

# 93

## AUTONOMÍA



LA REVISTA DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

# EDITORIAL

Una Defensoría autónoma, que pueda actuar en todos los ámbitos con independencia técnica y política, es una aspiración y una necesidad que acompaña a nuestra institución desde sus orígenes.

El hecho de que hasta ahora haya sido posible la instalación de nuestro servicio, su crecimiento y consolidación no es excusa para cejar en un intento que debe culminar con esa pretensión hecha realidad.

La garantía de defensa, establecida en la Constitución para cada una de las personas, sólo puede concretizarse con la existencia de la Defensoría como ente empoderado, capaz de participar en todos los ámbitos de discusión, de resolución y de propuesta en estas materias así como en las de políticas criminales.

Para ello es necesario una reforma que permita dotar de autonomía de orden constitucional a la Defensoría Penal Pública, que debe encontrarse en el mismo pie normativo que el Ministerio Público, en tanto contrapartes que deben equilibrar fuerzas dentro del proceso penal.

En este número de nuestra revista 93 hemos intentado realizar un análisis detallado de los distintos aspectos que involucra la discusión de un proyecto y una concreción de autonomía para la DPP. Para ello, hemos recurrido a un estudio interno desde los objetivos de la pro-

pia institución, así como a aportes externos que entreguen una visión objetiva y contextualizada sobre esta materia, donde parece existir universal, uniforme y transversal apoyo. Dentro de esta revisión hemos asumido los espacios de mayor riesgo para la independencia de la Defensoría, analizando las distintas situaciones en las que podría esta verse afectada. Asimismo, hemos incorporado la visión internacional sobre el tema, así como la de organizaciones que representan parte de los intereses que podrían verse afectados sin independencia de la Defensoría.

Se trata este esfuerzo por concretizar la autonomía, de una apuesta que debe ser elaborada en conjunto con el Ministerio de Justicia, a quienes hemos comprometido la entrega de nuestros aportes y visión, así como la voluntad y participación activa en la discusión de un eventual proyecto sobre la misma.

El terremoto de fines de febrero, conmovió y remeció nuestro país y sus prioridades y empeños. Así, considerando que los esfuerzos hoy se dirigen a la reconstrucción del país, y que se trata además de un proyecto de tal relevancia y complejidad, no puede ser abordado sino con tiempo y dedicación. No es un afán que vaya a emprenderse sin una certeza de discusión sino de mediano plazo. Todas las aristas involucradas, muchas de las cuales hemos intentado esbozar en los distintos artículos que componen este número, requieren de reflexión,

discusión y maduración. Para eso los distintos equipos de la Defensoría han examinado los efectos de su aplicación así como los detalles de una propuesta. Todo esto debe ser discutido con las autoridades y en esa etapa queremos ingresar en el tiempo inmediato.

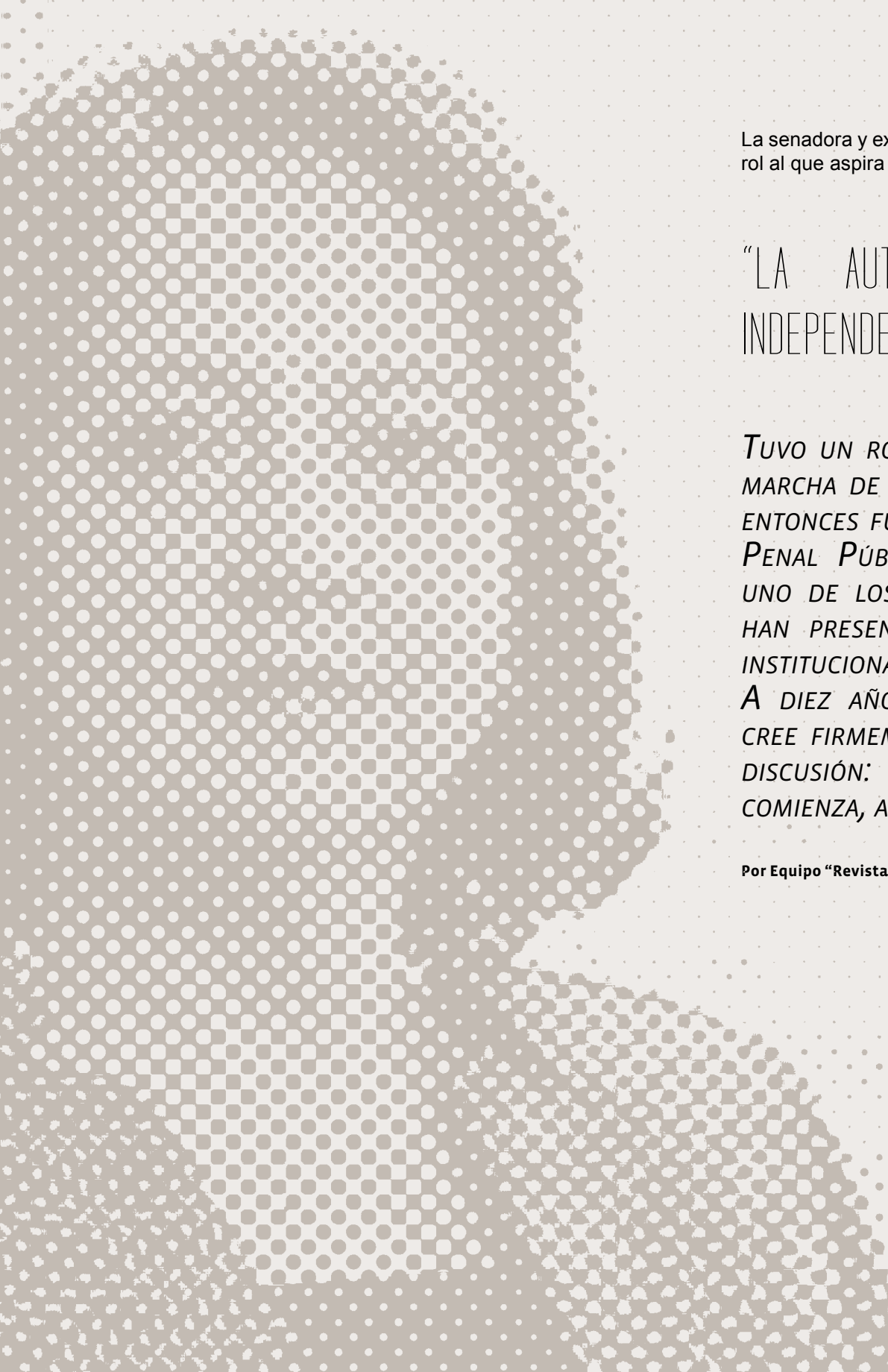
La Defensoría garantiza la protección de derechos de todas las personas en un compromiso de abordar el rol que nos corresponde, evitando excesos y arbitrariedades, ejerciendo un control de cumplimiento de altos estándares de calidad propios y de quienes intervienen en el proceso y siempre con el escudo de la presunción de inocencia. En esa tarea, que opera en beneficio de la comunidad, es fundamental contar con el estatuto que nos corresponde.

Como la institución fuerte y madura que somos hoy, nuestra mayoría de edad requiere que pasemos de un aventurado y comprometido David a un poderoso Goliat, capaz de pararse con seguridad y prestancia en cualquier ámbito que corresponda a la defensa penal y a las de política criminal.

# A confesión de parte

E N T R E V I S T A





La senadora y ex ministra de Justicia Soledad Alvear defiende el rol al que aspira la DPP

“LA AUTONOMÍA PROFUNDIZA LA INDEPENDENCIA”

*TUVO UN ROL FUNDAMENTAL EN LA PUESTA EN MARCHA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y YA ENTONCES FUE PARTIDARIA DE UNA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA AUTÓNOMA. LUEGO PREPARÓ UNO DE LOS DOS PROYECTOS DE LEY QUE SE HAN PRESENTADO PARA LOGRAR ESE ESTATUS INSTITUCIONAL, AUNQUE NO HAN PROSPERADO. A DIEZ AÑOS DEL INICIO DEL PROCESO, HOY CREE FIRMEMENTE QUE ES NECESARIO ABRIR LA DISCUSIÓN: ESTE ES UN DEBATE QUE RECIÉN COMIENZA, AFIRMA.*

Por Equipo “Revista 93”

**¿Por qué cree usted que sería adecuado que la Defensoría Penal Pública fuera autónoma?**

-Si bien en el sistema comparado no hay un modelo único de fijación institucional de la DPP (hay algunos sistemas que la cobijan bajo el Poder Judicial, otros junto a la Procuraduría y otros, como el caso de Chile, directamente en el Ejecutivo), ha sido precisamente esa asimetría de ubicación institucional la que ha incidido en un menor desarrollo de las defensas, en comparación con el rol persecutorio de los Ministerios Públicos. A mi juicio, hay tres razones principales para bregar por la autonomía:

“Primero, la Defensoría -por definición- tiene como objetivo velar por el respeto de los derechos de las personas y mientras más independiente sea en esa tarea, mejor será el concepto que habrá sobre un sistema que descansa sobre el valor de la justicia y no sólo en el castigo. Segundo, una Defensoría independiente, capaz de generar doctrina y un stock de jurisprudencia adecuados, equilibra sanamente el sistema, en correlato al Ministerio Público.

“Por cierto, autonomía e independencia no son sinónimos. La primera tiene que ver más con el arreglo institucional y el segundo con la libertad en la función. Sin embargo, sí tienen una relación de mutua influencia y mi convicción es que la autonomía permite optimizar los grados de independencia.

“Y tercero, una razón práctica: una Defensoría autónoma, sin vínculo con el Poder Ejecutivo, permite que éste último despliegue de manera más holgada y sin conflictos su tarea de prevención y coordinación con el órgano a cargo de la persecución criminal.

**¿Por qué cree que pese a existir dos proyectos de ley que otorgan autonomía a la Defensoría -uno de ellos de su autoría-, éstos no han prosperado?**

-Porque de un tiempo a esta parte, la discusión en torno a las reformas judiciales en el ámbito criminal ha perdido perspectiva de contexto, por decirlo en términos conceptuales. Hoy sólo preocupa a algunos las consecuencias y el castigo, sin indagar mayormente en causas y en los principios subyacentes en el sistema. Déjeme decirle que como ex ministra de Justicia y ahora miembro de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del Senado, he podido tener una ‘foto’ bastante distinta de cómo hemos legislado cuando partimos con la reforma procesal penal y cómo lo hemos hecho ahora, a algunos años de su puesta en marcha.

“Y con esto no niego algunas necesarias correcciones que se han emprendido, sino que apunto al debate que se ha promovido en torno a ellas. De un tiempo a esta parte pareciera que la discusión transitara entre dos extremos: el de los ‘malos’ a favor de un garantismo desenfrenado y, por otro lado, el de los ‘buenos’ que apoyan una persecución criminal a toda prueba.

“Por ejemplo, creo ha faltado discusión en torno a otros desafíos, como el de abordar la prisión preventiva, la prevención y la rehabi-

litación en un sistema penal con cinco años de régimen en su funcionamiento, que condena más rápido, que ha duplicado el número de internos en las cárceles y que ofrece una realidad completamente distinta a la que nos vimos enfrentados cuando empezamos.

“No estoy diciendo que no hay que evaluar permanentemente nuestra tarea persecutoria, sino que las autoridades públicas responsables -en el Ejecutivo y en el Parlamento- debemos tener la capacidad de impulsar políticas integrales, que no siempre generan los efectos esperados de inmediato, ni mucho menos ganan consensos cerrados y espontáneos en los usuarios del sistema.

**“EQUILIBRIO DE ROLES”**

**-De lograrse, ¿qué tipo de autonomía sería más conveniente para la Defensoría? ¿Legal o constitucional?**

-Claramente constitucional, de manera de generar una simetría con la ubicación institucional que el Ministerio Público tiene en el sistema penal. Recordemos que cuando éste último fue creado, la Constitución se modificó con un capítulo que regula expresamente las atribuciones del nuevo órgano persecutorio, lo que no ocurrió con la DPP.

**¿Por qué cree que hay personas que se oponen a la autonomía de la DPP?**

-Hay una discusión entre quienes creen que el sistema sólo debe tener el carácter público y, por ende, corresponde sólo al Estado. Otros postulan que debe sólo proveerse a través de subsidios. Lo alcanzado en la Ley de Defensoría Pública es un buen sistema, pero la discusión permanece en algunos. A esto se suma el complejo equilibrio de roles, que no siempre es entendido desde el usuario del sistema, entre la persecución del delito y el derecho constitucional de defensa.

“La experiencia en políticas públicas demuestra la gran dificultad que existe para impulsar cambios a órganos existentes, dotándolos de mayores facultades o atribuciones. Baste sólo con pensar el debate surgido en torno al Tribunal Constitucional. En todo caso, vistas las cosas en el continente y como decía al principio, podemos revisar que la defensa penal tiene diversos arreglos institucionales, lo cual demuestra que este problema es compartido y que ha incidido directamente en la generación de herramientas de desarrollo institucional.

**¿El Ministerio de Justicia debiera tener una postura frente a este tema?**

-Absolutamente. Debiera tener una posición, más allá de cuál fuera, ya que es el responsable del sector Justicia en el Ejecutivo. Bien recuerdo que cuando se creó la DPP las autoridades del sector (yo no era ya ministra de Justicia) estimaron que en una primera etapa

era importante mantener la dependencia con el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. Había desafíos de instalación, de maduración institucional y de necesario equilibrio de roles con el Ministerio Público, que entonces era necesario ponderar y medir.

“Sin embargo, instalada la reforma procesal penal en todo Chile, la autoridad responsable debe tener una posición pública, clara, plausible y razonada, cualquiera que ella sea. Por lo demás, la tienen los centros de estudios, la comunidad jurídica y entiendo que la propia Defensoría.

**-¿Qué rol debiera cumplir la Defensoría Penal Pública en el sistema?**

-Un rol de sana tensión institucional con el Ministerio Público, preservando la presunción de inocencia y entregando defensa universal con cobertura y calidad.

**“PROFUNDIZA LA INDEPENDENCIA”**

**-¿Cree usted que la Defensoría debiera promover e impulsar un debate en esta materia?**

-Absolutamente, creo que parte de la madurez institucional de un organismo pasa por ser capaz de levantar públicamente un debate informado y responsable sobre su rol en el mediano y largo plazo. Esto es perfectamente compatible con seguir cumpliendo sus tareas actuales, de acuerdo al trazado definido en su normativa orgánica.

**-¿Cuál es su evaluación del desempeño de la Defensoría en estos años?**

-La DPP tuvo un estreno complejo, por razones públicas y conocidas. En 2002 asumió un nuevo Defensor Nacional, que tuvo la capacidad de sumar el organismo al desafío colectivo de la implementación gradual de la reforma. De esta forma, la DPP tuvo un rol crítico en la Comisión de Coordinación Interinstitucional, en la instalación del sistema y su legitimación social y en lograr niveles sanos de tensión institucional en el rol adversarial con el Ministerio Público, que provocara incentivos y mejoras en la actuación de todos los actores.

**-¿Cómo cree usted que se ha posicionado la Defensoría Penal Pública frente al Ministerio Público?**

-De muy buena forma. No era fácil hacerlo, ya que los temas de justicia tradicionalmente se han asociado a seguridad ciudadana y en esa lógica, el Ministerio Público tiene un espacio de valoración ciudadana que es más fácil de ocupar. Sin embargo, la DPP supo posicionar su misión de proveer justicia y respetar la presunción de inocencia. Y supo hacerlo bien, asociando ese rol a un componente esencial del nuevo sistema, elevando los estándares de defensa y provocando sanos incentivos en el sistema.

**-¿Cómo se ven afectados los equilibrios del sistema producto de que la Defensoría no es autónoma?**

-Básicamente, por el lado de que pueden generarse problemas de ‘agenciamiento’, en el sentido de que la DPP enfrente dilemas en donde tenga un doble ‘mandante’ o principal (como se dice en economía). Como decía al comienzo, una defensoría puede actuar de manera independiente sin ser autónoma necesariamente, pero la autonomía es un resguardo para profundizar en la independencia.

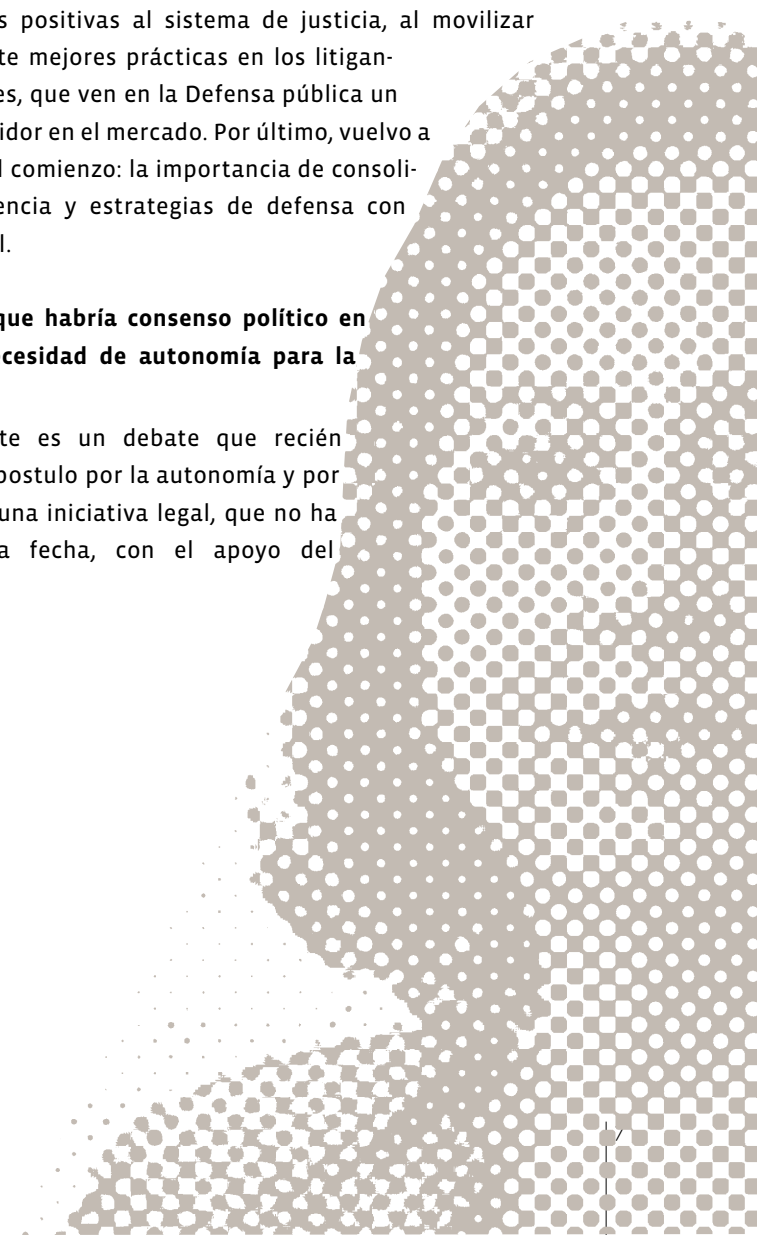
**-¿Qué rol debiera cumplir la Defensoría en el debate de políticas públicas y cómo esto se ve afectado por la falta de autonomía?**

-Estimo que la DPP puede abrir, y de hecho algo de ello ha pasado en Chile, un interesante debate sobre la provisión de bienes públicos como el acceso a la justicia. Por bienes públicos me refiero, por definición, a aquellos que no generan exclusión ni rivalidad y que el Estado debe proveer a los usuarios. Entonces, es interesante llevar el rol de la DPP a este dominio, por ejemplo, en el ámbito de las licitaciones.

“Por otra parte, las capacidades de defensa pública en Chile han demostrado ser altamente eficientes y de gran calidad, lo que –vistas las cosas desde las políticas públicas– contribuye a generar externalidades positivas al sistema de justicia, al movilizar necesariamente mejores prácticas en los litigantes particulares, que ven en la Defensa pública un nuevo competidor en el mercado. Por último, vuelvo a lo que decía al comienzo: la importancia de consolidar jurisprudencia y estrategias de defensa con valor universal.

**-¿Cree usted que habría consenso político en torno a la necesidad de autonomía para la DPP?**

-Creo que este es un debate que recién comienza. Yo postulo por la autonomía y por ello presenté una iniciativa legal, que no ha contado, a la fecha, con el apoyo del Ejecutivo.



# Duda Razonable



# Defensa Pública y Autonomía

Por Georgy Schubert S.

Defensor Regional

Región del Bío-Bío

***“La existencia de un poder judicial independiente e imparcial y la independencia de los abogados es condición previa y esencial para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia”<sup>1</sup>***

El mensaje que dio inicio al proyecto de Ley N° 19.718,<sup>2</sup> que creó la Defensoría Penal Pública<sup>3</sup>, consideró que la necesidad de hacer efectiva la garantía al derecho a defensa, en su manifestación institucional, era asegurada por medio de un servicio que formara parte de la administración del Estado, descentralizado, desconcentrado y con patrimonio propio, pero carente de independencia y autonomía del Poder Ejecutivo. ¿Cuál fue la razón para optar por esta visión administrativa? no se menciona en el mensaje.

Sin embargo, la falta de autonomía e independencia generó discusión durante la tramitación de este proyecto en la Cámara de Diputados. Los propios expertos del Ministerio de Justicia reconocieron que existía la necesidad de contar con un Defensor Nacional y Defensores Regionales, que por la naturaleza de su función, no dependieran de la autoridad política de turno. Se expusieron como vías posibles la auto-

nomía constitucional o la autonomía legal. Para este último evento se debía modificar la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. No obstante lo anterior, el Ejecutivo no hizo una propuesta al respecto, salvo cambiar la calidad de directivos de confianza para los Defensores Regionales, cuestión que podía ser definida por la propia ley de la DPP, de manera que fueran nombrados por cinco años a través de concurso público y no designados y removidos por decisión del jefe del servicio.

Del debate llevado a cabo ante la comisión<sup>4</sup> respectiva, la conclusión de la Cámara de Diputados fue claro: era necesaria la autonomía de la DPP, optando por una autonomía legal, modificando la LOC de Bases.<sup>5</sup> Se acordó incluir la Defensoría en las normas de excepción de la LOC de Bases de la Administración del Estado, para excluirla de las normas comunes a todo servicio público previstas en el título II. De esa manera el Defensor Nacional dejaba de tener la calidad jurídica de jefe superior de un servicio, desvinculando su dependencia a la autoridad política de turno. Esto era aconsejable por cuanto era necesario separar una función eminentemente técnica de posibles influencias políticas, garantizando que dicha autoridad gozara de autonomía e independencia en su gestión.

1 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La independencia e imparcialidad del Poder Judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, Resolución 2002/43. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/a74ea34a89aa41f1c1256baa004e1bb8?Opendocument>

2 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que crea la Defensoría Penal Pública. (boletín N° 2365-07-1)

3 En adelante DPP.

4 Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,

5 Propuesta: Artículo 1°. Crea el Servicio de Defensoría Penal Pública, en adelante, “la Defensoría” o “el Servicio”, como un servicio público autónomo, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.”





Se acordó establecer una normativa similar a la existente para el Fiscal Nacional del Ministerio Público, siendo el Defensor Nacional nombrado por el Presidente de la República, con una duración de diez años en el cargo y no podía ser designado para el período siguiente; cesaba en sus funciones con arreglo a las causales previstas en el Estatuto Administrativo y, en todo caso, al cumplir 75 años de edad. Su remoción requería del acuerdo del Senado.

Los avances en materia de autonomía fueron revertidos por el Senado. Ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, el Ministro de Justicia y actual Senador, don José Antonio Gómez, explicó que se abandonaba la “especie de simetría que quiso establecer la Cámara de Diputados entre la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público: se elimina el término “autónomo para calificar la naturaleza jurídica del primero, por ser innecesario dada su naturaleza jurídica de servicio público descentralizado; se asigna al Defensor Nacional la calidad de funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República ...”

Ante la señalada Comisión, el Ministro sostuvo que la Defensoría Penal Pública tendría a su cargo “el desarrollo de una función administrativa, cual es la de asegurar la defensa jurídica de los imputados”, por lo que se la configuraba como un servicio público. Si bien se comprendía que su particular misión requería que fuese un servicio descentralizado, al que sólo le correspondería la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia, observó que “dentro del contexto global de la reforma procesal penal, podría haberse planteado la idea de asimilar este servicio al Ministerio Público, pero no fue esa la definición constitucional que se adoptó en su momento, la que únicamente optó por dotar de autonomía al órgano encargado de la persecución penal pública y no al que debería asumir la defensa penal pública. El órgano encargado de la defensa de los imputados, por consiguiente, se inserta dentro de la Administración del Estado y, en esa medida, se le quiere revestir de la mayor autonomía que se reconoce a los servicios públicos, cual es la descentralización funcional”. Finalmente, el Ministro de Justicia sostuvo que esa decisión parecía ser la correcta, si se pensaba que la sustancia de la labor que debe ser desarrollada por la DPP es distinta del Ministerio Público, puesto que se inscribe dentro del desarrollo de una determinada política social, que se traduce en la prestación de servicios de carácter asistencial.

Así quedó resuelto la eliminación de la autonomía en la Ley de la DPP, generando dudas desde sus inicios<sup>6,7y 8</sup>. La defensa pública en materia penal fue entendida como una manifestación de la política social del Estado y de ahí su inserción en el organigrama de la administración descentralizada. Se consideraba como un sistema de protección para un sector de la población que, de otra manera, se encontraría desprotegido en el ejercicio de su derecho a defensa jurídica ante la persecución penal del Estado. No se comprendió que el derecho a defensa era parte integrante de las garantías judiciales mínimas, reconocida como derecho humano fundamental, un requisito del debido proceso que exige plena independencia de los abogados.

#### **Razones para la autonomía**

El Estado tiene un rol dual. Por una parte debe perseguir los delitos y, por otra, debe asegurar el derecho a defensa de todos aquellos que son sujetos de persecución penal.

Sin embargo, garantizar el derecho a defensa de las personas que carecen de recursos económicos, no forma parte de las políticas asistenciales del Estado, sino que un requisito indispensable para la existencia del debido proceso, materia que el Estado de Chile está obligado a cumplir, tanto por normativa constitucional como por y las responsabilidades asumidas al ratificar tratados internacionales de derechos humanos.

Esta función pública no requiere de la supervisión del Ministerio de Justicia ni del Presidente de la República, sino que exige que el Estado provea de los recursos necesarios y garantice la posibilidad de ejercer el derecho a defenderse.

6 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={0e384e2f-4e7d-4374-a204-7d372fcfc529}>

7 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={b75308f9-41c6-4d78-b250-2c7cdcec-d7a6}>

8 Relevante es consignar la opinión del Senador Díez, quien hizo saber en esa oportunidad que le preocupa el efecto político, desde el punto de vista de presentación ante la ciudadanía, que tendría el hecho de que, para remover al Defensor Nacional, no se necesite el acuerdo del Senado, sino que este cargo pase a ser de exclusiva confianza del Presidente de la República. Subrayó que el servicio de defensa penal pública se otorgará a un sector de ciudadanos carente de voz y de organización, por lo que uno de los problemas básicos que deberá enfrentarse en este proyecto de ley es el de contemplar fórmulas para que la Defensoría Penal Pública tenga interlocutores, de modo que se escuche a las personas que están siendo defendidas o pudieran serlo en el futuro.



La diferencia fundamental entre la garantía constitucional del derecho a defensa y otros derechos, como la educación o salud, es que la primera, en muchos casos, se ejerce *contra* aquel que debe asegurarlo, es decir, el propio Estado. El poder punitivo, que se materializa a través del proceso penal, debe ser ejercido en forma debida y para su aseguramiento las sociedades democráticas consagran un derecho a defensa independiente de quien detenta el poder. Si bien el objetivo básico de un proceso penal es identificar al culpable y aplicar una pena conforme a derecho en caso que corresponda<sup>9</sup>, el proceso también tiene algunos objetivos colaterales como la protección del individuo ante el poder punitivo del Estado<sup>10</sup>, el que sólo puede asegurarse con la total independencia de quien representa al sujeto de la persecución estatal. No es suficiente que dicha independencia se logre porque la autoridad política se abstiene de perturbar o impedir el ejercicio de la defensa, sino que es necesario que las normas jurídicas que organizan y confieren las potestades públicas, impidan tal intervención.

En este contexto:

1.-La defensa debe ejercerse de acuerdo a las instrucciones del representado, con las únicas limitaciones de la ley, la ética y teniendo en consideración un actuar acorde con la *lex artis*. No pueden existir en este desempeño consideraciones de política pública, de política contingente ni de ninguna otra naturaleza. Ni siquiera puede existir un atisbo de intromisión en dichos deberes.

2.-Se ha argumentado que la autonomía garantiza la “igualdad de armas”, buscando equiparar a la Defensoría con el Ministerio Público en el ámbito del proceso. Este argumento no parece consistente con la

necesaria igualdad de las partes ante un tribunal. En el proceso, y de aplicarse una correcta interpretación a las normas y los principios que inspiran un sistema adversarial, cualquier abogado, en el ejercicio libre de su profesión, debe estar en igualdad de condiciones para enfrentarse a las pretensiones procesales del Ministerio Público. En palabras de Ferrajoli, “para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria... la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación [lo que] exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el ministerio público.”<sup>11</sup> No es necesario, entonces, colocar frente al persecutor una institución de características similares en lo estructural, pues evidentemente las funciones que desempeñan son diferentes. Lo que no se puede hacer es dotar a la defensa pública de una institucionalidad que impida hacer lo mismo que haría un abogado particular en representación de los intereses de su cliente. Es decir, no pueden existir limitaciones en el ejercicio de la defensa que se deriven de la dependencia del DPP al Ejecutivo.

Manifestación necesaria de lo anterior es el principio de inviolabilidad del defensor<sup>12</sup>. El ordenamiento jurídico debería garantizar que si en el ejercicio de su mandato se causa molestia o perjuicio al Gobierno, incluso a su máxima autoridad, esto no traerá consecuencias para el Defensor Nacional o los abogados defensores.

3.-Frente a la multiplicidad de instituciones públicas y privadas dedicadas a la persecución penal y al combate a la criminalidad, el Estado está obligado a promover las garantías y derechos fundamentales de las personas imputadas de delitos y condenados. Para este objetivo se requiere de una institución de alto perfil e independencia que pueda participar del debate público y legislativo.<sup>13</sup> Ése rol debe desarrollarlo

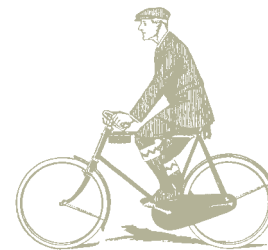
9 Sobre las funciones del proceso penal ver Nul C. Sup. rol 4164-09 01/09/09, 9° “...sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, DESDE QUE EN TODO PROCESO PENAL APARECE COMPROMETIDO EL INTERÉS PÚBLICO DE LA COMUNIDAD EN EL ESCLARECIMIENTO DE LOS SUCESOS Y EL CASTIGO DE LOS DELITOS, COMO TAMBIÉN LA ABSOLUCIÓN DEL INOCENTE;...” destacado es nuestro.

10 MIRJAN DAMASKA, “*Truth & Its Rivals: Evidence Reform and the Goals of Evidence Law*”, en University of California, Hasting College of Law Hasting Law Journal, January 1998, pág. 10, “*The most striking among these collateral objectives in the American Criminal Process is the protection of individuals from abuse of power by public officials*” “*El más sorprendente entre los objetivos colaterales del proceso criminal Americano es la protección del individuo del abuso de poder de los agentes del Estado*” Traducción Libre.

11 Luigi Ferrajoli, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal*”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 614.

12 Juan Quintana Ojeda, *La defensa penal en el nuevo ordenamiento procesal penal chileno*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Valdivia, N° especial, 1999, pp. 141-161.

13 Rodrigo de la Barra. “*Sistema inquisitivo versus adversarial; cultura legal y perspectivas de la Reforma Procesal Penal en Chile*”. Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 5 N°2, 1999, pp. 171 y ss.



la DPP.<sup>14</sup> La dependencia de la Institución al Ministerio de Justicia ha hecho desaparecer su participación en la elaboración y ejecución de los programas del sector. La equidad en una sociedad requiere que personas carentes de representación sean respaldadas por instituciones que exijan el respeto a sus derechos.

4.- Existe la necesidad de ejercer los derechos de las personas aún contra de los intereses del Gobierno y el Estado de Chile. Este ejercicio comprende la actuación ante organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta manera se cumpliría con el compromiso del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción<sup>15</sup> de los derechos que establece la Convención Americana de Derechos Humanos. Otros países latinoamericanos han solucionado este punto con diversos modelos institucionales, cómo son la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, Defensor del Pueblo de Bolivia, Defensor del Pueblo y Ministerio Público de la Defensa en Argentina, por citar algunos ejemplos de organismos con autonomía que incluso han actuado ante la Corte Interamericana contra sus respectivos Estados. El recientemente creado Instituto Nacional de Derechos Humanos no resuelve la materia, pues su función es de colaboración al Estado de Chile ante instancias internacionales.<sup>16</sup>

5.- Para el adecuado ejercicio del servicio de defensa pública, es necesario que el Estado garantice los recursos para el cumplimiento de la función, sin una competencia directa con los requerimientos de otras áreas del sector justicia que por muy pertinentes y necesarios, no están elevadas a la categoría de un derecho humano fundamental. Debe tenerse presente que la manera más frecuente y fácil de negar en los hechos la garantía de defensa, es a través de la falta de los recursos indispensables para proporcionarla.

14 Quien dirija la Defensoría debe ser capaz de poner en la discusión política la necesidad de una defensa fortalecida, también de cara al fortalecimiento del sistema judicial penal, en general. Debe asumir un rol institucional tomando la voz pública por las garantías, con capacidad para llegar al sector político de manera fluida. La Defensoría es quien debe encarar la tarea de mostrar que, como anunciamos, una defensa fuerte significa un sistema de procesamiento criminal más sofisticado y exigente. Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe, CEJA y PNUD, 2006, pág. 62.

15 Convención Interamericana de Derechos Humanos; Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos; Capítulo I, Enumeración de Deberes; Artículo 1, Obligación de respetar los Derechos, 1.

16 Ley 20.405, art 3 N° 7: “Colaborar, en el ámbito de sus atribuciones, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. El informe final no obligará ni comprometerá al Instituto”.

### **Problemas generados por falta de autonomía**

El Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe<sup>17</sup> señala que “resulta indispensable que la Defensoría cuente con independencia. Con ello no nos referimos a que su estructura deba necesariamente consistir en un organismo autónomo, sino a que un órgano que cumple una función tan importante para el equilibrio de todo el sistema, debe contar con la garantía de que sus decisiones serán independientes, aunque institucionalmente se encuentre ubicada en alguna rama del poder público.” Tal declaración parece funcional a lo que cada país decida, pero no a la necesidad de independencia del abogado defensor.

Aceptando que en teoría una Defensoría no necesariamente debe ser un organismo con autonomía de rango constitucional para ejercer sus funciones con independencia, debemos analizar cuál ha sido la realidad en nuestro país.

Al respecto, se han detectado hasta el momento inconvenientes concretos en 2 áreas:

Falta de independencia para opinar en materias de políticas públicas y legislativas. El año 2006, en un incidente extensamente conocido y comentado, el Ministro de Justicia de la época, don Isidro Solís, reprendió severamente al entonces Defensor Nacional, don Eduardo Sepúlveda, por opinar sobre el efecto negativo que las políticas de persecución impulsadas desde el Gobierno podrían tener en las condiciones carcelarias. Ante este llamado de atención, hecho sin moderación a través de los medios de comunicación, el Defensor Nacional optó por no persistir en su alegación.<sup>18 y 19</sup>

Tampoco han sido pacíficos en este ámbito los asuntos relativos a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente o la opinión contraria de la DPP a la pretensión del Ejecutivo de crear la Defensoría de las Víctimas.

En cuanto a la imposibilidad de actuación de la defensoría en instancias internacionales, existe el antecedente concreto de personas

17 CEJA Y PNUD., pág.61

18 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={5e89f553-34ca-435c-a310-58b4bb2a5599}>

19 <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={f3142987-3557-44fd-95ba-276fce8ea698}>



condenadas en el contexto de las causas del llamado “conflicto mapuche” que han llevado sus casos ante la Corte Interamericana, con la ayuda de instituciones privadas<sup>20</sup>, pues no existen facultades legales claras ni recursos para este propósito en la DPP. Esto pone en tela de juicio la independencia de la defensa pública, además de permitir los cuestionamientos al Estado de Chile en relación a los derechos humanos.

Además de los problemas de los imputados de la etnia mapuche, existen áreas de preocupación de instancias internacionales como son el funcionamiento del sistema de responsabilidad adolescentes o las condiciones carcelarias.

En definitiva, algunos podrán sostener que el sistema ha funcionado bien con el actual diseño, pero de ninguna manera se podrá afirmar que ha funcionado óptimamente o sin problemas de relevancia y que podrían agravarse a futuro.

### Conclusiones

Todos los Estados han necesitado establecer las funciones de juzgar y de perseguir los delitos, pero no todos han reconocido el derecho de las personas a contar con un abogado defensor que con total independencia defienda sus intereses frente a la pretensión punitiva. Y es que el derecho a defensa sólo podría expresarse en plenitud en un Estado Democrático de Derecho. Dotar de autonomía a la Defensoría Penal Pública, sin duda es avanzar en esa dirección.

Por tanto, es necesario volver a discutir la autonomía de la DPP. Hay suficiente consenso entre académicos y sectores políticos que es imprescindible que esta institución cuente con independencia. Esto por cuanto:

- 1.-Se necesita que las personas posean una defensa con totales garantías de autonomía para enfrentar al Ministerio Público.
- 2.-Se requiere de una institución que sea protagonista en el debate público y legislativo respecto de la política criminal y funcionamiento

del sistema de justicia penal y penitenciario.<sup>21</sup>

3.-Se requiere de un organismo que promueva los derechos humanos de sectores vulnerables frente a la persecución penal del estado y permita su acceso a la justicia.<sup>22 y 23</sup>

4.-Es necesario una Defensoría capaz de representar a las personas ante instancias internacionales en defensa de sus derechos humanos, aún en contra del Estado.

En definitiva, es necesaria la existencia de una **Defensoría Penal Pública con autonomía constitucional**, materia sobre la que existen dos proyectos pendientes en el Congreso Nacional<sup>24</sup> que no han sido debatidos. No es suficiente la modificación de la LOC de Bases de la Administración del Estado, pues se limitaría a regular la designación y remoción del Defensor Nacional, permaneciendo gran parte de las dificultades existentes para garantizar a toda persona una defensa independiente y el acceso a la justicia a los ciudadanos más desprotegidos.

21 “Entre las recomendaciones de su informe están fortalecer la Defensoría Penal y lograr su autonomía, y que el Poder Judicial monitoree más de cerca la situación de las cárceles.” El Mercurio, 28 de agosto de 2008, en relación al informe del Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, Florentín Meléndez. <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={a8832fab-8b86-400c-93e6-58bf04fece4c}>

22 Informe del relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, párrafos 28 a 40. <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/staven6.html>

23 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. párrafos 41 a 47. [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009\\_relator\\_anaya\\_informe\\_chile\\_unedited\\_version.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/2009_relator_anaya_informe_chile_unedited_version.pdf)

24 Boletín 4498-07.

20 <http://cidh.org/annualrep/2007sp/Chile.429.05sp.htm>  
<http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/Chile619.03sp.htm>

# Examen Contra

## UN DEBATE EN CARA Y SELLO

La primera ejerce la dirección ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana –que tuvo un rol protagónico en la reforma procesal penal- y en estas páginas defiende la idea de que la Defensoría tenga “igualdad de armas” en el proceso penal. El segundo es decano de derecho de la UDP –que también tuvo un rol esencial en ese proceso- y advierte sobre los peligros que implicaría la autonomía para la DPP. Francisca Werth y Juan Enrique Vargas muestran aquí dos lados para una misma moneda...

**Por Marcelo Padilla V.**  
**Unidad de Comunicaciones**  
**Defensoría Nacional**

### **1.- Podría hacernos una breve reseña histórica de la discusión parlamentaria de la Ley de la Defensoría.**

**FW:** En la discusión parlamentaria, la fundación siempre estuvo a favor de que existiera una defensa y un Ministerio Público equivalentes en sus fuerzas, en sus armas. Que ambos fuesen autónomos y que se estructuraran desde la perspectiva de la autonomía y la equivalencia. De acuerdo a lo que yo conozco, por la historia de la tramitación, no existe tampoco mucha claridad de por qué finalmente esto no fue así. Tú sabes que la Fundación Paz Ciudadana tuvo una participación bien relevante en el tema de la reforma en general, y no existe claridad tampoco de por qué no hubo una postura un poco más jugada por parte del Ejecutivo para que la Defensoría fuese autónoma.

**JEV:** Cuando se discutió la idea de hacer una Defensoría, la primera propuesta no iba hacia la constitución de una institución, sino más bien hacia una modalidad de financiamiento de defensores que pudiera asegurar que toda persona tuviera acceso a la defensa. Y esto era básicamente con recursos que ponía el Estado, para subsidiar naturalmente a la gente que no tenía cómo costearse por sí misma, pero no crear una institución. Básicamente, podría haber sido alguna forma vía Boucher-, para que las personas pudieran ir

hacia abogados privados y contratar. Esta, que fue la primera opción que se discutió antes, pre legislativamente, en el Ministerio de Justicia. En la elaboración de estas propuestas intervino el Instituto Libertad y Desarrollo, que era una idea por supuesto mucho más liberal. De hecho, ellos proponían que hubiera un subsidio a la demanda y no a la oferta. Luego esto se cambió por una idea, más bien, de un modelo mixto, en que hubiese una institución detrás de esto que tuviera defensores funcionarios y defensores licitados.

### **2.- ¿Cuáles serían entonces, en este contexto, las razones tuyas para validar o no la idea de que la Defensoría fuera autónoma?**

**FW:** La Fundación tiene una razón que quizá es bien particular a nuestro quehacer, que es el tema del rol que tienen tanto el Ministerio Público como la Defensoría en la definición de una política criminal. La posibilidad que debieran tener para opinar y participar activamente, como actores relevantes en temas de seguridad ciudadana y en todo el debate más asociado a las reformas de leyes que se produce en este ámbito.

**JEV:** Por ponerlo desde el otro punto de vista, ¿cuándo creo yo que se justifica una institución autónoma? Yo creo que el principio general en las instituciones del Estado es que no sean autónomas.



# examen

Mientras más autonomía, menos posibilidades de control, menor probabilidad de que haya responsabilidad, en definitiva, por lo que se hace. Y yo creo que se justifica, muy excepcionalmente, en instituciones que tienen un rol contralor muy fuerte y que por eso no tiene sentido que dependan de la entidad que va a ser controlada. Yo creo que eso es lo que justifica que la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional y el Banco Central por ejemplo, tengan algún grado de autonomía y se configuren como instituciones extra-poder. Es ahí cuando se justifica que sean autónomas. Y de hecho, cuando esto se empieza a discutir respecto del Ministerio Público, la discusión fue muy intensa ya que internacionalmente los modelos de Ministerios Públicos son muy variados. El modelo tradicional de Ministerio Público, el más fuerte, es un modelo en que el Ministerio Público depende del Ejecutivo. A mi juicio las razones que hay para que esto sea así son muy fuertes porque lo que hace el Ministerio Público, en buena medida, es aplicar una política pública de persecución del Estado. Es una de las herramientas más importantes para aplicar una política de persecución, con todo lo bueno y todo lo malo que eso tiene. Y a mí me parece bueno, por una parte, que haya una coherencia con las políticas en general de persecución que administra el gobierno y dos, que haya además responsabilidad por los éxitos o fracasos, una cierta responsabilidad política.

### 3.- ¿Cómo ha resultado en los hechos que la Defensoría dependa del Ejecutivo?

**FW:** En ese sentido hay que reconocer que de alguna manera la autoridad, los ministros de Justicia han sabido mantener un límite, han sabido de cierta manera respetar una independencia lograda por la Defensoría. Pero eso depende de las personas y en política pública uno no puede depender de las personas. Tiene que depender de las políticas, porque puede llegar un ministro ni Dios lo quiera- o una autoridad que decida intervenir. Entonces a mi me parece que cuando uno hace política pública tiene que buscar que las decisiones que se tomen trasciendan a las personas que ejercen el cargo. ¿Para qué correr el riesgo? ¿Para qué dejar abierta la posibilidad de que esto pase? Yo entiendo la postura en el sentido de que esto no ha sido un problema en Chile. Pero yo agregaría hasta ahora. Nadie dice que no lo va a ser en el futuro y siento que la reforma procesal penal, de alguna manera, hubiese sido más sólida en su composición general, si hubiese autonomía por parte de la defensa.

**JEV:** Es muy común dentro del Estado que haya instituciones que tengan objetivos distintos. O sea, la negociación y la coordinación son de todos los días entre los ministerios, el de Economía con la Superintendencia de Quiebras, por poner un ejemplo. Eso no basta para llevarlos a tener que necesariamente autonomizar cada uno,

porque tiene un costo muy alto hacerlo. Estás desmembrando la estructura del Estado y la estructura de responsabilidades, que me parece muy serio.

Segundo, que si efectivamente esto es un problema tan serio, OK, cuéntenme cuáles son los problemas, cuáles son las ocasiones en que le han dicho a un defensor que no actúe, etc. Cada vez que yo he preguntado eso, me han dicho no, es que este es un problema teórico. Entonces, ante un problema teórico yo no hago cambios. Si tuviéramos un problema concreto, que aquí se está produciendo un problema real, con cifras en la mano, OK, yo podría revisarlo, porque como no soy dogmático estoy dispuesto. Pero si me dicen si esto en teoría es una mala solución y en la práctica no se produce el problema, por qué diablos lo voy a hacer. De hecho, en la propia Defensoría reconocen que nunca han tenido un problema, que siempre ha funcionado muy bien. Entonces, teóricamente no me calza y prácticamente no hay un problema, ergo, por qué innovar. Pero políticamente creo que no es una buena cosa para la Defensoría. A mí me interesa una Defensoría fuerte, poderosa, que tenga espaldas, que crezca, que se modernice. Creo que su rol es vital y que hasta el momento ha sido muy importante, y me parece que la autonomía es un riesgo muy alto para todo eso.

#### **4.- ¿Usted estaría dispuesta/o a respaldar la presentación de un proyecto de ley de este tipo?**

**FW:** La fundación siempre ha estado dispuesta y siempre ha marcado este tema de la autonomía de la Defensoría como un tema que quedó pendiente. Nosotros creemos que esto debe someterse al menos a una evaluación. Por ejemplo el tema presupuestario. Cuando uno puede ir, como representante de la institución para la que trabaja, a pedir presupuestos directamente, con todas tus razones, armas y lógicas internas, a mí me parece que estás en una mejor condición que si tienes que además, antes pasar por el presu-

puesto de otro sector, que puede tener mil necesidades, como es el caso del Ministerio de Justicia. Entonces me parece que también hay razones de eficiencia que haría bueno revisar al menos la autonomía de la Defensoría. Y la Fundación siempre ha estado dispuesta a hacer lo que técnicamente dé mejores resultados.

**JEV:** No tendría ningún problema. Me parece fantástico debatirlo. No creo que la forma de poner los temas en el debate sea presentando proyectos de ley, pero me gustaría que hubiera un debate. O sea, habla muy bien de la Defensoría, además, que quiera hacer un contrapunto sobre este tema con una opinión, sabiendo que no es la que institucionalmente se está promoviendo, y me parece muy bien. Ahora, no creo que para eso sea necesario llevarlo a una discusión parlamentaria, pero si ese fuera el escenario

#### **5.- Si nos ponemos en la situación hipotética, ¿Qué tipo de autonomía podría tener la Defensoría?**

**FW:** Una autonomía al nivel del Ministerio Público. Yo creo que habría que equiparar ambos organismos. Le haría bien al país, también, por un tema de entender que la defensa es una garantía, un derecho constitucional, y que son de alguna manera derechos equivalentes. O sea, tienes el derecho a perseguir a las personas que cometen delitos, y las personas que son objeto de una persecución penal tienen derecho a defenderse. Y yo creo que ese también es un debate que en Chile, de alguna manera, sería bueno dar. Explicarlo. Haciendo la reflexión para atrás, creo que el hecho de que la defensa no haya quedado como autónoma también contribuye un poco a esta priorización que se hace, por parte de la ciudadanía, del tema de la seguridad ciudadana y la puerta giratoria. Cuando no pones a la defensa al mismo nivel, estás de alguna manera tú contribuyendo a esta priorización de la persecución por sobre otros valores que son tanto o más fundamentales.

**JEV:** Bueno, es que no soy partidario de la autonomía, entonces no

me gustaría elucubrar sobre una posibilidad que no comparto. Hay, naturalmente, distintos niveles de autonomía y si hubiese que darle autonomía necesariamente, yo naturalmente promovería el menos autónomo posible.

#### **6.- ¿Qué posición debiera tener el Ministerio de Justicia frente a este tema?**

**FW:** Me parece que un concepto de modernización del Estado, donde lo que buscas es hacer a las instituciones más eficientes y no estas especies de elefantes blancos, un órgano como el Ministerio de Justicia, no debería estar en desacuerdo con que una de sus facultades fuera a otra parte, si eso lo convierte en más eficiente. El Ministerio de Justicia debiera tener un rol respecto del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Defensoría en el entendido que fuera autónoma-, de trabajo intersectorial, de coordinación, de ser capaz de que tres instituciones que tienen fines distintos y objetivos diferentes sean capaces de coordinarse y actuar en conjunto. Ahora, que sea el Ministerio de Justicia el que proponga que la Defensoría sea autónoma es más difícil. Pero yo creo que si se da un debate en el cual tú digas, bueno, un Estado es más moderno y más eficiente para esto con una Defensoría autónoma, al Ministerio de Justicia le sigue cabiendo un rol fundamental de intersectorialidad, como articulador de estos tres poderes independientes.

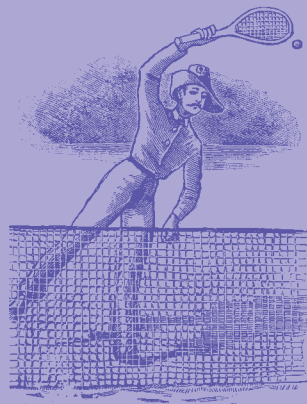
**JEV:** Los libros dicen que en general a las instituciones no les gusta desprenderse de poder y que nadie anda regalando departamentos, servicios o lo que sea en cualquier institución pública. Más bien la tendencia y el *public choice* indican que tienden a crecer, a tener más presupuesto, más gente, más poder, más funciones, más competencia. Por lo tanto, en principio que una institución quiera desprenderse de una función es extraño, a menos que esa función le sea muy compleja, le cause muchos problemas. Y yo no sé si eso sea lo que suceda con la Defensoría, no sé si el Ministerio de Justi-

cia tenga una piedra en el zapato, o sea todos los días líos, problemas, conflictos, ineficiencias, casos de corrupción, etc. Ahí uno podría entender que alguien quisiera sacarse de encima un servicio, pero no creo que sea el caso de la Defensoría, ni he escuchado que esa sea la posición del Ministerio de Justicia.

#### **7.-¿Cómo evalúa usted la posición de la Defensoría de acuerdo a su rol institucional?**

**FW:** Yo creo que la Defensoría es una institución que ha demostrado una capacidad de organización, de gestión que es bastante sobresaliente. El nivel de los defensores, el nivel de la defensa que se entrega es bien evaluado transversalmente, y yo creo que tiene un rol importante en ese sentido. Creo que, de alguna manera, la Defensoría ha podido, dentro de las reglas del juego, hacer su mayor aporte. Cuánto más podría aportar es algo que también depende de los liderazgos. Lo que sí, hay un espacio en que a mí me gustaría que la Defensoría tuviese una opinión, y que es respecto de las leyes. En un país donde la ley es el gran tema y donde se cree que todo se soluciona a través de la ley, a mí me encantaría escuchar la opinión de la Defensoría. Te doy un ejemplo, la defensoría de las víctimas. El famoso proyecto de defensoría de las víctimas, que venía en 2007 como parte del acuerdo de la Alianza y del gobierno, me hubiera encantado escuchar la opinión de la Defensoría. No pido que se meta en este tema, porque las víctimas no son un tema de la Defensoría, pero sí una opinión. La agenda corta es otro ejemplo, en el debate sobre la puerta giratoria más cifras, más datos, más análisis. Pero en aporte al debate ustedes están cumpliendo. La misma revista es un aporte al debate. Creo que se ha posicionado en un rol técnico y además en un rol bien definido pero también creo que podría aportar más dentro del sistema, en la medida que tuviese también más herramientas.





**JEV:** Me parece que la Defensoría Penal Pública ha sido un instrumento clave en la implementación de la reforma procesal penal. Hay, en general, una buena evaluación. Sin duda, uno pediría estándares más altos de calidad, como en general se lo pediría a todo el sistema y como siempre se puede mejorar. En todo caso yo no creo que el debate de políticas públicas se una función primordial de la Defensoría Penal Pública, no creo que tenga que haber una política de defensa penal. Yo creo que lo que tiene que haber son muy buenos defensores, y la posibilidad de que todas las personas puedan acceder a buenos defensores.

#### **8.- ¿Cómo se ven afectados los equilibrios del sistema considerando que la Defensoría no es autónoma?**

**FW:** Yo te diría que más que los equilibrios en la práctica, porque a lo mejor en un juicio no va haber desequilibrio, porque en el fondo ves a una defensa bien empoderada y a los fiscales haciendo su trabajo. Me parece que es más que nada a nivel de discusión de política pública, del aporte a la política pública, a nivel de discusión presupuestaria, todas esas cosas que son indispensables para poder, en el fondo, proyectar e intervenir en la agenda. Algo que no es menor, sobre todo en un país en que su principal preocupación es la seguridad ciudadana. Entonces, si no hay nadie que hable, no tenemos a quién escuchar.

**JEV:** No se ven afectados en absoluto.

#### **9.- ¿Cómo ve la relación o el vínculo de la Defensoría con el Ministerio Público?**

**FW:** Yo concuerdo con la idea de que, en general, no creo que haya habido problemas en que la Defensoría, de alguna manera, sea una institución menoscabada frente al Ministerio Público. Yo creo que ahí se han ejercido todas las atribuciones de la Defensoría como corresponde. Lo que pasa es que si uno analiza a nivel de roles que se cumplen o pensando en una Defensoría más opinante, con más opinión en política criminal, podría ser a lo mejor un buen impulso para que el Ministerio Público asuma un rol más activo en ese sentido. Entonces, cuando uno no tiene la competencia, el contrapunto,

que si yo estoy en la Defensoría y doy una opinión, de alguna manera obligo, interpelo a la contraparte, en este caso el Ministerio Público, a dar una opinión también. De alguna manera es un *accountability* más transversal, que lo hacen tus pares, que te cuestionan y te interpelan, y yo creo que eso podría mejorar la calidad del debate de política criminal en el país.

**JEV:** A ver, es que yo no creo que tengan que ser actores equilibrados. Creo que cada uno en lo suyo. Yo creo que el Ministerio Público está ejerciendo parte del poder político estatal. La Defensoría lo que hace es ejercer el derecho a defensa de las personas. Creo que es completamente distinto y, por lo tanto, son muy diferentes perspectivas. Son dos funciones diferentes, así que yo creo que está bien en ese sentido, cada uno en su rol. Creo que hubo unas primeras etapas, además, en las cuales había una sensación como que no se entendía bien cuáles eran los roles. Y por lo tanto el Ministerio Público, cada vez que la Defensoría salía a criticar algo o a enfatizar muy fuertemente su rol, lo veía como una agresión, había como disputas comunicacionales. Yo creo que eso hoy día se ha entendido. Antes era, ¿por qué los defensores salen diciendo esto o criticando a un fiscal, cuando debíamos ser de la misma familia. Y no se entendía que son roles distintos y que cada uno está haciendo lo suyo y está bien que lo haga. Pero eso es porque esto también es un cambio cultural profundo y asimilar la lógica de una reforma procesal como esta no se logra de la noche a la mañana. Creo que esa parte, al menos, hoy en día está bastante más fluida que antes.

#### **10.- ¿Cómo opera la rendición de cuentas en los organismos públicos autónomos?**

**FW:** Yo creo que la rendición de cuentas es algo que está todavía súper inmaduro en Chile. El concepto se ha instalado, pero la rendición de cuentas tiene dos requisitos. Uno, que es un camino con dos finales. Y por otra parte, tienes que rendir cuentas, pero tiene que haber alguien suficientemente empoderado para pedirte explicaciones sobre esas cuentas que estás rindiendo. Lo que pasa hoy en día en general con la rendición de cuentas que realizan todas las instituciones que lo hacen, es que hay un público receptor, pero



nadie va después a pedir explicaciones respecto de lo rendido. Como contraparte nos falta desarrollar mucho el hecho de que no sólo me tengo que quedar con la cuenta que me rindieron, sino que cuestionarla. Creo que como sociedad civil nos falta cuestionar más ahí y preguntar más y exigir más. Y lo otro es que de alguna manera la rendición de cuentas tiene otro tema importante, que es la referencia a la población que tú le rindes y los compromisos específicos que tú asumes con tu población objetivo, por decirlo de alguna forma. O sea, si yo soy un policía, soy un carabinero y tengo una comisaría, a mí ¿qué me interesa? Me interesa rendirle cuenta a la gente que corresponde a mi cuadrante, a mi territorio jurisdiccional, a mis clientes. Y a ese cliente le interesa, por ejemplo, que yo reduzca la victimización en un 20 por ciento y yo el próximo año tengo que recoger eso. Creo que eso falta, en general, en todos los organismos. Falta cuestionar, que de alguna manera no sólo te quedas con la cuenta pública, sino que además seas capaz de generar que, en la próxima cuenta pública, me tengan que rendir sobre mis cuestionamientos. O sea, usted me pidió que bajara un 20 por ciento la victimización. No pude, pero por esto, por esto y por esto otro, y para solucionarlo voy a hacer esto y esto. Y ahí yo creo que hay una deficiencia en el rol de la sociedad civil en el tema.

**JEV:** Bueno, es un tema sumamente complejo, porque en definitiva más allá de que hayan audiencias, cuentas públicas, informes, etc., y que hayan eventualmente mecanismos para exigir responsabilidades, son mucho más complejos. Es decir, en Chile ya la responsabilidad política de los que la tienen directamente es compleja de hacer efectiva, y de quienes la tienen mediatizada o más indirecta o distante es muchísimo más complejo. O sea, uno de los problemas de este país es la irresponsabilidad, en general, de las autoridades, entonces mientras más trabas uno ponga, más difícil es. La gente no está acostumbrada a dar la cara, no está acostumbrada a renunciar en este país, no está acostumbrada. Ve la crítica como una ofensa a la autoridad. No hay una cultura de rendición de cuentas.

**11.- En general, ¿cuál es su evaluación sobre los sistemas de defensa autónoma que hay en América Latina?**

**FW:** Soy bien honesta y no conozco en profundidad otras defen-

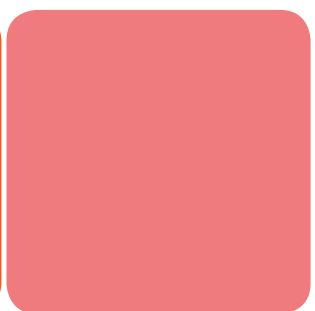
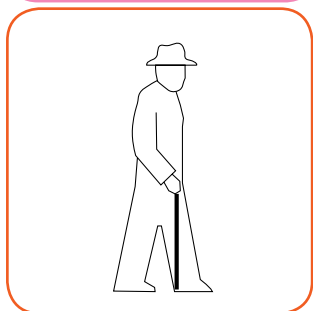
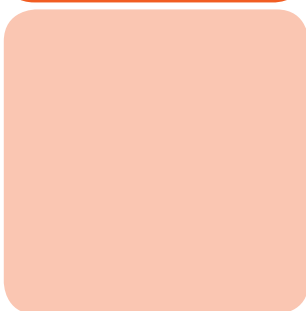
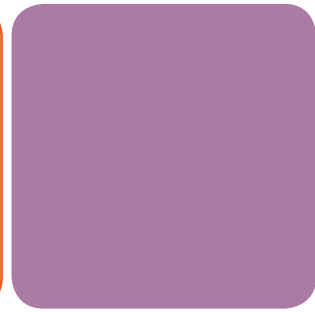
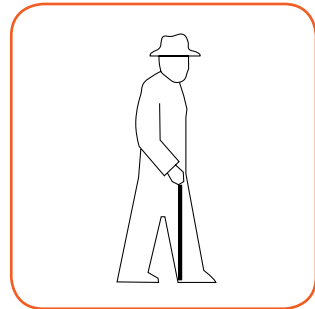
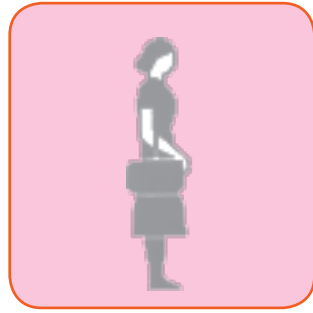
rias. Pero mi conclusión es que falta precisamente debate, porque uno debería poder acceder a las razones de cómo es en otros lados y si funcionó o no, lo bueno y lo malo. Buscas y no encuentras, entonces me parece que sería súper bueno si se pudiese aportar a ese debate, por lo menos para saber si sirve o no. Yo tengo bien claro por qué, desde la Fundación Paz Ciudadana, nosotros consideramos que la Defensoría debiera ser autónoma, pero de ahí al camino de la autonomía hay una serie de debates previos que se pueden y deben dar.

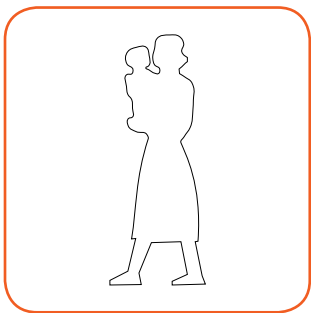
**JEV:** Los sistemas de defensa que yo conozco no son autónomos. En Argentina está el único un poco más parecido a nivel nacional, a pesar de que Argentina es un país federal y en las provincias la defensa depende del Ministerio Público. En las otras defensas más importantes o con más tradición, que es la de Costa Rica, depende del Poder Judicial, lo que parece completamente contradictorio, porque me parece mucho más sensata la solución chilena, que dependa del Ministerio de Justicia. Esas son las Defensorías más prominentes, digamos. Lo que pasa con la Defensoría General de la Nación, en Argentina, que tiene un grado importante de autonomía, que terminan teniendo una agenda propia que no es necesariamente la agenda de sus imputados.

**12.- ¿Cree usted que habría consenso político para legislar sobre este tema?**

**FW:** Yo creo que hoy ni siquiera es tema, y en el fondo creo que el rol de la Defensoría es que esto sea un tema, instalar el debate. Creo que sería un gran legado. Yo creo que en general la gente te dice que es pro autonomía pero falta debate.

**JEV:** Realmente no lo sé. No creo que sea un tema de primera prioridad para nadie. No creo que haya mucha agua en la piscina, pero es un juicio bastante subjetivo, porque no tengo mayores antecedentes tampoco.





La gente PIENSA

---

La gente HABLA

---

La gente OPINA

---

“Creo que sí. Hay que considerar dos elementos. Primero, la estructura orgánica del Ministerio de Justicia debe ser replanteada de manera urgente, ya que ha ido asumiendo de manera inorgánica funciones y servicios públicos, uno de los cuales es la DPP. Adicionalmente, el peso específico del Ministerio de Justicia ha ido desminuyendo de manera acelerada, siendo manejadas por otros Ministerios cuestiones o asuntos claves para la justicia. Y segundo, en la Reforma Procesal Penal la DPP cumple un rol clave como contrapeso al MP, y resulta que en el diseño institucional se encuentra en una situación desmedrada frente al MP. Mientras el MP tiene un rango relevante en el diseño constitucional, la DPP depende de un Ministerio que ha ido perdiendo peso. Dentro de las adecuaciones que deben introducirse, la autonomía de la DPP es uno de los temas claves, siendo también la oportunidad de introducir ajustes y mejoras al funcionamiento de la misma DPP”.

**Ciro Colombara, abogado.**

“La ventaja de otorgar esta autonomía funcional a otros servicios del Estado es que en mi opinión, se legitiman de manera esencial ante la sociedad y en el caso de la Defensoría Pública, produce una verdadera igualdad de armas en el desarrollo del proceso penal y se antepone con mayor propiedad frente al inmenso poder que la ley asigna al Estado en la persecución penal”.

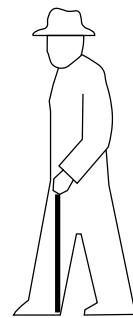
**Milton Juica, Presidente de la Corte Suprema.**

Si, en efecto la Defensoría Penal Pública debe gozar de autonomía, tal como ocurre con el Ministerio Público que se encuentra regulado a nivel constitucional y en virtud de su ley orgánica. Lo anterior, atendido que la introducción de esta institución, con tantos medios y facultades para llevar a cabo la investigación, suscita el reparo de que se verá completamente alterada la igualdad de derechos entre las partes en el juicio. En este sentido, es evidente la necesidad que el Estado financie también las posibilidades de defensa de los imputados, lo que supone que exista un organismo que al menos ejerza un contrapeso a la persecución penal y que proporcione una adecuada defensa técnica. De esta perspectiva, al existir esta diferencia, el correlato que demanda la doctrina entre los organismos encargados de la persecución y defensa en el proceso penal no existe, atendida la fortaleza con que se ha dotado al Ministerio Público, en detrimento de la defensoría penal. Es en virtud de tales antecedentes que resulta razonable postular idéntico tratamiento, garantizando en la carta fundamental la necesaria independencia y autonomía en el ámbito de la defensa. Todos estos organismos suponen actuaciones en el ámbito de la política criminal del Estado, y la legitimidad de sus planteamientos requiere de independencia y autonomía para las acciones concretas que realizan. En este contexto, se puede considerar negativamente, por ejemplo, la dependencia de otro órgano (como ocurre con el Ministerio de Justicia), que ha sido una fuente de entredichos entre las autoridades políticas y el Defensor Nacional, lo que reafirma que es aconsejable aplicar un modelo de independencia institucional como la forma más adecuada de relacionar a éste organismo con los demás poderes del Estado. En el ámbito legislativo, en el período recién pasado, recuerdo dos iniciativas que apuntan en ese sentido (impulsadas por el prof. Bustos), la primera de naturaleza constitucional pretende incorporar a la Defensoría Penal como órgano autónomo con rango constitucional, como correlato a la situación del Ministerio Público, y otra de naturaleza legal modificativa de la ley N° 19.718 que incorpora en el art. 1° la autonomía de la Defensoría Penal Pública con el objetivo de corregir este desequilibrio institucional.

**Marcelo Díaz, diputado.**

“Soy partidario de la independencia de la Defensoría Penal Pública por razones de paridad con la Fiscalía Nacional y porque, establecido que puede haber, y de hecho hay, discrepancias a veces importantes en materia de políticas penales entre el Poder Ejecutivo y la Defensoría Penal Pública, ésta no puede depender de aquél. La falta de autonomía de la Defensoría Penal, además, no condice con la intervención que le corresponde en la defensa de imputados que puedan tener cargos contra Gendarmería, servicio éste que depende del Ministerio de Justicia”.

**Agustín Squella, abogado.**



“Sí, creo que la DPP debiera ser autónoma y sujeta a altos estándares de eficiencia. La ausencia de autonomía de la DPP constituye una asimetría que es necesario reparar legislativamente, pero para ello se requiere iniciativa del Ejecutivo”.

**Jorge Burgos, diputado.**

“Estoy absolutamente de acuerdo con la autonomía de la Defensoría Penal. Creo que sobre todo mirado desde el punto de vista de las personas grave y seriamente excluidas y que están fuertemente estigmatizadas. Ellos son ciudadanos dignos de derechos y lo que requieren y demandan, sobre todo frente a la acción punitiva del Estado, es contar con representantes y espe daderamente ser voceeros fundamentales de la realidad que le toca vivir a personas que por distintas razones entran en conflicto con el Estado, desde la perspectiva de la infracción a la ley penal. Adolescentes, adultos, hombres, mujeres y sobre todo, la vivencia miserable de los sistemas de sanción y castigo, como por ejemplo las cárceles públicas. Creo que, en ese sentido, hace falta de manera extraordinaria el poder equilibrar el derecho, para cambiar también las representaciones sociales, que se han construido a lo largo de muchos años en este país, liderada fundamentalmente por un discurso desde la Fiscalía, argumentando el derecho absolutamente normal y lógico de las víctimas y absolutamente ausente un discurso con el mismo nivel de contundencia y libertad, de autonomía del poder ejecutivo, de los representantes de las personas que tienen graves dificultades. Y creo que ese es un eje fundamental en un Estado de derecho de una sociedad democrática moderna”.

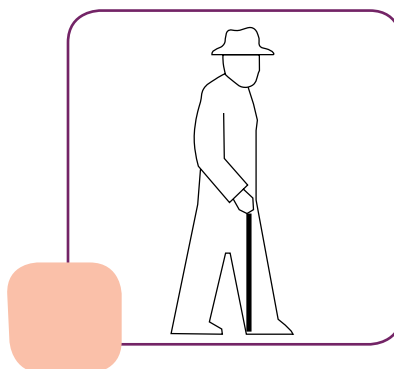
**Pablo Egenau, Fundación Paréntesis.**

“La defensa penal pública requiere un espacio de reconocimiento y consolidación que le permita cumplir su rol sin interferencias indebidas, que puedan conculcar su rol y funciones de representación. Ello debiera llevarnos a propiciarle un espacio relevante de autonomía en el sistema de competencias estatales, alejándola de los poderes Judicial y Ejecutivo, cuyos roles parecen colisionar frontalmente con las funciones de ésta y generan una competencia desleal por recursos que usualmente tienden a concentrarse en las funciones de persecución penal, como se comprueba empíricamente en nuestras democracias.

“Una defensa penal no autónoma supone también otros problemas potenciales, como el peligro de manipulación por parte de la autoridad de turno, para propender a una mala prestación de servicios de defensa penal en caso de tratarse de imputados vinculados a intereses políticos contrarios, o a restarle protagonismo propio en el debate público.

“La autonomía de la defensa penal pública enfrenta un riesgo adicional: la necesidad de generar un sistema que logre cautelar su institucionalidad y presupuesto frente a un Poder Legislativo muchas veces más interesado en restar recursos y potestades a los sistemas de defensa penal, por las conocidas presiones ciudadanas de combate a la delincuencia”.

**Rafael Blanco**



“Estoy de acuerdo con que la Defensoría Penal cuente con autonomía, disponiendo así de un estatus equivalente al del Ministerio Público. Lo anterior, por razones de sano equilibrio de nuestra institucionalidad penal y adicionalmente, para garantizar adecuadamente la independencia de un órgano así de relevante en nuestro sistema. Si bien la Defensoría Penal ha funcionado adecuadamente y sus desafíos inmediatos no parecen amagados por la falta de la mencionada autonomía, esta preocupación debiera incorporarse como parte de los perfeccionamientos y mejoras a consensuar en el mediano plazo”.

**Felipe Bulnes, Ministro de Justicia.**

“Yo creo que hay un argumento capital (a favor de la autonomía), que es lisa y llanamente jurídico, y es que cualquier defensor penal público es un abogado, y la abogacía es una función independiente. No puede estar sometida a control, a presión, a supervisión de ninguna especie, como no sean las exigencias legales y jurídicas -en general- de la defensa, y razones de ética profesional. Eso es capital. Si la defensa en juicio no es enteramente independiente, tampoco es defensa. Este es un argumento que cualquier jurista va a suscribir. Del mismo modo que un médico, al momento de intervenir, no va a hacerle caso a lo que le diga el director del hospital”.

**José Luis Guzmán, abogado y académico.**

“Sí, creo que la Defensoría Penal Pública debiera tener autonomía en su gestión técnica. Las razones son varias. En primer lugar, para cumplir adecuadamente su labor dentro del sistema de justicia penal, es recomendable que fije sus políticas sobre la base de criterios puramente técnicos y no políticos, como se produce hoy día por la subordinación al Ministerio de Justicia. En segundo lugar, debe ser un actor relevante en la discusión legislativa de política criminal, sea que se trate de temas sustantivos o adjetivos, para lo cual debe contar con la autonomía suficiente de las autoridades que generan estas políticas, de lo contrario se opina con sordina y se impide enriquecer el debate con la gran experiencia de la institución y sus miembros. Por último, se requiere autonomía institucional para participar en los debates ante la opinión pública frente a temas de justicia criminal, cuestión fundamental para evitar que criterios puramente represivos se instalen en los medios de comunicación y, consecuentemente, en la ciudadanía”.

**Juan Pablo Hermosilla, abogado.**

JALIÓN

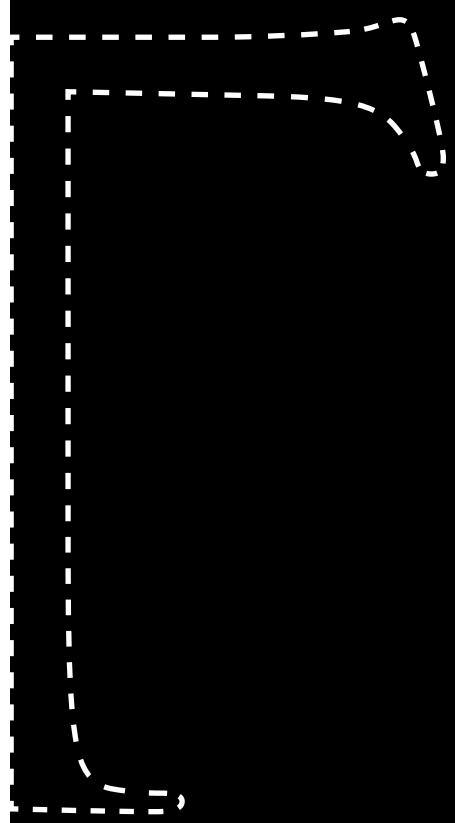
# “LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA: GARANTÍA DEL DERECHO A DEFENSA”

**Por Marianella Gutiérrez C.**  
**Unidad de Asesoría Jurídica**  
**Defensoría Nacional**

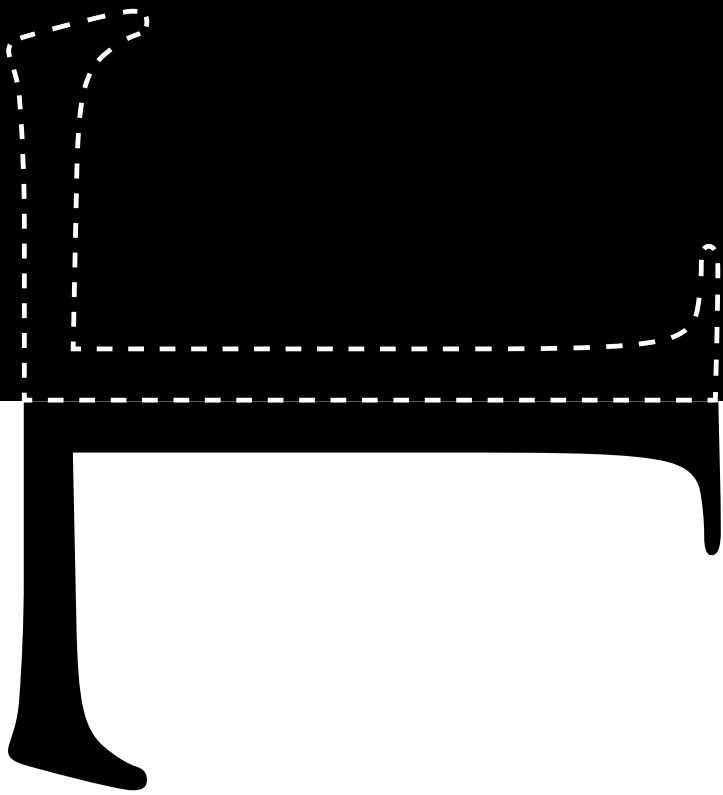
**Fernando Abarca C.**  
**Jefe Unidad de Asesoría Jurídica**  
**Defensoría Nacional**

Durante los últimos días hemos sido conmovidos testigos de la crisis humanitaria generada a raíz del terremoto que el 27 de febrero recién pasado, afectó a la zona Centro Sur de nuestro país, arrasando poblados completos y evidenciando que los derechos de las personas que vivían en esos lugares y que son, en estos momentos, de las más vulnerables de nuestra sociedad, se encuentran en serio riesgo y requieren ser priorizados. Como país, sin embargo, no debíamos necesitar un remezón de la naturaleza, para tomar conciencia de la dignidad del individuo y la necesidad constante, de propender a la protección y garantía de sus derechos fundamentales por parte del Estado. El derecho a la vida; a la integridad física y psíquica; a la seguridad individual; y a la protección de la salud, entre otros, son garantías constitucionales y derechos humanos que en este momento constituyen una preocupación esencial, no sólo del Gobierno, sino que de una serie de organismos no gubernamentales que se encuentran trabajando en este tema a raíz de la situación de emergencia.

Junto con constituir una garantía sensible y muy vigente durante estos días, el derecho a defensa, pilar fundamental del debido proceso, debe ser asegurado y ejercido por una institución que represente y respalde a todas aquellas personas que, careciendo de recursos económicos, sean sujetos de persecución criminal, institucionalidad a la que se garantice a su vez, la independencia de sus acciones, decisiones y la priorización de su actuar. En este sentido, cobra especial importancia el debate abierto sobre la autonomía de la Defensoría Penal Pública, y la necesidad de su reconocimiento en nuestra Carta Fundamental. No basta que sea un servicio autónomo, consagrado en la ley como fun-







cionalmente descentralizado, pero al fin relacionado al Poder Ejecutivo, formando parte integrante de la organización de la Administración y lógicamente supeditado a su supervigilancia y a los cambios en las orientaciones para gobernar. Este estatuto no representa un avance respecto de la situación actual de la Defensoría Penal Pública, ya que nuestro ordenamiento legal asimila dicha condición a la de un servicio descentralizado, que no deja de estar dentro de la estructura de gobierno. De ahí que la necesidad de una autonomía constitucional sea vital en un Estado de Derecho democrático y moderno, que garantice el debido proceso de sus ciudadanos, cuyo sistema procesal penal resguarde la igualdad de condiciones de las partes intervinientes, otorgando una real independencia del poder político, no sólo a la institución encargada de la persecución criminal, cuya autonomía ha sido expresamente consagrada en uno de los capítulos de la Constitución, sino que también a su contraparte, en el proceso penal, que ejerce la defensa del individuo.

Actualmente la Defensoría, conforme a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y a su normativa orgánica, Ley N° 19.718, es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y no sometido a un vínculo jerárquico con la Administración, pero sí a una relación de supervigilancia con ella a través del Ministerio de Justicia. Lo anterior, si bien le otorga un grado de independencia, siempre se encuentra condicionado, entre otros aspectos, a su naturaleza legal, la que es susceptible de limitaciones sin necesidad de contar con un amplio consenso político, lo que refleja otra razón para consagrar constitucionalmente su autonomía, por cuanto se trata de un estatuto jurídico que entrega especial estabilidad y cuya modificación requiere el más amplio consenso político de una sociedad democrá-

tica. Dicho estatuto dota al órgano del poder para actuar en el contexto político y social en que se sitúa, sin otra consideración que el cumplimiento del mandato social que se le ha encomendado.

Los organismos constitucionalmente autónomos son entidades de la más variada índole, que no dependen ni se vinculan con los Poderes del Estado, en relación de supervigilancia o control, sino que se encuentran sometidos directamente a la Constitución Política de la República y a la normativa orgánica que regula su creación y funciones, y cuentan con atribuciones para autodeterminarse.

Como podemos ver, los órganos constitucionalmente autónomos, son depositarios de una importante cuota de poder, de ahí la necesidad que su generación cuente con un amplio acuerdo de la sociedad, que se plasmará en el alcance que tenga su consagración constitucional, siendo mínimos requeridos que la Constitución dibuje una básica estructura orgánica, delimite su campo de acción, defina mecanismos de generación y remoción de sus autoridades, acotada ésta al incumplimiento del mandato que la propia Constitución le entregue.

La autonomía permitiría a la Defensoría un más amplio y libre ejercicio del derecho a defensa, el que hasta ahora no se ha visto limitado, sino que sólo por la conciencia de la ubicación del Servicio en la administración del Estado, pero el riesgo es latente. La autonomía no sólo debe alcanzar el ejercicio jurisdiccional, sino que en un sentido amplio, permitir el ejercicio del derecho a defensa ante quienes sea necesario, sin limitaciones, sin más consideraciones que el respeto de los derechos y garantías que la Constitución y las leyes entregan a todos y todas, y contra quien sea que los vulnere, cumpliendo de este modo el mandato

constitucional de otorgar defensa penal a quienes no pueden proveérsela.

Conjuntamente con la consagración constitucional de la autonomía, es necesario revisar la estructura orgánica de la Defensoría Penal Pública de modo que responda a su condición de órgano autónomo, con un grado de flexibilidad que permita su adecuación a los cambios normativos que hacen necesaria la especialización en la prestación de defensa en el ámbito penal, permitiendo una óptima gestión de su objeto institucional, en un modelo mixto de defensa, hasta ahora exitoso, con la externalización de una parte de los servicios que entrega la institución, conservando la superintendencia en la calidad de la prestación, un fuerte rol fiscalizador en su desarrollo y la incorporación de mecanismos que garanticen la competencia de los privados que intervienen en la prestación de defensa. Conjuntamente con lo anterior la condición de órgano autónomo requiere nuevas instancias de control y auditoría interna y un desarrollo de la capacidad de auto-gestión presupuestaria.

Otros ámbitos que a nuestro juicio requiere revisión son, por una parte, la configuración de los consejos participes del proceso de licitaciones o concesión de los servicios de defensa penal, incluyendo una redefinición de sus funciones, con énfasis en la calidad de la defensa que se licita, y la existencia de mayor competencia. Por otra parte se requiere contemplar un sistema de designación de las máximas autoridades de la Defensoría, debiendo a nuestro juicio existir un mecanismo mixto de designación del Defensor Nacional, en el cual la selección sea efectuado por un órgano externo, y su designación hecha por el Senado a propuesta del Presidente de la República. A su vez debería también contemplarse un mecanismo concursal, igualmente llevado a efecto por un ente externo, para el caso de los Defensores Regionales. Autori-

dades respecto de las que debe existir la posibilidad de hacer efectiva su responsabilidad política, independiente de su responsabilidad administrativa.

En este sentido encontramos una iniciativa legal que apunta en la dirección previamente descrita en este artículo, presentada por la senadora Soledad Alvear en el año 2006, la cual consagra la autonomía constitucional de la Defensoría como institución. Sin embargo creemos necesario, además, que sea la propia Carta Fundamental la que consagre ciertos mínimos de la estructura orgánica y un refuerzo a la independencia de quienes sirven la función, por cuanto ello fortalece el carácter autónomo y la independencia en el accionar.

Existe también otra iniciativa legal, contenida en el boletín 4500 – 2007, que tiene como autores a un grupo de diputados, que propone la incorporación de una autonomía expresa de rango legal, estatus que a nuestro juicio no es garantía de autonomía frente a los órganos del Estado, especialmente la administración, y que, como ya se señalara, no representa una diferencia con lo existente en la actualidad, pero si es relevante destacar la voluntad política de avanzar en una fórmula que entregue autonomía a la Defensoría.

La autonomía constitucional de la institución es, en definitiva, un pilar fundamental para el cumplimiento cabal del mandato constitucional de otorgar defensa penal, de resguardar el debido proceso, y un paso adelante en el respeto de los derechos fundamentales en un Estado democrático, en el que la persona es el centro de su actuar.

## “INDEPENDENCIA DE LA DEFENSA PÚBLICA: GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.”

Por Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos



La “Defensa Pública” así, a simple lectura, con frecuencia genera conceptos contradictorios, complementarios o imprecisiones que es importante aclarar para comprender su sentido de servicio público, de autonomía y de respaldo a la democracia.

Desde un punto de vista técnico institucional, la Defensa Pública es un ente del Estado que organiza el servicio público y gratuito para la defensa de los derechos de las personas acusadas de delito. De manera más amplia, comprende a los servicios legales y de asesoría jurídica gratuita para personas en condición de vulnerabilidad y de escasos recursos económicos que necesitan de representación judicial en materias sensibles como derecho de familia, derecho laboral, derecho constitucional. La Defensa Pública depende su competencia del marco jurídico en cada país, pero hoy, las 100 Reglas de Brasilia son referente importante para el acceso y representación de la ciudadanía ante la justicia en nuestras democracias.

En el contexto actual hoy se señala equivocadamente a la Defensa Pública como la entidad que “solo defiende delincuentes”. No responderé a esa errónea visión. Lo que quiero destacar es el papel de la Defensa Pública en la democracia y en el servicio imprescindible para más de 250 millones de personas en las Américas que no tienen como pagar servicios legales ante la administración de justicia. En primer lugar, hay que señalar que la Defensa Pública es garantía de derechos humanos de todas las personas involucradas en un proceso penal –en principio- o en procesos de otra naturaleza judicial cuando así se le ha dado competencia.

En serio, la Defensa Pública es garante de los derechos de defensa en juicio de personas acusadas de delito, pero también es contralora y contrapeso de la institucionalidad, transparencia e independencia que debe caracterizar el acceso y la realización de la justicia en balance

# TERRITORIALIDAD



oportuno con la función del Ministerio Público (Fiscalía) en su tarea de persecución del delito.

Quiero decir que tan importante es que el Ministerio Público tenga los instrumentos legales y los recursos financieros y humanos y, especialmente una independencia garantizada, como que la Defensa Pública cuente con esas mismas herramientas y autonomía para que haya balance y contrapeso en la investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos en el marco de un debido proceso legal.

La independencia de ambas instituciones representa, finalmente, una garantía vital para que un Estado de Derecho funcione sobre la base de la seguridad jurídica, la confianza y la credibilidad de sus operadores de justicia, así como de todo el sistema judicial.

## ***El papel de la Defensa Pública***

La Defensa Pública materializa e institucionaliza el derecho humano de defensa y de otras garantías judiciales de las personas acusadas de delito; derechos que están incorporados en todas las Constituciones Políticas y Códigos Procesales Penales y que es una obligación internacional de los Estados en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Durante el proceso, de acuerdo a esta obligación del Estado, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, y recalco que tiene “el derecho irrenunciable” de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Es ante las instancias judiciales que los derechos humanos se reconocen y son tutelados. Hoy no hay progreso ni avance democrático si no se asegura las garantías judiciales de la ciudadanía, sobre todo de la ciudadanía más desprotegida y en condición de pobreza en la región.



En los procesos de reforma penal latinoamericana, al atribuírsele a los Ministerios Públicos un papel protagónico en la persecución e investigación de delitos, las Defensas Públicas han quedado más rezagadas presupuestariamente, lo que afecta su independencia, cuando no, genera un desequilibrio en el principio de “igualdad de armas procesales”. A tal factor económico se suma que a algunas Defensorías Públicas se les ha recargado con funciones de asesoría y defensa a personas de escasos recursos en otras materias más allá de lo penal, sin la dotación de recursos adicionales suficientes, lo cual debilita el objeto natural de sus mandatos en la defensa penal gratuita.

Lo anterior, nos lleva a pensar en los distintos modelos de Defensa Pública que existen en los países de la región, donde no hay una propuesta única. En términos generales y pensando en forma abstracta, lo idóneo sería que la Defensa Pública sea una institución autónoma e independiente, incluso del Poder Judicial, tal y como ocurre en Guatemala con el Instituto para la Defensa Pública Penal. En otros países, la Defensa Pública está adscrita al Ministerio Público o a la Procuraduría General y en otros casos, como en Costa Rica, la Defensa Pública hace parte del Poder Judicial.

Con independencia del modelo seguido, la independencia de la Defensa Pública se ejerce como una institución que controla o combate el abuso de poder desde la administración de justicia penal por medio de la observancia de garantías como la correcta fundamentación de las decisiones y resoluciones judiciales, el correcto uso de la prisión preventiva, el respeto a los plazos procesales, el desahogo y valoración de la prueba legítima y todas aquellas condiciones que hacen parte del ejercicio del derecho a la defensa en juicio desde una tarea técnica oportuna, permanente y eficaz.

Así, la independencia de la Defensa Pública debe garantizarse con el cumplimiento de los siguientes parámetros y criterios:

- Que se le dote de un presupuesto suficiente para garantizar que sus servicios gratuitos técnicos sean oportunos, permanentes y eficaces.
- Que exista carrera profesional garantizada.
- Que los nombramientos de sus funcionarios recaigan sobre la Dirección de la Defensa Pública y no por el Poder Judicial o por influencia o intervención de ese Poder o de otras autoridades públicas.
- Que exista un sistema disciplinario independiente y respetuoso de los derechos laborales y del debido proceso.
- Que sean suficientes las y los funcionarios y la disponibilidad de recur-



Los materiales para la cobertura nacional eficaz y diferenciada acorde con las características regionales del país.

Además de esos referentes institucionales, la independencia de la Defensa Pública debe trasladarse al perfil profesional y ético de cada uno de sus defensores y defensoras, los cuales deben también tener un margen de independencia y autonomía para actuar en el diseño de su estrategia jurídica de defensa y en la forma de ejercerla con base en su experticia y margen de discrecionalidad en cada caso concreto. Para esos efectos, estos funcionarios y funcionarias deben tener una formación y sensibilidad con vocación de servicio público, pero además, deben ejercer ese servicio con base en las siguientes características:

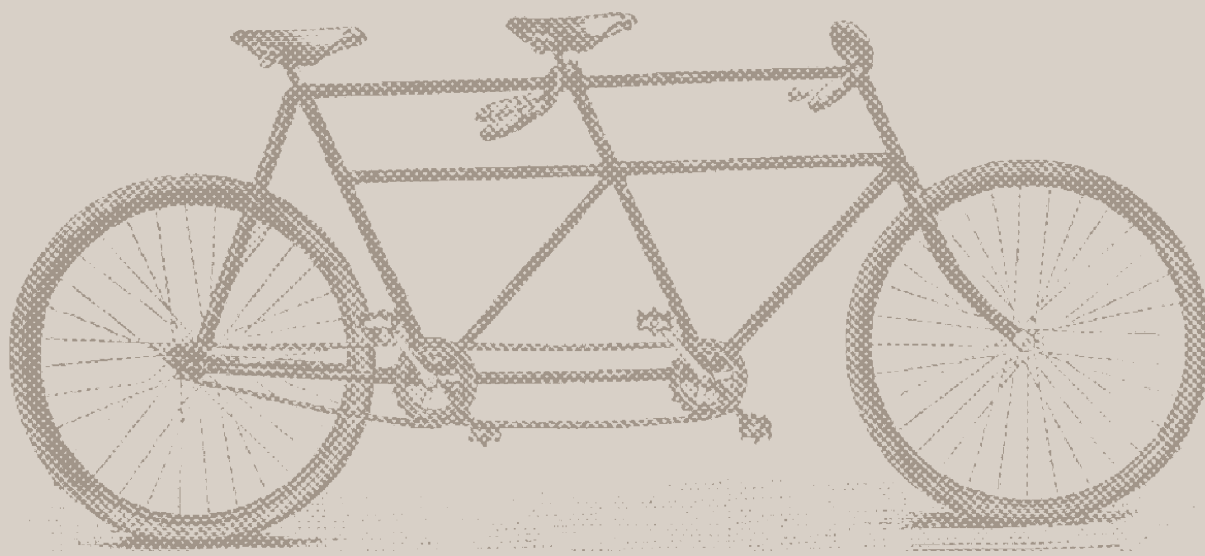
- Respeto por los derechos humanos del imputado y de las víctimas;
- Marco de confidencialidad y transparencia entre el imputado y su defensor o defensora;
- Ejercicio oportuno y eficaz de todos los recursos legales que permite la ley, incluyendo opciones subsidiarias ante sistemas internacionales de protección de los derechos humanos;
- Capacitación y actualización profesional de manera sostenida;
- Probidad;
- Gratuidad del servicio;

-Independencia de criterio técnico y funcional salvo en materia de seguimiento de instrucciones generales que no invadan decisiones técnicas y apropiadas para la mejor defensa del caso en trámite;

-Libertad de expresión y asociación;

-Rendición de cuentas en casos en que se deba analizar actuaciones procesales o legales que ameriten explicación o justificación de acciones u omisiones que pudieran afectar el derecho de defensa del imputado.

La CIDH le pidió a la Corte IDH opinión en función consultiva sobre la relación entre el acceso al ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto de San José y la erosión de la democracia cuando por la falta de recursos económicos y la falta de oportunidades a la ciudadanía en condición de indigencia le impiden garantizar sus derechos y defender libertades. En el fondo de la OC 11, la Corte IDH adelantó el valor y el sentido de función autónoma de la Defensa Pública como servicio esencial a la democracia ante las crecientes desigualdades sociales que tienden a la alza en los países de las Américas.



# Tabla de Emplazamiento

*PARA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, LA AUTONOMÍA ES BASTANTE MÁS QUE UN DISCURSO O UNA INTERPELACIÓN. ES UNA NECESIDAD CONCRETA, CON IMPLICANCIAS PRÁCTICAS Y MUY REALES PARA NUESTROS USUARIOS: ¿CUÁNTO SE AFECTAN LOS DERECHOS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE UNA PERSONA CONDENADA Y QUIÉN PUEDE DEFENDERLA? ¿POR QUÉ PARECIERA QUE SÓLO UN ABOGADO PARTICULAR PUEDE REPRESENTAR A ALGUIEN QUE DENUNCIA AL ESTADO ANTE LA INSTITUCIONALIDAD INTERNACIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS? ¿QUÉ CONFLICTO PUEDE PRODUCIRSE SI LA DPP DEFIENDE A UN ADOLESCENTE AFECTADO POR LA ACCIÓN U OMISIÓN DE OTRO SERVICIO DEL ESTADO? ¿QUÉ OCURRE SI EN EL DEBATE PARLAMENTARIO O MEDIÁTICO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS LA VOZ DE LA DEFENSORÍA NO APARECE O NO ES ESCUCHADA?*

*PREGUNTAS FUNDAMENTALES, TAJANTES, ESENCIALES AL EQUILIBRIO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO. PREGUNTAS QUE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA EMPIEZA A RESPONDER CUANDO HABLA DE AUTONOMÍA.*



# 1 DECISIONES AUTÓNOMAS EN LA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Por Alicia Salinero R.

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

No obstante establecer nuestra legislación que el condenado privado de libertad mantiene el mismo estatuto jurídico que un ciudadano libre - con la sola excepción de los derechos perdidos o limitados por su Condena<sup>1</sup> - principalmente la libertad personal, lo cierto es que la privación de libertad importa la afectación de otros derechos, entre ellos el de acceso a los tribunales de justicia para obtener una decisión motivada e imparcial, esto es, sujeta exclusivamente a criterios jurídicos<sup>2</sup>.

Nuestra Constitución Política de la República (CPR) establece en su artículo 76 inc. 1 que la facultad de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por ley, entregándole dicha facultad, en lo que a la ejecución de sentencias penales se refiere, a los Juzgados de Garantía (JG)<sup>3</sup>.

Ante este panorama podríamos llegar a afirmar que el derecho a tutela judicial efectiva y a una decisión imparcial proveniente de un órgano autónomo recibe pleno reconocimiento y aplicación en nuestro sistema penitenciario. Pero si observamos con mayor detenimiento la multiplicidad de normas que regulan la ejecución de las penas, nos podremos dar cuenta que la competencia judicial, en lo que al reconocimiento de derechos penitenciarios se refiere, queda reducida a una mínima parte.

Dichos cuerpos normativos no sólo fijan los requisitos, oportunidad y procedimientos para hacer valer aquellos derechos, sino que también

la autoridad facultada para reconocer o negar las pretensiones hechas valer por el condenado preso. Gendarmería de Chile, comisiones especiales de integración mixta y el Ministerio de Justicia son las autoridades llamadas a decidir sobre peticiones tales como permisos de salida, libertad condicional o rebaja de condena<sup>4</sup>.

Así, el reconocimiento del derecho de todo condenado a cumplir el resto o saldo de su condena en libertad (libertad condicional) o de reducir el tiempo de la condena de privación de libertad sobre la base de la demostración de un comportamiento sobresaliente durante su cumplimiento efectivo (reducción de condena) queda entregado, en el primer caso, a la apreciación del tribunal de conducta del establecimiento penal respectivo, de la comisión de libertad condicional<sup>5</sup> y de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia (Seremi) y, en el segundo caso, de Gendarmería de Chile, de la comisión de Beneficio de reducción de condena<sup>6</sup> y del Ministerio de Justicia. Cada uno de estos intervinientes actúa en etapas distintas, seleccionando a los solicitantes.<sup>7</sup>

1 Art. 2 D.S. N° 518/1998 Reglamento establecimientos penitenciarios. Tamarit Sumalla, J./García Albero, R./Rodríguez Puerta, M./Sapena Grau, F.: "Cursos de derecho penitenciario" (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005) p.307.

2 La Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile, señala en su artículo 8 que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

3 Artículos 14 letra f) y 113 inc. 2 Código Orgánico de Tribunales.

4 Todas estas instituciones se conocen como "beneficios intrapenitenciarios" y su finalidad, tanto en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el derecho comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos, no es otra que la reinserción social del condenado, vale decir que éste, una vez cumplida su condena y ya en libertad, tenga la voluntad y la capacidad de llevar adelante su vida sin infracciones penales.

5 El Art. 4 del D.F.L. N° 321 sobre libertad condicional señala que esta comisión estará integrada por los funcionarios que constituyan la visita de cárcel y dos jueces de Juzgados de garantía o de tribunales de juicio oral en lo penal.

6 El Art. 10 de la Ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta, establece que dicha comisión estará integrada por un ministro de Corte de Apelaciones, tres jueces de letras con competencia en materia criminal o miembros de tribunal del juicio oral en lo penal y un abogado y dos peritos nombrados por el Ministerio de Justicia.

7 En la práctica, cada uno de ellos actúa como un "colador", de manera tal que el número respecto del cual se pronuncia la autoridad que adopta la decisión final es considerablemente inferior al número de solicitantes iniciales. Sólo como ejemplo, en el proceso de libertad condicional correspondiente al período octubre 2009 que se llevó a cabo en la ciudad de La Serena, de los 535 condenados propuestos por los Tribunales de conducta respectivos, la comisión de libertad condicional aprobó sólo a 17. El pronunciamiento de la Seremi sobre esos 17 casos se encuentra, hasta la fecha, pendiente.



Finalmente, en lo que dice relación con los permisos de salida<sup>8</sup>, éstos son otorgados y revocados por la autoridad penitenciaria, específicamente por el jefe del establecimiento penal, con participación del Consejo Técnico<sup>9</sup>.

Tenemos entonces, como señaláramos, que no obstante existir un mandato constitucional que sienta el carácter jurisdiccional de la ejecución de las penas, la mayor competencia en materia penitenciaria no queda entregada a los jueces<sup>10</sup>.

¿Cuál es la realidad jurídica en el ámbito comparado? Las legislaciones comparadas penitenciarias ofrecen sistemas que van desde un juez de ejecución que sólo fiscaliza la legalidad de las resoluciones de la autoridad administrativa, sin tomar parte en ellas<sup>11</sup>, hasta sistemas en los cuales el juez de ejecución se pronuncia directamente sobre las peticiones de los reclusos<sup>12</sup>.

Ahora bien, ¿qué caracteriza la función jurisdiccional de aquellos? Uno de los principios fundamentales para un adecuado ejercicio de la judicatura es el de independencia o autonomía. Si el juez no está libre de cualquier interferencia o presión exterior no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley. La independencia, desde sus tres aristas orgánica, funcional y personal, asegura que quien tome la decisión no esté sometido a presiones e interferencias indebidas. Por ello, no puede existir una relación de dependencia jerárquica entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado, ni una intromisión por parte de éstos de cualquier forma en el desempeño del cometido que se le ha confiado. El juez, finalmente, en el ejercicio de su función, no puede estar sometido a influencias extrañas, tanto si provienen del gobierno, del parlamento, del electorado o de la opinión pública<sup>13</sup>.

La independencia se traduce así en un presupuesto ineludible/funda-

mental de la imparcialidad del ente en la toma de sus decisiones. No obstante ello, quienes actualmente toman las decisiones que afectan los derechos de las personas condenadas privadas de libertad no gozan de esta autonomía. Orgánicamente se trata, como hemos visto, de servicios dependientes del Ministerio de Justicia, como lo es Gendarmería de Chile, o representantes del mismo ministerio en la región, como es el caso de las Seremis, las que además, actúan como colaboradores directos de autoridades políticas que son funcionarios de confianza del Presidente de la República<sup>14</sup>.

Que el otorgamiento de beneficios intrapenitenciarios y, en general, el conocimiento y resolución de las solicitudes y reclamos que puedan presentarse durante la etapa de cumplimiento de las penas quede entregado a un ente jurisdiccional (juez de ejecución de penas) no es más que la materialización a de uno de los objetivos principales de la separación de poderes públicos: la garantía de la independencia de los jueces y, con ello, de la imparcialidad de sus decisiones, en el sentido de actuar libre de todo prejuicio, sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho.<sup>15</sup>

La inamovilidad de los miembros del poder judicial y los mecanismos para inhabilitar a aquellos que tienen algún interés en el asunto (implicancias y recusaciones) permiten proteger a éstos de posibles influencias o restricciones indebidas en el ejercicio de su función. ¿Podemos sostener aquello respecto de un ministerio o de una Seremi, cuya función es llevar a cabo lineamientos políticos de gobierno? Pareciera difícil poder afirmar, en estos casos, aquella autonomía que garantiza un accionar no coyuntural y menos ideológico, basado en ciertos elementos reflexivos y de argumentación técnica, imprescindible en un Estado democrático de derecho, cuando del resguardo de los derechos fundamentales se trata.

Por ello, sólo queda concluir la necesidad de contar con un organismo autónomo. La figura de un juez de ejecución de penas, encargado de resolver éstas y otras peticiones propias del ámbito penitenciario, no sólo permitiría afirmar dicha independencia e imparcialidad y así asegurar la debida protección de los derechos de todos los condenados, sino que también concluir con un proceso de reforma de la justicia criminal, que puso énfasis en el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos fundamentales de las personas, haciendo de este sistema un sistema más armónico y justo.

14 Véase Art. 16 D.L. N°575/1974 sobre regionalización del país.

15 Ponencia del profesor Oswaldo R. Ruiz Chiriboga titulada "El derecho a la integridad personal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en el contexto del curso Fortalecimiento de las capacidades de los operadores de justicia en la protección de los derechos humanos (Chile), enero 2010.

8 Los permisos de salida se encuentran regulados en los Arts. 96 y ss. del D.S N° 518/1998 Reglamento de establecimientos penitenciarios.

9 El consejo técnico es un organismo colegiado asesor del alcaide principalmente en temas de reinserción social. Véanse Arts. 118 y ss. del D.S N° 518/1998 Reglamento de establecimientos penitenciarios.

10 Véase también el Art 3 D.L. N° 2859/1979 que fija la Ley orgánica de Gendarmería de Chile y Art. 9 D.L. N° 3346/1980 que fija el texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.

11 Este es el caso, por ejemplo, de la ley de ejecución alemana. Sin perjuicio de ello, es necesario señalar que el otorgamiento de la libertad condicional es una materia de competencia del juez de ejecución (*Strafvollstreckungskammer* según §462a (1) del Código Procesal Penal alemán) y que, por otra, la autoridad penitenciaria llamada a resolver las peticiones presentadas por los reclusos detenta, normalmente, el título de abogado.

12 Tamarit Sumalla y otros, op.cit. en n.1, pp.307 y 308. López, A./Machado, R.: "Análisis del régimen de ejecución penal" (Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004) pp.114 y 115.

13 Maturana, C. "Órganos Jurisdiccionales". Material editado para el curso de derecho procesal, Depto. Derecho Procesal, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2006, pag.25.



## 2 DERECHO A RECURRIR AL SISTEMA INTERAMERICANO

Por Pamela Pereira F.

Unidad de Corte Defensoría Nacional

El sistema interamericano es una expresión del desarrollo que ha tenido a través de la OEA la creación de una institucionalidad hemisférica para atender los problemas de violación a los derechos humanos.

Así, toda persona que es víctima de una violación a uno de sus derechos reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el sistema interamericano, puede acudir a las instancias correspondientes para que se determine la **“responsabilidad internacional del Estado”** que ha permitido o tolerado tal realidad por actuaciones u omisiones de sus agentes o funcionarios.

Después de la experiencia vivida en las décadas de los 60 a los 80, en que en la mayoría de los países centro y sudamericanos durante regímenes dictatoriales se verificaron políticas sistemáticas de violación a los derechos humanos - expresadas en conductas que se identifican como crímenes de lesa humanidad-, para muchos cuando se habla de violación a los derechos humanos se retrotrae su visión a esta problemática.

Con el retorno a las democracias esas práctica extremas se han erradicado, pero ello no significa que en los Estados actualmente no se presenten casos de violación a derechos reconocidos en los distintos instrumentos del sistema americano, que por cierto no tienen el carácter de sistemáticos ni son de la misma naturaleza y entidad de los ocurridos en dictadura.

Por la naturaleza de los hechos que deben abordarse, permanentemente el sistema penal se encuentra en tensión con el reclamo ciudadano de mayor represión al delito, lo que hace que la posibilidad de abusos y discriminaciones que conlleven a la violación de derechos humanos sí pueda producirse.

La realidad carcelaria de adultos y también de menores infractores nos muestra episodios de vulneración de derechos en que la responsabilidad del Estado se encuentra muy seriamente comprometida y tales realidades pueden ser llevadas para su conocimiento y adopción de

medidas a la Comisión de Derechos Humanos.

También, eventualmente, cuestiones que superan las posibilidades de ser resueltas por los tribunales y que dicen relación con el debido proceso, como el derecho a recurrir una sentencia penal respecto de la cual -por disposición de ley expresa- no se le permite a la persona afectada que su sentencia se revise, o cuando por razones de política criminal, al delito tentado se lo castiga por una ficción como consumado, con la consiguiente sanción penal excesiva. Son cuestiones, así como otras muchas, que caen en el ámbito de la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana.

Con toda legitimidad un imputado o condenado puede requerir del defensor que ejerza su derecho a recurrir al sistema interamericano, para que se determine la responsabilidad internacional del Estado en su caso, y de ese modo lograr se modifique la situación que lo afecta y eventualmente se lo repare. El ejercicio de ese derecho lo puede hacer asistido por un defensor penal público, toda vez que éstos por ley deben proporcionar defensa hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia.

Una interpretación limitativa del quehacer de los defensores penales públicos en cuanto a que no pueden, en los casos que proceda, defender a sus clientes en el contexto del sistema interamericano que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al tenor de lo dispuesto en el art. 5° de la Constitución Política, sería reservar solo para el ejercicio privado de la profesión el acceso de una persona a la Comisión y a la Corte Interamericana, desconociendo que ello constituye un derecho a recurrir del imputado o condenado, cualquiera sea su relación contractual con su defensor sea pública o privada.

Cabe tener presente que cuando Chile ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, el 8 de octubre de 1990, se reconoció de manera explícita como “obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, con una sola limitación en cuanto a que conocería de “hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación”



### 3 AUTONOMÍA Y DEFENSA DEL ADOLESCENTE CONDENADO

Por Gonzalo Berríos D.

Jefe Unidad Defensa Penal Juvenil

Defensoría Nacional

Una de las notas distintivas de la nueva justicia juvenil es su sistema de ejecución de sanciones. Y no sólo por la diversidad de penas previstas, las limitaciones al uso de la privación de libertad establecidas y la preeminencia de fines de integración social, sino fundamentalmente por considerar un régimen legal de protección de los derechos del adolescente condenado que otorga a los jueces de garantía un amplio poder para su resguardo, además de la competencia para revisar las penas y sancionar los quebrantamientos. Pese a sus insuficiencias, contar con esta “ejecución legalizada y judicializable” de las penas es un avance trascendental para el conjunto del sistema jurídico, cuyo efecto de irradiación sobre la justicia penal de adultos terminará por materializar su puesta al día.

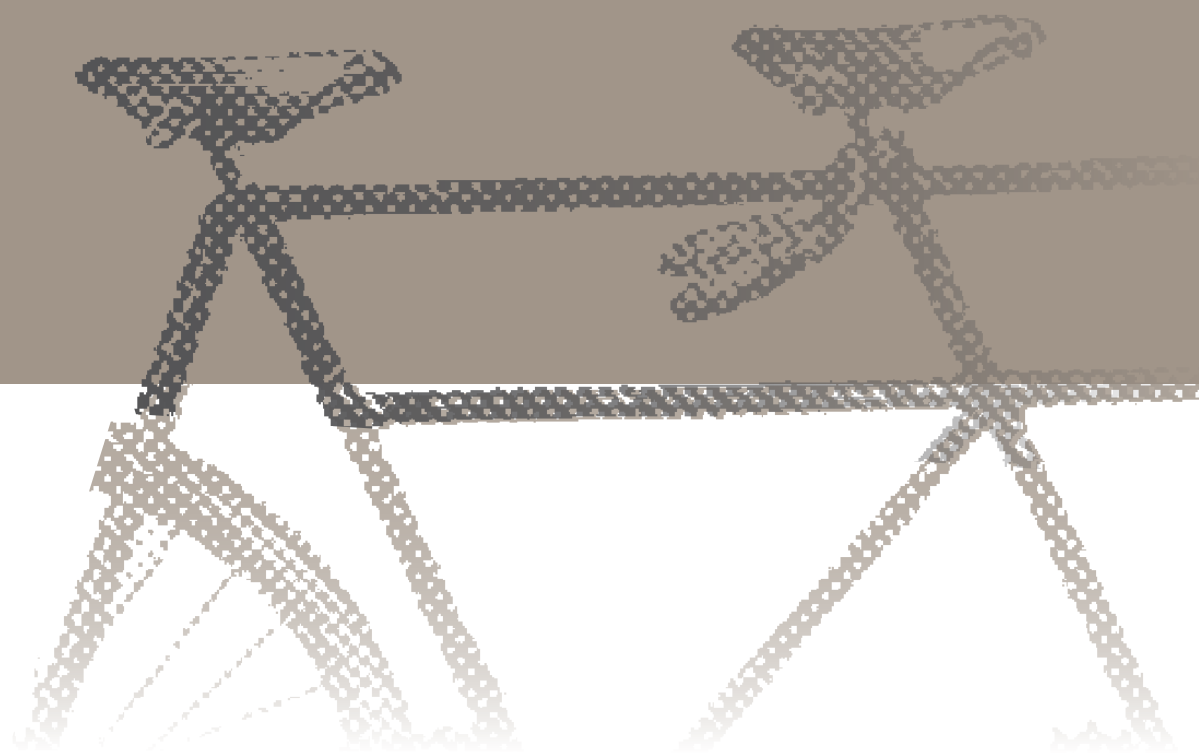
Dentro de los derechos del adolescente condenado se destacan los derechos: a ser tratado de manera que se proteja su desarrollo, dignidad e integración social; a solicitar la modificación de la condena que cumple; a contar con la asesoría permanente de un defensor, y a denunciar la amenaza o violación de sus derechos ante el juez de control de la ejecución. Este último derecho es especialmente relevante, ya que el juez puede adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar el respeto de la ley y proteger al adolescente de todo abuso o abandono en

la satisfacción de sus derechos humanos.

El derecho a la protección judicial presenta ciertas particularidades que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar cómo se asegurará su ejercicio. Primero, abarca y se refiere a todos los derechos sin excepción: desde la vida y la integridad personal hasta los derechos sociales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, por ejemplo, que el Estado tiene la obligación de proveer asistencia de salud y educación a los adolescentes presos, “para asegurarse así que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”<sup>1</sup>. Segundo, el ejercicio del derecho a la protección judicial, por lo general tendrá como antecedente algún acto u omisión de responsabilidad de las instituciones que ejecutan las sanciones juveniles: el Servicio Nacional de Menores o, en su caso, Gendarmería. Y tercero, porque con su ejercicio concreto se ponen al descubierto las debilidades o déficits del denunciado, provocando consecuencias negativas en diversos ámbitos, como el administrativo.

La defensa jurídica de los derechos del adolescente condenado y la exigencia de una tutela judicial efectiva frente a las vulneraciones de

<sup>1</sup> Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, párr. 161, sentencia de 2 de septiembre de 2004.



derechos que puedan afectarlo, constituye una labor principal e indeclinable de los defensores penales públicos. De esta responsabilidad se derivan algunos arreglos institucionales imprescindibles para garantizar plenamente, sin lugar a malos entendidos, un ejercicio oportuno e independiente de estos derechos.

Así, garantizar el derecho a defensa técnica del adolescente condenado implica que el Estado debe proveer los recursos necesarios para asumir este mandato legal. Una sobrecarga de trabajo de los defensores puede ser más decisiva que el aún débil apego de la cultura nacional con los derechos fundamentales, a la hora de no brindarse un amparo efectivo a los jóvenes sometidos a las instituciones de ejecución de sanciones. Sin “la garantía que torna operativas todas las demás” de ser asistido por un abogado defensor, la oportunidad que tiene un condenado de ver protegidos sus derechos por parte del tribunal disminuye a niveles inaceptables, pues si quienes carecen de abogado no reciben defensa penal pública para recurrir a la justicia, en los hechos se hace inviable la tutela judicial. Es la diferencia entre la mera proclamación del derecho y su efectividad.

Desde otra perspectiva, la experiencia ha confirmado el nexo indisoluble entre el fin del modelo tutelar y la vigencia del debido proceso y del

derecho de defensa. Pese a ser lo deseado, hacer efectiva una defensa judicial puede provocar “incomodidad” en los servicios de ejecución, sea que se objete un traslado a una sección juvenil o el uso de celdas de aislamiento, sea que se exija el derecho a recibir servicios educativos acordes con el nivel personal, generándose conflictos cuya resolución independiente debe asegurarse también en el diseño institucional, pues las relaciones con esos servicios son un dato fundamental a la hora de garantizar la igualdad dentro del sistema.

Una Defensoría Penal Pública autónoma, sin vínculos jerárquicos y presupuestarios comunes con quienes ejecutan las penas, y con recursos alineados a sus obligaciones legales, garantizaría plenamente el ejercicio de los derechos del adolescente condenado. Si la jurisprudencia nacional sobre derechos fundamentales además profundiza su desarrollo, el resguardo de tales derechos aumentará las posibilidades de integración social de los jóvenes, y entonces también será garantía de una mayor seguridad para todas las personas.

## 4 AUTONOMÍA: EL ADN DE LA DEFENSA

Por Francisco Geisse G.

Defensor Regional

Región de Los Lagos

La Defensoría Penal Pública ha alzado su voz en defensa de los derechos de los imputados. Lo hace en los tribunales con la intervención de sus defensores. En estrados su independencia está garantizada por la ley, la Constitución y los Tratados Internacionales.

Esta voz se ha expresado en la discusión pública sobre temas de seguridad ciudadana con la intensidad permitida por la coyuntura y la mayor o menor disposición de los medios de comunicación a difundirla. Sus opiniones pueden ser disidentes, pero siempre son funcionales al predominio de la cordura en un ámbito, el penal, en el que la sociedad puede imponer las más graves restricciones a los derechos fundamentales de las personas.

También, la Defensoría, se ha hecho presente en la discusión legislativa y ejemplo de ello fue el requerimiento de su opinión sobre el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente o en el debate sobre la denominada Agenda Corta de enmiendas al procedimiento penal reformado.

¿Pero lo hace –o lo puede hacer– con la fuerza y el volumen que debería corresponder a la institución que representa a más del 95 por ciento de los imputados del sistema? Sabemos que éste no es un puñado de delincuentes o un número insignificante de marginados de la sociedad. Si de cifras se trata, basta con mencionar que sus defensores han representado en nueve años de reforma a casi el seis por ciento del total de la población del país.

A nuestro juicio, este necesario volumen se ve moderado –sino dismi-

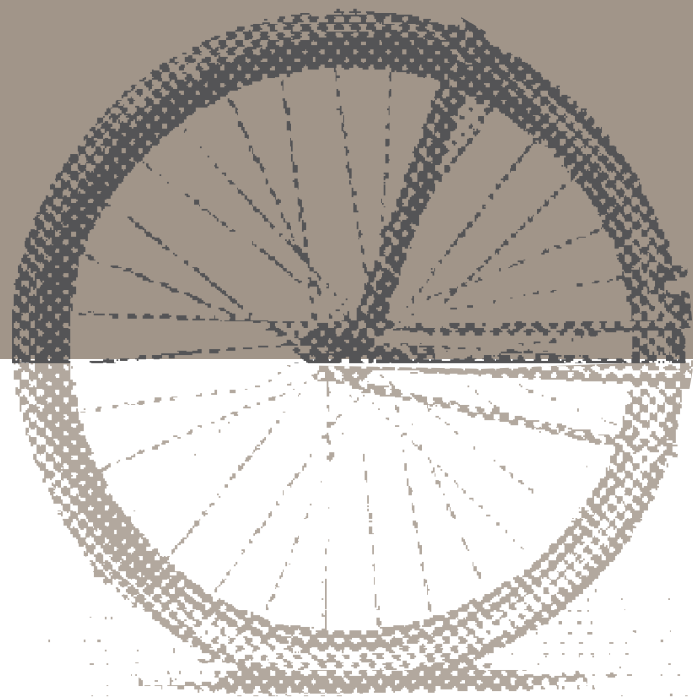
nuido– por el status de servicio público jerárquicamente dependiente de las autoridades de gobierno que tiene la Defensoría Penal Pública. O dicho con otras palabras: su opinión se vería sin duda fortalecida y gozaría de mayor autoridad ante los legisladores si contara con una autonomía normativamente consolidada.

En los casos mencionados -y también en otros- sus reparos muchas veces se vieron neutralizados y opacados ante la opinión del superior jerárquico. Y en otras ocasiones ni siquiera ha sido convocada al debate de materias que sin duda afectan el desempeño de su misión.

Un claro e importante ejemplo de ello fue la tramitación legislativa de la ley que creó el Sistema Nacional de Registros de ADN, una base de datos genéticos cuyos cinco registros están integrados por las huellas genéticas de condenados, imputados, víctimas, desaparecidos y sus familiares y aquellas que se hubieren obtenido en el curso de una investigación criminal y que correspondieren a personas no identificadas.

El proyecto fue enviado al Congreso Nacional en enero de 2002, como parte de un conjunto de medidas planteadas por el Ejecutivo en respuesta a la inquietud ciudadana por acontecimientos criminales ocurridos en esa época en la localidad de Alto Hospicio. Su discusión se extendió por casi dos años y el texto legal fue publicado en octubre de 2004. Pero su vigencia quedó supeditada a la dictación de su reglamento, lo que tardó cuatro años.

No era para menos. Se trataba de un tema complejo y de difícil regula-



ción y organización. Se escuchó y recabó la opinión de diversas instituciones, autoridades y expertos, incluyendo por supuesto al Ministerio de Justicia, el Servicio Médico Legal, la Policía de Investigaciones y también el Instituto Chileno de Derecho Procesal, la Sociedad de Biología Celular y expertos de diversas universidades.

La creación de estos registros significaba limitar o restringir derechos y garantías fundamentales de las personas cuyos datos se incorporaban. Y la gran mayoría de estas personas corresponde a quienes son representados en estrados por los defensores penales públicos. Lamentablemente, no fue requerida la opinión de la Defensoría Penal Pública durante el curso de tramitación legislativa de dicho proyecto de ley.

Era un tema y una discusión compleja, que planteaba todo tipo de dudas. Se trataba de datos sensibles, y así lo reconoció finalmente la ley. Se afectaban diversos derechos personales, como el de integridad corporal, trato digno, privacidad e intimidad, todos ellos amparados por nuestra Constitución. A ellos se agregaba el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, la facultad de decidir sobre la comunicación de situaciones referentes a la propia vida. Y por supuesto se planteó la discusión sobre la proporcionalidad de las restricciones que implica el registro en su relación con el fin que persigue, no suficientemente explicitado en la ley. También sobre la proporcionalidad del volumen y nivel de información genética que debía incorporarse y la mayor o menor amplitud y extensión del catálogo de delitos que permitirían la inclusión en los registros.

Muchas cuestiones han quedado pendientes y se han discutido en tribunales: La relación de sus disposiciones con las de la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada y la adecuada consideración como datos sensibles de las huellas genéticas; la eliminación y los plazos de eliminación de los datos de los registros y también de las muestras biológicas; el significado del carácter irrepitable de una muestra genética que justificaría su conservación por 30 años; la aplicación de la normativa procesal a la toma de muestras biológicas; y sin duda, el tema que mayor inquietud ha despertado es la incorporación de los adolescentes dentro del ámbito de aplicación de la ley.

No cabe duda que la participación de la Defensoría Penal Pública habría significado un aporte a la discusión legislativa de esta ley, también habría acrecentado su legitimidad, y tal vez, dicha voz habría sido escuchada en el nivel que corresponde si hubiera surgido de una institución autónoma del Estado.



## ▶ 5 LA IMPORTANCIA DE FORTALECER A PEPE GRILLO

**Por Leonardo Moreno H.**  
**Defensor Regional**  
**Región Metropolitana Norte**

Cuando en temas esencialmente debatibles comienza a conformarse un discurso monocolor, la opinión disidente adquiere especial relevancia, ya que en la práctica se puede transformar en una suerte de Pepe Grillo del cuerpo social. Durante la dictadura militar todos aquellos que los organismos de seguridad calificaran como comunistas lo fueran en realidad no pasaron a ser el enemigo público a perseguir, detener y eliminar. Sin dejar de condenar el abyecto trato dado a esas víctimas, poco se habla de las miles de personas que sin tener relación con acciones subversivas ni orgánicas políticas sufrieron amenazas, privación de libertad, tortura u otros apremios por algún error de apreciación de los expertos en represión.

La lucha contra ese enemigo público justificaba cualquier daño colateral, parecía ser la idea. Eran tiempos en que el respeto a los derechos de los seres humanos no estaba entre las prioridades más relevantes. Es frecuente que en momentos históricos en que impera el revanchismo y el mando se concentra en una sola mano, no exista un Pepe Grillo que llame a la cordura a los detentadores del poder. Las instituciones disidentes -salvo excepciones como la Iglesia- fueron disueltas. Y el Poder Judicial, tal como recientemente lo reconoció el Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica, en los delitos cometidos por el régimen optó por la obsecuencia y no por cumplir su misión de hacer justicia.

Hoy el enemigo público es el delincuente. Tal como antes, con el firme

compromiso de los medios de comunicación en esta lucha sin cuartel, la persecución se ha masificado y *«las grandes mayorías»* ya no quieren miramientos. No importa la envergadura del delito ni sus circunstancias. Tampoco valen las salidas alternativas que contempla el sistema cuando se trata de ilícitos de poca monta o de imputados primerizos: el único castigo satisfactorio es la cárcel. Tan extendida está la idea de que la solución del delito está esencialmente en la represión, que en los últimos años se han endurecido la leyes y se ha multiplicado el presupuesto público para construir más cárceles, tener más carabineros y más atribuciones para el aparato de persecución penal.

Hoy estamos en democracia y en este tema hay algunos Pepe Grillo. El Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), la fundación Paz Ciudadana y algunas ONG y centros de estudios universitarios. Pero desde el Estado, particularmente desde el Ejecutivo y desde el Congreso, el discurso a favor de la mano dura es casi unánime. Y digo casi, porque existe una excepción: la Defensoría Penal Pública.

A través de la prensa, ante las comisiones del Congreso, en seminarios académicos, y en todos los espacios donde la Defensoría puede expresar su opinión, la defensora nacional y los defensores regionales han expresado su opinión, refrendada por la experiencia mundial, en orden a que el endurecimiento del sistema no constituye ninguna solución

para el tema del delito, ya que no impide su comisión, dado que el castigo opera cuando el delito ya se ha cometido. Conocido es el riesgo de degradación criminógena de un condenado por un delito leve después de vivir la reclusión en una cárcel chilena. Hemos expresado, por ejemplo, reparos a la Agenda Corta, ya que sus precursores olvidan que esa norma que busca perjudicar al “delincuente”, por su carácter general, termina restringiendo las garantías de todos los ciudadanos. Las medidas inspiradas en la mano dura, abren nuevamente el sistema al “daño colateral”. Ahora un inocente tiene muchas más posibilidades de ser encarcelado si la mera prueba inicial -muchas veces precaria, incompleta o derechamente equivocada- genera en la fiscalía la impresión de culpabilidad. Hemos también representado que la prevención y la rehabilitación, que sí ayudan a impedir la comisión de nuevos delitos, no sólo deben estar presentes en los discursos, sino que también en las partidas presupuestarias, donde hoy se le asignan recursos casi simbólicos si se les compara con los crecientes fondos para las políticas de represión y control del delito.

Hoy también nos preocupa el tema del brazalete electrónico. Un recurso tecnológico que se está extendiendo en las fiscalías metropolitanas. Si bien puede ser una buena alternativa a la prisión preventiva, dadas las altísimas cifras de personas encarceladas, su abuso y falta de control podría dar origen a situaciones lamentables de invasión a la privacidad. Asimismo, su masificación podría dar origen a un lucrativo negocio, que también debe ser regulado, y no sólo dejarlo entregado a las reglas del mercado.

Todas estas opiniones de la Defensoría podrían ser consideradas como inconvenientes por algunos, dada su dependencia del Ejecutivo. Sin embargo, la institución ejerce su independencia en este plano, tal como lo hace en su función esencial, el servicio de defensa. Si no, cómo podría defender honestamente a sus imputados en todos aquellos juicios en que nuestros defensores se enfrentan a querellantes como el Ministerio del Interior, las intendencias regionales, el Servicio de Impuestos Internos o el Consejo de Defensa del Estado, entre otros.

Cumplir el rol de Pepe Grillo no es fácil, sobre todo cuando con frecuencia estamos planteando posiciones contrarias, o al menos distintas, a la de nuestro superior jerárquico, el Ministerio de Justicia. Hablamos con independencia, pero en un escenario precario, tal como ocurrió en 2006, cuando un ministro de Justicia reprendió a un ex defensor nacional por sus opiniones relativas a la Agenda Corta y el estado de los centros de reclusión. Y hoy, ante el unilateral discurso pro mano dura en materia de seguridad ciudadana, nuestro aporte al debate democrático está más vigente que nunca. De ahí la relevancia de la institucionalización de la autonomía de la Defensoría Penal Pública.



# Alegato de



# Clausura

*EL CONSEJO DE LA SOCIEDAD CIVIL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA FUE CREADO EL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009 COMO UNA INSTANCIA AUTÓNOMA DE CARÁCTER CONSULTIVO, REPRESENTADA DE MANERA PLURALISTA POR DIVERSOS ORGANISMOS VINCULADOS AL QUEHACER DE LA DEFENSORÍA. SU CONFORMACIÓN RESPONDE A LAS DIRECTRICES GUBERNAMENTALES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA QUE PROPICIAN LA INCORPORACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL ANÁLISIS Y REFLEXIÓN DE TEMÁTICAS CLAVES PARA CADA SERVICIO.*

*POR TRATARSE DE UNA MATERIA PRIORITARIA, POR LOS MÚLTIPLES ALCANCES QUE TENDRÍA PARA LA INSTITUCIÓN Y POR CONSIGUIENTE, EL SISTEMA DE JUSTICIA ADVERSARIAL CHILENO, ESTE CONSEJO OPTÓ POR DISCUTIR TÉCNICA Y AMPLIAMENTE LA POSIBILIDAD DE DOTAR DE AUTONOMÍA A LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, DEBATE QUE HOY ALCANZA SU PRIMER CONSENSO A TRAVÉS DE ESTA DECLARACIÓN.*

## DECLARACIÓN PÚBLICA CONSEJO DE LA SOCIEDAD CIVIL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

En diversas sesiones del Consejo se ha convenido la necesidad de debatir y crear una política criminal en Chile, que defina las prioridades, metas y objetivos que como país tendremos en los próximos años. Junto con ello también se ha concordado la importancia de volver a reflexionar sobre el mejor modelo de justicia que significaría contar con una Defensoría Penal Pública independiente y autónoma, en igualdad de condiciones con el Ministerio Público.

Pese a que la autonomía de la Defensoría Penal Pública se debatió durante la tramitación de su ley, finalmente ésta fue creada como “un servicio con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia”. De acuerdo con lo analizado, los servicios de defensa penal pública se han entregado hasta ahora de manera independiente, sin que la falta de autonomía afectara dicha prestación.

Sin embargo, este antecedente no es suficiente para garantizar la inexistencia de futuros obstáculos en este sentido, lo que provocaría un daño importantísimo no sólo a los derechos de las personas afectadas, sino también al Estado de Derecho en general.

Además, este Consejo ha concluido la importancia de que la Defensoría sea un ente autónomo por los siguientes motivos:

El Estado no sólo debe perseguir los delitos de acción pública, sino además asegurar el derecho a defensa de todos aquellos que son sujetos de persecución penal. Se trata de un requisito indispensable para un debido proceso garantizar la absoluta independencia respecto del Ministerio de Justicia o del Presidente de la República y de la institucionalidad que respalde el derecho a la defensa.

El Estado está obligado a promover las garantías y los derechos fundamentales de las personas imputadas por delitos y condenadas. Este fin no se agota sólo con la defensa de las personas en los tribunales de justicia, sino que convoca a la Defensoría como actor fundamental en el debate respecto de leyes, políticas públicas y reformas institucionales y legales. Así, se necesita una institución de alto perfil e independencia que pueda participar del debate público y legislativo, poniendo en él la mirada desde la perspectiva de los acusados y condenados.

Aceptando que, en teoría, una defensoría no necesariamente debe ser un organismo autónomo para ejercer sus funciones con independencia -tal como lo ha conseguido la Defensoría Penal Pública chilena-, se han presentado inconvenientes concretos en dos áreas: la incapacidad de opinar en materia de políticas públicas y legislativas que le incumben directamente y respecto de la defensa de personas condenadas en el contexto de las causas del conflicto mapuche que han llevado sus casos ante la Corte Interamericana.

Además, existen áreas de preocupación de instancias internacionales en cuanto al funcionamiento del sistema de responsabilidad penal adolescente y las condiciones carcelarias, respecto de las cuales la opinión y voz de la Defensoría es fundamental.

Existe la necesidad de ejercer los derechos de las personas contra los intereses del Gobierno y el Estado de Chile ante instancias internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El recientemente creado Instituto Nacional de Derechos Humanos no resuelve este punto, pues su función es de colaboración con el Estado de Chile ante instancias internacionales.

Para el adecuado ejercicio de la defensa pública, es necesario que el Estado garantice los recursos que permitan su cumplimiento, sin que se necesite competir con los requerimientos de otras áreas del sector justicia que, por muy relevantes que sean, no están elevados a la categoría de un derecho humano fundamental. Hay que considerar que, en la práctica, la manera más frecuente de negar la garantía de defensa es por medio de la falta de recursos.

Debido a los puntos presentados anteriormente, este Consejo concluye que es necesario abrir un debate amplio e informado respecto de la necesidad de contar con una Defensoría Penal Pública con autonomía constitucional. La aspiración de este Consejo no es aislada, pues existen dos proyectos de ley ya elaborados al respecto, uno de la senadora Soledad Alvear y otro de los diputados Juan Bustos, Pedro Araya, Jorge Burgos, Guillermo Ceroni, Jaime Mulet y Laura Soto.

La instalación de un nuevo gobierno y de nuevas autoridades constituye una oportunidad privilegiada para el impulso de nuevas reformas que contribuyan a elevar los estándares de la justicia en Chile. La autonomía de la Defensoría es una de ellas. Su concreción permitiría contar con un sistema de justicia más moderno, ágil y eficiente que, fundamentalmente, garantizará a todos los chilenos el respeto y promoción de sus derechos.

### Miembros

Presidencia:

Francisca Werth, Directora Ejecutiva, Fundación Paz Ciudadana

Consejeros: Lucía Dammert, Directora del Programa Seguridad y Ciudadanía, Flacso, José Luis Guzmán, abogado y académico de la Universidad de Valparaíso  
Sebastián Cox, Presidente Corporación Forja, Pablo Egenau, Director Ejecutivo Fundación Paréntesis, Valeria Aldana, representante de la Sociedad Alemana para la Cooperación Técnica GTZ, Marcela Fajardo, Directora Ejecutiva Fundación Pro-Bono, Fernando Martínez, Investigador Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, U. de Chile.

Juan Bustos:

Fallecido en agosto de 2008, Juan Bustos Ramírez fue diputado para los períodos legislativos 1998-2002 y 2002-2006. En diciembre de 2005 fue reelegido para el período 2006-2010.

CASA MIENTRO AUTOMATICO

# BAJO

en el país de los sueños



Santiago Guerra

# PROMESA

autonomía :

la mirada

del

pintor

José Santos Guerra

Crónica de un  
ciudadano autónomo

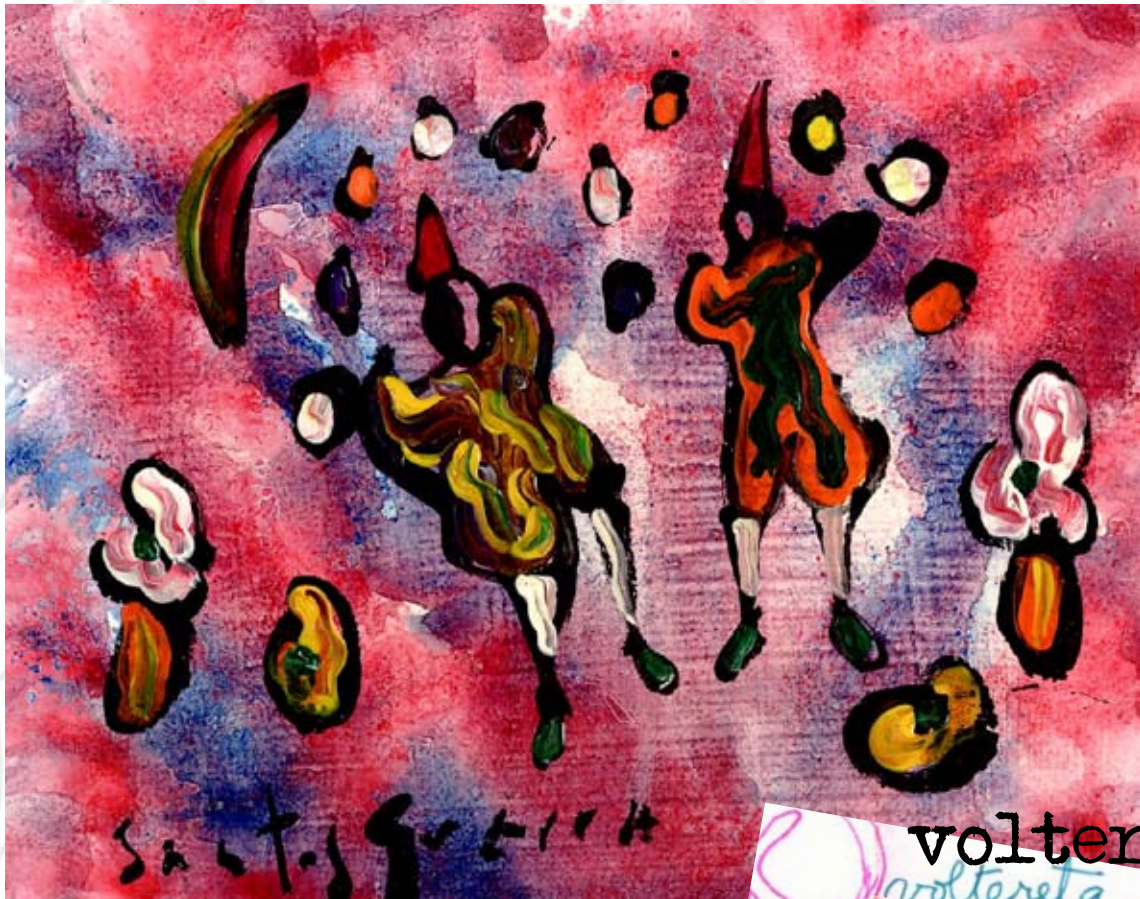
Pepe, el Breve

De menuda figura  
Pepe, el Breve  
camina apurado,  
mirando hacia arriba  
sin mirar hacia abajo.

Una tarde,  
su paseo, termina  
en el interior  
del túnel vertical

"HOMBRES TRABAJANDO"

despertando  
al otro día  
rodeado de enfermeras  
pidiendo a gritos  
la derogación  
de la ley de gravedad



voltereta

autónoma

voltereta  
autónoma  
de un trapeicista



vuelo

vuelo autónomo de  
los angeles

autónomo



actividad

actividad mercantil  
autónoma

autónoma

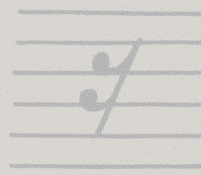
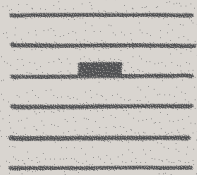
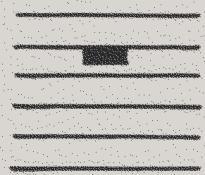


comunidad

autónoma

Comunidad Autónoma  
(REPUBLICA de los sueños)

guardar silencio



# El Derecho a la Defensa como un Derecho Humano: la Defensoría Penal Pública y la cuestión Mapuche

Por Cristóbal Carmona, Matías Meza-Lopehandía y Hernando Silva<sup>1</sup>

## **Presunción de inocencia, debido proceso y derecho a la defensa en el ordenamiento jurídico chileno**

Una de las herencias más valiosas del liberalismo es la idea del debido proceso como derecho fundamental. Su papel central en las democracias liberales está dado por la relevancia del principio de presunción de inocencia como límite del poder estatal frente al individuo. Si bien éste no está expresamente consagrado en el texto constitucional, inspira las garantías procesales del mismo, al tiempo que es incorporado a través de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, que mediante su artículo 5° enriquece el catálogo de derechos fundamentales<sup>2</sup> y establece por un lado un límite al ejercicio de la soberanía del Estado y por otro un deber de promoción de los mismos<sup>3</sup>. Conforme a esta norma, dicho linde está constituido por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” reconocidos en la propia Constitución como en los tratados internacionales vigentes y

1 Cristóbal Carmona Caldera, es abogado y miembro del Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano; Matías Meza-Lopehandía Glaesser es abogado y miembro del Equipo Jurídico del Observatorio Ciudadano; Hernando Silva Neriz, es el coordinador Equipo Jurídico Observatorio Ciudadano.

2 MEDINA, Cecilia, *El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno*, citado en SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV. *La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, pág. 128.

3 Así lo ha entendido la jurisprudencia más reciente: CORTE SUPREMA, *Caso Machi Francisca Linconao con Sociedad Palermo Ltda.*, Rol N° 7287-2009, ratificando sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1773-2008, considerando 3°.

ratificados por Chile<sup>4</sup>.

La Constitución -haciendo eco del principio de igualdad y concretando el principio de inocencia mediante el debido proceso- establece el derecho irrestricto a la defensa jurídica; y el deber de fundar toda sentencia en un proceso previo, legalmente tramitado conforme a procedimientos e investigación racionales y justos, ante un juez natural preconstituido por ley<sup>5</sup>. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “*toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”<sup>6</sup>. Casi en los mismos términos se expresa la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas<sup>7</sup>.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>8</sup>, en

4 La doctrina constitucional ha propuesto “*desarrollar una noción de derechos esenciales como derechos fundamentales, es decir, concebirllos como todos aquellos derechos y libertades beneficiados con la protección constitucional o internacional, lo cual resulta más acorde con una teoría democrática y los postulados actuales del constitucionalismo internacional*” (RUIZ-TAGLE, Pablo, *Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Lom ediciones, 2001, p. 13).

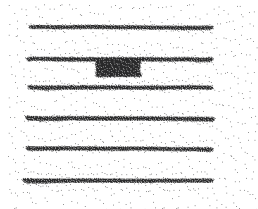
5 Artículo 19 N° 3 de la CPR.

6 Artículo 11° Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

7 Artículos 8.2 y 14.2 respectivamente.

8 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.





su el artículo 14 reconoce que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente”. Así mismo, establece que

*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; [...] d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo[...].*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también vincula el derecho a la defensa con la plena igualdad y para ello establece garantías procesales análogas a las revisadas:

*a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;<sup>9</sup>*

Estos derechos conforman el *corpus* del debido proceso. En éste, todos sus elementos se interrelacionan de manera tal que no es posible concebir la efectividad del principio de presunción de inocencia sin la concurrencia de sus elementos más básicos como la existencia de tribunales legalmente constituidos en forma previa a los hechos que se juzgan, hasta los más específicos, como el derecho a contar con defensa competente.

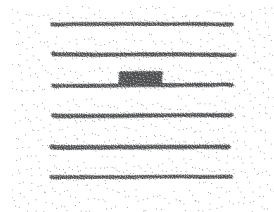
Pese a la indudable vigencia de este *bloque de derechos* en nuestro ordenamiento y su meridiana claridad, la realidad nacional se aleja decididamente de este estándar. Más todavía cuando verificamos la situación de las personas imputadas por acciones delictivas en el marco de la reivindicación territorial mapuche<sup>10</sup>. Una arista de esta cuestión ya ha sido denunciada por y ante organismos internacionales de derechos humanos, particularmente la permanente vulneración de las garantías procesales que implica la aplicación de la legislación antiterrorista a personas mapuche presuntamente involucradas en conductas delictivas en el marco del conflicto territorial. En estos juicios la prisión preventiva pasa a ser la regla general, al igual que el secreto de la investigación y la utilización de testigos sin rostro<sup>11</sup>.

Sin embargo esto no es todo. En el último tiempo se ha denunciado las falencias del sistema público de defensorías para abordar esta situa-

<sup>10</sup> Se trata de la reivindicación de derechos políticos (autonomía, territorio) reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. De ahí que se los denomine como *presos políticos mapuche*.

<sup>11</sup> Para este tema, puede consultarse el informe de Human Right Watch y el Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, *Indebido Proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile*, octubre 2004 Vol. 16, No. 5(B); el *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003. Más recientemente, el Examen periódico Universal al Estado de Chile por parte del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2009).

<sup>9</sup> Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.



ción, lo que ha llevado a parte del movimiento a formar una defensoría autónoma mapuche<sup>12</sup>. En este artículo contrastaremos las situación institucional del Ministerio Público frente a la Defensoría Penal Pública, constatando la asimetría que caracteriza la relación entre ambas y la necesidad de revisar en profundidad la estructura y recursos del sistema. Luego daremos un vistazo a la experiencia comparada, para finalmente dar cuenta de que los cambios que requiere la defensoría penal mapuche, no puede agotarse en la simple corrección de las flagrantes diferencias que se constatan con el Ministerio Público, sino que debe ir orientada dentro de una reforma más amplia del Estado, en el sentido del reconocimiento de la plurinacionalidad de éste.

### **El derecho a la defensa jurídica para los mapuche.**

El Ministerio Público es un organismo autónomo consagrado y regulado a nivel orgánico constitucional. Cuenta con un presupuesto anual para el año 2010 de \$102.543.779.000 que le permiten llevar a cabo sus tareas<sup>13</sup>. Por su parte la Defensoría Penal Pública -organismo de rango legal dependiente del Ministerio de Justicia- cuenta con \$39.913.868.000 para su funcionamiento<sup>14</sup>. O sea, la Fiscalía recibe casi tres veces el presupuesto de la Defensoría, diferencia que difícilmente se ve compensa con el principio de objetividad que debe orientar la investigación fis-

cal<sup>15</sup>, máxime en el contexto del conflicto territorial en el sur del país, donde pareciera que lo relevante es mantener dirigentes encarcelados, más que establecer responsabilidades penales.

Esta diferencia en la asignación de recursos tiene evidentes repercusiones en la dotación de personal. Actualmente, la Fiscalía Regional de la Araucanía cuenta con 37 Fiscales, todos funcionarios de Planta del Ministerio Público<sup>16</sup>. Además, cuenta con 176 funcionarios auxiliares, técnicos, administrativos y profesionales, que colaboran en las investigaciones. De ellos 61 pertenecen a la dotación de profesionales los que en su gran mayoría son abogados asistentes de los Fiscales Adjuntos. A ello debe sumarse el rol de las policías que actúan como auxiliares de la Fiscalía, la cual puede impartir órdenes directas a aquellas en el marco de una investigación criminal.

Frente a este poderoso órgano persecutor, la Defensoría Penal de La Araucanía consta de 38 abogados defensores. De ellos solo 13 son funcionarios de la Defensoría Penal Pública, en su mayoría a contrata o a honorarios, y de los cuales sólo 2 cumplen funciones en la Defensoría Penal Mapuche (DPM) y los restantes 25 son abogados pertenecientes a las Defensorías Públicas Licitadas<sup>17</sup>. Por su parte, la Defensoría cuenta con 15 funcionarios administrativos en la planta; 4 a contrata; y 2 a honorarios y no cuenta con funcionarios de apoyo investigativo ni

12 Si bien esta cuestión debe ser considerada como una manifestación del empoderamiento de las comunidades de su derecho a contar con sus propias instituciones, evidencia al mismo tiempo las *falta de servicio* en que incurre el Estado en esta materia.

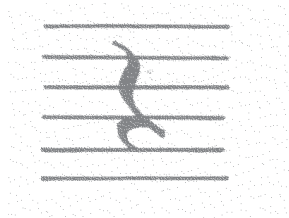
13 Información obtenida en página web de la Dirección de presupuestos, en línea [[http://www.dipres.cl/574/articles-55502\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/574/articles-55502_doc_pdf.pdf)].

14 Información obtenida en página web de la Dirección de presupuestos, en línea [[http://www.dipres.cl/574/articles-55360\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/574/articles-55360_doc_pdf.pdf)].

15 Dicho principio está consagrado en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que señala que en el ejercicio de sus funciones, los fiscales *“deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”*.

16 Dotación vigente de Fiscales del Ministerio Público al 31-01-2010, en línea [[http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/personal/dotacion/Fiscales\\_al\\_31\\_01\\_2010.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/personal/dotacion/Fiscales_al_31_01_2010.pdf)].

17 Información obtenida en página web de la Defensoría Penal Pública, en línea [<http://www.defensoriapenal.cl/oficinas/araucania.php>].



tiene el auxilio de las policías para estos efectos<sup>18</sup>. Sólo puede encarar peritajes para ciertos casos, facultad limitada ciertamente por su presupuesto anual.

Lo señalado arriba, evidencia la disparidad existente en materia de recursos humanos, particularmente en lo que se refiere al personal de apoyo. Así mismo, evidencia condiciones de empleo desiguales, lo que se ve acentuado por diferencias salariales sustantivas. Así por ejemplo, el Fiscal Local de Temuco percibe una remuneración de \$4.590.030 mensuales, correspondientes al grado 4 de profesionales de planta, en la escala de remuneraciones del Ministerio Público<sup>19</sup>, mientras que el abogado Jefe de la Defensoría Penal Mapuche, como funcionario a contrata percibe una remuneración de \$3.310.070 mensuales correspondientes al grado 6 de profesionales a contrata, en la escala de remuneraciones de la Defensoría Penal Pública<sup>20</sup>. En general los fiscales obtienen remuneraciones que oscilan dependiendo del grado al que pertenezcan, entre los \$4.911.500 (fiscal regional) y los \$ 2.320.609 (fiscal adjunto grado 9)<sup>21</sup>, mientras que los defensores públicos ganan entre \$4.365.034 (defensor regional) hasta \$742.500 (jornada completa a honorarios).

Otra asimetría detectable entre la fiscalía y la defensoría es la que emana de la distribución territorial de las funciones. Durante el año 2009 la DPM representó a las 113 imputado Mapuche en causas relativas a procesos reivindicativos de sus derechos. De éstas 100 fueron asumidas directamente por la DPM, siendo las 13 restantes asumidas por abogados de la Defensoría Penal (pública y licitada). Estas causas se encuentran radicadas en diversos Tribunales de la Región de la

Araucanía, correspondientes a las comunas de Angol, Collipulli, Victoria, Lautaro, Temuco y Nueva Imperial, entre otras, lo que genera un amplio grado de dispersión territorial para la tramitación de las defensas. Esto implica que un defensor penal mapuche debe recorrer largas distancias, ocupando parte importante de su jornada en viajar y no en preparar la defensa<sup>22</sup>. Dicha situación se contrapone diametralmente a la realidad de los Fiscales, e incluso de los defensores comunes, quienes ejercen sus funciones dentro de un territorio acotado, lo que se traduce en que no deben recorrer grandes distancias para poder llevar a cabo su labor<sup>23</sup>.

Las suma de todos los factores antes descritos, han generado la percepción de colapso en el funcionamiento de la Defensoría Penal Mapuche para las más de cincuenta personas pertenecientes al Pueblo Mapuche que se encuentran reclusas a causa de investigaciones en torno a su presunta participación en delitos relativos a reivindicaciones de sus derechos, cuarenta de los cuales están imputados por conductas calificadas de terroristas. Para ellos resulta inaceptable que la Defensoría Penal Mapuche cuente con sólo dos abogados defensores, lo que debido al gran número de causas les impide, a su juicio, focalizarse adecuadamente en cada uno de los procesos, situación que deriva en que el derecho a una defensa de calidad de dichos imputados se vea vulnerado<sup>24</sup>.

18 Información obtenida en la página web de la Defensoría Penal Pública, en línea [<http://www.defensoriapenal.cl/transparencia09/>].

19 Información obtenida en la página web del Ministerio Público, en línea [<http://www.fiscaliadechile.cl/transparencia/GobiernoTransparente.htm>].

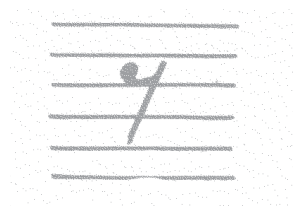
20 Ídem.

21 Ídem.

22 Por ejemplo entre la ciudad de Temuco y Angol hay 131 kms de distancia, lo cual implica un viaje de 262kms.

23 Siguiendo con el ejemplo, en Temuco y Angol existen fiscalías locales y defensorías (públicas y licitadas) locales, pero no una DPM.

24 Según testimonios recopilados por los realizadores del presente artículo en visita al C.C.P de Temuco el día 4 de febrero de 2010, y en reuniones con los círculos de familiares de los comuneros Mapuche reclusos en la Cárcel de Angol.



### **Una mirada a la experiencia comparada**

La reforma del sistema procesal penal chileno fue parte de un movimiento impulsado en América Latina en la década de los ochenta, que buscaba adecuar la normativa interna de los Estados a los tratados internacionales de derechos humanos, y que involucraba asimismo la búsqueda de la eficiencia y transparencia del sistema judicial acorde con un sistema económico liberal<sup>25</sup>.

De forma correlativa -aunque en un sentido más cronológico que sustancial- los pueblos indígenas lograron invertir los términos de la discusión internacional relativa a sus derechos, generando un cambio del paradigma de la asimilación/integración al de la autonomía. De esta manera, se incorporaron a iniciativas de reformas legales y constitucionales, al tiempo que impulsaron la ratificación de diversos instrumentos internacionales atinentes.

No obstante existir innumerables puntos de tensión entre ambos procesos, el hecho que tengan como denominador común los derechos humanos requiere de una serie de mecanismos o instituciones que reconozcan y garanticen no sólo los derechos de los indígenas en cuanto imputados, sino sus particularidades culturales en tanto pertenecientes a un pueblo diferente. Así, el reconocimiento de la jurisdicción indígena, el derecho a usar su idioma originario, el reconocimiento de su costumbre como causal de inimputabilidad o la tipificación de nuevos delitos, deambulan con dispar suerte en el marco de los sistemas penales latinoamericanos<sup>26</sup>. De igual forma, la defensa penal pública especializada, mecanismo que garantiza el

derecho al acceso a la justicia en su variante multicultural, no es transversal en su reconocimiento por las legislaciones de los estados de América Latina.

En el Perú por ejemplo, no hay ninguna institución del Estado que se encargue de las causas judiciales indígenas. Si bien la Defensoría del Pueblo, a través del Programa Especializado en Comunidades Indígenas y Nativas (1997), puede hacer recomendaciones de carácter general o colectivo, en ningún caso -y esto, por lo demás, es común en los *Ombudsmen* de la región- puede asumir la defensa penal particular de un indígena<sup>27</sup>. Dentro del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social hay una Secretaría para indígenas (INDEPA), pero que no tiene dentro de sus funciones la defensa legal especializada. En este sentido, el derecho es a un defensor penal de oficio, pero sin ninguna referencia o connotación cultural, y han sido principalmente algunas ONG's de derechos humanos (PROJUR, Paz y Esperanza, APRODEH) quienes han asumido, aunque aisladamente, ciertos casos de defensa de federaciones indígenas.

En el caso de Colombia, la Ley 941 de enero de 2005 creó el Sistema Nacional de Defensoría Pública, en donde se integra también la Defensoría del Pueblo, con un programa que tiene por objeto facilitar el acceso a la administración de justicia, y que tiene la obligación legal de proveer un abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y que demuestren su incapacidad económica para obtener uno. En los departamentos con alta población indígena, como Cauca, Tolima, Risaralda

25 SALAMANCA, María del Rosario, "Confrontaciones y contradicciones en la aplicación de la reforma procesal penal al pueblo mapuche en Chile", en Aylwin, José (Ed.), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de la Frontera, 2004, Temuco, p. 377.

26 Cfr. MARENSI, Inés, *Reforma procesal penal y pueblos indígenas: Informe CEJA*, en Revista Sistemas Judiciales, N° 12, mayo 2007.

27 En efecto, dentro de las principales funciones de los *Ombudsmen* se encuentran las de investigación, la mediación y la conciliación y la educación y promoción de los derechos humanos. La función de procuraduría, esto es, la de impulsar acciones jurisdiccionales y/o administrativas, interponer recursos con el objeto de lograr una protección más efectiva de los derechos humanos, además de ser escasamente ocupada por las defensorías, se remite por lo general a acciones de la carácter colectivo. En el caso de Colombia, como se verá más adelante, es diferente, pero aún así no es propiamente una unidad de defensa especializada penal para indígenas. AYLWIN, José, *Los Ombudsmen y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*, en BERRAONDO, Mikel (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, Bilbao, pp. 346 y ss.



y Nariño, se cuenta con defensores públicos encargados especialmente de dar atención a la población indígena y con conocimiento de la legislación indígena, lo que ha implicado incluso en algunos casos asesoramiento en asuntos relativos a la jurisdicción de las comunidades indígenas<sup>28</sup>.

Si bien en este último caso se nota una actuación del Estado colombiano que reconoce la especificidad cultural de los pueblos indígenas en materia de defensa, lo cierto es que no son propiamente unidades especializadas en la atención jurídico-penal al modo de la Defensoría Penal Mapuche. Quizás la realidad normativa que más se acerca a esta última, sea la de Guatemala.

Guatemala es un país marcadamente multicultural. Según el Censo de 2002, la población indígena representa el 40% de la población total, dentro de la cual el 39% pertenece a pueblos mayas. Consecuentemente, su legislación contiene una serie de reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas que van desde la Constitución hasta el Código Municipal<sup>29</sup>. Respecto a la materia que es de nuestro interés, el 1 de julio de 1994 entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal, que, siguiendo la tendencia de reforma judicial en Latinoamérica, pasó de un sistema inquisitorio a uno acusatorio, más respetuoso de las garantías procesales de los imputados. Pues bien, hasta el 5 de diciembre de 1997, la Defensa Penal Pública dependía totalmente de la Corte Suprema de Justicia<sup>30</sup>. En esa fecha el Congreso de la República aprobó la Ley del Servicio Público Penal, la que entró en vigencia el 13 de julio de 1998. Así el servicio adquirió la autonomía funcional e independencia técnica que permitió su abandono del seno del Organismo Judicial.

28 *Idem*, p. 355.

29 Para un análisis crítico de esta legislación, véase TÍU LÓPEZ, Romeo, *El derecho indígena: su importancia para el derecho estatal*, en STIPPEL J. y VALENZUELA M. (Eds.), *Reforma a la Justicia, una visión de los derechos indígenas*, Ministerio de Justicia/Cooperación Técnica Alemana GTZ-Chile, pp. 119-147.

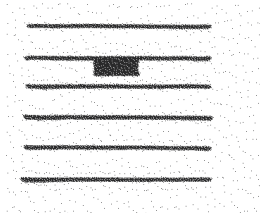
30 Acuerdo legislativo 12-94.

Esta ley, a diferencia de la Ley 19.718 que creó la Defensoría Penal Pública en nuestro país, reconoce el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca (art. 2 inc. 3°). Además establece el deber del defensor público de atender a la realidad pluricultural de su representado (art. 29) y de adoptar una política de integración de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país en el Instituto de Defensa Penal Pública (art. 35). En respuesta a este mismo paradigma -como forma de darle cumplimiento a los Acuerdos de Paz<sup>31</sup>, teniendo presente fundamentalmente la situación de marginalidad tanto económica como social y cultural, y también como un modo de generar puentes interculturales entre la administración de la justicia oficial y la justicia indígena- es que en el año 2001 se crearon las defensorías étnicas, con el apoyo del PNUD, la Cooperación noruega y la Cooperación española. Éstas funcionan en 10 departamentos, y están conformadas por tres maya hablantes (un abogado y notario, un asistente y un intérprete), y su misión no se agota sólo en proporcionar defensa penal especializada a imputados indígenas, sino que se enmarca en un objetivo más amplio de reconocimiento del derecho indígena en el país<sup>32</sup>.

Sin lugar a dudas, la defensoría indígena guatemalteca es un actor relevante a la hora de articular ambos sistemas de justicia, de respetar el derecho indígena, y de que el Estado de señales de la construcción de la pluriculturalidad. Al mismo tiempo, favorece el uso de la lengua, y desjudicializa parte de los conflictos, lo que favorece también al sis-

31 En el punto 5 de los Acuerdos de Paz se lee: "5. El reconocimiento de la identidad y derechos de los pueblos indígenas es fundamental para la construcción de una nación de unidad nacional multiétnica, pluricultural y multilingüe. El respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos, es la base de una nueva convivencia que refleje la diversidad de su nación."

32 Conforme el plan original, lo que este proyecto busca es: (a) el fortalecimiento institucional a través de la implementación de una estrategia de defensa con pertenencia cultural, (b) la creación de mecanismos de reconocimiento y respeto a las prácticas del derecho indígena; y (c) elaboración de una propuesta de lineamientos de política pública destinada a generar equilibrio y complementariedad entre el sistema jurídico indígena y el sistema correspondiente oficial (EKERN, S. y LEIFSEN, E., REPORTE DE EVALUACIÓN FORTALECIMIENTO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL, FASE II, 2004-2008, p. 6.



tema de administración de justicia<sup>33</sup>.

Ahora, como es evidente, esta defensoría no está exenta de críticas. Se apunta a que las defensorías deberían orientarse a llevar casos de alto impacto para las comunidades o emblemáticos, de manera de facilitar la creación de precedentes. Por otra parte, se argumenta que han tenido pocos resultados, y que debería existir un fortalecimiento más propio de las organizaciones indígenas<sup>34</sup>. A ello debe agregarse el hecho no menor de ser financiado por el PNUD y fundaciones internacionales, lo que crea incertidumbre acerca de la real capacidad del estado guatemalteco para cumplir con su deber de otorgar el derecho de acceso a la justicia en su declinación multicultural.

Con todo, no es menor la distancia entre estas defensorías y la Defensoría Penal Mapuche, y esto no tanto por el número de defensores disponibles en aquella, ni por la capacidad bilingüe de éstos –lo que ciertamente tampoco es baladí-, sino principalmente por hallarse estas defensorías indígenas insertas dentro de un proyecto más amplio de reconocimiento del derecho y la justicia indígena por parte del Estado de Guatemala, cuestión que hasta la fecha Chile se ha negado a hacer.

### **Conclusión**

No es fácil ignorar las asimetrías –de recursos, de orientación, de deberes- que se evidencian entre los organismos de persecución y la defensa, por medio de los cuales el Estado pretende satisfacer sus obligaciones con todos sus ciudadanos; asimetrías que, por lo demás,

se vuelven tanto más grandes e intolerables, cuanto más nos acercamos a la Región de la Araucanía y a la paranoia criminalizadora que el Ministerio Público –con la venia de los gobiernos de turno- ha instalado respecto de las reivindicaciones del pueblo Mapuche, particularmente respecto de sus derechos territoriales. Está claro que el contexto ha desbordado las capacidades de la Defensoría Penal Mapuche, haciendo visible su fragilidad, poniendo en duda el real compromiso que tiene el Estado chileno con la defensa de los imputados mapuches, y dándole sentido de urgencia a una reforma en esta materia.

Ahora, sería un error pensar cualquier cambio en un sentido puramente funcional, en simples términos de una mejora asistencial y técnico-jurídica: más defensores, mejores sueldos, mayor infraestructura y recursos, etc. El problema no pasa por empezar a compensar la situación de la Defensoría hasta equipararla con la de Fiscalía. Si bien imprescindibles, dichas mejoras tendrían un efecto meramente cosmético si no se acompaña de una reestructuración de la política pública global del Estado respecto de los pueblos indígenas en general, y del pueblo mapuche en particular. Respeto a su autonomía, reconocimiento de sus derechos ancestrales sobre su territorio, de su propia justicia, en fin, de su derecho consuetudinario; cuestiones todas a las que el Estado se ha comprometido en el ámbito internacional, pero que en el orden interno parecieran interpretarse siempre bajo la lógica de un poemario o manifiesto político-literario, con una reticencia a hacerlos efectivos que parte de los propios operadores públicos. Si no se produce un cambio sustancial en este paradigma, si no se reconoce que Chile es no ya un Estado-nación sino un Estado plurinacional, cualquier mejora del sistema de defensa penal pública mapuche será un paliativo que no tardará en mostrar su insuficiencia.

33 RAMÍREZ, Silvina, *Derechos de los pueblos indígenas y reforma procesal penal -Casos de Chile y Guatemala-*, p. 32. En línea: <<http://pdba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/guatemala/evaluaciones/ramirez-der-pueblos-indigenas.pdf>> (sitio visitado el día viernes 5 de febrero de 2010).

34 Ídem, p. 27.

# OBJECCIÓN



*LOS SERVICIOS PÚBLICOS AUTÓNOMOS EN CHILE:*

## **LAS REGLAS DE UNA EXCEPCIÓN**

*LA LEGISLACIÓN NACIONAL OTORGA A VARIAS INSTITUCIONES PÚBLICAS UN ESTATUTO DE AUTONOMÍA QUE NO SÓLO LAS DIFERENCIA DEL RESTO DE LOS SERVICIOS ESTATALES, SINO QUE BUSCA HACER MÁS EFICIENTE SU GESTIÓN EN DETERMINADOS ÁMBITOS Y SOBRE TODO, PROTEGERLAS DE INFLUENCIAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS O DE OTRO TIPO. AÚN ASÍ, AUTONOMÍA EN EL ESTADO DE CHILE ES MÁS UNA EXCEPCIÓN QUE UNA REGLA.*

**PPor Marcelo Padilla V.**  
**Unidad de Comunicaciones**  
**Defensoría Nacional**





Los diccionarios de español incorporan varias acepciones para el vocablo *autonomía*. De ellas, la más útil para esta edición de “Revista 93” dice que esta palabra significa la “potestad que se reconoce a las unidades administrativas subordinadas, dentro de un Estado o dependientes de él, para regir intereses peculiares de su vida interior mediante leyes y órganos de gobierno propios.”

O sea, instituciones que aún siendo parte del Estado, gozan de ciertos espacios de independencia dentro de él, en función de su ámbito de gestión más específico. Y en Chile hay varias que tienen diferentes niveles de autonomía, lo que busca precisamente que éstas puedan cumplir con su objetivo o su misión institucional basándose en criterios estrictamente técnicos, cautelando su independencia ante presiones políticas del Ejecutivo o de las mayorías parlamentarias imperantes, entre otras amenazas posibles.

Caben dentro de este rango reconocido como de “autonomía constitucional”- la Contraloría General de la República, el Poder Judicial, el Banco Central de Chile, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, entre otros servicios, vinculados principalmente a tareas de control y fiscalización tanto del propio Estado como del resto de la sociedad.

En todos estos casos, tal autonomía está reconocida directamente en la Constitución Política, lo que implica incluso que estas entidades públicas tienen independencia incluso para determinar su propio presupuesto anual, previa discusión directa con la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y el consecuente debate parlamentario de sus respectivas partidas cada año. Y lo mismo para el control anual del gasto o la gestión administrativa, pues mientras unas instituciones deben validar sus actos ante la Contraloría, otras como esa misma entidad- tienen mayores espacios de independencia para ello.

Luego hay varias otras instituciones que tienen ciertos espacios de autonomía funcional -de tipo ‘legal’, como las Fuerzas Armadas, ambas policías o la propia Defensoría Penal Pública-, aunque administrativamente son dependientes, en este caso de los ministerios de Defensa y

Justicia, respectivamente.

En el caso de la propia DPP, por ejemplo, cuando a fines de los años ‘90 se discutió el proyecto de ley N° 19.718 que le dio vida, los diputados y las autoridades de Justicia reconocieron la necesidad de que por la naturaleza de su trabajo, tanto el Defensor Nacional como los Defensores Regionales no debían depender de la autoridad política de turno. Así, aunque en su momento se discutió dotarla de una autonomía constitucional o legal, finalmente se impuso esta última opción, lo que implicó modificar la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

Así, y tras su paso por el Senado, el artículo 1° de la nueva ley señala textualmente que la Defensoría Penal Pública será “un servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.”

Pero, ¿en qué consiste entonces la autonomía de esos otros servicios que son parte de la administración del Estado? ¿Qué diferencias o similitudes existen entre ellos y por qué existen unas u otras?

#### **De menos a más**

En el caso de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones (PDI), ambas forman parte de la Administración Centralizada del Estado y cuentan con autonomía en las decisiones profesionales de carácter técnico policial, pero administrativamente dependen actualmente del Ministerio de Defensa y, dentro de poco una vez que la discusión parlamentaria y los pasos que restan lo permitan- dependerán del proyectado Ministerio de Seguridad Pública, una entidad que concentrará las tareas de control del orden público y la investigación de los delitos que lo afecten.

En el caso del Poder Judicial, se trata de uno de los tres poderes principales del Estado (además del Ejecutivo y el Legislativo), de modo que su autonomía tiene rango constitucional, tal como lo sanciona el artí-



culo 76 de la Carta Fundamental, aunque eso no implica que sea total.

El ministro Milton Juica, presidente de la Corte Suprema, explica a “Revista 93” que esta independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional “constituye una base de ejercicio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional y representa una verdadera garantía para la sociedad, dentro de un Estado de Derecho democrático”. El propio magistrado aclara, sin embargo, que no existe la misma autonomía en cuanto al presupuesto que anualmente le asigna el Ministerio de Hacienda -y que tiene su control legal en el Congreso Nacional-, “ni tampoco en lo que se refiere al nombramiento de los jueces”.

Para Juica, la razón fundamental de que el Poder Judicial cuente con esta autonomía funcional es obvia, pues “asegura a los justiciables que en la resolución de los conflictos no influyan más factores que la independencia e imparcialidad del juzgador, sin intervención de ningún órgano o poder distinto del juez que tenga la competencia para decidir el asunto *sub lite*”.

A la hora de evaluar la acción del poder que encabeza, el ministro Juica considera que los tribunales de justicia en el país ejercen su jurisdicción “con plena libertad, autonomía, independencia e imparcialidad”. Agrega, además, que si el respectivo órgano autónomo “cumple adecuadamente con los fines que la ley le asigna, no debiera tener ningún tipo de dificultades en el ejercicio de su función, siempre que además se le conceda una mayor autonomía presupuestaria, que le permita ejecutar adecuadamente sus programas de desarrollo institucional”.

Un tema permanente de crítica en el caso de las instituciones autónomas -sobre todo las que operan fiscalizando a otras instituciones o a la sociedad en su conjunto- tiene que ver con la real eficiencia de los mecanismos de control interno con que operan, no sólo para el manejo presupuestario, sino también para el siempre complejo asunto de la probidad y transparencia funcionarias. En simple, ¿quién fiscaliza al fiscalizador?

Y la reflexión del ministro Juica es simple y directa: “Si existen adecua-

dos controles externos e internos, adecuadamente validados y aceptados de manera razonable por la institucionalidad, no debiera haber críticas en el control de gastos y gestión”.

En el caso del Poder Judicial, la gestión administrativa es ejecutada por su Corporación Administrativa y al igual que los otros dos Poderes y demás organismos estatales, ello está sujeto a la Ley de Administración Financiera del Estado y a la Ley de Presupuesto, sobre cuya ejecución se informa periódicamente al Congreso.

Juica explica que las tareas de los jueces están permanentemente expuestas al escrutinio público y que en aras de la política institucional de transparencia, el modelo de administración financiera-presupuestaria está explicado y descrito en un libro editado recientemente en conjunto con la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile.

Cada año, además, una Comisión Interinstitucional fija metas y evalúa su cumplimiento: “La Corporación Administrativa ha hecho esfuerzos significativos en materias de control y gestión presupuestaria. Cuenta con una Unidad de Auditoría que supervisa internamente. Pero hay controles externos, pues cada año una empresa internacional de auditoría independiente examina los estados financieros”.

Por lo mismo, el presidente del máximo tribunal del país cree que la gestión del Poder Judicial es buena. “Y no lo decimos sólo nosotros: la administración financiera presupuestaria del Poder Judicial obtuvo la certificación ISO 9001:2000, dando cuenta que nuestro desempeño en esa área responde a estándares internacionales”.

### **Estabilidad monetaria y autonomía**

Quizás una institución modelo respecto de sus espacios de autonomía es el Banco Central de Chile. Regulado por el artículo 108 de la Constitución y por una Ley Orgánica Constitucional (LOC) específica, en ambos se lo identifica como “un organismo autónomo, de rango constitucional de carácter técnico y con patrimonio propio, y cuya finalidad u objetivo principal es velar por la estabilidad de la moneda y el nor-



mal funcionamiento del sistema de pagos en el país”.

En detalle, tanto la composición como la organización, las funciones y atribuciones de la entidad están previstas en el artículo primero de la Ley 18.840, que fue publicada en el Diario Oficial el 10 de octubre de 1989.

Luis Alvarez Vallejos, Gerente Asesor de Comunicaciones del Instituto Emisor, explica a “Revista 93” que aparte de su carácter constitucional y organizacional, la autonomía de la institución es también funcional, porque “el Banco Central es independiente de los demás poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Por lo mismo, no forma parte de la administración del Estado sujeta al poder jerárquico del Presidente de la República. Según lo dispuesto en el artículo N° 90 en relación con el artículo N° 2 de la LOC, sus actos no pueden ser fiscalizados por la Cámara de Diputados -por no tratarse de actos de gobierno- y tampoco está sujeto al control jurídico de la Contraloría”.

Su autonomía es también patrimonial, pues el capital del banco está fijado por el artículo N° 5 de la LOC, que contempla los mecanismos para solicitar al Fisco la entrega de aportes específicos a su patrimonio. “Por ende, el Instituto Emisor no se financia con los recursos procedentes de la Ley de Presupuestos del sector público y es libre para endeudarse en los términos que establezca su Consejo, en ejercicio de sus políticas, funciones y atribuciones”, aclara Alvarez.

### **Tendencia internacional**

Según él, las razones que en su momento tuvo el legislador para dotar de esta autonomía constitucional y legal al Banco Central de Chile “se relacionan con la tendencia internacional de separar la conducción de la política monetaria y de la potestad emisora, de las contingencias políticas del gobierno de turno. Además, la historia económica y política de nuestro país ha demostrado la inconveniencia de que el gobierno imperante pueda controlar la emisión de circulante legal, ya que ello hace crecer de manera inorgánica la masa monetaria, produciendo inflación. Y por último, la existencia de bancos centrales

autónomos evita que éstos financien directa o indirectamente el gasto público.”

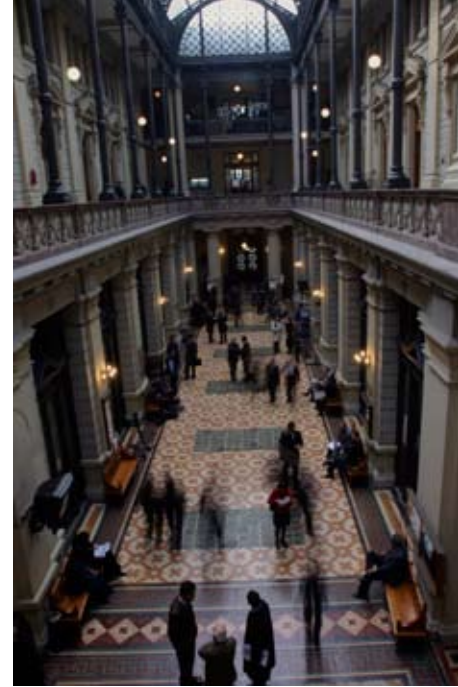
El gerente asesor asegura –por lo mismo- que la institucionalidad autónoma y técnica del Banco se ha preservado efectiva y exitosamente, porque su estatuto jurídico le ha permitido desempeñar las funciones y atribuciones que le asigna la LOC con rigor y excelencia profesional. Sus autoridades, dice Alvarez, han logrado resguardar “de manera coherente y permanente” el quehacer y la independencia que le corresponde al Instituto Emisor.

El propio presidente del Consejo del Banco, el economista José de Gregorio, explicó en 2009 las razones de este éxito. En octubre pasado, con ocasión de un homenaje de Icare a los 20 años de autonomía de la institución, dijo a los asistentes que “ahora nuestro país tiene una política monetaria como nunca antes había conseguido. La amplitud del ciclo económico se ha atenuado y se ha consolidado la inflación baja. Las expectativas inflacionarias se han estabilizado y es posible realizar una efectiva política monetaria contracíclica. Para ello hemos contado con una política fiscal responsable y predecible.”

Eso sí, uno de los grandes requisitos para que la autonomía funcione parece ser el cumplimiento de varios requisitos, entre ellos que existan adecuados mecanismos de control del gasto, que las tareas institucionales se cumplan eficiente y transparentemente y que el proceso de toma de decisiones sea eficaz, entre otros.

Alvarez explica que en el caso del Banco Central, su autonomía le permite no depender de autorizaciones externas de gasto o de asignaciones presupuestarias periódicas, aunque su Consejo, al adoptar sus acuerdos, “debe tener presente la orientación general de la política económica del gobierno. Asimismo, el banco debe informar al Presidente de la República y al Senado respecto de las políticas y normas generales que dicte en el ejercicio de sus atribuciones”.

Además, entre otras responsabilidades, el Banco Central debe elaborar anualmente una memoria sobre la gestión del año anterior, que incluye



detalles de la ejecución de políticas y programas, de los estados financieros respectivos y de las consecuentes opiniones de auditores externos. Aparte de estar disponible para consultas públicas en las propias oficinas del Banco, esta memoria debe presentarse anualmente tanto al Ministerio de Hacienda como al Senado antes de cada 30 de abril.

Además, “el Consejo del Banco Central de Chile debe presentar al ministro de Hacienda y al Senado, antes del 30 de septiembre de cada año, una evaluación del avance de las políticas y programas del año en curso, como también un informe de las que se proyectan para el año siguiente, en el cual deben indicarse las proyecciones económicas generales sobre las que se basan dichos antecedentes y los efectos que pudieren producir en las principales partidas de los estados financieros proyectados por el banco para el período”.

Y ello, aparte de otros controles incorporados en la misma Ley Orgánica Constitucional, que incluyen ciertos poderes de veto otorgados al ministro de Hacienda o causales específicas de cesación, destitución y/o remoción aplicables a los consejeros del Banco Central, en caso por ejemplo- de decisiones que impliquen un grave y manifiesto daño a la economía del país.

### **Autonomía total**

Otro ejemplo digno de mención entre los modelos de autonomía es, sin duda, el del Tribunal Constitucional, un organismo al que tal como lo explica su presidente -el ministro Marcelo Venegas Palacios- en la página web del organismo, “le corresponde resolver los conflictos que se originan si un proyecto de ley o un decreto infringe la Constitución, o cuando la aplicación de una ley vigente puede resultar contraria a la Constitución, o cuando la aplicación, o bien si una ley es completamente inconstitucional. A través de sus sentencias, el Tribunal Constitucional puede evitar que el Congreso dicte una ley inconstitucional, que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional o que un juez aplique una ley contraria a la Constitución”.

Dado este rol, su autonomía es quizás la más amplia dentro del aparato del Estado, cuestión que muchas veces origina polémicas o debates públicos a partir de sus resoluciones. En principio, este estatus está reconocido por el Capítulo VIII de la Constitución y luego, por una Ley Orgánica Constitucional que data de 1981, pero que fue modificada en 2005.

El artículo N° 1 de esa LOC es tajante: “El Tribunal Constitucional, regulado por el Capítulo VIII de la Constitución Política y por esta ley, es un órgano del Estado autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder”.

Además, tal autonomía es reconocida por la Constitución, en sus artículos 92 a 94. En ellos se regula -entre otros temas- la composición del Tribunal, que está integrado por diez ministros: tres nombrados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por el Congreso Nacional y tres designados por la Corte Suprema.

Estos artículos fijan también algunas condiciones para sus integrantes, como que durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres, que deberán tener a lo menos 15 años como abogados titulados, haberse destacado en la actividad universitaria o pública. Además, entre otros impedimentos, el texto constitucional aclara que los ministros del TC no podrán ejercer libremente la profesión de abogado, incluyendo la judicatura.

Entre otras características, los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquel que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.





Comité Editorial:

Paula Vial Reynal  
Gonzalo Medina Schulz  
Catalina Sadá Muñoz  
Boriana Benev Ode  
Paola Sais Dünner  
Marcelo Padilla Villarroel  
Erwin Neumann Montesino  
Verónica Encina Vera

Edición y corrección de textos:

Boriana Benev Ode  
Marcelo Padilla Villarroel  
Catalina Sadá Muñoz

Fotografía: Aliosha Márquez Alvear

Diseño y Diagramación:

Michèle Leighton Palma  
Carlos Bravo Maggi

Impresión:





D E F E N S O R Í A P E N A L P Ú B L I C A

[www.dpp.cl](http://www.dpp.cl)