

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”¹

El mensaje que dio inicio al proyecto de Ley N° 19.718,² que creó la Defensoría Penal Pública³, 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 comisión⁴ 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.⁵ 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^{6,7y 8}. 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 corresponda⁹, el proceso también tiene algunos objetivos colaterales como la protección del individuo ante el poder punitivo del Estado¹⁰, 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.”¹¹ 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 defensor¹². 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.¹³ Ése rol debe desarrollarlo

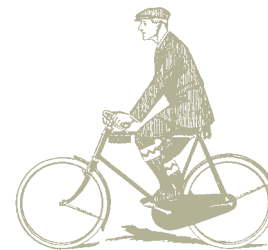
9 Sobre las funciones del proceso penal ver Nul C. Sup. rol 4164-09 01/09/09, 9° “...sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, DESDE QUE EN TODO PROCESO PENAL 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.¹⁴ 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 jurisdicción¹⁵ 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.¹⁶

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 Caribe¹⁷ 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.^{18 y 19}

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 privadas²⁰, 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.²¹

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.^{22 y 23}

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 Nacional²⁴ 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

24 Boletín 4498-07.

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