una realidad palpable y cotidiana.

En la Defensoría todo esto nos preocupa y por eso creemos que tiene valor esta primera 'evaluación' de la 'agenda corta' en un nuevo contexto, precisamente para aportar contenidos a un debate que en Chile suele ser siempre casuístico, episódico y reactivo. 93

DUDA RAZONABLE





APUNTES SOBRE AGENDA CORTA, PERCEPCIÓN Y REINCIDENCIA

Más allá de su objetivo de asegurar penas efectivas para los delitos contra la propiedad -por la vía de restringir facultades de los jueces y dificultar la aplicación de penas sustitutivas y el otorgamiento de beneficios carcelarios-, la llamada 'agenda corta anti delincuencia' traerá, como efecto no esperado, una mayor tasa de reincidencia y un aumento de más de 3 mil personas condenadas a prisión en el país.

► Por **Rubén Romero M.**,
Jefe Departamento Estudios y Proyectos,
Defensoría Penal Pública.

En los últimos años se han efectuado modificaciones a las leyes N° 17.798 sobre control de armas y explosivos, N° 18.216 sobre penas sustitutivas a los condenados en un proceso penal, a la ley N° 18.290 de tránsito y, recientemente, al Código Penal, entre otras. Todas estas innovaciones legislativas tienen un objetivo común: aumentar las probabilidades de que se aplique una pena alta al culpable y que la sanción penal aplicada se cumpla en la cárcel.

En efecto, la Ley N° 20.813, de febrero de 2015, reformuló la ley de control de armas, la Ley N° 20.770 -de septiembre de 2014, conocida como “Ley Emilia”, modificó la ley de tránsito, y recientemente la Ley N° 20.931, conocida como ‘agenda corta’, incorporó cambios al Código Penal en materia de delitos contra la propiedad por apropiación (robos, hurtos, receptaciones y abigeato, principalmente).

En conjunto, estas leyes endurecieron las sanciones a algunos delitos de la ley de control de armas, elevaron las penas al delito de manejo en estado ebriedad causando la muerte o ciertas lesiones de entidad, incorporaron nuevos tipos penales -como huir del lugar del accidente y la negativa a someterse a la alcoholemia- y aumentaron algunas penas del Código Penal, como en el robo calificado y ciertas receptaciones.

Además, obligan a los jueces a aplicar la pena dentro del marco legal, sin opción de rebaja al condenado, cualquiera sea el número y entidad de las circunstancias atenuantes que concurran, y restringen fuertemente la posibilidad de que los condenados por estos delitos accedan a penas sustitutivas.

Así, se eliminó derechamente dicha posibilidad respecto de los condenados por ley de armas y para quienes cometan delitos comunes utilizando armas de fuego, se impuso a los delitos de manejo en estado de ebriedad aludidos la modalidad de que la pena sustitutiva sólo podrá operar después de que el condenado haya cumplido un año de cárcel efectiva y se aumentaron los requisitos de los condenados para optar a ciertas penas sustitutivas en los delitos contra la propiedad por apropiación.

Tal como dice el mensaje de la Ley N° 20.931, refiriéndose a los delitos contra la propiedad por apropiación (hurtos, robos, receptación), “existe una necesidad ciudadana

absolutamente transversal de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”¹.

Parece clara la estrategia: hacer efectiva la aplicación de las penas que establece la ley, restringiendo fuertemente las facultades de los jueces de modificar su duración ajustando la pena a imponer al caso específico y circunstancias concretas que se juzgan, conseguir que los condenados permanezcan privados de libertad mediante la restricción de la aplicación de penas sustitutivas y -en un futuro cercano- de las posibilidades de obtener beneficios carcelarios como la libertad condicional.

El resultado de este conjunto de modificaciones debe ser, entonces, el aumento de personas privadas de libertad. De hecho, al momento de tramitarse la Ley N° 20.931 existían 44 mil 782 personas en esa condición en Chile. Respecto del impacto de la misma ley, “las proyecciones iniciales muestran que la iniciativa en estudio generará un aumento del 7,9 por ciento de condenados (3 mil 322 internos)”².

PERCEPCIÓN VERSUS VICTIMIZACIÓN REAL

Es evidente que la percepción de inseguridad ciudadana frente a la delincuencia -de la que dan cuenta diferentes encuestas y que exponen cotidianamente los medios de comunicación social- es uno de los fundamentos principales de la opción elegida (aplicación de pena legal – cárcel efectiva). También lo es que la percepción de inseguridad de la población no es coherente con la victimización de hogares registrada.

En efecto, según la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (Enusc) 2015, el 86,8 por ciento de los encuestados percibe que la delincuencia en el país aumentó. El 41,3 por ciento cree que será víctima de un delito en los próximos 12 meses y el 26,4 por ciento reporta que una persona de su hogar ha sido víctima de delitos de mayor connotación social (robo con violencia o intimidación, por sorpresa, en la vivienda, de vehículos, desde vehículos, hurto y lesiones),

1 Mensaje del proyecto de la ley 20.931; página 3.

2 Intervención del director nacional de Gendarmería en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Informe de la comisión; página 93.



► “Parece clara la estrategia: hacer efectiva la aplicación de las penas que establece la ley, restringiendo fuertemente las facultades de los jueces de modificar su duración ajustando la pena a imponer al caso específico y circunstancias concretas que se juzgan, conseguir que los condenados permanezcan privados de libertad mediante la restricción de la aplicación de penas sustitutivas y -en un futuro cercano- de las posibilidades de obtener beneficios carcelarios como la libertad condicional”.

que son precisamente los delitos principales que han sido modificados recientemente³.

Esta divergencia entre la percepción de inseguridad (86,8 por ciento) y la inseguridad misma (26,4 por ciento) puede generar una línea legislativa que algunos han identificado con el populismo penal.

“...Proponemos a candidatos y a la ciudadanía, en general, a no plantear ni demandar, respectivamente, propuestas calificables como populistas, entre ellas el simple y habitual recurso a tener a más personas presas y por más tiempo, sin sopesar el alto costo relativo y que, más temprano que tarde, como sociedad deberemos reintegrar a la gran mayoría de ellas”⁴.

³ Enusc 2015; lámina 16, en Enusc 2015, Resultados país; Subsecretaría de Prevención del Delito; en página web <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2016/05/Presentaci%C3%B3n-ENUSC-2015.pdf> visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

⁴ Carta al director; diario El Mercurio; 25 de mayo de 2013; suscrita por José Miguel Benavente, Universidad Adolfo Ibáñez; Javiera Blanco, Fundación Paz Ciudadana; Mauricio Duce, Universidad Diego Portales; Hugo Frühling, Universidad de Chile; José Francisco García, Libertad y Desarrollo; Eugenio Guzmán, Universidad del Desarrollo; Francisco Maldonado, Universidad de Talca; Raúl Manasevich, Universidad de Chile; Catalina Mertz, Fundación Paz Ciudadana; Mauricio Olavarría, Universidad de Santiago; Isabel Retamal, Universidad Adolfo Ibáñez; Franz Vanderschueren, Universidad Alberto Hurtado; en <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/05/25/12027/Por-un-ano-electoral-sin-populismo-penal.aspx> visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

Respecto de si es la cárcel la solución para disminuir la comisión de delitos y la percepción de inseguridad, ello es discutible, sin duda. Tal perspectiva presupone que un aumento importante de la pena asignada a un delito y su cumplimiento efectivo serán suficientes para disuadir la comisión de nuevos delitos por parte de sujetos racionales. Una visión muy debatible.

El principal cuestionamiento proviene de la circunstancia de que los establecimientos penitenciarios chilenos no contribuyen a la reinserción de las personas condenadas a pena efectiva: “Las cárceles no generan suficientes espacios ni oportunidades para la rehabilitación y, en consecuencia, los círculos de la delincuencia no se pueden romper con las políticas actuales”⁵.

Que el uso actual de la cárcel en Chile genera mayor reincidencia es un hecho conocido por nuestros legisladores. En efecto, durante la tramitación de la Ley N° 20.931 se consignó que “el proyecto de ley considera medidas especiales para aumentar el cumplimiento efectivo y la estadística muestra que esto es una receta segura para aumentar la reincidencia, a menos que haya un cambio completo en el esfuerzo

⁵ Intervención de Joe González, presidente nacional de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes de Chile en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; informe de la comisión; página 96.

que actualmente se realiza en materia de rehabilitación y reinserción”⁶.

Los estudios conocidos confirman que la reclusión efectiva de las personas ofrece menos opciones de reinserción social que el cumplimiento de las mismas sanciones en libertad y bajo diversas formas de súper vigilancia y monitoreo de la autoridad pertinente. En efecto, tomando como base de estudio a 16 mil 911 personas condenadas que cumplieron su condena en la cárcel (de manera efectiva) y egresaron en 2007 de los penales del país, el 71,2 por ciento de los condenados egresados presenta un nuevo contacto con el sistema de enjuiciamiento criminal, ya sea por nuevas formalizaciones o requerimientos dentro de los 36 meses siguientes a su egreso⁷.

En cambio, sobre 23 mil 736 personas condenadas que ingresaron a una medida alternativa a la reclusión con el objeto de cumplir su pena en libertad, el 27,7 por ciento de quienes ingresaron a medio abierto durante 2007 reincidió durante los 36 meses siguientes a su egreso⁸.

Estas cifras no consideran aquí aquellos adolescentes infractores de ley penal que han estado en contacto con el sistema de responsabilidad penal adolescente, y que éste no ha sido exitoso para lograr su reinserción social, ni aquellos niños vulnerados en sus derechos, en que tal vulneración consiste en un tempranísimo contacto con la cultura criminal, a través de redes familiares inmersas en el delito y en que ni la escuela ni programas especializados han evitado su asimilación por esa cultura.

A partir de lo expuesto, podemos predecir razonablemente que el número de personas encarceladas en Chile aumentará sustancialmente (7,9 por ciento = 3 mil 222 internos, según Gendarmería), que aumentará el número de reincidentes en 2 mil 294 personas (71,2 por ciento de los 3 mil 222 internos adicionales) y aumentará, consecuentemente, el número de delitos cometidos.

6 Intervención de Milton Juica, ministro de la Corte Suprema, en ‘Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento’, página 44

7 “La reincidencia en el sistema penitenciario chileno”; Jorge Fábrega, Ana Morales, Nicolás Muñoz y Gherman Welsch; Fundación Paz Ciudadana; Santiago; 2012; página 177; en http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf, visitada por última vez el 8 de noviembre de 2016.

8 Op. Cit; página 175.

Pero, además de ser una mala solución práctica, el aumento en la utilización de la cárcel como medio de solución del conflicto penal genera importantes discriminaciones y diferencias entre las personas que son juzgadas por cometer un delito en Chile.

PRINCIPIO DE IGUALDAD

En efecto, las modificaciones aludidas establecen un trato diferenciado respecto de las personas que cometen un delito de los contemplados en estas modificaciones, versus quienes cometen otros ilícitos contenidos en otras leyes o en el resto del Código Penal. Ello constituye una grave infracción al principio de igualdad contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

Durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.931, esta contravención fue advertida por la Corte Suprema, que señaló que “en cuanto a la propuesta de que para determinar la pena de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, abigeato y receptación..., el propósito de la iniciativa es que el culpable no reciba una sanción inferior al mínimo señalado por la ley en el tipo respectivo merced al juego de las circunstancias atenuantes... Esta norma resulta objetable por varias razones. En primer lugar, contraría el principio básico de igualdad ante la ley, ya que el autor de un delito mucho más grave, como p.ej. un homicidio, podrá obtener una rebaja de la pena legalmente establecida, merced al juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En cambio el autor de un simple hurto –p.ej. del artículo 446 N°2, presidio menor en su grado medio y multa– no podría recibir un castigo menor a ese grado de presidio, aunque tenga a su favor más de una minorante y no le perjudique agravante alguna”⁹.

En un segundo informe de la Corte Suprema se reiteraron estas consideraciones, afirmándose que la norma propuesta continuaba siendo “desproporcionada e ineficaz”: “En primer lugar, resulta desproporcionada, por cuanto establece un sistema de excepción respecto de esta clase de delitos, lo que involucrará que, en los hechos, éstos sean más gravemente sancionados que, incluso, algunos delitos contra la vida, la probidad funcionaria, la integridad física o la libertad sexual. De este modo, el culpable de hurto de un celular que exceda

9 Informe de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 5 de marzo de 2015.



las 4 UTM, pero que no pase de 40 UTM (art. 446 N°2 CP, que prevé la pena de presidio menor en su grado medio) será, en todo caso e independientemente de sus atenuantes, condenado a una pena a lo menos de 541 días de privación de libertad; mientras que la pena del empleado público que acepte un beneficio económico de 3.000 UTM por omitir un acto debido propio de su cargo (art. 248 bis CP, que prevé la pena de reclusión menor en su grado medio) que cuenta con dos atenuantes, podrá fácilmente ser inferior a 60 días¹⁰.

Esta discriminación también ha sido expuesta por el profesor Jean Pierre Matus Acuña, quien previene que “el establecimiento de esta regulación del efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes sólo para esta clase de delitos contra la propiedad carece de justificación técnica y es muy previsible que la litigación con base a la garantía de la igualdad ante la ley mine sus efectos esperados”.

Agrega que “este problema se ha hecho presente en las últimas modificaciones y propuestas de modificaciones a las leyes del tránsito, armas, terrorismo, conductas monopólicas, sobre delitos sexuales y sobre maltrato de personas, entre otras, pero al llegar ya al corazón del Código Penal, parece no existir justificación de especialidad para imponer un tratamiento diferenciado en las reglas de determinación de penas¹¹”.

En resumen, recientes modificaciones legales a diferentes textos en materia penal persiguen restringir las facultades de los jueces en la determinación de la pena concreta y obtener que un mayor número de personas condenadas cumplan esas condenas de manera efectiva.

Esta orientación encuentra uno de sus fundamentos en la percepción de inseguridad ciudadana, la que parece divergir sustancialmente de las reales cifras de victimización existentes. Es discutible la orientación asumida, tanto por la vía de su poca eficacia -ya que los condenados que cumplen penas en la cárcel no acceden a reales opciones de reinserción social, aumentando sus posibilidades de reincidir una vez que se reincorporan al medio libre y, por ende, aumentando el

¹⁰ Prevención de ministros Juica, Künsemüller, Brito, Cerda y Miranda (suplente) en ‘Informe de la Excelentísima Corte Suprema’ de fecha 14 de septiembre de 2015.

¹¹ Documento con intervención de Jean Pierre Matus Acuña dirigido a presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Honorable Senador Alfonso de Urresti, de fecha 16 de noviembre de 2015, página 3.

► “Es evidente que la percepción de inseguridad ciudadana frente a la delincuencia es uno de los fundamentos principales de la opción elegida (aplicación de pena legal – cárcel efectiva). También lo es que la percepción de inseguridad de la población no es coherente con la victimización de hogares registrada”.

número de delitos y víctimas-, como también por el hecho de que las modificaciones introducidas generan graves atentados al principio de igualdad y de no discriminación.

Sería deseable, entonces, que futuras modificaciones legales en materia penal se basaran en información estadística sólida, abordaran integralmente la reforma a la legislación penal, de manera de generar un cuerpo normativo que, en sus sanciones, se haga cargo de manera coherente del valor que la sociedad asigna a los diversos bienes jurídicos que se protegen (vida – salud e integridad corporal – integridad sexual – libertad individual – propiedad - probidad, entre otros) y fortalecieran y diversificaran la oferta de penas sustitutivas en el medio libre, que tienen mejor resultado en disminuir las opciones de reincidencia de sus usuarios, de manera que no se generen nuevas modificaciones parciales sin que se cuente con estudios serios sobre su eficacia.

Finalmente, sería aún más deseable que, previniendo el siempre tardío intento de intervención sobre adultos objetos de condenas, las políticas públicas se anticiparan a ellas, ofreciendo iniciativas de intervención y asistencia más tempranas, especializadas para los adolescentes infractores de ley penal, perfeccionándolas en términos tales que su arribo a la adultez no signifique el inicio de su contacto con la cárcel.

Nos referimos a invertir con mayor efectividad en programas o intervenciones focalizadas en el ámbito educacional, deportivo o socio cultural, destinados a prevenir o evitar que niños vulnerables de corta edad -que no eligieron dónde nacer o vivir- asimilaran precozmente conductas y principios propios del camino hacia una vida delictual. 





JUAN PABLO MAÑALICH, doctor en derecho penal:

“HAY QUE ERRADICAR
**LA PROMESA
IRRESPONSABLE**
DE QUE ES POSIBLE
ELIMINAR LA
DELINCUENCIA”

► Por Marcelo Padilla V.,
periodista Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana,
Defensoría Nacional.

► El abogado y académico de la Universidad de Chile revisa, en la siguiente entrevista, los mayores déficits actuales del sistema de persecución penal chileno, pasando por la obsolescencia del Código Penal, una confusión en los roles de ambas policías, la falta de actualización de los procedimientos de éstas y la incapacidad del aparato institucional del Estado para hacerse cargo de un problema que, advierte, “es urgente”.

Cada tanto durante esta entrevista, el abogado, profesor y doctor en derecho penal Juan Pablo Mañalich (Santiago, 14 de octubre de 1979) advierte que lo suyo es el derecho penal sustantivo, para opinar con más cautela respecto de los problemas anexos que avizora en la llamada ‘agenda corta’. Así y todo, el suyo es un discurso consistente, que en su centro apunta a la falta de una discusión de fondo sobre la necesidad de rediscutir las bases que sustentan el derecho penal chileno y a la incapacidad del aparato institucional para responder adecuadamente a ese desafío.

Entre medio, Mañalich revisa el rol de la policías -sobre todo de Carabineros-, la función de la Defensoría y la responsabilidad del mundo político en el actual estado de este debate. “El aparato estatal no está preparado, capacitado y legitimado para proponer un Código Penal riguroso y no demagógico a la ciudadanía”, advierte.

-¿Cuáles debieran ser las facultades policiales comunes asociadas al proceso penal en un estado de derecho? Desde la reforma se han aprobado varias ‘agendas cortas’...

-El problema fundamental aparece ya en el modo tan habitual del debate político criminal chileno de plantear el tema. El déficit principal en el desarrollo del derecho penal y procesal chileno consiste, más bien, en la incapacidad de sus intervinientes protagónicos de entender la necesidad de diferenciar en qué consisten la persecución penal y una agenda de prevención policial del delito. Hay una confusión entre ambas tareas, de modo que cada vez que aparece una preocupación con suficiente magnitud sobre la aparente insuficiencia del compromiso y eficiencia del Estado en la prevención del delito, se entiende que la solución debe aparecer por la vía de una reforma a las instituciones, competencias y otros temas involucrados en la persecución del delito. Eso desconoce flagrantemente que, desde la prevención, la persecución penal siempre llega tarde. El derecho chileno se distingue por carecer de toda institucionalización de lo que el derecho comparado denomina ‘derecho de policía’. La configuración de la actuación de las policías aparece enteramente supeditada a tareas de persecución penal. Y la última agenda corta es una muestra ulterior y más escandalosa de lo mismo

-Si falta un debate previo y un rol distinto de los actores... ¿cómo debiera configurarse un camino distinto?

► “Cada vez que aparece una preocupación con suficiente magnitud sobre la aparente insuficiencia del compromiso y eficiencia del Estado en la prevención del delito, se entiende que la solución debe aparecer por la vía de una reforma a las instituciones, competencias y otros temas involucrados en la persecución del delito”.

-Lo primero es señalar la urgencia de debatir en serio -sin histeria ni premura- sobre cómo, en el marco de un estado democrático de derecho, las policías asumen un conjunto de funciones dentro de la tarea estatal de proveer condiciones razonables de seguridad. Eso tiene que estar diferenciado de la contribución que éstas pueden hacer en materia de investigación al esclarecimiento de hechos punibles presuntamente ya perpetrados. Esa primera agenda, que no alcanza siquiera a ser puesta sobre la mesa por el cortoplacismo del debate, es preguntarse bajo qué condiciones esa intervención policial preventiva es o no compatible con estándares de resguardo de los derechos fundamentales.

Es un error garrafal suponer que la respuesta viene dada por lo que hablamos cuando discutimos sobre eficiencia y garantías en la persecución penal. La incapacidad de la institucionalidad política del Estado para advertir esa diferencia es, en parte al menos, lo que nos tiene sometidos a este vaivén de reacciones legislativas más o menos histéricas, cuando logra acumularse una cierta presión por demandas de seguridad, que según algunos dan pie a fenómenos de demagogia o populismo punitivo.

El problema es anterior y es que no hay una institucionalidad política concebida bajo los parámetros propios de un estado de derecho para enfrentar esa primera tarea (...) Es un déficit manifiesto, que no es sólo regulativo sino institucional

CONFUSIÓN DE ROLES POLICIALES

-¿Cómo pasamos de la ‘sospecha’ policial a un análisis forense y a metodologías técnico-científicas de investigación policial? La respuesta frecuente es otorgar más facultades a las policías, pero no hay una respuesta respecto de cómo usarlas, por ejemplo...

-Uno tendría que preguntarse cuán capacitadas y favorecidas están nuestras policías para cumplir los cometidos que les corresponden en ambos planos. La pregunta apunta más bien al segundo y creo que no es demasiado novedoso ver que, en materia de técnicas de investigación propiamente forense, el trabajo de nuestras policías no está cerca de un punto razonablemente satisfactorio. Hay una serie de controversias sobre las que no soy demasiado competente para opinar, en cuanto a que nuestras policías tendrían serios problemas de índole técnico, por ejemplo al velar por el resguardo de la escena del crimen... Que, asociado a eso, habría un problema serio de levantamiento de evidencia en los primeros instantes y también algo sobre lo que hay muchas opiniones -supongo que detrás de eso algo de sensatez hay-, en cuanto a cómo interactúa la labor policial bajo la dirección de la investigación por el Ministerio Público. Todo eso corresponde al segundo de los dos planos. Sobre el

primero, hay una serie de preguntas relacionadas. Por ejemplo, con lo que uno denomina ‘métodos de prevención situacional’, que suponen una cierta capacidad de anticipación por conocimiento policialmente afianzado de horas y lugares de prevalencia de ciertos delitos, en determinadas zonas y contextos de la ciudad, condicionados por factores urbanísticos, salariales, culturales y otros, sobre los cuales las policías más eficaces suelen disponer de herramientas que impiden que lleguen a perpetrarse tales hechos. Por contraste, nuestras policías, de un modo que no estoy seguro que sea exclusivamente imputable a ellas, están más bien acostumbradas a activar sus esfuerzos una vez que cuentan con antecedentes de que los hechos punibles han ocurrido.

Es reactiva, porque su labor ha sido institucionalmente definida como funcional a la persecución, lo que presupone que al menos hay indicios de que en el pasado se ha perpetrado un hecho punible. Entonces vivimos en un mundo al revés, porque la persecución, que es reactiva o retrospectiva, está al servicio de fines de prevención que jamás podrá satisfacer, lo que explica -al menos en parte- el nivel de insatisfacción que la ciudadanía expresa sobre el sistema procesal penal. Un régimen de persecución penal a la altura de un estado de derecho tendría que preservar precisamente su vocación re-



► “Se ha impuesto una agenda muy orientada a la prevención especial, bajo consideraciones peligrosistas que de algún modo responden a un paradigma criminológico cuya aceptabilidad democrática es al menos discutible”.



prospectiva y no convertir la persecución en una herramienta a todas luces ineficaz para asegurar o hacer más probable tasas de delincuencia que sean soportables.

Por otra parte, tenemos una renuncia estatal a desarrollar políticas no punitivas, no represivas, que contribuyan a que la vida de los ciudadanos ocurra en condiciones que al menos reduzcan ese aparente temor permanente de ser víctimas de delitos. Esto no se discute como debiera discutirse, porque la política policial pasa a estar conectada muy de cerca con lo que uno podría llamar políticas sociales de mayor alcance o proyección temporal. En Chile no estamos acostumbrados a discutir el problema, porque hemos aceptado de modo muy reduccionista que el problema de la delincuencia es de asegurar ciertos índices cuantitativos de persecución penal y, por tanto, damos vuelta sobre lo mismo.

-¿Cómo ha operado la transición político-técnica de las policías desde la reforma procesal penal? ¿Se modernizaron adecuadamente? La PDI dice que sí y que hoy centran su foco en la investigación profesional de los delitos...

-Más allá de todas las contingencias históricas que hay detrás, esta consideración explica en parte que tengamos un sistema policial dual. Y uno debería esperar, en el papel al menos, el efectivo funcionamiento de una y otra institución. Sin experiencia en la materia, tengo la impresión de que esa diferenciación institucional, en los hechos, no va acompañada de una congruente diferenciación funcional.

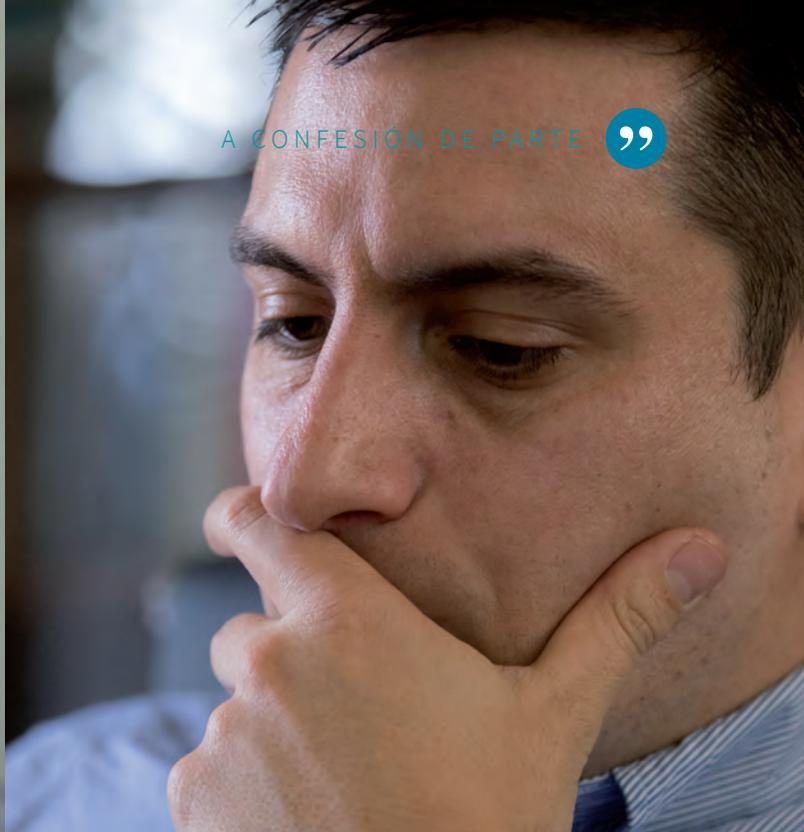
Al menos no ha sido infrecuente encontrarse con focalizaciones de investigación en las que eventualmente ambas policías pueden terminar incluso compitiendo con información contraproducente para la misma tarea investigativa. Sin embargo, en una democracia en forma no debería esperarse que el impulso favorable a la modernización, en particular de Carabineros, provenga preferentemente de la propia

institución. A propósito de la subordinación de las fuerzas armadas y de seguridad pública al poder civil -gran tema de la transición política-, no se ha debatido suficientemente que eso no se reduce al tema obvio de su carácter no deliberante o de la potestad presidencial de destituir a sus comandantes en jefe, sino que también en cómo el poder civil democrático fija tareas a las policías de un modo que responde a ciertos propósitos que esa comunidad política se fija y sobre los cuales delibera. Uno podría haber pensado que el hecho de que operativamente Carabineros pasara a depender de Interior podría haber significado un paso en esa dirección, pero más allá de la coordinación lograda, eso no se ha expresado en una nueva agenda democrática de Carabineros.

También es reduccionista creer que esa agenda se podría limitar a que Carabineros adopte un cierto programa de respeto y compromiso con los derechos humanos. Esa era una tarea obvia de la transición, pero el desafío va mucho más allá. Hoy los abusos siguen ocurriendo. Hay que perder toda ingenuidad en cuanto a que en el paso de la dictadura a la democracia la tortura, el exceso de violencia, incluso las vejaciones sexuales iban a desaparecer, porque la existencia misma de un poder policial dentro del Estado genera ese peligro.

Un estado de derecho no toma nota de eso por la vía de declarar que las policías respetan los derechos humanos. Incluso en términos de formación institucional puede haber avances en eso, pero es un paso mínimo, que no alcanza un correlato en la operatividad policial diaria.

También hay una corresponsabilidad relevante del poder político, que tiende a dialogar con las policías desde un foco restringido a la discusión sobre presupuestos, para después pedir rendición de cuentas respecto de las mejoras comprometidas. Es decir, por encima y sin tomar nota de que una agenda de mejoría de las condiciones materiales de los ciudadanos no pasa por validar una promesa ingenua de reduc-



ción de las tasas de delincuencia a una cifra cercana a cero -lo que yo llamo la 'ideología prevencionista de una sociedad sin delincuencia', sino que por fijar ciertos parámetros de aceptabilidad racional de índices de delincuencia que no sobrepasen una convivencia congruente con una forma de vida democrática, cierta forma de adhesión colectiva a valores que el ordenamiento jurídico hace suyos y sustenta.

CÓDIGO PENAL OBSOLETO

-Esos principios son los que están hoy en entredicho o, al menos, bajo debate...

-Claro. Tú hacías referencia a una eventual falta de modernización de las policías tras la reforma. Desde luego, hay otro déficit: la obsolescencia de nuestro derecho penal sustantivo, plasmado en nuestro Código Penal y en la legislación especial complementaria. En un sentido, la última ley de agenda corta toma nota correcta de un problema fundamental, que no podemos seguir ignorando: el del estatus y la significación de la pena privativa de libertad en la interacción de las reglas del Código Penal con las del Código Procesal Penal. Pero lo resuelve de forma políticamente perversa, tomando el régimen ad hoc de determinación de la pena establecido en la modificación de la Ley del Tránsito y de la penalización del homicidio a través de la llamada 'Ley Emilia', lo que después pasó a la nueva versión de la ley de control de armas y terminó creciendo aún más en la agenda corta.

Sin atribuir intenciones, lo que deja de advertirse con eso es que un sistema de determinación de penas que empieza a conocer regímenes particulares para determinados ámbitos delictivos renuncia a que la reacción penal tenga un significado unívoco y unitario. Eso es lo más sensible que está en juego, a largo plazo. Se ha impuesto una agenda muy orientada a la prevención especial, bajo consideraciones peligrosistas que de algún modo responden a un paradigma criminológico cuya aceptabilidad

democrática es al menos discutible. La respuesta punitiva que el derecho vigente prevé para distintas formas de comportamiento delictivo deje de tener congruencia con ciertas reglas generales que, en la historia de vigencia del Código Penal chileno, han definido cómo pasamos de un marco penal en abstracto fijado por la ley a una decisión judicial de imposición de una pena concreta.

Buena parte del problema tiene que ver con una banalización del recurso a la pena privativa de libertad, posibilitado por las reglas de la Ley N° 18.216. Lo que comenzó con la discusión que culminó en la llamada 'Ley Emilia' partía de un diagnóstico correcto: para la ciudadanía no es aceptable que, conduciendo un auto en estado de ebriedad, una persona produzca la muerte de una menor de edad y sufra una consecuencia jurídica que se reduce a una firma periódica.

Quizás el problema está en las propias reglas de la Ley N° 18.216, que descansan en un supuesto dogma criminológico según el cual no puede haber penas privativas de libertad de corta duración. Entonces, para que sean efectivamente impuestas deben superar el umbral de los 5 años y un día. Eso es perverso, insostenible y sólo aumenta el problema, porque se modifica el régimen de determinación de penas en ciertos nichos delictivos que, para el sentido común ciudadano, ha sido especialmente intolerable y ha estado asociado a muestras de indignación. En realidad, lo que debería motivar es una reflexión sistémica sobre la correlación entre formas de comportamiento delictivo y consecuencias punitivas que el derecho chileno hace suyas. Esto nos lleva a la necesidad de una revisión integral y recodificación del Código Penal. Ha habido esfuerzo.

Primero el anteproyecto que produjo el foro penal, luego otro que elaboró la comisión designada por el gobierno de Sebastián Piñera y luego un tercero, elabora-



do por otra comisión que integré, creada por el actual gobierno y que aparentemente duerme el sueño de los justos. Creo que eso no es casual. El aparato estatal no está preparado, capacitado y legitimado para proponer un texto riguroso y no demagógico a la ciudadanía, que pueda cumplir la función de un Código Penal como espejo de las representaciones normativas fundamentales de una sociedad. Eso, porque cierra los ojos a temas urgentes como delincuencia de cuello blanco, descriminalización del aborto, criminalización de la colusión, tipificación de delitos contra el medio ambiente, de la administración desleal. Una reforma íntegra al derecho penal sustantivo es la ocasión para que esos debates particulares encuentren un formato común que les dé racionalidad sistemática, pero eso no va a ocurrir.

MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSORÍA

-Dentro del complejo escenario que describe, ¿qué rol le cabe a la defensa pública como un ‘control cruzado’ o ético de la actuación de las policías y otros organismos?

-Quizás no para los ciudadanos, pero entre los ‘iniciados’ en el debate de política criminal debería estar razonablemente claro que las posiciones de la persecución y de la defensa son, por definición, asimétricas. Mientras el Ministerio Público tiene que mirar no sólo el caso particular, sino también un cierto cuadro más general sobre la persecución penal bajo ciertas variables, la tarea de la Defensoría, bien entendida, se descompone en la tarea individual de cada defensor, que debe hacer lo más difícil posible la condena de sus representados, dentro del marco que la ley permite. A diferencia del Ministerio Público, la Defensoría en realidad se descompone en defensores y no tiene responsabilidad política en torno a la efectividad de la persecución. Su rol en políticas públicas es totalmente distinto.

-¿Qué se puede exigir al resto de los intervinientes y organismos auxiliares? ¿Faltan reformas estructurales, adaptaciones o al menos discusión?

-El desafío esencial compete al Ministerio Público, que no ha logrado personificar suficientemente el interés público en la persecución. Una expresión muy relevante para evaluar la vigencia de la reforma procesal es el lugar que ha logrado obtener la intervención del querellante como representante del interés de la presunta víctima. El interés público que el Ministerio Público debe representar ha tendido a quedar enteramente dissociado del interés particular que animaría a la víctima. Si mi hipótesis es correcta, constataríamos un fracaso del Ministerio Público, lo que no quita que su creación haya traído consigo un espectro de innovaciones innegablemente favorables para la institucionalidad política de Chile.

Esta brecha ha ido haciéndose demasiado marcada y eso trae consigo el riesgo de que la labor del Ministerio Público pase a ser entendida por la ciudadanía como hiper burocratizada o insensible ante su preocupación por la persecución penal. Sociológicamente, una de las funciones del derecho penal es neutralizar la violencia privada, la necesidad de venganza. Institucionalmente eso se expresa cuando la persecución penal pública muestra la solidaridad del cuerpo ciudadano con quien presuntamente ha sufrido un delito públicamente reprobable. En parte por incentivos presentes, por diseño institucional y por el enfoque político del Ministerio Público, eso se ha vuelto crecientemente improbable, con el riesgo de que esa labor institucional termine totalmente desconectada de la preocupación ciudadana por la persecución, lo que se expresa, por ejemplo, en esta aparente proliferación de casos de linchamientos o detenciones ciudadanas.



► “Lo que ha faltado en Chile es que aparezca una voz políticamente progresista, social demócrata, de izquierda democrática, que instale la preocupación no por la mera contención de la expansión del derecho penal, sino por una propuesta de actualización de nuestras herramientas penales”.

-También se discute sobre el porcentaje de archivo provisional de causas, debate que hace dos años no existía...

-Correcto, como si para la preocupación ciudadana la cuestión pudiera reducirse a definir un umbral estadístico que haga aceptable una falta de materialización de la persecución. Eso muestra una demasiado marcada preocupación por indicadores globales, que el Ministerio Público debería más bien conciliar con una preocupación por ser reconocido como la voz legitimada para llevar adelante la compleja tarea de la persecución.

“DEMAGOGIA PUNITIVISTA”

-Cuando el discurso público promueve el privilegio de la seguridad por sobre los derechos, ¿cómo se evita el desarrollo de un estado policial? Las cámaras de vigilancia de Vitacura fueron vistas como una intromisión en la vida privada de los vecinos...

-Siendo inevitable que haya una tensión permanente entre la preocupación por la autonomía individual -plasmada en un cierto catálogo de derechos fundamentales que el Estado debe resguardar y promover- y la legítima preocupación por llevar vidas no amenazadas por riesgos que no podemos mínimamente controlar, probablemente lo único que hay que erradicar es la promesa irresponsable de que es posible eliminar la delincuencia o que es incluso concebible o deseable imaginar una convivencia social en que no haya delito. Eso es asumir que por alguna mágica razón, los seres humanos neutralizaremos el potencial de libertad que a veces se expresa en que delincamos. Puede ser súper difícil de aceptar, dada la hegemonía imperante, pero si uno no parte asentando esa premisa difícilmente podrá obtener avances constructivos en esto.

Deberíamos reflexionar colectivamente sobre las condiciones que hacen más o menos probable que haya delincuencia de tales características y con tales grados de prevalencia. Poniendo el ejemplo de las cámaras en la comuna más rica de Chile: una sociedad con este nivel de descontrol de su crecimiento urbano y con una irrefrenable tendencia a la segregación es una sociedad en la que uno seriamente no puede esperar que no haya delincuencia de aquella de la que pretende ocuparse la agenda corta.

Uno debería empezar a tener claro que los proyectos de sociedad que defiende no a través del discurso, sino a través de las políticas que sustenta y mantiene, producen las formas de delincuencia que vemos cuando esos proyectos de sociedad imperan. Lo que más me llamó la atención del proyecto original de agenda corta fue el mensaje, porque fue el primero en que un gobierno de centro izquierda validaba sin doblez alguno lo que yo podría llamar el lenguaje de una política criminal lavinista. No hago una caricatura, digo que eso se reconoce muy bien en la campaña presidencial de 1999-2000, que marcó un punto de inflexión en el imaginario público sobre cómo se debate al respecto.

Este proyecto de ley asumía una representación completamente maniquea de la delincuencia, como proveniente de sectores sociales a los que básicamente hay que neutralizar por la vía de la privación de libertad, validando supuestas demandas ciudadanas de seguridad a ultranza. Eso muestra que estamos en un punto, no exclusivo ni privativo de Chile, en que al enfrentar este debate ya no existe diferenciación ideológica alguna entre sectores políticos aparentemente distintos. Y esto me gustaría proponerlo también a la Defensoría como invitación al debate, porque en parte también tienen responsabilidad en ello quienes han promovido -también irreflexivamente- idearios de un garantismo como modelo de política criminal allí donde no puede serlo.

El garantismo es un modelo de no intervención penal y lo que ha faltado en Chile es que aparezca una voz políticamente progresista, social demócrata, de izquierda democrática, que instale la preocupación no por la mera contención de la expansión del derecho penal, sino por una propuesta de actualización de nuestras herramientas penales, cuya inexistencia ha dejado el campo abierto para que se impongan los discursos de ley, orden y seguridad ciudadana y, en definitiva, de demagogia punitivista que avizoramos. 





▶ **HÉCTOR ESPINOSA VALENZUELA**, director general de la PDI:

**“NOSOTROS
INVESTIGAMOS PARA
LOS CIUDADANOS,
NO CONTRA
ELLOS”**

▶ Por **Marcelo Padilla V.**,
periodista Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana,
Defensoría Nacional.

▶ Más que una evaluación específica de la llamada ‘agenda corta’ -iniciativa que valora, porque sus herramientas “facilitan el trabajo”-, el jefe policial explica que el foco principal de la PDI es la investigación criminal, la coordinación con el Ministerio Público y el respeto por el rol de otras instituciones vinculadas al sistema de justicia criminal, como la Defensoría. Eso sí, advierte que “el país debiera empezar a definir qué quiere de sus policías. No puede haber dos policías investigando, ni pueden estar todos previniendo. Se necesita un debate más de toda la sociedad”.

“No tenemos reclamos de abusos”, dice el director general de la Policía de Investigaciones (PDI), Héctor Espinosa Valenzuela (Constitución, 14 de septiembre de 1958), para contextualizar la única estadística oficial sobre ‘control preventivo de identidad’ que “Revista 93” pudo conseguir hasta ahora.

El jefe superior de la PDI explica que entre el 25 de julio y el 27 de octubre de este año, la policía civil realizó 18 mil 168 de estos controles -aprobados como parte de la nueva Ley N° 20.931 de ‘agenda corta’, contexto en que 8 mil 111 de las personas controladas registraban antecedentes policiales, 556 contaban con orden de detención pendiente y 9 mil 501 personas no registraba ninguna de ambas cosas. Ninguno de los consultados hizo reclamos o denuncias asociadas a tal diligencia, lo que enorgullece a Espinosa, quien promueve la noción de que la PDI avanza fuertemente en el camino de ser “una policía cien por ciento profesional”.

“He estado de acuerdo con darle más facultades a las policías, pero no autónomas. Tiene que ser con contrapesos, porque si no las cosas se pueden malinterpretar. No por tener una facultad podemos abusar de ella. No se trata de andar molestando a la gente en la calle, sino de usar la facultad en el momento en que uno la necesita realmente como investigador, en un proceso, en una diligencia importante, porque si no pierde su sentido. Y nosotros hemos tratado de educar e inculcar esto en nuestra gente y se ha respetado bien. De hecho, no tenemos reclamos de abusos por control preventivo”, explica.

-¿Cuáles son los cambios principales que la llamada ‘ley de agenda corta’ provocó en la PDI?

-Nosotros revisamos nuestro actuar, nuestros procedimientos y estamos muy en sintonía con lo que quiere la comunidad. Eso es muy importante. A veces uno cree que tiene un trabajo muy ordenado, pero la comunidad pide otra cosa. Y en una sociedad demandante, que exige mucho de las autoridades -sobre todo de las policías- obviamente que uno tiene que estar atento a lo que requieren.

Cuando asumí la dirección general había una deuda, señalada por el director anterior, que tenía que ver con el combate de los delitos contra la propiedad, específicamente los robos. Entonces diseñamos una estrategia nacional enfocada a combatirlos, para lo cual creamos dos brigadas más en la

Región Metropolitana, que era donde se victimizaba más por estos delitos.

En Santiago había dos brigadas de robos, oriente y occidente. Faltaban una sur y una centro norte. Dejamos una por cada prefectura o Fiscalía Metropolitana. Además, transformamos la brigada móvil en una brigada de investigación criminal e intervención que, coordinada con las brigadas de robos metropolitanas, hace las intervenciones focalizadas. Incorporamos mucho análisis criminal e inteligencia policial, dos cosas que estaban un poco desvinculadas de lo operativo.

Entendemos que para hacer un trabajo muy profesional tenemos que poner mucho acento a la investigación criminal y a la inteligencia policial. Cuando nos tocó trabajar el tema de la agenda corta, que también fuimos consultados, teníamos un sistema que era la ‘acción policial focalizada’, que implicaba hacer controles masivos de personas que tuvieran algún problema con la justicia, pero eso ya hoy lo tenemos absolutamente resuelto con el análisis criminal y la intervención focalizada, más con la facultad que tenemos hoy día de poder requerir la identidad de las personas.

Fuimos muy responsables en decir que creíamos que no eran necesarias tantas horas de facultad para retener a una persona o llevarla a un cuartel policial si no tenía su carné de identidad, porque la tecnología ya la estábamos usando, nos permitía en muy poco tiempo identificar a una persona en el lugar. Eso lo expusimos y me imagino que debe haber pesado.

-Una demanda común hoy parece ser la incorporación de herramientas de análisis criminal, focalización de recursos e inteligencia policial... ¿Los resultados así lo demuestran? ¿Hay una diferencia entre antes y después?

-Sí. Entre los ejes de gestión que diseñé al asumir la dirección general está la investigación profesional de los delitos. Es decir, tenemos que ser cien por ciento profesionales, revisamos cada procedimiento que hacemos. Otro eje, fundamental para mí, tenía que ver con incorporar infraestructura, equipamiento y tecnología, para acortar mucho los tiempos de respuesta, porque con eso el policía puede tener la información que requiere lo más rápido posible. Y eso es lo que hemos incorporado en el último tiempo, de la mano con la ‘agenda corta’, que busca optimizar el sistema, que sea más creíble y eficiente para la sociedad.



► “He estado de acuerdo con darle más facultades a las policías, pero no autónomas. Tiene que ser con contrapesos, porque si no las cosas se pueden malinterpretar. No por tener una facultad podemos abusar de ella. No se trata de andar molestando a la gente en la calle, sino de usar la facultad en el momento en que uno la necesita realmente como investigador”.

-¿Y eso se ha notado en resultados numéricos?

-En cantidades, por supuesto. Y también es la opinión que tienen los fiscales. Nosotros tenemos muy buena relación con ellos. Tengo muy buena relación con todos los fiscales regionales, porque entiendo que el aliado estratégico nuestro es la Fiscalía. No se concibe una policía que actúe por su lado, autónomamente. La eficiencia en la investigación criminal también tiene que ver con una forma de hacer las investigaciones, reservada, silenciosa, resguardando siempre la dignidad de las personas, no prestarnos para enlodar o afectar la honra de personas inocentes. A veces una persona es mencionada en una investigación y después cuesta mucho desvincularla o decir que no está imputada de un delito y en eso hemos sido muy cautelosos. No me gusta la farandulización de la investigación criminal, que se ha ido produciendo en algunos momentos o casos. Entiendo que uno tiene que ser muy responsable y muy profesional y a eso le estamos poniendo el acento.

-¿Para eso hay controles internos, regulaciones...?

-Por supuesto. Si aparece una foto en redes sociales que me parece extraña, me preocupo inmediatamente de ver qué pasó, por qué salió, por qué se filtró a la prensa, quién fue el responsable. Estamos tratando de que eso no ocurra. No puedo caer en el juego de andar filtrando cosas para ser protagonista, porque entiendo que hay que ser muy responsable cuando la sociedad nos ha encargado una misión tan trascendental como la investigación criminal. Y en eso estamos trabajando muy mancomunadamente con los fiscales. Siento que tienen mucho respeto por lo que hacemos. Entiendo

también perfectamente la parte de la Defensoría, que tiene que cumplir su rol y eso nos obliga a ser más profesionales, porque sería distinto si no existiera esa parte que nos corrigiera. Nunca le he temido al escrutinio público. Tampoco me molesta que la prensa consulte, porque la sociedad tiene derecho a saber qué hace su policía, en qué gasta sus recursos y cuáles son sus prioridades. No me complica tampoco cuando dicen que los jueces son demasiado garantistas. Ese es su rol y si no fuera así, se prestaría para abusos. Cada uno tiene que hacer lo que le corresponde. Cuando tenemos organismos especializados, respeto por la institucionalidad y cada parte del eslabón de la justicia hace lo que le corresponde, las cosas resultan como deben, es decir salen bien.

-¿Usted cree que eso es así hoy?

-Creo que vamos en ese camino, porque en principio, claro... se veía a la Defensoría como un enemigo y hoy día no es así, para nada. Es parte del mismo sistema.

POLICÍA PROFESIONAL

-Una crítica previa a la aprobación de la ‘agenda corta’ se refería al espacio de ‘discrecionalidad’ que una atribución policial como el control preventivo de identidad, sin criterios predefinidos, podía significar... ¿Qué cree usted?

-Como director general, puedo decir responsablemente que tenemos una policía muy profesional. Cuando se nos dan facultades de este tipo, lo que hacemos es ver cómo lo vamos a llevar a la práctica. Eso es importante, porque tenemos que modificar algunos procedimientos, ver qué tecnología vamos a usar, etcétera. Pero nosotros investigamos para los ciudadanos, no contra los ciudadanos. Esa es una máxima que hemos puesto en el último tiempo y que nos obliga a ser muy respetuosos de la dignidad de las personas.

No por tener una facultad podemos abusar de ella. No la usamos para molestar, sino en última instancia, porque tenemos otras herramientas... el análisis criminal, la información de lo que ha ocurrido, las características, el retrato descriptivo, los testigos, el empadronamiento y sólo si es necesario podemos hacer un control preventivo, por ejemplo. Y eso se ha respetado bien.

-¿Cómo logra o ha logrado la institución pasar de la ‘sospecha’ policial al uso de criterios técnicos de análisis forense



► “Fuimos muy responsables en decir que creíamos que no eran necesarias tantas horas de facultad para retener a una persona o llevarla a un cuartel policial si no tenía su carné de identidad, porque la tecnología ya la estábamos usando, nos permitía en muy poco tiempo identificar a una persona en el lugar. Eso lo expusimos y me imagino que debe haber pesado”.

o a metodologías de investigación policial de carácter técnico-científico?

-Para que contextualicemos, a fines del año pasado creamos el Centro Nacional de Análisis Criminal, que inauguramos este año, con la presencia de la Presidenta de la República. Allí confluye toda la información que pasa por nuestra institución, desde la investigación, los controles de identidad, el tema de los extranjeros... Recuerde que tenemos la exclusividad en el control migratorio y también hacemos análisis y prospectamos nuevos escenarios. No basta sólo con registrar un ingreso o salida, sino que hay que ir un poco más allá, que es lo que estamos haciendo. En esto hay una crítica en la gente respecto de tanto extranjero que supuestamente llega, pero tenemos que tener claro que exportamos hartos chilenos a otros países. Es decir, hay cerca de 800 mil chilenos afuera y cerca de 400 mil extranjeros en Chile. En el fondo, estamos todavía al debe en los números.

Como decía, hemos puesto énfasis en el análisis criminal y en la inteligencia policial, de modo que las investigaciones tengan un valor agregado. Que el policía, cuando esté trabajando, sepa más, tenga mucho más información que lo que la gente crea, de manera que no tenga necesidad de andar usando estas herramientas, de repente, por molestar.

El uso de tecnología tiene que ver también con la prueba y obviamente que en eso también estamos trabajando, logrando convenios con otros países, para contar con un laboratorio que nos permita tener una pericia muy eficaz y realmente en un tiempo prudente, que nos permita entregar un valor agregado a la investigación.

-¿Respecto de la necesidad de pruebas de determinada calidad también hay coordinación con la Fiscalía?

-Por supuesto, y vamos corrigiendo también, viendo en qué cometemos errores. Tiene que haber mucha sintonía entre el oficial de caso y el perito, que puede partir por su cuenta, sin saber lo que está ocurriendo realmente en la investigación, entonces hoy tenemos mucha relación entre ambos. Estamos con estrategias innovadoras, tratando de entregar el producto que la ciudadanía quiere.

-Otro cuestionamiento previo, hecho desde el inicio de la reforma procesal penal, señala que las policías no han modernizado sus estándares a la par del resto del sistema...



¿Qué opina usted? ¿Cómo ha sido ese proceso interno en la PDI?

-Obviamente que ese cambio produjo alguna resistencia entre nosotros, en algunos casos, pero en general lo tomamos con mucha responsabilidad, porque al comienzo de este nuevo sistema la PDI fue un actor muy gravitante, ya que la mayoría de los fiscales se capacitaban con nosotros. Eso hizo que tuviéramos una relación muy fluida con ellos. Hoy tenemos, por ejemplo, fiscales que hacen clases en la academia y en la escuela, lo que obliga también a tener una retroalimentación, porque ellos nos van diciendo en qué estamos cometiendo errores. Hay protocolos que estamos corrigiendo, estamos recapacitando... partimos en algunas regiones más importantes, como la Metropolitana, viendo cuáles son los errores que cometen los policías, para poder tener un producto mejor elaborado.

También incorporamos mucho el tema de la prueba, entendiendo que en un sistema garantista, a diferencia del anterior, es muy importante que la investigación sea muy profesional, con mucho sustento de pruebas. En eso hemos trabajado mucho. Tenemos una experticia investigativa de 83 años y mucho conocimiento en esto. No se olvide que el director que le habla tiene 37 años de policía y mucha experiencia también. He estado en muchas unidades especializadas, en todas las áreas de la institución, lo que me permite tener un conocimiento muy amplio y tener bastante claro hacia dónde debiera ir nuestra institución.

Estamos en un proceso de definición. En un momento había que hacer muchos servicios preventivos y otras cosas que distraían mucho la atención de la investigación criminal. Yo me he enfocado sólo a la investigación criminal, que es el rol fundamental que tiene la PDI. Investigar y hacerlo bien. Y si tenemos que corregir, hacerlo, capacitarnos. Tenemos mucha relación con otras policías. Nos relacionamos con las mejores policías del mundo. Estamos comparando lo que hacemos y eso nos tiene muy satisfechos, porque hemos tenido muchos logros importantes.

Por ejemplo, en el caso de búsqueda de personas, han venido equipos españoles, con quienes tenemos una relación muy estrecha, para ayudarnos en la forma en cómo ubicar personas extraviadas, a través de metodologías que hemos aprendido y difundido en varias unidades del país. Estamos viendo

también el tema de los secuestros, tenemos una metodología muy eficiente y podemos diferenciar muy rápidamente si se trata de un secuestro express o de otra intencionalidad. Tenemos los equipos y seguimos capacitando gente. Es un tema permanente, al que yo le he puesto mucho énfasis. Creo que estamos a un paso de ser una policía cien por ciento profesional y conseguir lo que hemos querido siempre.

SEGURIDAD Y PERCEPCIÓN

-Más allá de la 'agenda corta' y pese a que las cifras no respaldan esa percepción, la opinión pública mantiene a la 'seguridad pública' como uno de los temas prioritarios de cualquier agenda de política pública... ¿cómo explica usted este divorcio entre las estadísticas reales y la percepción de inseguridad?

-Eso tiene una explicación lógica. Estamos acostumbrados a vivir en un país tranquilo y lo digo como ciudadano. Aquí las autoridades pueden salir a la calle y transitar tranquilamente o podemos ver a un ministro o a un senador en un *mall* y ese es un valor que la gente a veces no dimensiona. Uno salta un poquito, no más, a Centroamérica, y ve que la cosa es diametralmente opuesta. Cuando era prefecto estuve un par de meses en San Salvador, que tenía más o menos seis millones de habitantes y había 40 homicidios diarios. La policía nos explicaba que ellos iban a los sitios del suceso sólo para efectos estadísticos, para registrar si era arma de fuego, arma cortante, la edad y el sexo de la víctima... puro chequeo, pero no tenían tiempo para investigar cada caso.

En Chile tenemos una tasa bajísima de homicidios, con un 98 por ciento de casos esclarecidos, porque tenemos brigadas especializadas en todas las regiones y más de una en las más grandes. Además, en el caso de los delitos contra las personas, nosotros los investigamos de por vida, tenemos grupos dedicados a los casos pendientes y los seguimos trabajando, porque más allá de la pena asociada, es la vida de una persona y eso no tiene precio, eso no lo transamos. Sea de la clase social que sea, siendo homicidio o la muerte de una persona, nosotros la investigamos a como dé lugar y eso nos tiene tranquilos.

Y la ciudadanía también está acostumbrada a eso. Si se muere alguien, tiene que saber qué pasó con ella. Por eso cuando desaparece una persona y aparece muerta tiempo después y el caso se complica o se contamina el sitio del suceso o hay

investigaciones mal hechas desde un principio, obviamente que cuesta mucho más llegar a los autores y eso obviamente que nos afecta mucho como institución, porque queremos y damos todo por esclarecer ese tipo de delitos.

En el tema de los derechos humanos, nosotros hicimos todo lo humanamente posible para esclarecer todas las violaciones, porque había que hacerlo, el país necesitaba eso. Y esa es otra tranquilidad que tenemos como institución, porque nos da credibilidad no sólo aquí, sino que a nivel mundial. Cuando uno sale al extranjero se da cuenta el reconocimiento que tiene esta policía por lo que ha hecho. De eso nos sentimos orgullosos y por eso estamos siempre tratando de innovar, para entregar mayor seguridad.

Ahora, entiendo que la comunidad tiene que estar inquieta. Aquí hay libertad de expresión. Todo sale, todo se sabe y hay que convivir con eso. La gente sabe lo que está pasando. Antes un delito quedaba circunscrito al barrio no más y hoy, a través de las redes sociales, lo sabe todo el país. Y la gente tiende a asustarse, de repente, cuando pasan cosas medio rimbombantes, pero creo que el camino está bien dado, estamos en una etapa muy profesional, incorporando nueva gen-

te, mejorando la malla curricular de nuestra escuela. Pronto vamos a incorporar de nuevo a profesionales, cuando sea posible, porque ya tenemos unas 100 vacantes de los que han renunciado, han sido mal calificados o han salido, y con eso vamos a tratar de renovar, también, aquellas profesiones o cargos que necesitamos para fortalecer la investigación criminal. Por eso creo que vamos en buen camino.

CIFRAS Y DISCURSO PÚBLICO

-Según distintos expertos, el discurso público y político vigente promueve la prevalencia de la “seguridad” por sobre los “derechos”, transfiriendo al sistema de persecución criminal la resolución de temas o conflictos sociales que deben solucionarse de otra forma... ¿Qué opinión le merece esta idea? Por ejemplo en La Araucanía, se resuelve por vía policial una situación que escapa a ese marco...

-A ver, en el tema de la violencia rural, específicamente en la zona del conflicto mapuche, hemos logrado cosas que a veces la gente olvida: nosotros desbaratamos a la Coordinadora Arauco Malleco (CAM) en 2009, con más de 14 detenidos. Me tocó estar allá en el proceso de detención. Este año hicimos lo propio con una deuda que teníamos respecto del asesinato





del matrimonio Luchsinger Mackay. Tuvimos 11 personas detenidas y todas están involucradas en el hecho. Por supuesto que hay presión por distintas cosas. Lo entiendo. También hubo muchas acusaciones contra nosotros, pero todas esas cosas se decantaron. Me gusta que las investiguen y pase, porque en realidad es parte del sistema. Es querer enlodar, de repente, investigaciones que son bien hechas. Pero hubo un trabajo muy estrecho con la Fiscalía y lo logramos.

Ahora, qué no han hecho para tratar de que quede libre esa gente, nos han acusado a los funcionarios, los han amenazado. Nosotros estamos ahí estoicos, como tenemos que estar. Tenemos cuero duro y nunca hacemos cosas para que nos feliciten, pero vende más encontrar el error. Estamos tranquilos y en los casos que hemos investigado nosotros nos ha ido bien. No podemos investigarlo todo, porque sólo tenemos 8 mil investigadores a nivel nacional. Hay investigaciones en que obviamente estamos presentes, son temas complejos y estamos preparados, pero hay un problema ahí, porque se producen en horarios de noche, no hay indicios, no hay pruebas, cuesta mucho. Cuando uno entrevista personas te dicen quién es, pero eso no tiene ninguna validez en una investigación. La gente reconoce los ruidos de una camioneta y dice: 'No, es la camioneta de tal persona, porque suena así', pero ese es un desafío nuestro, cómo hacemos para que estos casos, que causan tanta conmoción, podamos de alguna manera traducirlos en una investigación criminal objetiva, que pueda dar pie a una detención, a un proceso y a un juicio, como corresponde.

►“Otro eje, fundamental para mí, tenía que ver con incorporar infraestructura, equipamiento y tecnología, para acortar mucho los tiempos de respuesta, porque con eso el policía puede tener la información que requiere lo más rápido posible. Y eso es lo que hemos incorporado en el último tiempo”.

-Y al final, ¿qué ocurre con las denuncias respecto de los derechos de esas personas?

-Mire, por lo mismo hoy estamos hasta filmando algunos procedimientos. Le pongo un ejemplo y lo saco del caso para llevarlo al tema del microtráfico. Cuando llegamos a las comunidades, la gente siempre le dice a los detectives: 'oiga, en la casa tanto está Juanito Pérez'. Todos saben y es re fácil. Pero como Defensoría ustedes lo deben saber mejor que yo: no basta con saber, porque hay que tener un indicio o un medio probatorio. Entonces hicimos el 'Plan microtráfico cero' para combatir el microtráfico y vimos cuántos eran los puntos de venta que había a nivel nacional para focalizar esfuerzos. Tenemos cerca de cien grupos que están trabajando a nivel nacional, los capacitamos, les pusimos tecnología, presentamos el plan a la Fiscalía, que estuvo absolutamente de acuerdo y está consensuado con ellos.

Luego el gobierno se dio cuenta de que era una cosa seria, bien hecha, con una metodología que iba a dar como resultado lo que la sociedad quería, entonces lo financió por cuatro años. Estamos recibiendo los recursos y ya estamos viendo los resultados, porque hemos sacado de circulación montón de puntos de venta de microtráfico. Claro, son puntos que uno desarticula y después se reestructuran, porque lo asume la familia, la esposa, porque es un tema muy lucrativo.

Lo hemos hecho con mucha responsabilidad. El último operativo grande fue el viernes de Halloween, contexto en que trataron de confundir a la población, haciendo aparecer el tráfico como parte de la festividad. Hicimos un análisis, después de un trabajo de cuatro meses, así que estaban claros los puntos, las órdenes de detención, de entrada y allanamiento. Se trabajó muy coordinadamente con la Fiscalía Occidente. Y ahí está el resultado. Cuando las cosas se realizan bien, se planifican bien, cuando hay trabajo de inteligencia policial y análisis criminal, obviamente que las cosas tienen que salir bien. Eso es lo que estamos haciendo, para que la gente sepa de qué modo estamos trabajando. No nos vayamos a casos puntuales, porque hay algunos que son emblemáticos y se nos caen, pero en general, las cosas que hacemos planificadamente salen bien.

-¿Qué nos falta como Estado para mejorar en este ámbito? ¿Qué desarrollos diría usted que faltan en nuestras policías y en el resto de los intervinientes del proceso penal y organismos auxiliares, incluyendo a la Defensoría, de aquí para adelante?

► “Entiendo también perfectamente la parte de la Defensoría, que tiene que cumplir su rol y eso nos obliga a ser más profesionales, porque sería distinto si no existiera esa parte que nos corrigiera. Nunca le he temido al escrutinio público. Tampoco me molesta que la prensa consulte, porque la sociedad tiene derecho a saber qué hace su policía, en qué gasta sus recursos y cuáles son sus prioridades. No me complica tampoco cuando dicen que los jueces son demasiado garantistas. Ese es su rol y si no fuera así, se prestaría para abusos”.

-Creo que en el tema de coordinación estamos trabajando bien, en nuestro caso con el Ministerio Público, porque esa es la razón de ser de nosotros, para trabajar a la par. Siempre he dicho que no se concibe una policía profesional e investigativa que no tenga una estrecha relación con el Ministerio Público. Y nosotros también estamos poniendo lo que nos corresponde, con una etapa de definición respecto de lo que tenemos que centrarnos específicamente, que todos los esfuerzos y recursos vayan a la investigación criminal.

Creo que también el país debiera empezar a definir qué quiere de sus policías. No puede haber dos policías investigando, ni pueden estar todos previniendo. Se necesita un debate más de toda la sociedad. Hay gente que ha hecho algunos apurtes al respecto, pero hoy nuestro aporte está centrado en eso, en dedicarnos cien por ciento a la investigación criminal, entregando un buen producto. Y con el Centro Nacional de Análisis Criminal queremos también tener voz y participación en las políticas públicas, porque a partir de lo que tenemos, vamos a poder desarrollar también algunas directrices que puedan ser útiles para la gente que tome decisiones más adelante.

-¿Espacios de coordinación como la Mesa de Migrantes, en la que también participa la Defensoría, podrían replicarse para otros temas?

-Eso es súper importante, porque hoy estamos haciendo prospección respecto de los migrantes. No nos basta con saber cuántos entran o salen, sino por qué vienen, a qué vienen y dónde están. También tenemos un plan ahí, que es como un proyecto viajero, de manera que vamos a saber cuándo una persona entra, por dónde, dónde se va a hospedar, todo. -No se trata de seguirla, sino que es por el bien de ellos mismos, porque a los extranjeros tenemos que cuidarlos también, porque ojo, han aumentado los extranjeros que han sido víctimas de delitos. No es sólo control de entrada y salida, sino de permanencia, que tiene que ver con que estén bien, que no sean víctimas de delitos. En eso estamos haciendo un trabajo súper bien coordinado. Lo que falta es un poco más de definición como país.

CONTROL CRUZADO

-Una visión interna en la Defensoría releva el rol de ‘control cruzado’ que debe ejercer la defensa pública ante fiscales y policías? ¿Qué matices agregaría usted?

-Creo que todo control, siendo bien intencionado, tiene que servir. En nuestro caso, el control de los defensores públicos nos sirve para ser más profesionales. Cuando una persona queda libre, uno no le puede echar la culpa al juez o a la Defensoría, tiene que echarse la culpa uno mismo, porque hizo mal una investigación y no puso los medios de prueba necesarios, entonces obviamente la persona va a quedar libre. Hay que asumir cada uno su responsabilidad y eso es lo que a veces cuesta, porque echarle la culpa al del frente es re fácil. Yo no tengo esa postura, uno tiene que asumir que en algo se equivocó y también es necesario que la Defensoría cumpla su rol, porque creo que no hay nada más gratificante para un policía que saber que con su trabajo logró tener a un imputado como autor y detenerlo, darle tranquilidad a las víctimas y a la ciudadanía, que sientan que ese delito no va a quedar impune. Y que el imputado pudo defenderse adecuadamente y aun así fue encontrado penalmente responsable, contando con todas las instancias que le entregó el Estado para defenderse, pese a lo cual fue condenado.



-Usted hablaba de la importancia de una investigación profesional, con técnicas científicas... ¿Qué rol asigna a los organismos forenses de las policías, a los organismos auxiliares como el SML en este avance necesario como sociedad?

-Obviamente que un rol súper fundamental, porque a veces se hace necesario. Por ejemplo el tema del Servicio Médico Legal: para la investigación criminal es fundamental la definición de la causa de muerte en un homicidio y obviamente que para nosotros contar con un SML fortalecido, con buenos profesionales, con tiempos rápidos de respuesta es importante. A veces, una causa de muerte que se demore meses genera incertidumbre, especulaciones, la gente empieza a decir que algo pasó, que se está arreglando por abajo y la verdad es que no es así.

Cuando la policía es profesional lo demuestra en los momentos más difíciles. Por ejemplo, cuando nos han matado a un detective o hay uno involucrado como autor de un delito, nosotros somos más rigurosos y más profesionales, porque se trata de esclarecer lo ocurrido y de que el que comete un delito esté donde tiene que estar, independiente de quién sea. Tenemos una postura bien clara, hemos aprendido con nuestros años de experiencia: aquí no se arreglan las cosas, porque no se puede. Estamos en un país serio, con una policía

que es seria, en que las cosas igual se van a saber, por lo tanto es importante tener organismos auxiliares que sean muy eficientes. Todos tienen que hacer profesionalmente su trabajo, pensando que está en juego la libertad de una persona. No es cualquier cosa. El error no tiene que ver solamente con el prestigio de una institución, sino con el efecto general que eso causa.

-¿Cuál es su evaluación específica sobre el impacto de la 'agenda corta'?

-No sé, finalmente, si la agenda corta afectó o no, porque por ejemplo el control preventivo de identidad tiene mucho sentido para una policía más preventiva como Carabineros, aunque a nosotros lógicamente que nos obliga a tener una forma de actuar diferente. Nos ayuda, porque se habla del control de identidad, pero hay otras cosas que son buenas. Por ejemplo, cuando un policía hoy hace un allanamiento y encuentra evidencias que no tienen que ver con lo que está investigando y se da cuenta de que son parte de un delito, las puede incautar también. Antes no se podía, era complicado. Son cosas atractivas, que facilitan bastante el trabajo. Entonces, en el contexto general, la agenda corta obviamente que viene a ayudarnos a hacer una mejor investigación y un mejor trabajo policial. 



- ▶ Hasta ahora, el funcionamiento formal de la llamada ‘agenda corta anti delincuencia’ genera más preguntas que respuestas entre los distintos operadores del sistema procesal penal. Y aunque falta tiempo para evaluar más profundamente sus efectos, ya aparecen ciertas nociones comunes entre jueces, fiscales y defensores públicos, a quienes fuimos a requerir su opinión inicial sobre este cambio normativo a partir de dos preguntas básicas:

1 ¿Cuál es su evaluación general sobre el funcionamiento práctico que ha mostrado la llamada ‘agenda corta anti delincuencia’?

2.- ¿Cuáles son sus principales aciertos/falencias y cómo podrían reforzarse o corregirse?

Por Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana,
Defensoría Penal Pública.

1 Hasta ahora no ha habido un impacto importante, pues ante juzgados de garantía y Cortes de Apelaciones nos encontramos en las discusiones interpretativas sobre la aplicabilidad racional de las normas modificadas y, por lo mismo, falta un pronunciamiento uniforme de los tribunales, a fin de asentar ciertos criterios de aplicación. Los grandes debates hasta ahora se han dado en materia de control de identidad, aplicabilidad de las normas del art. 449 y siguientes del Código Penal en lo relativo al régimen de determinación de la pena en los delitos de hurto, robo, abigeato y receptación a los partícipes y los efectos jurídicos beneficiosos de la agravante de pluralidad de malhechores y la consecuente modificación de pena para los condenados.

2 Su principal falencia es el rígido sistema de determinación, sustitución y ejecución de penas y que inevitablemente acarreará un aumento en el número de personas sometidas a prisión preventiva y condenadas a penas efectivas, pues la exacerbación en las sanciones de ciertos tipos penales frecuentes importará privaciones efectivas de libertad. Sumado a ello, la modificación al D.L. 321 de 1925, sobre libertad condicional, que exige a los condenados por robo con violencia e intimidación calificado y simple, robo con sorpresa y robo en lugar habitado el cumplimiento efectivo de dos tercios de la pena antes de poder optar por el beneficio de la libertad condicional, conlleva una retención aún más prolongada de las personas privadas de libertad y una restricción a las reglas de reinserción intrapenitenciaria.

Oswaldo Pizarro Q., Defensor Regional del Biobío.

1 Hay que destacar que no ha existido un aumento de los controles de detención motivados por la nueva redacción del artículo 85, de lo que puede estimarse que la modificación no era en estricto necesaria. Más bien disminuyeron garantías individuales sin que, desde nuestra visión como operadores del sistema, la persecución penal sea más eficiente.

En cuanto a la agravante prevista en el N°3 del artículo 456 bis (ser dos o más los malhechores), el legislador acordó suprimir el artículo 456 bis N° 3 del mismo, en el entendido de que el nuevo artículo 449 bis cubriría la hipótesis agravante de la norma suprimida. Sin embargo, en la práctica y conforme la redacción del artículo 449 bis, creemos que no cubre exactamente la misma hipótesis que el artículo 456 bis N° 3.

Por tanto, en lo práctico no ha existido aplicación de esta agravante del 449 bis y, por el contrario, se han modificado sentencias anteriores rebajando las penas, mostrando proactividad de la defensa en este orden al activar una oportunidad procesal en favor de nuestros representados.

2 La principal falencia es el aumento de las penas y el establecimiento de un marco rígido de penas al incorporar el artículo 449, que crea un sistema especial de determinación de penas para los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con los del Código Penal. Esta norma es excéntrica y propende a una aplicación asistemática de la ley penal, al no permitir rebajas de pena que en caso de otros delitos son perfectamente posibles.

Sabemos que el aumento de las penas no genera utilidad, desde la perspectiva de la prevención de delitos ni menos desde la reinserción social.

Sergio Vilca L., defensor local de Valparaíso.



1 Aún no se han asentado criterios en varias materias, pero hay normas importantes que impactarán en los resultados del sistema, como la modificación de las normas del procedimiento abreviado y el marco penal de algunos delitos, técnicas especiales de investigación hoy autorizadas en nuevos delitos y un relevamiento de la posición de la víctima y testigos frente al proceso. Esto último, a través de la revisión de las medidas de protección posibles y mediante la incorporación de la recepción de prueba anticipada en una audiencia originalmente citada para juicio oral simplificado. Ello, ante la inasistencia del requerido y siempre en presencia de su defensa técnica.

2 Destacaría como principales aciertos la ya mencionada modificación al procedimiento abreviado y también las normas sobre protección de testigos y posibilidad de recepción de prueba anticipada ante inasistencia injustificada por segunda vez al juicio simplificado por el requerido. Con el tiempo se ha hecho común que los imputados no asistan a las audiencias de juicio y que estas inasistencias se repitan en la misma causa, lo que resulta para los testigos, obligados bajo apercibimiento de arresto a asistir a la audiencia, del todo incomprensible y provoca muchas veces frustración y reticencia a nuevas comparencias.

Como principal falencia, la innecesaria derogación del artículo 456 bis N° 3. Pudo simplemente haber sido modificado cambiando el vocablo “malhechores”. También hubiera resultado deseable que se estableciera expresamente la posibilidad de que las medidas de protección de los testigos, tales como la prohibición de divulgación de sus datos personales, se impongan desde el inicio del procedimiento y no únicamente a raíz de la realización de la audiencia de juicio oral.

Fiscal Esteban Silva, Fiscalía Metropolitana Centro-Norte.

1 Las medidas en contextos rurales se abordan arbitrariamente. Principalmente, al control de identidad, la revisión y requisa de vehículos y carga en comunidades indígenas, donde los aymaras transitan por su actividad agrícola y ganadera. Hemos recibido denuncias de malos tratos en comunidades indígenas, donde la mayoría de sus habitantes no posee antecedentes penales y la incidencia de delitos penales es baja.

2 Los aciertos se observan en el interés de capacitar a los funcionarios, respecto de población diversa. Un ejemplo son las Patrullas PAci de Carabineros, pero estas deben ser constantes en el tiempo, por la alta rotación de funcionarios en la región. Las debilidades están en el bajo empoderamiento de la sociedad civil respecto de los derechos que le asisten, las instancias de control y reclamo, y las formas de organización que pueden ayudarles en situación de vulneración de derechos. Principalmente, en metodologías ajenas a la población objetivo, que no ayudan a las decisiones informadas de la población.

Inés Flores Huanca, facilitadora intercultural Defensoría Regional de Arica y Parinacota.

1 La ‘agenda corta antidelincuencia’ es muy reciente y no es posible hacer una evaluación práctica de su funcionamiento en el juzgamiento y determinación de la pena en los delitos de robo y receptación que llegan a juicio oral. Sin embargo, como consecuencia de la eliminación de la agravante de pluralidad de malhechores, se han presentado múltiples solicitudes de los defensores para modificar sentencias dictadas en su oportunidad, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, según el cual la sentencia deberá modificarse de oficio petición de parte cuando una ley posterior exime el hecho de toda pena o le aplica una menos rigurosa.

En la práctica, esto ha significado la modificación de un número importante de sentencias y en la mayoría la pena originalmente impuesta ha sido rebajada. En algunas solicitudes, según la gravedad del hecho y atendida la extensión del mal causado, se ha mantenido la sanción original. Por tanto, en la práctica la Ley 20.391 ha beneficiado a personas condenadas por delitos contra la propiedad.

2 El nuevo sistema de determinación de la pena está sujeto a un marco legal fijo, sin posibilidad de rebajar en grado. Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, así como la extensión del mal causado son criterios para fijar la pena en el marco legal que en cada caso corresponde. Esto importa la decisión del legislador de que ciertos delitos contra la propiedad, cualesquiera sean las circunstancias concurrentes, tenga una sanción mínima, que además, por la pena aparejada, sea de cumplimiento efectivo.

Todo sistema rígido produce el problema de dejar fuera la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad ante situaciones especiales, excepcionales o de menor lesividad. Como salida, me parece que debe otorgarse mayor discrecionalidad a los jueces para determinar los casos en que es posible otorgar una pena sustitutiva y no estar ésta vinculada con el quantum de la pena, sino que con las posibilidades reales de reinserción social, especialmente respecto de aquellas personas que tienen irreprochable conducta anterior. Para ello se necesita contar, antes de resolver, con evaluaciones psicosociales adecuadas.

Magistrada Bernardita González F., Séptimo Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago.

1 Desde nuestra perspectiva, ha funcionado con normalidad y dentro de lo esperado, mediante distintas normas que tienden a fortalecer la persecución penal, como la ampliación de límite temporal para el procedimiento abreviado, o aquellas que entregan algunas facultades a las policías. Con todo, entendemos también que aún debe pasar más tiempo para poder ver cómo se van asentando los criterios jurisprudenciales y estándares de las distintas normas que componen la ‘agenda corta’.

2 Hay alguna situación que nos parece preocupante, que he manifestado como Fiscal Regional, y que dice relación con la supresión formal del número 3 del art. 456bis, que en nuestra región ha implicado que a 20 condenados por delitos se les haya modificado la condena a la baja. Es una situación preocupante, porque fueron investigaciones, en algunos casos, por delitos bastante graves, en que la Fiscalía hizo un arduo trabajo conjunto con las policías, que luego sufre este revés, a pesar de estar definidos ya desde el punto de vista judicial. Claramente, esta no era la idea del legislador cuando dictó esta normativa.

Marcos Emilfork K., Fiscal Regional de Los Lagos.



La reforma es muy reciente. Para tener una visión más acabada sobre sus efectos es necesario esperar que decante su aplicación en el quehacer jurisdiccional. No obstante, desde la perspectiva de los defensores públicos, cabe destacar el trabajo que se ha realizado en materia de adecuación de penas originada por la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores, lo que ha significado un gran esfuerzo de planificación y sistematización de los casos que cumplen con las condiciones para obtener una rebaja de condena. También se ha puesto especial énfasis en ejercer las prerrogativas de la defensa, exigiendo el cumplimiento estricto de los requisitos pedidos para el nuevo control de identidad preventivo, lo que ha permitido obtener fallos favorables que limitan los eventuales abusos que pudiere originar esta nueva potestad policial, especialmente fijando un límite con el control de identidad investigativo, contenido en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

No hay que olvidar que la finalidad de esta reforma fue, por una parte, el endurecimiento de la reacción punitiva y, por otra, la ampliación de las facultades de los órganos que ejercen la persecución penal. Ello se traduce en reformas muy restrictivas para los derechos de los ciudadanos y para el ejercicio de la defensa penal, como el marco rígido para los delitos de robo (449 CP), el control preventivo de identidad (artículo 12 Ley 20.931) y la posibilidad del juicio por incomparecencia del imputado en una segunda ocasión (396 CPP). En este escenario, más que hacer referencia a aciertos o falencias de la ley, lo que cabe es asumir el rol fundamental que nos corresponde en el resguardo de los derechos y garantías de la personas que atendemos, asegurando una defensa de calidad, lo que se concreta preparando y realizando alegaciones que permitan asentar aquellos criterios jurisprudenciales menos restrictivos de derechos.

Fernando Alliende C., jefe de Estudios Defensoría Regional de Valparaíso.

Aunque ha pasado poco tiempo, noto poca receptividad de los jueces. La nueva agravante de asociación ilícita previa -que reemplazó a la derogada agravante de pluralidad de malhechores- está siendo poco acogida por los tribunales. Además, como ahora la ley impone a los jueces un piso en la aplicación de atenuantes para determinar la pena, están aumentando el estándar de las pruebas. Finalmente, antes los fiscales podían ofrecer juicio abreviado sólo hasta penas de 5 años y con la agenda corta esto aumentó a 10 años. Esto es positivo, pero se aprecia que su aplicación es irregular, ya que mientras en Ñuñoa y Macul se está utilizando esa facultad, en Las Condes persiste el criterio antiguo y los delitos con pena superior a 5 años prefieren llevarlos

Irka Contreras, Defensora Penal Pública, Defensoría Local de Ñuñoa-Las Condes.

No he hecho un estudio ni tengo datos concretos del resultado específico. Lo único que se publicó fueron algunas cifras sobre el uso del control de identidad del artículo 12 de la ley que me llamaron mucho la atención. A pocos días de la entrada en vigencia de ésta, significó que se dejara de usar la figura del artículo 85 del Código Procesal Penal y se usara preferentemente este otro, cuando tienen -aparentemente, por lo que se anunció- dos finalidades totalmente distintas. Si de lo que se trataba era mejorar la persecución y se trata de sospecha de comisión de delitos, era el 85 el que debía usarse más, porque pone menos requisitos y es más difícil para uno como juez, especialmente de garantía, poder controlar y discernir qué fue lo que generó efectivamente el control policial. Se puede dibujar fácilmente algo que partió siendo la detención como el inicio de un control del artículo 12, que luego genera una flagrancia.

Uno de los pocos aciertos que podría destacar sería en los delitos de robo calificado, en que se obtiene una mejor proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad de las conductas. Aciertos en lo demás no veo. Hay que esperar un poco el funcionamiento a ver si efectivamente con esto disminuye la comisión de delitos. No sé, hasta donde conozco el fenómeno, el delincuente es optimista, no se pone como filtro para actuar que la pena sea más o menos alta. Recién cuando es detenido empieza a reparar en eso.

Falencias hay muchas, como serios problemas interpretativos en varias normas. ¿Cuál va a ser el sentido que le daremos a la nueva agravante de agrupación u organización para la comisión de este tipo de delitos? La Fiscalía pretende darle una interpretación más parecida a la pluralidad de malhechores y lo correcto es entenderlo más bien similar a la agravante del artículo 19a de la ley de tráfico de estupefacientes, que contiene una norma más parecida a esa y por la historia de la ley también.

Hay normas que determinan ciertas agravaciones de pena que son contradictorias, que están en el art. 449 en relación a cómo actúa la reincidencia en una recepción, porque ya existe una norma específica sobre eso. Entonces, ¿cuál vamos a aplicar: la norma nueva, la antigua, hubo derogación, qué pasó? Ahí va a haber problemas interpretativos. Hay varias otras normas en que uno también descubre problemas con la vigencia. ¿Cómo se va a trabajar con el artículo 18, con la eliminación de la multiplicidad de malhechores?, ¿se usará la ley completa o sólo se usará la eliminación de la agravante, que no parece que actuara concatenada con las otras normas de la ley?.

Rodrigo Cerda San Martín, ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción.



La derogación de la agravante de ‘pluralidad de malhechores’
ha sido un desafío para los defensores públicos

BUSCANDO AGUJAS EN UN INMENSO PAJAR

► La promulgación de la Ley N° 20.931 de agenda corta anti delincuencia dio vigencia a la nueva agravante prevista en el artículo 449 bis del Código Penal. Ello ha implicado un enorme esfuerzo para los defensores públicos, quienes han debido instar en tribunales por la debida adecuación de cientos de condenas previas, dictadas bajo la vigencia de la agravante contenida en el artículo 456 bis N° 3 del mismo código, que fue derogada.

► Por Jorge Moraga T.,
jefe Unidad de Estudios,
Defensoría Regional Metropolitana Sur.

Resulta indudable que los delitos de mayor ocurrencia y que afectan en mayor medida a la ciudadanía, tanto en términos efectivos como por su ocurrencia, influyen determinadamente en la sensación colectiva de inseguridad ciudadana. Son los delitos contra la propiedad, principalmente el robo en sus diversas variantes y el hurto.

En consideración a lo anterior, el propósito fundamental que llevó a la dictación de la Ley N° 20.931, conforme se indicó expresivamente en el respectivo mensaje presidencial que le acompañó, fue el de “trancar la llamada puerta giratoria en esta clase de delitos”.

En su propósito de facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para este grupo de delitos y otros vinculados directamente a éstos (como receptación y abigeato), la Ley N° 20.931 consagra un régimen rígido en el establecimiento judicial de la pena que se ha de imponer en cada uno de los casos.

Como mecanismo legal destinado a hacer realidad ese nuevo régimen de determinación judicial de las penas, las ordinarias circunstancias modificatorias de responsabilidad respecto de este conjunto de delitos han perdido su potencialidad de permitir una variación de la pena a imponer que exceda el marco punitivo establecido por ley respecto de cada uno de ellos.

Recordando nuevamente el mensaje de esta ley, queda de manifiesto que ésta vino a dar respuesta a una “necesidad ciudadana absolutamente transversal, de que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”.

Bajo ese cardinal propósito de nuestro legislador, y durante la discusión parlamentaria que generó esta sustancial modificación normativa, se vislumbró la conveniencia de establecer como una nueva agravante de responsabilidad la que se plasmó en el nuevo artículo 449 bis del Código Penal (en adelante CP), consistente en que el autor de estos delitos “haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles”.

“El propósito fundamental que llevó a la dictación de la Ley N° 20.931, conforme se indicó expresivamente en el respectivo mensaje presidencial que le acompañó, fue el de “trancar la llamada puerta giratoria en esta clase de delitos”.

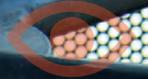
La incorporación de esta nueva agravante llevó, a su vez, a la derogación de aquella aplicable para los delitos de robo y hurto, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del CP, esto es, el “ser dos o más los malhechores”.

Es importante destacar que la derogación de esta agravante no ha afectado en caso alguno el propósito de la nueva ley, en cuanto a asegurar la aplicación efectiva de las penas que se impongan por estos delitos, es decir que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate y que ésta no sea -en el evento de ser impuesta- reemplazada por una pena sustitutiva. Así se lo ha propuesto la nueva regulación penal y la derogación de la agravante en cuestión -asunto muy marginal dentro de la nueva regulación legal- no afecta en un ápice dicho propósito legislativo.

Analizada la historia de la ley, se constata que se entendió que la nueva agravante superaría los inconvenientes que existirían para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis del CP, desde el momento que los tribunales habrían interpretado que la palabra «malhechores» hacía referencia a aquellas personas que han hecho del delito su ocupación, es decir que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole.

Dicha agravación no operaría entonces, según esta visión, cuando se trata de primerizos, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo de personas.

La verdad es que este argumento resulta bastante cuestionable, pues sólo un sector minoritario de la jurisprudencia le dio el mencionado alcance al concepto “malhechores”, pues de manera mayoritaria estimó desde siempre que para que se aplicase la derogada circunstancia modificatoria de respon-



sabilidad no resultaba necesario que los autores o partícipes de estos delitos presentasen condenas anteriores.

Es indudable que la nueva agravante del artículo 449 bis del CP contiene requisitos más exigentes que los contenidos en el derogado art. 456 bis N° 3 de dicho cuerpo legal, amén de que el ámbito de aplicación de la nueva agravante del 449 bis CP se presenta como más amplio que la circunstancia modificatoria eliminada, toda vez que aquella se aplica también a la receptación y no sólo al hurto y al robo, como ocurría con la extinta pluralidad.

UN DESAFÍO

Si bien la Ley N° 20.931 incorporó diversas modificaciones sustantivas y procesales que hacen más rigurosa la reacción penal frente a la comisión de este conjunto de delitos y más expedito el camino -en sede investigativa y judicial- para arribar a sentencias condenatorias en tales casos, la derogación de esta agravante ha traído como una novedad quizás impensada el desafío para la defensa penal pública de instar por la debida adecuación de aquellas condenas dictadas previamente, y en las que reconociendo la concurrencia de tal agravante, se ha impuesto una pena mayor que la que hubiese correspondido si no hubiese existido la mencionada modificatoria, como ocurre desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931.

Tanto por disposición constitucional (art. 19 N° 3 inciso octavo de nuestra Carta Fundamental) como legal (artículo 18 del CP), deben adecuarse las penas impuestas a la nueva normativa legal, si dicha modificación resulta favorable para la persona previamente sentenciada.

Esta garantía, que no es sino una evidente manifestación del principio de proporcionalidad y necesidad de las penas (indudables limitaciones al *ius puniendi*), impone modificar en favor del sentenciado aquellas penas que no encuentran vigente sustento en el actual ordenamiento jurídico, presentándose -en lo relativo a su cuantía originalmente impuesta- como una pena al menos en parte innecesaria y, por ende, ilegítima en aquella magnitud que se explica por una agravante ya no vigente.

En ese mismo orden de ideas, y para dejar de manifiesto la necesidad y justicia de instar por la adecuación de las condenas afectadas en su cuantía por la agravante actualmente



Foto: <http://as.123rf.com/profile/daylessimages>

derogada, cabe recordar las palabras del profesor Alfredo Etcheberry:

“Esto no es sólo una cuestión de humanidad, sino que tiene su razón de ser en la circunstancia de que el legislador ha declarado públicamente que el tratamiento penal anterior era innecesariamente riguroso e inadecuado a las necesidades sociales, y que por lo tanto no resulta jurídicamente procedente imponerle a un ciudadano esa pena declarada inútil y excesiva” (A. Etcheberry, *“Derecho penal Parte General”, Tomo I, pag. 142, 3° edic., 2001*).

Si bien la aplicación de la derogada agravante fue relativamente excepcional en la cotidiana dictación de condenas por delitos de robo y hurto, a fin de intentar dimensionar el desafío que enfrentan los defensores penales públicos para lograr pesquisar los casos en que corresponde instar por la adecuación de la condena impuesta, cabe señalar que sólo durante 2015 la Defensoría Penal Pública registró el ingreso de más de 35 mil usuarios imputados por el delito de robo y cerca de 50 mil imputados por el delito de hurto.

A través de sus defensores, con funciones tanto en el ámbito general, como en el contexto de la prestación especializada de defensa penitenciaria, nuestra institución está realizando

el acucioso trabajo de detectar los casos de personas sancionadas penalmente con una sanción influenciada por la aplicación de la agravante derogada, quienes tienen derecho a que se revise la sanción original y se adecúe su magnitud definitiva al nuevo escenario normativo aplicable a los delitos contra la propiedad.

Ante la falta de registros que permitan determinar de modo expedito y confiable qué casos presentan tales características, desde la entrada en vigencia de esta ley nuestros defensores realizan un arduo trabajo para detectar dichos casos. Ello constituye, en términos gráficos, una decidida búsqueda de agujas en aquel enorme pajar constituido por las casi 50 mil personas que actualmente se encuentran recluidas en las cárceles del país.

Una vez detectado un caso, el mencionado trabajo -de primer orden e irrenunciable atendida nuestra misión institucional- exige la recopilación y un profundo análisis de los antecedentes que han llevado a una determinada condena en perjuicio de nuestro usuario. De ese estudio dependerán los términos en que se hará la petición concreta de adecuación de condena para cada caso y la particular línea argumental que se esgrimirá en favor de cada condenado, maximizando así las posibilidades de éxito ante el tribunal, a fin de poder entregar una adecuada explicación sobre cómo la agravante derogada

resultó determinante para arribar a la pena que se impuso en su momento.

Sólo con un acabado conocimiento de estos antecedentes los defensores públicos formulan la respectiva pretensión de rebaja de la condena impuesta, sugiriendo la nueva pena que resulta más adecuada y justa, según las consideraciones que por ley deben ser tenidas en cuenta para estos efectos, en especial aquellas previstas en el artículo 69 del CP, es decir el número y entidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad aplicables a cada caso y la extensión del mal producido por el respectivo delito.

En las diversas audiencias judiciales que se han realizado en los últimos meses, y que seguirán realizándose en el corto y mediano plazo, los defensores penales públicos seguirán instando por la más correcta y debida adecuación de la pena que en cada caso se haya impuesto, si es que en su cuantía resultó determinante la modificatoria derogada.

Como ya hemos dicho, esta labor se presenta como un trabajo arduo pero estrictamente necesario y justo, dado que un real estado de derecho no puede tolerar que personas condenadas sufran penas que en alguna magnitud resultan exageradas -sino derechamente infundadas- conforme al ordenamiento jurídico penal que nos hemos brindado como sociedad.





ORIENTACIÓN Y EXPECTATIVAS

Parece pertinente destacar que esta nueva realidad legal ha implicado, como resulta esperable, una permanente preocupación de defensores públicos y asistentes de nuestra institución por orientar a los penados y sus familiares en relación con las posibilidades que otorga a la defensa esta modificación legal.

Por tratarse de una situación judicial novedosa, altamente técnica, de masiva aplicación y con efectos inmediatos y de gran relevancia para la vida de las personas condenadas y sus familias, la posibilidad de rebajas que pueden llegar reducir en varios años la privación de libertad ha generado una esperable ansiedad e inquietud en los usuarios de la Defensoría Penal Pública.

Así las cosas, y amén del trabajo técnico que nuestros funcionarios realizan, se ha llevado adelante una incesante labor de orientación, explicación y manejo de ansiedad dirigido a quienes integran actualmente la población penal y sus familiares, explicándoles el alcance de esta posibilidad de adecuación de pena y la real factibilidad de hacer con éxito la respectiva petición, según las características de cada caso.

Actualmente y en el futuro cercano se han de debatir los concretos alcances de esta modificación legal y cómo ella repercute en la sanción que ha sido impuesta en contra de muchas personas previo a la Ley N° 20.931.

Cada tribunal deberá resolver las pretensiones que sostengan los defensores públicos, para lo cual deberá tomar posición ante el real sentido y alcance de esta modificación, definiendo así, por ejemplo, si a propósito de esta potencial adecuación de condenas ya dictadas ha de resultar posible para el juzgador combinar los textos normativos pre y post Ley N° 20.931, y si tal proceder implica o no la consagración de lo que en doctrina se conoce como “*lex tertia*”.

Tal situación se da, por ejemplo, si frente a la derogación de esta agravante (única establecida en la sentencia condenatoria) y respecto de un condenado a quien en su momento se le condenó a una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor de robo en lugar habitado, al reconocérsele, junto a tal agravante, las minorantes del artículo 11 N° 6 CP (irreprochable conducta anterior) y 11 N° 9 CP (colaboración con el esclarecimiento

“Se vislumbró la conveniencia de establecer como una nueva agravante de responsabilidad la que se plasmó en el nuevo artículo 449 bis del Código Penal (en adelante CP), consistente en que el autor de estos delitos “haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles”.

de los hechos), el respectivo defensor insta por obtener, en definitiva, una rebaja en un grado de la pena originalmente impuesta, instando así por la imposición de una nueva pena, de una cuantía, en definitiva, de 4 años de presidio.

En dicho caso, se estaría pidiendo que sólo una parte de la nueva ley se aplique, omitiéndose que la nueva ley, al mismo tiempo, constituya un impedimento para la pretendida rebaja de grado, conforme el tenor del nuevo art. 449 del CP.

La Ley N° 20.931 constituye sin duda una manifestación de fortalecimiento del *ius puniendi*. Nuestra institución sabe y sabrá estar atenta a este cambio de escenario normativo, realizando las alegaciones procedentes en derecho, instando siempre por la solución más justa, prudente y adecuada, según el mérito de cada caso, acorde a un estado de derecho siempre respetuoso de la dignidad humana.

En la aplicación retroactiva de la ley penal favorable al condenado, tal como ha ocurrido en este caso, nuestro compromiso y desafío no son distintos. Conscientes de que detrás de cada condenado por delitos contra la propiedad hay una historia personal llena de privaciones de todo tipo, y donde la falta de oportunidades ha sido muchas veces un triste e invariable factor, nuestros defensores y defensoras realizan y seguirán efectuando el necesario trabajo de presentar las peticiones de rigor ante los tribunales, en pos de garantizar, a través de las correspondientes adecuaciones de condenas, el principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las penas, aun cuando esta labor suponga buscar agujas dentro de un inmenso pajar. 



¿Qué pasa en una cárcel después de que sus internos protagonizan sin quererlo un programa de TV en horario *prime*?

'CANA FICCIÓN' Y EL OTRO REALITY CARCELARIO

► Por **Andrea Contreras M.**, periodista Defensoría Regional de O'Higgins.

El 18 de agosto pasado, CHV inició la emisión de la tercera temporada de “Alerta Máxima”. Esa misma noche empezaron los problemas para el ‘Pelao Jano’, quien tras ser amenazado como ‘sapo’ por los demás reclusos, debió pedir protección de los gendarmes y luego fue trasladado a otro recinto penal. Esta es la historia de un verdadero reality carcelario.

La cana no es un zoológico. No es para venir a reírse o a mostrar a estos animalitos encerrados”, dice Rafael de entrada, recordando la noche del 18 de agosto pasado, cuando debutó la tercera temporada de “Alerta Máxima” en Chilevisión, bajo la conducción del periodista Carlos Alberto López.

Ese día, cuando terminó la emisión, cerca de las once de la noche, de un edificio a otro de la cárcel de Rancagua se oían los gritos de amenaza contra quien, se suponía, había entregado el mapa del escondite de celulares de los internos del módulo 54 a los funcionarios de Gendarmería. Esa misma noche comenzó el calvario del ‘Pelao Jano’.

En ese primer capítulo y bajo la noción de no mostrar ya operativos policiales en las calles de la ciudad, sino que trasladar el ojo de sus cámaras al interior de las cárceles del país, “Alerta Máxima” dio cuenta de un episodio ocurrido en el

Complejo Penitenciario de Rancagua. En cámara, un hombre de mediana estatura, pelo negro, camisa celeste a cuadrillé y jeans apareció entregando un papel a un teniente de Gendarmería.

Como único resguardo para el interno, la imagen de su rostro apareció distorsionada, lo que no fue suficiente para evitar que la población penal del recinto acusara de traidor al ‘Pelao Jano’, pues fue el teniente Francisco Arias quien explicó en cámara que había recibido un plano del lugar donde se escondían elementos prohibidos que mantenían los internos, en este caso los celulares.

“Nosotros supimos al tiro, porque por más que pusieran mosaico, uno reconoce el pelo, la manera de caminar y la ropa de las personas con las que vive. De hecho, él era mozo y se paseaba por algunos módulos, entonces era súper reconocible”, explica Richard.



Foto: http://es.123rf.com/profile_maikikapetan25

TRASLADO POR PROTECCIÓN

Los mismos internos cuentan que a la mañana siguiente el ‘Pelao Jano’ fue trasladado a otro módulo, para su protección. Aun así no pudo salir de su celda y debió pasar 24 horas aislado en un espacio de 4 por 2 metros, para evitar su contacto con el resto de la población penal que, a esas alturas, ya conocía el rumor sobre quién era el supuesto autor del ‘sapeo’.

“Si él bajaba al patio, su vida corría peligro”, dice Arturo. Y agrega: “Los periodistas no saben nuestros códigos y las consecuencias que tienen sus grabaciones o programas. Llegan acá, se hacen los simpáticos y te meten en el medio problema. Al Jano le deben haber dicho: ‘No te preocupes, no se va a notar quién entrega la información. Esto va a facilitar que tengas un beneficio’. Pero nada... Después de estar de módulo en módulo protegiendo su vida, finalmente lo mandaron a otra cárcel, alejándolo de su familia. Y el periodista no se hará cargo de los pasajes, de la visita, de la fama de ‘sapo’ con la que se va... Al de la tele sólo le interesó su rating”.

En efecto, durante ese mismo programa transmitido el 18 de agosto, mostraron que al día siguiente un reo del mismo módulo del ‘Pelao Jano’ llegó al hospital penitenciario con una herida en su muslo izquierdo, provocada por un arma blanca. Al relatar la situación, el periodista que conduce el programa señaló que “el interno agredido nunca delatará a quien lo atacó. Si lo hiciera, probablemente no sólo sería una herida en la pierna. Podría ser la muerte”.

“Esta situación no es tan distinta del hecho de haber delatado el escondite de los celulares de sus compañeros. No había que ser muy inteligente como para saber que el Jano también corría peligro gracias a la imprudencia del programa”, complementa Richard.

IRONÍA Y BURLA

“Yo sé que me equivoqué”, advierte Amaro. Cuenta que aunque no quería matarlo, un golpe mal dado lo convirtió en asesino de alguien que le faltó el respeto a su familia.

“Me tocó pagar con cana, pero yo no soy delincuente habitual. Tengo una familia que sufre tanto como yo la distancia y el precio que tenemos que pagar. Usted no se imagina como mi mami lloró la primera vez que vio ese programa”, dice, recordando que fue justo cuando mostraron la cárcel de Rancagua.

“Más que los actos de violencia, que es lo único que siempre muestran de la cana, a ella le molestó el tono burlón con que el periodista se refiere a los internos. Sarcasmos, ironías y burlas absolutamente desafortunadas. Sí, yo me merezco el castigo, pero mi castigo es no abrazar a mi hija, no estar para el nacimiento de mi nieta, no asistir a mi madre enferma. Mi castigo es la privación de libertad, no que se me quite la dignidad. Y eso es lo que hace este señor en su programa”, afirma.

Rafael concuerda con Amaro y opina que “aquí habitamos personas que también nos violentamos con la intromisión de cámaras que, sin permiso alguno, te graban, muestran tu rostro y el procedimiento completo con sus pro y sus contra”.

El mismo interno señala que aunque él no tiene problemas de conducta ni jamás ha estado castigado, “cuando hay allanamiento todos debemos obedecer el protocolo. Salí en el programa sin autorización alguna y sin haber cometido ninguna falta. En mi casa, mi hija de diez años estaba mirando el programa y quedó con ataque de angustia al ver cuando me conducían a la muralla, para la revisión del funcionario.



Un adulto entiende que eso es parte del procedimiento. Una niña ve como ‘maltratan’ al papá”.

Manuel dice que “es una falta de respeto. Puedo entender el fondo, pero no la forma de este programa en particular. Yo también estaba preso cuando daban ‘Nadie está libre’ y el tema carcelario era tratado desde una óptica mucho más humana. Mostraban lo mismo. También abusaban tal vez de las imágenes de peleas y del escondite de los estoques, pero rescataban además las historias personales, que son las que pueden ser un aporte a la sociedad”.

Según este interno, en ‘Alerta Máxima’ la cárcel es un circo de infrahumanos del que el periodista se ríe a cada rato. “Yo sé la historia de las carencias, falta de oportunidades y errores que podría contar a los jóvenes para que no lleguen a este infierno, pero este señor se ríe en mi cara y me duele. Nos duele. Poco le interesa la gente, el dolor de un preso, pero yo sigo siendo persona”.

En torno a este programa, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) presentó en septiembre pasado una denuncia ante el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), señalando que el espacio “cometió vulneraciones a la dignidad humana, transgresiones al derecho a la privacidad, trato discriminatorio y afectaciones a la resocialización de los internos e internas”.

La denuncia destacó, además, el «tono evidentemente burlesco del periodista que relata el programa, lo cual resulta atentatorio en contra la dignidad de las personas que se encuentran privadas de libertad y en una situación de vulnerabilidad».

Poco después, a comienzos de octubre, el propio Defensor Nacional, Andrés Mahnke, llamó la atención sobre el efecto

de estigmatización que programas como éstos producen en todo el sistema de justicia y su eslabón penitenciario, porque a través de ellos “se sobrepasa la dignidad de las personas”, todo lo cual “no le hace bien a nuestra sociedad, porque finalmente estamos separando más mundos o realidades sociales que, desde el punto de vista de la percepción pública, ya aparecen como suficientemente distanciados. Surge de ello una duda válida respecto del rol social de los medios de comunicación en cuanto a no menoscabar o discriminar a las personas”, aseguró.

CUANDO TERMINA ‘CANA FICCIÓN’

Arturo relata que tras el fin del programa televisivo “todos quedaron saltones. Preguntaban qué programa era, que para qué y por qué los estaban grabando. Obviamente, nadie respondía. Los ánimos quedaron exaltados. Se nos sacó de nuestra tranquilidad para hacerle el show a la tele y eso es frustrante. Después de que se van las cámaras todos andan ‘sicoseados’, ansiosos, angustiados. Algunos se encierran en su mundo, otros se auto infieren heridas, otros miran mal e insultan al que se le ocurrió prestarse para la entrevista y en el caso del ‘Pelao Jano’, esto le pudo costar la vida”.

Julio agrega que “además, es doble estrés, porque primero es cuando van a grabar y luego cuando el programa sale en la tele. Ahí empieza a preocuparse la familia, vienen las preguntas de los amigos que no sabían que estabas preso, el cuestionamiento de tu entorno social. Y todo eso es otra carga emocional... que de nuevo afecta los ánimos acá dentro... ¿Quién informa de eso, a quién le importa?”

Luchito considera que, “finalmente, estos programas nos vuelven a dejar como los más bastardos del mundo. Según ellos, todos los de aquí pasamos peleando. Una y otra vez abusan de las imágenes de violencia, las riñas, los allanamientos, los estoques, las cuchillas y las botellas de chicha que requisaron. Pero esa es ‘cana ficción’. Es lo único que le interesa mostrar al canal, para que la gente siga pensando que la cárcel es un botadero de personas de las cuales se puede mofar un periodista amarillo”, dice enojado.

Y termina: “Estamos claros que aquí no llegamos como premio, que todos cometimos delitos o errores, pero también es cierto que esas peleas sangrientas no son a diario. Eso no es lo único que ocurre en una cárcel, pero como siempre, lo positivo no es noticia”. 



MIGRANTES Y 'CONTROL DE IDENTIDAD PREVENTIVO'

► Por Daniela Tapia M., Héctor Mérida C. y Julia Arriagada M.,
Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana
Defensoría Penal Pública

Según cifras oficiales, la Región Metropolitana, Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta concentran el 70 por ciento de los extranjeros que anualmente enfrentan al sistema penal chileno. Por lo mismo, “Revista 93” quiso observar la situación en las tres primeras regiones del extremo norte del país. Más allá de la ausencia de cifras actualizadas sobre ‘control de identidad preventivo’, la siguiente nota recoge una primera mirada sobre el tema.

Durante los últimos cinco años Antofagasta se ha transformado. Sus tiendas, su gente y sus calles lucen distinto: el colorido se tomó las veredas y la población se embarcó en un proceso sin retorno. Están llegando más extranjeros y, aunque eso no debiera ser novedad por la composición histórica de la ciudad, ahora se habla y se actúa distinto. Nuevos aires están colmando el paisaje del Desierto de Atacama.

Sin embargo, la problemática va más allá de lo natural que debiera ser la instalación de no nacionales en un determinado país. No obstante las bajas cifras de extranjeros en relación con los chilenos que tienen alguna participación en el sistema penal -como víctimas o imputados-, la ciudadanía se aferra a aquella versión difundida en redes sociales y poco desmentida por los medios, que sataniza y atribuye homicidios violentos y crímenes de alta connotación al arribo de extranjeros para avecindarse en la región.

Las estadísticas de la Defensoría Penal Pública no son muy distintas a las que manejan las policías. De hecho, el porcentaje de imputados extranjeros está por debajo de los dos dígitos, lo cual se ha mantenido invariable desde el inicio de la reforma procesal penal.

Hoy, cumplidos quince años desde que cambió la forma de hacer justicia, siguen siendo los chilenos los que acaparan más del 90 por ciento de las imputaciones penales. Y a pesar de ello, la ciudadanía insiste en ligar la sensación de inseguridad al aumento de la presencia de extranjeros, lo que se suma a la intensa aplicación que las policías hacen del control preventivo de identidad y que pareciera afectar más, en principio, a quienes tienen determinados orígenes.

EN MEDIO DE LOS CAMPAMENTOS

A la luz de los datos proporcionados por el Departamento de Análisis Criminal de Carabineros de Chile, hasta el 9 de septiembre de 2016 en la Tercera Comisaría de Antofagasta se



habían efectuado 17 mil 104 controles preventivos, casi 9 mil más que en la unidad policial que ocupa el segundo lugar, la Primera Comisaría de Curicó. En este contexto, cabe aclarar que la mencionada unidad policial antofagastina está enclavada en un sector popular, donde confluye más del 70 por ciento de los 44 campamentos instalados en la ciudad.

Para contextualizar, en Antofagasta la escasez de vivienda sociales ha llevado a grandes masas de personas a asentarse en precarias condiciones. Según datos del Plan de Superación de Campamentos del Gobierno Regional, en estos asentamientos viven 6 mil 228 familias, el 78 por ciento de las cuales son extranjeras.

Para Ignacio Barrientos Pardo, jefe de Estudios de la Defensoría Regional de Antofagasta y representante de la Corporación Migr-accion, organización sin fines de lucro que asesora y defiende administrativa y judicialmente a los extranjeros y migrantes, la explosiva aplicación del control preventivo de identidad en sectores caracterizados por el asentamiento de extranjeros de alguna manera afecta el normal desplazamiento de los no nacionales.

“Para un extranjero o migrante la amenaza de ser sometido a un control preventivo de identidad es aún mayor. Si bien no podemos establecer aleatoriamente que sean más frecuentes entre ellos, lo cierto es que muchos no cuentan con sus respectivos documentos de identidad al momento de efectuarse el control y ello redundará en una permanente inseguridad. Suele suceder que mientras un extranjero está sometido a un proceso penal, se vence su visa o queda suspendido el

trámite para la obtención de residencia. En esas circunstancias, la posibilidad de ser sometido a un control preventivo de identidad genera angustia y temor”, explica.

Según el abogado uno de los nudos críticos que hoy existe en materia de identidad de extranjeros y migrantes está relacionado con el otorgamiento de visas a condenados, ya que operativamente no se ha logrado establecer un protocolo en las solicitudes y respuestas.

“Hoy por hoy no podemos beneficiar o modificar el cumplimiento de personas no nacionales con libertad vigilada u otras alternativas distintas a la cárcel, dado que no contamos con un instrumento tan básico como es la visa, que les permita trabajar y quedar exentos de problemas frente a un control preventivo de identidad. Es decir, estamos negándonos sistemáticamente como nación a reconocer al otro como individuo dotado de todos los derechos y garantías. Carecemos de la cultura para aceptar otras culturas”, señala Barrientos

El directivo de la Defensoría expone la necesidad de asumir el tema con mayor preocupación y seriedad. “No es novedad que las personas migrantes y extranjeras experimentan una dificultad mayor que los chilenos en el acceso a la justicia. Quedan sometidos a normativas que desconocen y frecuentemente no cuentan con los recursos económicos suficientes para asumir gastos derivados de un juicio. A ello hay que sumar que muchas veces ni siquiera hablan el mismo idioma de sus aprehensores, por lo cual tenemos una gran responsabilidad como país por dotarlos de las herramientas que los pongan en igualdad ante la ley”.

CONTROL A MIGRANTES

Para tener una visión más clara respecto de la aplicación de la facultad que se otorgó a las policías a través del control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 del Código Procesal Penal en la Región de Antofagasta, se solicitó la respectiva información estadística en Carabineros. Sin embargo, por no estar desagregada por nacionalidad, no fue posible obtener una visión determinada en relación con la variable nacionales versus extranjeros.

Sin embargo, la II Zona de Carabineros entregó el total de las fiscalizaciones efectuadas en el marco del artículo 85 del mismo Código Procesal Penal, las cuales contemplan cuatro aristas principales: control de locales comerciales, de personas, de vehículos y fiscalización a locales de alcoholes.



En este marco, respecto del control de personas, en la zona de Antofagasta la herramienta se utilizó con 93 mil 371 personas, de las cuales 90 mil 680 eran ciudadanos chilenos y 2 mil 691 extranjeros. Según esta cifra, sólo un 2,88 por ciento de estas fiscalizaciones se habría aplicado en la región a no nacionales.

INMIGRANTES Y AGENDA CORTA EN TARAPACÁ

Para algunas organizaciones de inmigrantes de la Región de Tarapacá, la entrada en vigencia de la nueva ley de ‘agenda corta’ no ha significado cambios perceptibles. “Esas medidas las aplican desde antes”, asegura Nancy Chu, presidenta del Centro Social y Cultural de Residentes Peruanos en Iquique. La dirigente asocia tal innovación fundamentalmente a las facultades de las policías para encarar a los extranjeros en la calle, los hogares y los barrios.

Para Edgar Rodríguez, dirigente del Centro Cultural de Residentes Colombianos en Iquique, “el cambio, entre antes y ahora, no se ha notado mucho”.

En lo que también coinciden ambos dirigentes es en la persistencia de arbitrariedades cometidas por las policías, aunque lo matizan al detallar que “hay policías que se portan educados, como otros que no”, según refiere Rodríguez. En torno a esta arista, la representante peruana explica que ella lo ha planteado repetidamente en las mesas de trabajo a las que la invitan las autoridades.

Ambos piden, como un asunto fundamental, que se mejoren los criterios de actuación cuando los funcionarios policiales abordan a sus connacionales, “porque no se trata de llevarlo detenido sólo porque a alguien se le olvidó portar el carné”, puntualiza Edgar Rodríguez.

LAS CIFRAS

Según el ‘Boletín Estadístico N° 2’ de la ‘Mesa interinstitucional de acceso a la justicia de Migrantes y Extranjeros, indica que el año pasado mil 160 extranjeros enfrentaron el sistema penal chileno como detenidos en la Región de Tarapacá. Por otra parte, de acuerdo con las estadísticas de esa misma Defensoría Regional, durante 2015 se atendió a mil 400 extranjeros como sujetos de defensa penal.

La región de Tarapacá tiene unos 290 mil habitantes y unos 22 mil son inmigrantes, según la Sección de Estudios del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que estima su prevalencia en

un 7,4 por ciento. Una para efectos de comparación válida: a este número de migrantes habría que sumarles los extranjeros que llegan o pasan por Chile sin el propósito de quedarse a vivir en el país, como el caso de los turistas o comerciantes.

EXTENSA FRONTERA EN ARICA Y PARINACOTA

La Defensoría Regional de Arica y Parinacota atiende a un promedio de más de 6 mil personas imputadas por año (6 mil 760 en 2015), en una zona muy especial por sus características geográficas y socioculturales, ya que cuenta con extensas fronteras con dos países vecinos: Perú y Bolivia, y con un movimiento de carga y pasajeros de gran envergadura, lo que incide en el número y tipo de causas penales que deben atender sus abogados, en las cuales se registra un número importante de ciudadanos extranjeros, a diferencia de otras regiones.

Aunque las cifras internas indican que en 2015 en la región fueron atendidos 610 extranjeros y migrantes, lo que representó un 11,7 por ciento del total de atenciones, la estadística oficial incorporada al ya citado ‘Boletín N° 2’ señala que los extranjeros detenidos durante el mismo período sumaron mil 242 personas.

Desde el punto de vista sociocultural, esta zona corresponde al hábitat natural del pueblo aymara, especialmente situado en el altiplano y en los valles precordilleranos. También hay presencia importante de miembros de otras etnias andinas y, en los valles de Arica, de afrodescendientes.

Aunque tampoco fue posible obtener estadísticas recientes sobre ‘control preventivo de identidad’ en la zona, en las distintas difusiones realizadas por el equipo de la Defensoría Regional durante el año hubo referencias de malos tratos de parte de carabineros o detectives. Según vecinos de distintas localidades alejadas, son controlados y revisados cotidianamente, sin que existan evidencias de delitos o denuncias que lo justifiquen. En algunos casos, han reclamado incluso haber sido llevados a dependencias de Carabineros.

“En resumen, la experiencia de los migrantes con el control preventivo no es positiva, porque se sienten tratados como delincuentes sin que exista fundamento para ello. Agregan que los controles se hacen por su apariencia, rasgos físicos y vestimentas indígenas”, explica Inés Flores Huanca, facilitadora intercultural de la Defensoría Regional de Arica y Parinacota. 



LA CORTE SUPREMA Y EL AUTO CULTIVO DE MARIHUANA

En el siguiente artículo y a partir de tres sentencias relativamente recientes del máximo tribunal del país, el jefe de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional analiza los más recientes criterios jurisprudenciales que ha fijado la Corte Suprema en torno al auto cultivo de *cannabis*.

► Por **Claudio Fierro M.**,
jefe Unidad de Corte, Defensoría Nacional.

La sala penal de la Corte Suprema se ha pronunciado en diversos fallos sobre el auto cultivo de *cannabis*¹, relevando cuatro aspectos de esta cuestión que son de vital importancia para entender la trascendencia de esta jurisprudencia: (i) la falta de lesividad de la conducta; (ii) la no punibilidad del uso concertado que no alcanza a concretarse; (iii) las razones que justifican castigar penalmente un cultivo no autorizado de *cannabis*; y (iv) el cultivo colectivo para consumo privado.

Previamente debe enfatizarse el hecho de que los referidos pronunciamientos de la Corte Suprema se han adoptado a través de la activación por la Defensoría de mecanismos de tutela jurisdiccional que facilitan la protección de los derechos fundamentales. Ha sido a través del recurso de nulidad y la acción constitucional de amparo que el máximo tribunal ha fijado estándares relevantes de garantía para los ciuda-

danos frente al poder penal y ha corregido los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes han incurrido.

El punto de partida que asumió la Defensoría en estos casos es que, en determinadas circunstancias, quienes desarrollan conductas asociadas al auto cultivo de *cannabis* se amparan en el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Se trata de ciudadanos que se relacionan con la *cannabis* totalmente al margen de la criminalidad asociada al tráfico de drogas. Son personas o grupos de personas que creen posible trabajar con la *cannabis* para la expansión de la conciencia desde una mirada científica, visión tan respetable y legítima como la de quienes optan por su uso medicinal o por quienes la usan para fines recreacionales.

No obstante, la premisa levantada por la defensa siempre se vio enfrentada a un elemento de juicio totalizante o inamovible, esto es que el número de plantas levantadas como evidencia resultaba ser el factor decisivo en la determinación de

¹ Sentencias dictadas por la Corte Suprema en los autos Rol N° 4949-15; Rol N° 15.920-15, y Rol N° 14.863-16.



un auto cultivo para un uso personal y próximo en el tiempo, por tanto lícito, ya que permitía despejar cualquier duda en torno a un riesgo de difusión descontrolada o de comercialización de la *cannabis*.

Fue en este escenario que en 2015 la sala penal absolvió a una ciudadana que mantenía 40 plantas de *cannabis* en su hogar y posteriormente, en 2016, a otra persona que le fueron incautadas en su domicilio 15 plantas de la misma especie, lo que marcó un punto de inflexión importante en la aplicación del tipo penal del artículo 8 de la Ley N° 20.000 -que sanciona el cultivo sin autorización-, incorporando en la interpretación de la ley penal principios básicos de un estado de derecho como la lesividad y excepcional intervención del derecho penal.

Para la sala penal de la Corte Suprema, si la punición y la sanción penal deben ser expresión de la afectación al bien jurídico -peligro o de lesión-, si aquello no ocurre, es simplemente la sanción de opciones de vida que quedan al margen de lo establecido como expectativa de no intromisión a través de los tipos penales, abandonando en consecuencia la prohibición de exceso que tiene el Estado para intervenir en los derechos fundamentales de las personas, generando una medida estatal inidónea.

LA FALTA DE LESIVIDAD DE LA CONDUCTA

En los fallos mencionados, la Corte empieza por despejar la naturaleza de la figura penal del artículo 8° de la Ley N° 20.000. Señala que la misma exige que el hecho haya tenido al menos la posibilidad de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido -en este caso la salud pública-, considerando para ello la parte final del norma que establece una excepción a la punición de la conducta: “salvo que esté destinado al uso personal y próximo en el tiempo”.

De este modo, la Corte parte por rechazar el castigo penal en ausencia de dicha lesión o puesta en peligro, poniendo énfasis en que el fundamento de la tipificación de la conducta, esto es, el daño social de la misma, es lo que funda el castigo penal y no la mera obediencia de una norma:

“(...) Entonces, aun cuando el tipo de los delitos de peligro abstracto -en el evento que se lo estimare aplicable al artículo 8° de la Ley N° 20.000- no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro

efectivo, sí requiere una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste (...)”².

LA NO PUNIBILIDAD

Si bien la parte final del inciso primero del artículo 8° excluye de la sanción establecida para el cultivo no autorizado a quien justifique que las plantas de *cannabis* están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Sin embargo, la misma norma remite a las sanciones de los artículos 50° y siguientes de la Ley N° 20.000, que castigan como falta, entre otras conductas, a quienes consuman drogas en lugares o recintos privados, si se hubiesen concertado para tal propósito.

Ahora bien, debe considerarse que el uso concertado de *cannabis* es punible como falta sólo si se ha concretado, condición que resulta aplicable a todos los hechos punibles que responden a esta categoría. De allí que la Corte estimara en estos pronunciamientos que si la *cannabis* resultante de un cultivo destinado al consumo concertado, no se alcanza a usar con esos fines -descartado, por cierto, cualquier elemento o indicio de distribución o comercialización-, ello supone meramente el principio de ejecución de una falta que no es punible en nuestra legislación:

“En razón de lo anterior, no obstante que la acusada ‘mantenía sembradas’ plantas de cannabis sativa sin contar con la autorización del Servicio Agrícola y Ganadero a que alude el artículo 9 de la ley N° 20.000, al concurrir en la especie los presupuestos establecidos en la parte final del inciso 1° del artículo 8° de la Ley N° 20.000, como esta misma disposición prescribe, ‘sólo se aplicarán las sanciones de los artículos 50 y siguientes’, sin embargo, no acreditándose que se haya concretado por la acusada el propósito para el cual se mantenían las plantas, esto es, el consumo concertado de las drogas en un lugar o recinto privado -que por lo demás, no fue objeto de

² Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 5°.

la acusación-, tampoco resulta aplicable al caso sub judice el referido artículo 50³

De esta manera, aun cuando el artículo 8° remita a las faltas reguladas en el artículo 50°, esto no significa que quien es sorprendido plantando *cannabis* para un consumo próximo en el tiempo deba *per se* ser sancionado como autor de falta, pues previamente se le debe someter al sistema general de nuestro sistema penal. Así, en términos simples, si se acredita que la plantación era para su consumo personal y próximo en el tiempo y la persona no fue sorprendida al momento del hallazgo fumando con otras personas, el acto es absolutamente impune.

RAZONES DEL CASTIGO AL CULTIVO NO AUTORIZADO

El objetivo de penar especialmente un acto preparatorio como el cultivo no autorizado de *cannabis* es, precisamente, combatir más eficazmente el comercio ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Ello, pues una difusión incontrolada de estas sustancias afecta la salud pública, lo que amerita anticipar la sanción penal a etapas anteriores a la comercialización de la droga.

En los tres casos decididos por la Corte se determinó que las plantas no estaban destinadas a su comercialización o distribución a terceros, sino al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo de los acusados, de modo que la figura de cultivo ilegal no resultaba aplicable, al no visualizarse una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta pudiera mínimamente contribuir a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de las sustancias entre un número indeterminado de consumidores finales:

“Por otro lado, lo que se viene discurriendo es armónico con una interpretación teleológica del artículo 8° de la Ley N° 20.000, pues la afectación del bien jurídico salud pública no puede dilucidarse en base a un simple y mecánico criterio disyuntivo de unidad o pluralidad, que lleve a postular -como lo hace implícitamente la sentencia revisada- que si la acción del agente permite acceder a la droga sólo a una persona -entonces, el mismo agente- no se hace peligrar el bien jurídico, pero si le permite el acceso a dos sí se pone en riesgo. En el examen en referencia debe observarse más bien si la conducta dubitada puede generar, incrementar

3 Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 14°.

o al menos potenciar el riesgo de difusión o propagación incontrolada de la droga o del tráfico de drogas en la comunidad o colectividad, lo que supone una cierta aptitud o posibilidad de que la conducta contribuya a la propagación, puesta a disposición o facilitación más o menos generalizada de alguna de las sustancias traficadas entre un número indeterminado de consumidores finales, efecto o resultado que puede presentarse ya sea con un acto singular de venta de una dosis de droga a un único adicto o menor de edad, o por el contrario, puede estar ausente en el consumo privado de droga por varias personas que concertadamente se han proveído de la misma”⁴.

CULTIVO COLECTIVO PARA CONSUMO PRIVADO

En estos fallos la sala penal de la Corte Suprema puso especial atención a la parte final del inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 20.000, la que, como se indicara, dispone un elemento negativo del tipo penal: que se justifique que las plantas de *cannabis* están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Así, en caso de verificarse este elemento, no se configura el delito de cultivo no autorizado, cuya pena asignada asciende hasta 10 años de cárcel.

No obstante que de la redacción de la norma podría sustentarse la improcedencia del elemento negativo del tipo en un cultivo colectivo, la Corte consideró que el cultivo, y en general la acción de cultivar, puede ser realizada no sólo por una persona, sino por varias:

“Que en cuanto al carácter ‘personal exclusivo’ del consumo que realizarán los miembros de la agrupación Triagrama de la droga que al interior de la misma se produce, cabe remitirse a las reflexiones ya desarrolladas en el motivo octavo ut supra, esto es, que la frase ‘uso o consumo personal exclusivo’ a que condiciona el artículo 8° de la Ley N° 20.000 el reenvío al artículo 50 del mismo texto no excluye los casos en que la droga que se obtendría de las plantas esté destinada al uso o consumo de más de una persona si éstas son las mismas a quienes puede imputarse la siembra, plantación, cultivo o cosecha de las plantas. Nada más cabe insistir en que la tesis de los recurridos importa una restricción a la aplicación del artículo 50° únicamente a autores solitarios de las conductas

4 Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 8°.



*que tipifica el artículo 8°, lo que una correcta interpretación de dicho precepto no permite compartir, como ya fue explicado*⁵.

Luego, cuando el cultivo lo realizan varias personas plenamente identificadas y determinadas para consumir en un futuro próximo, no hay afectación al bien jurídico salud colectiva. De esta forma, la Corte ha dejado claro que el cultivo afecta la salud pública cuando existan elementos de juicio de que la *cannabis* incautada iba a ser distribuida a personas indeterminadas, a un segmento de la población que no son los que cultivan y que son receptores finales de la sustancia y que, como consumidores, puedan ver afectada su salud individual.

En los casos conocidos por la sala penal las personas asociadas al cultivo colectivo estaban completamente identificadas y eran quienes luego consumirían, independientemente de las motivaciones que tenían para hacerlo. En este punto, la Corte reconoce como expresión de la autonomía de la voluntad de los individuos singulares al exponerse al consumo de las sustancias prohibidas por la Ley N° 20.000, siendo sólo objeto de sanción dicho uso cuando existiere la posibilidad real de que de aquel surja una difusión incontrolable de sustancias y que pongan en peligro la salud y libertad de los demás⁶.

Como se puede apreciar, la importancia de estos fallos radica fundamentalmente en la utilización por la Corte Suprema de un poderoso dispositivo de contención del poder punitivo, como son los bienes jurídicos. Cualquier conducta no puede ser sancionada como delito, sino sólo aquellas que afectan bienes jurídicos. En consecuencia, como muy bien lo señala el máximo tribunal, el bien jurídico debe entenderse siempre como un límite o barrera para el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y POSIBILIDADES DE REFORMA

Pareciera ser que los problemas en la aplicación de la Ley N° 20.000 están en los actores y operadores del sistema penal. El Ministerio Público, por ejemplo, no ha hecho especiales esfuerzos por distinguir las hipótesis de consumo de las de tráfico, habiendo argumentos normativos que permiten

hacerlo, así como argumentos expuestos por la propia Corte. Así, no toda persona que porta o tiene droga lo hace para su comercialización.

Segundo, un problema similar puede encontrarse en el razonamiento de algunos jueces, que a veces al pronunciarse no discriminan los contextos fácticos, por ejemplo respecto de una medida cautelar. Así, efectúan interpretaciones en exceso formales de las normas y no atienden a las consideraciones específicas relacionadas con la real afectación del bien jurídico protegido.

Sin embargo, el mensaje de la Corte Suprema es claro: se debe atender a esta circunstancia para no cometer errores en la aplicación del derecho, que trae aparejada la afectación de derechos fundamentales como la autodeterminación y la libertad ambulatoria.

Por último, no se puede soslayar la actual discusión en el Congreso de los proyectos de ley sobre auto cultivo, uno proveniente del Poder Ejecutivo y otro de la Cámara de Diputados. En este contexto, cuando la Defensoría ha sido invitada a la Comisión de Salud de la Cámara ha planteado que los fallos de la Corte Suprema deben ser insumos fundamentales a la hora de ajustar la legislación a los tiempos actuales.

El legislador debería tener presente que el auto cultivo no puede ser sancionado si es para un consumo personal y próximo en el tiempo, ya sea en su modalidad recreacional, espiritual o medicinal o que la política criminal debería solo sustentarse en afectaciones a bienes jurídicos, porque de lo contrario el sistema penal tenderá a castigar opciones de vida, signo de autoritarismo y normativismo irracional. 



⁵ Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 11°.

⁶ Sentencia dictada en los autos Rol N° 4949-2015, considerando 7°. Ver también las sentencias Rol N° 15.920-2015 y Rol N° 14.863-2016.



ENTREVISTAS VIDEO GRABADAS: CONSIDERACIONES PARA UNA POLÍTICA PÚBLICA EXITOSA

▶ Aunque el proyecto de ley que busca regular las entrevistas video grabadas a niños, niñas y adolescentes en causas por delito sexual no es parte de la llamada ‘agenda corta’, la actual discusión parlamentaria de la iniciativa hace oportuna la publicación de este artículo, que pone énfasis en criterios relevantes para asegurar su éxito futuro.

▶ Por Patricia Condemarín B.,
psicóloga y perita forense.



Como es sabido, la tramitación del proyecto de ley que regula las entrevistas video grabadas a niños, niñas adolescentes y otras medidas de resguardo en causas seguidas por delito sexual se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y, al parecer, todo indica que hay prisa para que vea pronto la luz.

Esta premura debe considerar la profundidad con que deben ser tratados aspectos críticos del proyecto de ley, para evitar que durante su aplicación se caiga en la cuenta de que no se consideraron elementos que podrían ser claves al momento de la evaluación o de hacer el seguimiento de una política pública de tal envergadura y expectativa social.

Respecto de este proyecto y específicamente de las indicaciones realizadas por el Ejecutivo el 26 de julio de 2016, existen distintas posiciones en varias aristas, tales como el momento de la declaración del niño, niña o adolescente; la figura y participación del entrevistador; el momento o fase de la investigación penal y judicial, el uso de la video grabación de la entrevista investigativa, el momento y rol de la defensa durante las entrevistas realizadas, la eliminación de la declaración de los niños y niñas durante la audiencia de juicio oral, los límites y fines de las pericias, etcétera.

No obstante estas divergencias, es destacable en las diferentes posturas el interés conjunto por amortiguar los efectos adversos que el paso por el sistema judicial puede acarrear en el desarrollo psicológico y salud mental de niños, niñas y adolescentes (en adelante N.N.A.).

LOS CASOS NO SON IGUALES

Un asunto crítico, que atraviesa algunas aristas discutidas, es la creencia que subyace al suponer que las denuncias por delito sexual o los casos seguidos por delito sexual son idénticos entre sí y, en ese caso, corresponden a una realidad homogénea y regular. Subyace esa idea en las referencias que se hacen en torno al entrevistador, la persona del entrevistado, la entrevista y su dinámica, la conservación de la misma a través de la video grabación y el uso y sentido de la misma durante el proceso investigativo y judicial.

El denominado entrevistador se instala como la primera figura con la que toma contacto el N.N.A. en la fase investigativa y desformalizada de la causa. En ese sentido, pasa a configurar

“Es destacable en las diferentes posturas el interés conjunto por amortiguar los efectos adversos que el paso por el sistema judicial puede acarrear en el desarrollo psicológico y salud mental de niños, niñas y adolescentes”.

una figura esencial, que requiere contar con formación especializada, que impacte positivamente en un abordaje que permita controlar en gran medida su propia perspectiva.

Ello, porque este tipo de procedimientos bajo ciertas circunstancias puede incidir en los dichos y/o recuerdos de los evaluados, a partir de la evidencia de que los prejuicios personales del entrevistador pueden afectar poderosamente al proceso de evaluación, especialmente en niños y niñas (Ceci, Hembroke, 1995).

Conocer que se ha realizado una denuncia de abuso sexual constituye un punto de entrada y se requiere considerar un conjunto de otros datos referidos para identificar y clarificar el problema (naturaleza y origen de la denuncia, personas implicadas en ésta, características personales, contexto y circunstancias en que se origina la denuncia, presencia o ausencia de relato espontáneo de parte del niño, etcétera (Ney, 1995, Berlinger y Goodman, 2006).

De acuerdo con el estudio bibliográfico realizado, el investigador de abuso sexual -en especial en casos de abuso sexual infantil- juega un rol crítico en el proceso de evaluación que lleva adelante, los juicios clínicos y toma de decisiones durante el proceso y las conclusiones de éste. Considerando los argumentos extraídos desde la literatura psicológica, la figura del entrevistador en ambas fases (investigativa y judicial) resulta clave para el proceso judicial y, por tanto, no son indiferentes sus conocimientos, capacidades, habilidades y la neutralidad con la que enfrente la tarea.

Si bien en el proyecto de ley y en las indicaciones que se han elaborado se diferencian los niños de los adolescentes, esto no resulta suficiente, ya que se requiere precisar todavía más la niñez o la adolescencia y, en ese sentido, un entrevi-

tado que curse aquellas etapas no constituye una realidad homogénea o ideal. No es lo mismo un niño o niña en edad preescolar que otro que se empina por sobre los 10 años.

Es por ello que la investigación psicológica ha producido formatos diferenciados, que se ajustan a distintas etapas evolutivas. En la literatura psicológica actualizada se señala que existen acuerdos respecto de la necesidad de establecer consideraciones evolutivas al momento de entrevistar a un niño o niña para la toma de una declaración en una causa seguida por delito sexual. Ellos no son una entidad única, ya que a lo largo de la infancia y hasta incluso el inicio de la adultez ocurren numerosos cambios a nivel cognitivo y surgen o emergen nuevas habilidades.

Por lo tanto, en vez de aproximarnos a ellos como si la niñez o la adolescencia constituyesen una entidad única y homogénea, más bien debemos considerarlos como un conjunto de individuos que atraviesan distintas fases del desarrollo y que, por tanto, poseen distintas capacidades.

Cada fase del desarrollo está vinculada con logros neurológicos que tienen lugar en distintos grados, resultando en patrones individuales y dinámicos en el uso del lenguaje. La comprensión de estas consideraciones debiera ser contextualizada en el proceso de entrevistas (protocolos diferenciados) con niños, niñas y adolescentes, las que debieran tratar de balancear las necesidades de justicia y, al mismo tiempo, respetar los mejores intereses para ellos (Oxburgh, et.al, 2016).

Por lo anterior es que resulta necesario siempre considerar que el entrevistado constituye un caso concreto y particular, modulado tanto por factores personales como por otros sociales y culturales y, en ese sentido, es necesario ponderar tanto la calidad de técnicas y procedimientos que faciliten la obtención de información con la mínima interferencia posible, como también el control y cautela de la figura del entrevistador, debido al rol que le corresponde respecto de la calidad del producto que se logra en el procedimiento investigativo.

JUICIO ORAL

Por otra parte, es necesario considerar otro punto crítico del proyecto de ley, relacionado con que los niños y niñas no declaren como norma durante la audiencia de juicio oral y que los adolescentes puedan participar voluntariamente en ella,

“Un asunto crítico, que atraviesa algunas aristas discutidas, es la creencia que subyace al suponer que las denuncias por delito sexual o los casos seguidos por delito sexual son idénticos entre sí y, en ese caso, corresponden a una realidad homogénea y regular”.

con el fin de amortiguar los efectos nocivos que les podría acarrear esa instancia.

Sobre este punto es importante contextualizar, en el caso de los delitos sexuales, con cuánta frecuencia ocurre esta instancia. Para ello ocuparemos resultados extraídos desde una base de datos de un estudio de la Defensoría Penal Pública¹. Las causas terminadas en el período en estudio con una sentencia de juicio oral -condenatoria o absolutoria- son en promedio el 17,7 por ciento de las causas terminadas, con márgenes diferenciados a través de los años. Si bien esta cifra es más alta al compararla con otros tipos de delito, de todos modos permite afirmar que esta instancia presenta una baja frecuencia respecto de otras salidas judiciales.

De estos datos es posible desprender, a la luz de los resultados de los juicios desde una perspectiva histórica², que el escenario de juicio oral no se genera por el interés de una misma parte en todos los litigios. Muy por el contrario, ocurrirían por variadas razones, que se esgrimen tanto desde la parte acusatoria como por la defensa y, en ese sentido, por su carácter diverso, el juicio oral constituye una instancia de gran riqueza para ser estudiada.

Es por ello que no es posible leer los datos obtenidos respecto de los resultados de los juicios orales a nivel nacional como si los casos litigados correspondieran a una misma realidad que se reproduce sin fin, sino que más bien los resultados de los juicios orales dan cuenta de la dinámica ocurrida en el caso particular y su contexto.

¹ “Rol y funciones de los peritajes psicológicos en materia de delitos sexuales en el contexto de la nueva justicia penal chilena, desde una perspectiva empírica (2006-2015) Emergencia de nuevos escenarios”.

² Ídem.



“Si bien en el proyecto de ley y en las indicaciones que se han elaborado se diferencian los niños de los adolescentes, esto no resulta suficiente, ya que se requiere precisar todavía más la niñez o la adolescencia y, en ese sentido, un entrevistado que curse aquellas etapas no constituye una realidad homogénea o ideal. No es lo mismo un niño o niña en edad preescolar que otro que se empina por sobre los 10 años”.

Por tanto, cada juicio de una causa penal seguida por delito sexual y su resultado final depende de factores diversos. En términos generales es posible afirmar, de acuerdo con los hallazgos de investigaciones consultadas, que el formato de la declaración de la víctima procesal influye directamente en la percepción de credibilidad de las víctimas -en especial menores-, como asimismo en la simpatía hacia éstas y en la confianza en la culpabilidad del acusado (Goodman et al. 2006).

Esos mismos investigadores afirman que las víctimas son percibidas como menos proclives a elaborar falsos testimonios si es que declaran en vivo. Por tanto, el formato utilizado para la declaración incide en la toma de decisión judicial (Bradley et al., 2012).

Con la declaración directa aumentaría la probabilidad de condena. En cambio, con la declaración anticipada aumentaría la probabilidad de absolución. Lo anterior es posible de comprender por la presencia de variables no jurídicas o más bien psicológicas, que afectan la valoración de credibilidad del testimonio de parte de los jueces.

Distintos estudios revisados consideran que en el testimonio en vivo es más fácil apreciar la veracidad de las declaraciones, a partir de un comportamiento más inseguro, nervioso, lloroso, desconfiado y poco fluido. En los formatos grabados éste tipo de comportamiento disminuye y con ello la empatía y el aumento de la distancia y cambio de perspectiva de parte de los jueces, donde otros elementos aumentan su relevancia.

El registro audiovisual anticipado o las entrevistas por video conferencia, más que las entrevistas por circuito cerrado,

afectarían negativamente la credibilidad de las declaraciones de testigos y víctimas de parte de los administradores de justicia (McAuliff, B. & BullKovera, M., 2012).

Esto es tan así, que en Canadá -cuyo sistema judicial modificó sus leyes para garantizar la declaración de víctimas en diferentes formatos y de acuerdo con su elección-, recientemente si bien se amplió a las víctimas procesales para todos los delitos -no sólo en delitos sexuales-, quien toma hoy la decisión sobre el formato es un juez de garantía, al considerar en función de la mejor justicia.

EXPERIENCIA INTERNACIONAL

De acuerdo con el trabajo empírico, estas variables influyen no sólo sobre casos de niños o niñas, sino que también en causas donde la posible víctima es adulta, reforzando con ello la importancia que tiene para los jueces el establecer contacto y/o interacción directa con la posible víctima y, en definitiva, la importancia que posee el formato de la declaración para valorar su credibilidad.

Lo que está ocurriendo hoy en Chile, en términos de la preocupación colectiva por elaborar una legislación que mitigue los efectos nocivos del sistema sobre las personas -en especial las víctimas menores de edad de un litigio seguido por abuso sexual- no es algo inédito, sino que más bien reproduce en gran parte la ruta conocida por otros países desde hace décadas.

En ese sentido, elaborar una legislación de esta naturaleza no está desvinculado de la defensa de los derechos de los N.N.A. y de la puesta en práctica de políticas públicas al respecto a nivel internacional. Por ello, es de interés considerar la experiencia habida y los hallazgos científicos de investigaciones realizadas desde la psicología, con el fin de considerarlos en nuestra próxima legislación, en pos de una política pública exitosa y eficiente.

El lugar que ocupamos como país en estos asuntos nos permite una ubicación privilegiada, en el sentido de que es posible considerar el impacto social e institucional de otras legislaciones y poder establecer en la próxima ley modificaciones necesarias, que impidan atravesar por el mismo mapa, que nos lleve tiempo después a plantear similares modificaciones, al considerar los conflictos y problemas que esos países han tenido durante la aplicación de una ley que regule las entrevistas y otras medidas de resguardo y han considerado como norma la prueba anticipada. 



Las historias de redención que hay detrás de la 'primera orquesta penitenciaria' de Chile

MÚSICA PARA LA LIBERACIÓN

► Tras varios meses de sensibilización, preparación y estudio, 24 internos del Complejo Penitenciario de Rancagua empiezan a dar forma a esta novedosa iniciativa de reinserción, que los tiene a todos compartiendo el mismo módulo y ensayando notas en sus propias celdas. Al menos aquí, el gris del encierro empieza a cambiar con los colores de la música.

Por Andrea Contreras M.,
periodista Defensoría Regional de O'Higgins

Colores más, colores menos, todas las cárceles son grises. En todas se respira la oscuridad del encierro, el peso de los barrotes. Sin embargo, caminar hoy por los pasillos del Complejo Penitenciario de Rancagua es distinto, porque por entre medio de las rejas se cuelan coloridas e incipientes notas que arrancan de violas, violines, celos y contrabajos, mientras se forja allí la primera orquesta penitenciaria del país.

Rescatando la experiencia del sistema venezolano desarrollado por la Fundación Musical Simón Bolívar hace más de 10 años y apostando por mejorar la calidad de vida de los internos y su posibilidad de reinserción, la Defensoría Penal Pública de O'Higgins recurrió a la Fundación de Orquestas Juveniles e Infantiles de Chile (FOJI) y al Gobierno Regional para financiar este proyecto piloto que según sus resultados, puede ser replicado en otros centros de cumplimiento penitenciario del país.

Lejos de buscar intérpretes eximios, según sus impulsores este proyecto tiene como finalidad que la música y la propia conformación de la orquesta sean un medio a través del cual los internos logren adquirir una serie de habilidades y hábi-

tos, que se transformen en herramientas para aumentar su confianza, disciplina, autoestima y su mirada desde un mundo que les fue negado.

La apuesta es que este proceso esté lleno de aprendizajes, que les permitan vencer el ocio y la ansiedad propia del encierro en una actividad que, evidentemente, les ayudará a su reinserción social.

SENSIBILIDAD Y SELECCIÓN

Con la ayuda de la Corporación Cultural Nuevo Mundo y en particular de su director, el maestro en guitarra clásica Marcelo Vidal, el proceso de sensibilización musical y selección de participantes se inició en agosto de este año, con una reunión a la que fueron convocados todos los internos que tuvieran entre 18 y 35 años y cuya condena permitiera su participación en el proyecto por al menos seis meses. A nadie se le exigió conocimientos musicales o saber interpretar algún instrumento.

El primer grupo sumó a 127 participantes que, junto con enterarse de los detalles de la iniciativa, recibieron del director cubano Eduardo Díaz una charla-taller sobre qué es la música



y cómo se conforma una orquesta, para terminar la jornada escuchando alguna piezas de música barroca interpretadas por el maestro Vidal.

De ahí en adelante y por espacio de un mes, los reclusos fueron visitados por distintos músicos y artistas, quienes compartieron con ellos sus temas, les enseñaron a manipular sus instrumentos y conversaron sobre sus historias. Arpas, violines, violas, acordeones, contrabajos, guitarras y hasta un coro de cámara de 30 cantantes participaron de este proceso, del que resultó un grupo de 57 internos que siguieron interesados en participar, aunque los instrumentos entregados por FOJI eran 24 y las vacantes para la orquesta, 28.

A través de un proceso de entrevistas personales y pruebas de instrumentos se llegó finalmente al grupo definitivo, que actualmente recibe cuatro horas semanales de clases personalizadas de violín, viola, violoncello o contrabajo, además de teoría y lenguaje musical, las que están a cargo de un equipo de profesionales de la empresa concesionaria SIGES y de profesores que ya han participado en orquestas y que poseen estudios superiores en sus respectivas especialidades.

Gracias a Gendarmería, además, todos los integrantes de esta particular orquesta comparten hoy un mismo módulo, lo que ha permitido que el grupo se cohesione, se cuide, se motive y crezca no sólo en lo musical, sino también desde su forma de vida y convivencia al interior de la cárcel.

A partir de esa misma unión también se motivan unos a otros para obtener el permiso que les permite llevar su instrumento a la celda y permanecer con él de lunes a viernes, situación que depende de la evaluación que hace el equipo de monitores respecto del compromiso y los avances mostrados por el alumno.

Hoy en día estos nóveles concertistas son capaces de leer partituras simples e interpretar sus primeras melodías a propósito de este trabajo personal y grupal que recién comienza y que -sin duda- será un tremendo ejemplo de superación a través de una instancia que los dignifica y sutilmente les entrega herramientas para ser mejores personas y estar más preparados para recobrar su libertad. En el Complejo Penitenciario de Rancagua, los colores de la música le ganan hoy al gris del encierro. 

LAS FRASES DE LOS INTERNOS DE LA ORQUESTA

Neftalí Castro
(violín):

“Cuando mi mamá me pasó el instrumento en la ceremonia, llorando me dijo que estaba orgullosa de mi, que al fin estaba cambiando”.



Jesús Muñoz
(violoncello):
“Deja que emerjan las notas libres como siempre han sido... como siempre serán... como yo quisiera estar”.



“Este proyecto tiene como finalidad que la música y la propia conformación de la orquesta sean un medio a través del cual los internos logren adquirir una serie de habilidades y hábitos, que se transformen en herramientas para aumentar su confianza, disciplina, autoestima y su mirada desde un mundo que les fue negado”.

Roberto Riveros
(violín):

“Yo aquí no estoy preso. Tomo mi violín y salgo del encierro”.



Brian Jara
(contrabajo):
“El acorde de una melodía genera una composición de sentimientos y en el carácter de una persona libera sentimientos ocultos”.



Manuel Fica

(violoncello):

“Siempre he soñado con la música, soy un amante del saxo y el violoncello. Quién iba a decir que aquí se me daría la oportunidad. No pienso defraudar a los que me apoyan, la música es parte de mi vida”.



Anónimo:

“Dejé el cuchillo por un arco de violín”.



Anónimo:

“Agradecer la confianza. Quién iba a decir que acá tendríamos esta posibilidad”.

Rodolfo Cárdenas

(contrabajo):

“Si yo cambio una nota, la melodía se transforma... Si cambio mi actitud, todo se transforma a mi alrededor”.



Hugo Rivera

(a mi violín):

“Cuando te escuché por primera vez, sabía que me hablabas a mi... Tus sonidos acariciaron mi alma y tus notas se posaron en mi corazón”.



“Arpas, violines, violas, acordeones, contrabajos, guitarras y hasta un coro de cámara de 30 cantantes participaron de este proceso, del que resultó un grupo de 57 internos que siguieron interesados en participar, aunque los instrumentos entregados por FOJI eran 24 y las vacantes para la orquesta, 28”.



ALGUNOS COMENTARIOS RELATIVOS A LA APLICACIÓN DE LA LEY Nº 20.931¹

► Por **Rodrigo Cerda San Martín**,
Ministro Corte de Apelaciones de Concepción.

¹ Rodrigo Cerda San Martín es ministro Corte de Apelaciones de Concepción y profesor de derecho procesal penal en la Universidad de Concepción y en la Universidad Católica de la Santísima Concepción.



► Bajo el sello de Editorial Librotecnia, el ministro Rodrigo Cerda San Martín, de la Corte de Apelaciones de Concepción, presentó recientemente su ensayo jurídico “Segunda ley de agenda corta antidelincuencia N° 20.931. Comentarios desde la práctica jurisdiccional”. En el siguiente artículo, preparado especialmente por él para “Revista 93”, el magistrado resume los principales elementos de su visión crítica de esta ley.

Hemos sido invitados a participar con un artículo para la “Revista 93” de la Defensoría Penal Pública, aprovechando la reciente publicación de un libro sobre la Ley N° 20.931. He aceptado con gusto, agradecido por la consideración y lo interesante de la temática propuesta.

El proyecto que dio origen a la ley que nos ocupa fue presentado al Congreso el 23 de enero de 2015, en un momento en que ya se había dejado de lado otro proyecto previo, conocido como “Reforma de la reforma”, bajo un diagnóstico especializado que afirmaba que la eficacia real y práctica del sistema de persecución penal pasaba más por capacitaciones de los miembros de las instituciones relevantes y por necesarias coordinaciones entre éstas que por defectos del diseño legal

Con absoluta abstracción de ese debate se introdujo un nuevo proyecto, bajo el nombre de ley que “*facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora persecución penal en dichos delitos*”, que después de un rápido proceso legislativo se plasmó en la actual Ley N° 20.931 (D.O. de 5 de julio de 2016).

El texto legal promulgado excede notablemente el contenido inicial del proyecto, incorporándose numerosas indicaciones

en la Cámara de Diputados y en el Senado que, en definitiva, dieron luz a una ley miscelánea que modifica múltiples cuerpos normativos.

COMENTARIOS AL MENSAJE

Los fundamentos expresados en el mensaje se relacionan, una vez más, con el aumento de la actividad criminal y la sensación de inseguridad ciudadana, lo que justificaría el combate de los delitos que el Ejecutivo considera de mayor “connotación social” y que afectan más directamente a nuestra población, esto es los ilícitos contra la propiedad por apropiación, especialmente si se cometen por delincuentes reincidentes.

Tales motivaciones tienen una notable similitud con las ideas expresadas en el Mensaje del anterior proyecto de ley de agenda corta (Ley N° 20.253, del 14 de marzo de 2008).

Pensamos que se contiene allí una definición político criminal de corte preventivo general intimidatoria, que pretende aumentar el rigor penal y procesal penal en la persecución de esos delitos contra la propiedad, privilegiando las penas privativas de libertad y su cumplimiento efectivo, especialmente tratándose de reincidentes. Además, se ha

pretendido acallar el clamor popular por una justicia criminal más eficiente y responder a los requerimientos de la policía, de mayores facultades para la persecución penal, sin un debate técnico riguroso.

No nos parece adecuado imponer una dinámica donde la ley se adecúe a los estándares policiales y del Ministerio Público, pues lo correcto parece ser, por el contrario, que las policías y los fiscales adecúen sus actuaciones a los textos legales.

Además, se mantiene la tendencia poco sistemática de regulaciones penales y procesales penales sobre la base de listados de delitos, generando un casuismo agotador para los operadores jurídicos.

En el ámbito de la determinación concreta de la pena, se contempla una disminución de las facultades judiciales para modificar los marcos penales fijados legalmente, particularizando esa pena abstracta a las circunstancias del caso sometido a juzgamiento. Ello demuestra desconfianza hacia el uso que los jueces penales han hecho de sus facultades legales, tanto en la labor de adjudicación como de tutela de derechos.

A lo anterior se une la percepción de que el problema de la eficiencia en la persecución penal se encuentra vinculado al ejercicio de los derechos por el imputado y al control que los órganos jurisdiccionales hacen de la legitimidad de las actuaciones investigativas. En reacción se amplían las facultades policiales autónomas y se aumenta el control sobre las decisiones de los jueces de garantía, con nuevas hipótesis de resoluciones apelables, con un agraviado específico, esto es, el ente persecutor estatal. A continuación analizaremos algunos de esos cambios legales.

MODIFICACIONES PENALES SUSTANTIVAS

a) Artículo 449:

En la regla primera se altera el régimen general de determinación de penas en aquella parte regulada por los artículos 65 a 68 bis del Código Penal¹, implementando un mecanismo de mayor especificación legal, en procura de más certeza en la fijación de la pena concreta. Ahora las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes no tendrán incidencia

¹ En adelante CP.

para modificar el marco legal de pena, sino únicamente para determinar la pena concreta dentro de ese marco abstracto, utilizando los mismos parámetros contenidos en el artículo 69 del CP.

Con esta modificación se busca que los jueces no se aparten del marco legal de penas, hacia arriba o hacia abajo, sujetándose a un régimen especial y estricto de determinación de las mismas, lo que ha generado una desproporción respecto de las penas en concreto que reciben, por ejemplo, los delitos de hurto versus delitos como la estafa y la malversación de caudales públicos. Además, la generación de estos regímenes específicos múltiples de determinación atenta contra el ideal de un sistema de penas coherente y proporcionado a la afectación de los bienes jurídicos.

Creemos que tal enmienda, en su aplicación práctica, no debiera alterar la aplicación de las rebajas de pena que contempla la ley por etapas imperfectas de desarrollo del delito (tentativa y frustración) o por grados de participación diversos a la autoría (cómplices y encubridores), toda vez que los artículos 50 a 61 no han sido tocados, sin perjuicio de tener en cuenta lo señalado en el artículo 450, para los ilícitos allí indicados, los que se castigan como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. Otro tanto puede decirse de las modificatorias de efectos privilegiados, por ejemplo aquellas contenidas en los artículos 73, 103 y 456, todos del CP.

De otro lado, estimamos que la modificación contenida en el numeral primero del artículo 449 es aplicable únicamente al sistema penal de adultos, pues en el sistema especializado para adolescentes se mantiene la vigencia de los artículos 20, 21, 22, 23 y 24 de la Ley N° 20.084, que contiene un mecanismo de determinación de penas propio, remitiéndose en la primera fase de individualización a los factores generales de determinación de pena.

La regla segunda limita aún más las facultades de determinación de pena del tribunal, pues en caso de reincidencia debe excluirse el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado, o sea se hace más intenso el efecto de la agravante genérica aludida, pues ya no puede ser compensada con otras atenuantes para los fines expresados, generando siempre una exasperación punitiva.

Tratándose del delito de receptación, se presenta un problema adicional, pues habrá que dilucidar si debemos aplicar la

“No nos parece adecuado imponer una dinámica donde la ley se adecúe a los estándares policiales y del Ministerio Público, pues lo correcto parece ser, por el contrario, que las policías y los fiscales adecúen sus actuaciones a los textos legales”.



Foto: gentileza Poder Judicial.

regla segunda del nuevo artículo 449, entendiendo derogada la norma del inciso cuarto del artículo 456 bis A, pues se trata de una norma anterior que regulaba el mismo tema, esto es los efectos agravatorios de la reincidencia en el delito de receptación, quedando vigente sólo para los efectos de la reiteración o concurso material; o en el caso de estimar vigente el último precepto mencionado, preferirlo por especialidad.

b) Artículo 449 bis:

Originalmente se contemplaba un aumento de pena en el delito de receptación, si éste era cometido por una agrupación u organización, lo que debía calificarse en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Con posterioridad se promovió su aplicación a todos los delitos contra la propiedad abordados en el proyecto.

Para su operatividad se sugirió que la agrupación o reunión de delincuentes no requerirá configurar el tipo de la asociación ilícita. Además, se señaló la conveniencia de derogar el número 3° del artículo 456 bis, que agrava por esa misma causa la responsabilidad de los partícipes del robo y hurto².

Consideramos que para la configuración de la nueva agravante es necesario: a) Que el imputado sea parte de una agrupación u organización de dos o más personas; b) Que esa agrupación u organización tenga como finalidad cometer los delitos de robo con violencia o intimidación, piratería, robo por sorpresa, robos con fuerza, hurtos, abigeato y receptación, y c) Que no se configure el tipo penal de asociación ilícita (artículos 292 y siguientes del CP).

² Tal eliminación ha generado un efecto no previsto, cual es la revisión de condenas firmes, a la luz de lo preceptuado en el artículo 18 del CP.

En consecuencia, no basta con la mera pluralidad de agentes concertados para la comisión del hecho, rebasando la mera coautoría criminal.

MODIFICACIONES PROCESALES PENALES

a) Artículo 83 del Código Procesal Penal³:

Se amplió el concepto de sitio del suceso y las medidas de resguardo del mismo, debiendo los funcionarios policiales preservar “todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración”.

En la misma facultad se agregó que el personal policial deberá realizar siempre diligencias en ese sentido cuando reciban denuncias directas del público. En tales casos debe dar cuenta al fiscal inmediatamente después de efectuarlas. Sin embargo, ello sólo tendrá lugar respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de instrucciones generales, donde podrá limitarse la facultad cuando se tratare de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo.

La idea expresada en la discusión legislativa es que personal no experto ingrese al sitio del suceso y recoja evidencias en casos diferentes de los actualmente consignados (localidades apartadas, que no cuenten con policía experta), limitados a delitos y circunstancias que establezca el Fiscal Nacional mediante instructivos generales (delitos de baja complejidad). Se desea que la policía actúe de ese modo cada vez que se encuentren señales o evidencias de la comisión del delito, no sólo cuando hay flagrancia y detenido, con la sola obligación de dar cuenta al Ministerio Público.

³ En adelante CPP.

Asimismo, amplía las facultades de la policía para empadronar y consignar declaraciones de testigos, destacando la obligación de comunicar o remitir a la brevedad la información obtenida al Ministerio Público, de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional. Todo ello, para hacer más eficiente la persecución penal, actuando siempre dentro del diseño legal y los instructivos del órgano estatal a cargo de la persecución penal. Con ello se busca, igualmente, recopilar información valiosa, evitando la burocratización innecesaria en las pesquisas.

b) Artículo 85 del CPP:

El primer cambio relevante dice relación con la cantidad de información necesaria para activar la facultad policial. Antes se exigía la existencia de “indicios” que permitieran fundar la sospecha de que la persona controlada hubiera cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiera a cometerlo; de que pudiere administrar informaciones útiles para la indagación de esos ilícitos; en el caso de personas que se encapuchen o embocen. Ahora sólo se exige la existencia de “algún indicio” que permita fundar tal sospecha, agregándose, asimismo, la existencia de “algún antecedente” que permita a la policía inferir que el controlado tiene orden de detención pendiente.

Más allá de lo difícil que es imaginar qué “antecedentes” pudiera manejar un policía para inferir que la persona a controlar tiene una orden de detención pendiente (por ejemplo: portar una fotografía del imputado respectivo, como señaló la ex ministra de Justicia), en los términos advertidos por la Corte Suprema al informar el proyecto, se trata de una clara ampliación del ámbito de actuación autónoma de la policía, en orden a controlar la identidad de las personas. Sin embargo, aun cuando se bajó el estándar de información requerido para levantar la sospecha, siempre será exigible la existencia de información objetiva y verificable desde la cual inferir alguna de las situaciones que activan la facultad.

Estimamos que este cambio no alterará, de un modo radical, la jurisprudencia que venían sentando al afecto nuestros tribunales penales, incluyendo la Corte Suprema, en tanto vienen exigiendo una justificación seria del ejercicio de la facultad policial en comento, basada en criterios objetivos y relativamente sólidos⁴.

⁴ A modo de ejemplo podemos citar los fallos dictados en las causas roles N° 2.346-2013; 1946-2015; 14.275-2016; 18.323-2016; 28.380-2016; 30.718-2016; 40.572-2016 y 45.022.

“Se busca que los jueces no se aparten del marco legal de penas, hacia arriba o hacia abajo, sujetándose a un régimen especial y estricto de determinación de las mismas, lo que ha generado una desproporción respecto de las penas en concreto que reciben, por ejemplo, los delitos de hurto versus delitos como la estafa y la malversación de caudales públicos”.

Resulta necesario referirse, asimismo, a la facultad otorgada a las policías por el artículo 12 de la Ley N° 20.931, que contiene una nueva modalidad de control de identidad “preventivo”, en cumplimiento de sus funciones de resguardo del orden y seguridad pública.

Esta facultad autónoma no requiere de supuestos de hecho que la activen y opera discrecionalmente, pero sólo puede realizarse en lugares públicos y en lugares privados, de acceso público; no puede afectar a personas menores de 18 años; no puede durar más de una hora (originalmente se proponían cuatro horas) y no autoriza al registro de vestimentas, equipaje y vehículos. Sólo si la persona controlada registra orden de detención pendiente puede ser detenida en ese acto.

Esta prerrogativa se cruza con el control de identidad del artículo 85 del CPP, siendo muy difícil identificar ex post cuándo se usó una u otra, teniendo distintos aspectos que fiscalizar por los jueces penales.

c) Artículo 127 del CPP:

Para facilitar la persecución penal, se ampliaron las hipótesis que ameritaban la detención judicial imputativa, por estimarse que constituyen elementos indicativos de una comparecencia que puede verse demorada o dificultada.

Entonces, ante la solicitud del fiscal, el juez de garantía debe verificar si existe información seria y objetiva respecto de la comisión por éste de un hecho que reviste los caracteres de delito y, además, en lo que se vincula con la modificación en análisis, concluir que por las circunstancias del caso la comparecencia del imputado a la presencia judicial pudiere verse frustrada.



Foto: gentileza Poder Judicial.

Pues bien, el legislador ha agregado como elemento indicativo y orientador en dicho sentido el hecho de atribuirse al imputado un delito con pena abstracta de crimen. Asimismo, si se trata de ilícitos con pena de crimen o simple delito, puede considerarse como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía reconociendo participación en ellos.

De otro lado, se agrega una nueva hipótesis de resolución judicial apelable. Esto es, aquella que deniega la solicitud de detención planteada por el Ministerio Público. Esta apelación se regirá por las reglas generales. Vale decir, podrá interponerse por escrito dentro del plazo de cinco días, debiendo contener fundamentos y peticiones concretas. Ello, incluso en la hipótesis de solicitud de detención planteada por el fiscal telefónicamente, toda vez que para alterar la forma general de interposición se habría necesitado norma expresa, como ocurre con el inciso segundo del artículo 149 del CPP.

d) Artículo 129 del CPP:

En el contexto de la detención en flagrancia se agregó la facultad de registro de las vestimentas, equipaje o vehículo del detenido. Además, se añade una obligación para el tribunal, en caso de quebrantamiento de condena, de despachar la respectiva orden de detención tan pronto tenga conocimiento del hecho.

En caso de persecución de un delincuente flagrante e ingreso a un lugar cerrado para su detención, se faculta a la policía para registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al delito perseguido, dando aviso de inmediato al fiscal. En este último caso, se agrega que esta facultad autónoma es

sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215. Sin embargo, con la redacción actual de dicho precepto, que ya no exige la autorización judicial, la remisión no resulta comprensible.

e) Artículo 132 del CPP:

Si bien se mantiene la decisión de liberar al detenido cuando el fiscal o abogado asistente no concurran a la audiencia judicial de control de detención, ello podrá aplazarse si el juez decide facultativamente esperarlos hasta por un lapso de dos horas. Además, se impone al juez la obligación de comunicar dicha ausencia al Fiscal Regional respectivo, para hacer efectivas las responsabilidades administrativas correspondientes.

f) Artículo 149 del CPP:

Se amplió la cantidad de delitos que habilitan, en el inciso segundo, la posibilidad de apelación verbal de parte del persecutor penal agraviado, con efectos suspensivos. Asimismo, se modificó dicho inciso, especificando que debe tratarse de un imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare ya en prisión preventiva, respecto de quien se niegue, “sustituya” o revoque la prisión preventiva. Con ello se han eliminado los debates que se plantearon en sede jurisdiccional con el texto legal precedente.

g) Artículo 206 del CPP:

Se amplían las hipótesis bajo las cuales se puede ingresar a un lugar cerrado y registrarlo sin autorización previa, a saber: cuando exista algún indicio de que se están destruyendo objetos o documentos usados en la comisión del delito o que provengan de éste.

h) Artículo 215 del CPP:

Este precepto regula las actuaciones policiales durante la ejecución de una diligencia de entrada y registro en lugares cerrados, la que sólo se podrá llevar a cabo autónomamente por expresa autorización legal (artículos 129 y 206), por autorización del titular del derecho (propietario o encargado del inmueble) o por autorización judicial (artículo 205).

Antes, para incautar tales objetos o documentos relacionados a otro hecho punible se requería autorización judicial previa. Hoy dicha orden ya no es exigida, pudiendo los policías proceder a la incautación con el solo aviso inmediato al fiscal.

Estimamos que en este precepto queda cubierta la situación del ingreso al lugar cerrado con autorización judicial previa, pero no el ingreso policial autónomo, por ejemplo bajo la hipótesis del artículo 206, en cuyo caso creemos que la incautación de esa evidencia, correspondiente a otro ilícito, deber ser levantada e incautada previa autorización judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 217 del CPP.

i) Artículo 226 bis del CPP:

Crea la posibilidad de que el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, emplee técnicas especiales de investigación frente a determinados delitos, cuando ello sea imprescindible para el buen resultado de las pesquisas y existan fundadas sospechas de la participación en una asociación ilícita o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer tales ilícitos.

j) Artículo 247 del CPP:

Se agrega una oportunidad adicional para que el fiscal de la causa se pronuncie acerca del cierre de la investigación o para que presente la acusación escrita, otorgándole el juez un plazo máximo de dos días para ello, dando cuenta de la situación al Fiscal Regional. Transcurrido ese plazo sin que haya existido pronunciamiento respecto del cierre o sin que se haya presentado la acusación, el juez dictará el sobreseimiento definitivo, debiendo además comunicar lo decidido al Fiscal Regional para que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes.

k) Artículo 329 del CPP:

Flexibilizando aún más la aplicación del principio de inmediatez, que exige la presencia personal del testigo o perito en

la audiencia, ahora se puede permitir, excepcionalmente, en caso de fallecimiento o incapacidad sobreviniente de un perito “institucional”, que otro perito de la misma especialidad e institución comparezca y exponga la pericia realizada por el primero.

En cuanto a la tramitación de esta solicitud, el nuevo inciso dice que se debe tramitar conforme a lo dispuesto en el artículo 283, esto es en la audiencia de juicio y con posibilidad de suspender el juicio.

EFFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO**a) En el ámbito penal:**

El tema está regulado por el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución y por el artículo 18 del CP. Tales definiciones normativas consagran los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable y de retroactividad de la ley penal más benigna.

En razón de tales normas, las modificaciones introducidas a diversos textos penales por la Ley N° 20.931 sólo resultan aplicables a partir del 5 de julio de 2016, de modo que los hechos ilícitos ocurridos con anterioridad serán juzgados con las normas previamente vigentes.

La excepción estará constituida por aquellas normas sustantivas que “eximan el hecho de toda pena o le apliquen una menos rigurosa”, en cuyo caso habrá que regular el juzgamiento a ellas y, en el evento de existir sentencia firme, proceder a su modificación en los términos señalados en el citado artículo 18.

“La eliminación de una circunstancia agravante implica necesariamente una manifestación de voluntad de la sociedad, a través de sus legisladores, en el sentido de que esa conducta especialmente desvalorada antes ahora ya no lo es, entonces no es justo mantener una condena que la utilizó al determinar la pena, con efectos decisorios”.



Hasta ahora, la única hipótesis que ha sido llevada a tribunales dice relación con la eliminación de la agravante prevista en el artículo 456 bis N° 3 del CP, esto es ser dos o más los malhechores.

Estimamos que la razón jurídica que subyace detrás de la norma del artículo 18 y, antes que ella, por el precepto constitucional transcrito, se relaciona con la capacidad de adaptación del sistema de justicia criminal, frente a modificaciones de las determinaciones legales de esa índole. En efecto, tales enmiendas suponen importantes cambios valorativos en el ámbito social, por la supresión o atenuación de la amenaza penal, que deben ser tenidos en cuenta al momento de aplicar o revisar una pena.

La eliminación de una circunstancia agravante implica necesariamente una manifestación de voluntad de la sociedad, a través de sus legisladores, en el sentido de que esa conducta especialmente desvalorada antes ahora ya no lo es, entonces no es justo mantener una condena que la utilizó al determinar la pena, con efectos decisivos.

De estimarse improcedente la retroactividad de la ley penal más favorable se estaría castigando al sentenciado sobre la base de una concepción jurídica no profesada ya por el propio legislador. Con el objeto de evitar esta violación de la justicia material, se prevé la obligatoria retroactividad de la ley más benigna. También podríamos fundar esta necesidad de retroactividad en la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido amplio), esto es en la existencia de una adecuada relación entre la gravedad de un delito y la magnitud de la consecuencia jurídico-penal asignada a éste por la ley.

En efecto, no aplicar retroactivamente una ley nueva que reduce la penalidad de un hecho importaría mantener -o imponer- una pena que, siendo idónea para el fin de prevenir delitos, no sería necesaria en aquella medida que excediera de la cuantía aplicable según la nueva ley; si la necesidad de la intervención penal consiste en que ésta no vaya más allá de lo indispensable para alcanzar el fin de prevención de delitos causando el menor daño posible, entonces en el exceso la pena impuesta -o que se pretende imponer- conforme a la ley anterior se mostraría innecesaria. Y, por lo tanto, el mantenimiento -o la imposición- de la misma tampoco sería estrictamente proporcionado, de acuerdo con la nueva valoración

social, según la cual para la gravedad del delito y la nocividad social del hecho basta la cuantía de pena contemplada en la nueva ley.

En el escenario descrito, el debate se reducirá a determinar si se aplica o no el artículo 1° N° 4 de la Ley N° 20.931, que suprimió la circunstancia 3ª del artículo 456 bis del CP, de modo que no hay posibilidad de generar en ello una tercera ley, ya que no se trata de la combinación de dos leyes penales que se suceden en el tiempo, sino de la aplicación retroactiva de una disposición concreta y aislada, dentro de una ley miscelánea, que eliminó una circunstancia agravante de la ley penal, por estimar que tal eliminación resulta más favorable al sentenciado penal.

Tampoco parece procedente estimar que dicha agravante ha sido reemplazada por aquella otra contemplada en el nuevo artículo 449 bis del CP, en primer lugar porque la nueva agravante constituye una norma penal más desfavorable, inaplicable retroactivamente y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos de una y otra son diversos, no hay conexiones lógicas estructurales que permitan asimilarlas.

EN EL ÁMBITO PROCESAL

En términos generales, el artículo 24 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes dispone: “Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

En materia procesal penal, los conflictos relativos a la eficacia de las leyes en el tiempo encuentran regulación específica en el artículo 11 del CPP, que establece: “Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

El principio básico señala que la nueva ley procesal rige de inmediato, con las salvedades ya indicadas. Sin embargo, su aplicación a un caso concreto generará dos problemas interpretativos: primero, definir si realmente es más beneficiosa al imputado y, segundo, desde cuándo el procedimiento ha de entenderse iniciado. 



La nueva Ley N° 20.931 vista por los operadores del sistema penal

'AGENDA CORTA': UNA CONTRADICCIÓN DIARIA ENTRE SEGURIDAD Y LIBERTAD

- ▶ Aunque los operadores del sistema reconocen que es muy pronto para evaluar los efectos de la Ley N° 20.931, todos observan desde sus particulares ópticas los primeros meses de su funcionamiento. La diferencia sigue siendo conceptual, en torno al tipo de sociedad que se quiere construir según si se opta por reforzar la libertad o la seguridad.

▶ Por **Gustavo López V.**,
Periodista Defensoría Regional Metropolitana Sur.



La promulgación de la Ley N° 20.931 –‘agenda corta anti delincuencia’, efectuada el 5 de julio de este año, se logró luego de una debatida tramitación, que incluyó a distintos actores judiciales, policías, centros de estudios, parlamentarios y el Poder Ejecutivo como impulsor de la nueva normativa.

Cada una de las partes trató de influir en la tramitación legislativa de la ley, para que el constructo final permitiera su aplicación y cumpliera los fines por los cuales el proyecto fue enviado al Congreso Nacional. La redacción final indicó que la ley busca facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejorar la persecución penal de dichos delitos.

De paso, modificó también los Códigos Penal, Procesal Penal y de Justicia Militar, además de la Ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas a las privativas o restrictivas de libertad. Son precisamente cada una de estas modificaciones las que, al momento de aplicarse cotidianamente, pueden llevar a policías, fiscales, defensores, jueces y gendarmes, entre otros, a cambios de conducta o a nuevas formas de enfrentar el trabajo diario.

La llamada ‘agenda corta’ tuvo como modificaciones centrales la ampliación de las facultades policiales para actuar de

manera preventiva y sin notificación del Ministerio Público en la persecución de delitos, la posibilidad de allanar domicilios sin autorización previa, junto con una de las medidas más resistidas por la opinión pública: el control de identidad preventivo, que autoriza a carabineros y detectives a retener a cualquier persona que no pueda identificarse por medio de algún documento, o si existen “indicios” de que hubiere cometido algún delito.

MUY PRONTO

En la práctica, para los operadores del sistema de justicia penal que trabajan en el Centro de Justicia de Santiago (CJS) aún es muy pronto para hacer una evaluación de fondo. Para los jueces entrevistados, cuatro meses después de su promulgación no se visualizan aún grandes variaciones en la carga de trabajo.

Según el presidente del comité de jueces del Primer Juzgado de Garantía de Santiago, Fernando Guzmán, “hasta ahora no ha aumentado la carga de trabajo jurisdiccional en las funciones de cautela, adjudicación o ejecución. Por ejemplo, el Ministerio Público aún no apela rechazos de peticiones de detención; no hemos tenido rendiciones de prueba en ausencia del imputado en los juicios orales simplificados; tampoco ha llegado a las audiencias de control la avalancha de detenciones por órdenes judiciales pendientes como lo prometieron las policías, hoy con mayores facultades para fiscalizar sin indicios a los ciudadanos en la vía pública”.

Durante la discusión parlamentaria del proyecto, la labor policial fue uno de los aspectos que estuvo en el ojo del huracán, sobre todo los controles preventivos de detención y las labores propias de la tarea investigativa. Quizás quienes mejor conocen la labor de ambas policías son los fiscales, pues de las pruebas que obtienen los carabineros y los detectives de la PDI depende su capacidad de sostener la investigación de los delitos y, en definitiva, la persecución penal.

Para el Fiscal Regional Metropolitano Sur, Raúl Guzmán, las modificaciones hechas a la ley significaron cambios que redundaron en adecuaciones de las cargas de trabajo en el Ministerio Público.

“La introducción del control preventivo de identidad provocó un aumento importante de llamados a nuestra Central de Atención Telefónica (CAT). Hay que recordar que no sólo se trata de sujetos con órdenes de detención pendiente, sino que

Fernando Guzmán, juez de garantía:

“Hasta ahora no ha aumentado la carga de trabajo jurisdiccional en las funciones de cautela, adjudicación o ejecución. Por ejemplo, el Ministerio Público aún no apela rechazos de peticiones de detención; no hemos tenido rendiciones de prueba en ausencia del imputado en los juicios orales simplificados; tampoco ha llegado a las audiencias de control la avalancha de detenciones por órdenes judiciales pendientes como lo prometieron las policías”.



una parte importante obedece a la configuración de la falta de ocultación de identidad del artículo 496 N° 5 del Código Penal, hipótesis que también habilita a la detención dentro del contexto de un control de identidad preventivo, o alguna otra situación que pudiere dar cuenta de antecedentes de algún delito flagrante”, afirma Guzmán.

CAPACITACIÓN PERMANENTE

A juicio de los entendidos, tras la vigencia de la nueva norma el camino que falta recorrer es el de las capacitaciones permanentes, especialmente para las policías, porque los entrevistados indican que las principales brechas existentes se encuentran en los organismos encargados del orden y la seguridad.

A este respecto, la Fiscalía Nacional -con el apoyo de la PDI, Carabineros y el patrocinio de la Defensoría Regional Metropolitana Sur (DRMS)- realiza desde hace algunos años un curso diplomado dirigido a las policías uniformada y civil, donde se profundizan conceptos de justicia penal y procesal penal para el personal policial que realiza tareas operativa en la calle, quienes son los que realizan los procedimientos que terminan en sede judicial.

Durante una de esas jornadas, la Defensora Regional Metropolitana Sur, Viviana Castel, expuso sobre “La aplicación de la Ley N° 20.931 y el rol policial” desde la óptica de la defensa pública. Las reacciones ante este tipo de actividades son de cautela para quienes asisten, por cuanto saben que algunas de sus actuaciones deben adecuarse al actual escenario, más allá de las nuevas atribuciones entregadas a las policías.

Para la magistrada María Carolina Herrera, del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, las adecuaciones realizadas por la policía no pueden ser cuantificables: “No olvidemos que hay una cifra que no llega a tribunales, aquella que no se judicializa. Entonces existen argumentos para sostener que la policía hace correctamente las cosas, porque se basa en una instrucción general que dictó la Fiscalía Nacional y si las policías no la cumplen, incurrir en falta”.

Este aspecto es refrendado por los fiscales, quienes valoran el otorgamiento de mayores herramientas de investigación, que se han hecho extensivas a otros delitos diversos a los crímenes e incluso en la ampliación del catálogo de delitos en lo que es posible apelar en caso de negativa de prisión preven-

Raúl Guzmán, fiscal metropolitano sur:
 “La introducción del control preventivo de identidad provocó un aumento importante de llamados a nuestra Central de Atención Telefónica (CAT)”.

tiva. También la rebaja de indicios en el control de identidad, entre otros cambios que indican los persecutores.

¿SE LLENARÁN LAS CÁRCELES?

Hasta ahora, la nueva ley no ha provocado un aumento explosivo de las audiencias que se realizan diariamente en los tribunales de garantía del país. Por un asunto de orden, muchos tribunales determinan iniciar las jornadas diarias de controles de detención con aquellas causas que parecen de mayor simpleza jurídica.

Sin existir una estadística compilada aún, la percepción de la magistrada Carolina Herrera es que sí aumentaron las sanciones de prestación de servicios en favor de la comunidad.

“Esto me resulta evidente en los hurtos, porque se acotó la posibilidad de aplicar la reclusión parcial nocturna domiciliaria. Creo que vamos a tener mucha gente presa por hurto: yo no sé qué va a hacer Gendarmería, tal vez habilitar un módulo para estas personas que ya no tendrán más la domiciliaria y todas van a tener que cumplir. Veo que hay un interés por terminar las causas con una condena y ello traerá consigo que vamos a tener gente cumpliendo penas rotativamente”, sostiene.

Para los defensores públicos que asisten diariamente a audiencias de control de detención la situación tampoco ha variada mucho tampoco. Andrés Rojas, defensor local de Lo Prado y dirigente metropolitano de la Asociación de Defensores Penales Públicos (ADEP), el trabajo en audiencia “no se modificó en demasía. Mucho se habló del control preventivo, pero finalmente se terminó regulando algo que sólo se ejercía sin control y sobre lo que sólo existían cifras negras. Las nuevas facultades investigativas aún son poco utilizadas y la regulación propiciará nuestro actuar fiscalizador cuando ello ocurra”, explica.



Coincidente con estas apreciaciones, la jueza presidenta del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, Ana Emilia Ethit, reconoce que la jurisdicción de su tribunal -Las Condes, Vitacura, La Reina y Lo Barnechea- no se caracteriza por un predominio de los delitos que inspiraron la ‘agenda corta’.

Según la magistrada, los cambios que se han hecho más evidentes se observan en los procedimientos simplificados: “Se ha notado que tal vez las pretensiones de la Fiscalía ya no están tan laxas en la solicitud de penas. Ahora están pidiendo penas más altas para terminar una causa, en especial aquellos casos relacionados con los hurtos. Ello puede ser por la determinación de penas establecidas por la nueva legislación”, señala.

Gamal Massú y Ernesto Vásquez, fiscales del Ministerio Público: “Las nuevas audiencias y resoluciones adoptadas por los tribunales de justicia, que por un trabajo de los abogados defensores han permitido revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, modificándolas en muchas oportunidades con un dejo de garantismo excesivo, se apartan del mandato constitucional de los ciudadanos”

EFFECTOS COLATERALES

Según estadísticas internacionales, Chile es uno de los países con mayor número de personas presas por cada 100 mil habitantes entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La lista, que es encabezada por Estados Unidos, sitúa a nuestro país en el segundo lugar, y si bien los números indican que la mayoría de estas personas está cumpliendo una condena y no está privada de libertad de manera preventiva, ello podría cambiar tras la entrada en vigencia de la agenda corta.

Hace pocas semanas y en entrevista con El Mercurio, el Defensor Regional Metropolitano Norte, Carlos Mora, indicó que el impacto de la nueva norma había sido alto, reforzando sus dichos con cifras de alzas de prisiones preventivas entre enero y septiembre de este año, que adjudicaba a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931.

Esa visión es compartida por la magistrada Carolina Herrera, quien pone su mirada sobre las penas que se aplican y que conllevan privación de libertad.

“La experiencia internacional indica que este tipo de medidas represivas llevan en el largo plazo a que exista una desigualdad ante la ley, porque en el fondo vamos a tener un vulnerador de ley penal -delincuente- preso, con tratamiento distinto a otros delitos, como es el caso de aquellos contra las personas o la propiedad. Esto es estigmatizador. Quienes cometen este tipo de delitos son la gente más pobre, con menos educación y son ellos los que van a estar más presos, creando una situación desequilibrada”, advierte.



AGRAVANTE DEROGADA

Otro contrapunto que se produjo durante la tramitación de la ‘agenda corta’ estuvo dado por la derogación de la agravante de ‘pluralidad de malhechores’ del artículo 456 bis N° 3, que ha derivado en rebajas de condenas de personas que habían agravado previamente sus penas con la inclusión de ese artículo. La nueva redacción de la ley dejó fuera esa norma.

Tanto el fiscal Gamal Massú, de la Fiscalía Metropolitana Occidente, como su colega Ernesto Vásquez, de la Fiscalía Centro Norte, la nueva interpretación va en contra del espíritu de la ley.

“Las nuevas audiencias y resoluciones adoptadas por los tribunales de justicia, que por un trabajo de los abogados defensores han permitido revisar sentencias firmes y ejecutoriadas, modificándolas en muchas oportunidades con un dejo de garantismo excesivo, se apartan del mandato constitucional de los ciudadanos (...) con las consecuentes audiencias que los tribunales de juicio oral en lo penal han generado para estas revisiones y la necesidad de destinar fiscales para ellas”, indicaron coincidentemente ambos persecutores penales.

LIBERTAD: LA DISCUSIÓN DE FONDO

Si se sumaran mensualmente las personas que pasan por audiencia de control de detención en la Región Metropolitana, el número se acercaría fácilmente a los 11 mil individuos. A cada uno de ellos se les restringió su libertad ambulatoria por algunas horas o, en el caso de quienes son sometidos a prisión preventiva, por un tiempo que puede ser más largo.

Estadísticas institucionales señalan que un 8 por ciento de las personas que pasan por controles de detención son finalmente privadas de libertad, a lo menos durante una parte o la totalidad del periodo de investigación.

Para la judicatura, su preocupación está centrada en la atractiva y perniciosa oferta que para una persona privada de libertad puede resultar el aceptar la responsabilidad penal en un hecho, para evitar un incierto futuro procesal. Así por lo menos lo ejemplifican los administradores de justicia, para quienes la posibilidad de aceptar una salida intermedia puede resultar muy tentador, cumpliéndose el viejo refrán de tribunales: “Más vale un buen acuerdo que un mal juicio”.

“Siempre he pensado que un abreviado, cuando estamos frente a un preso, es coactivo. Aunque esté escrita en la ley, considero que es una coacción igual. Es difícil mantener la vo-

Carolina Herrera, jueza de garantía:

“Creo que vamos a tener mucha gente presa por hurto: yo no sé qué va a hacer Gendarmería, tal vez habilitar un módulo para estas personas que ya no tendrán más la domiciliaria y todas van a tener que cumplir. Veo que hay un interés por terminar las causas con una condena y ello traerá consigo que vamos a tener gente cumpliendo penas rotativamente”.

luntad estando preso. Personas con irreprochable conducta anterior y que queden en prisión preventiva, van a aceptar el abreviado sí o sí. No dudarán en hacerlo si se les presenta la ocasión de una rebaja y se pueden ir. Para qué arriesgarse en una causa mala y con posibilidad de una condena a pena efectiva”, explica la magistrada Carolina Herrera.

A partir de lo anterior, el temor de algunos operadores de justicia es que la aplicación de la ‘agenda corta’ pueda significar un incremento de los errores judiciales, ante la necesidad de las personas perseguidas penalmente de obtener su libertad o -al menos- terminarlo más rápido posible los procesos en su contra. “Es más grave aún que la sobreutilización de la prisión preventiva, que se utiliza como incentivo de autoincriminación con promesa de libertad inmediata. Es el mecanismo de tortura de nuestros días. De nuevo: en vez de potenciar investigaciones sólidas y sofisticadas, preferimos hacérsela fácil al órgano de persecución penal con el consiguiente peligro de condenas erróneas”, advierte el magistrado Fernando Guzmán.

TIEMPO PARA EVALUAR

Las aprensiones ante los cambios introducidos en la ley y las visiones contrapuestas entre los distintos actores judiciales no resultan un fenómeno ajeno a la ‘agenda corta’. Desde su primera tramitación, la academia pareció no llegar a punto de acuerdo sobre los aspectos que pretendía regular.

Una vez promulgada la Ley N° 20.931, los actores directamente involucrados piden tiempo para evaluar su real influencia, pero sin olvidar sus propias trincheras y los argumentos que los enfrentan diariamente en las salas de audiencia y en los pasillos de tribunales, aunque parte mucho antes, en la calle, donde todos debiéramos ser iguales. 

