

20 de diciembre 2003

Se promulga la Ley N° 19.919, que posterga el inicio de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana.



PALIÓN

ATION



Se promulga la Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materias relativas al delito de pornografía infantil, básicamente para mejorar la tipificación y endurecer las penas.

LA REFORMA PROCESAL PENAL: LO QUE HA SIDO LO QUE ES Y LO QUE DEBE SER

Por Carlos Mora J.
Jefe Departamento de Estudios
Defensoría Nacional

No siempre es fácil dar una mirada retrospectiva cuando de procesos se trata. Por una parte, está el temor de notar que la labor que creíamos realizar de manera adecuada, no era tal. Por la otra, el peligro de que esa mirada hacia atrás traiga aires de un conformismo que resulta peligroso. Difícil o no, la revisión de estos diez años de funcionamiento es necesaria si se quiere levantar una mirada presente y hacer una consideración prospectiva. La mirada de la reforma procesal penal se remonta a unos pocos años, que es un período en el cual han ocurrido muchas cosas y en que el repaso lineal se vuelve necesario.

1. Lo que ha sido la Reforma

En 2000, Chile sufrió un cambio histórico en su sistema de administración de justicia. Pasó de tener un sistema inquisitivo a uno acusatorio, de uno secreto a uno público, de uno escrito a uno oral. El cambio era necesario y eso nadie lo podía desconocer. La implementación de este nuevo sistema, que imitaba en buena medida a los países desarrollados -nuestra reforma se apoya en la legislación alemana e italiana¹-,

nos daba esperanzas respecto de lo que iba a ser un sistema adecuado de justicia y, por sobre todas las cosas, un sistema que permitiera efectivamente el resguardo de las garantías fundamentales de los individuos.

Al inicio de la reforma a nadie le sorprendía que se liberara alguien porque durante la aprehensión no se le habían leído sus derechos o porque había sido maltratado por carabineros. Cuando comenzó la reforma se podía identificar sin mayor esfuerzo y establecer una distinción clara entre lo que era la detención por sospecha y un control de identidad. El ideal se hacía realidad y lo real se parecía mucho a lo ideal. En este sentido, la Defensoría tuvo un papel fundamental, pues era la propulsora de la defensa de las garantías y era una institución nueva, que venía a cubrir un área que se encontraba abandonada: el acceso a la defensa técnica, gratuita y de calidad.

La implementación de la reforma no fue radical, fue una puesta en marcha gradual que partió en 2000 con las regiones de Coquimbo y La Araucanía, y siguió en 2001 con las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule. En 2002 se extendió a las regiones de Iquique, Aysén y Magallanes; para en 2003 llegar a las regiones de Valparaíso, del Libertador

¹ Ambos, K. Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, aspectos del Derecho Alemán y comparado, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 250.

Se inaugura el Centro de Justicia de Talagante.



Bernardo O'Higgins, del Biobío y Los Lagos. Este proceso concluyó en 2005 cuando a la reforma se le dio el vamos en la Región Metropolitana. Durante 2001 la Defensoría atendió a un total de 7 mil 427 imputados y aunque estas cifras han demostrado alcances de cobertura y crecimiento, nos interesa profundizar en cómo se ha representado a estas personas que hoy son más de 340 mil al año.

Más allá de las meras cifras, ¿es posible sostener que la defensa que se le otorgó a estos imputados es la misma que se les da hoy en día? ¿ha habido un cambio sustancial en la materia?

Para abordar el tema vamos a analizar brevemente qué ha pasado con tres figuras centrales del Código Procesal Penal, tales como: el control de identidad, el control de la legalidad de la detención y la prisión preventiva. La forma de tratamiento que se daba a estas figuras al inicio de la reforma dista bastante de lo que ocurre hoy, y para advertir aquello basta la lectura de la ley. Los cambios se han dado a nivel de los operadores del sistema, y han sido también -por qué no decirlo, desgraciadamente- a nivel legislativo.

Al inicio de la reforma, el control de identidad era un procedimiento policial que podía diferenciarse claramente de la detención por sospecha. A partir de las modificaciones introducidas desde 2002 en virtud de la ley N° 19.789; en 2004 por la ley N° 19.942 y luego en 2005 con la ley N° 20.253, se ha hecho difusa la distinción entre estas instituciones. Para 2000, el artículo no contemplaba facultades de registro ni establecía al control de identidad como un deber para las policías. Esto era coherente con una de las finalidades que contemplaba el nuevo proceso, a saber, disminuir el uso excesivo de las medidas cautelares personales², lo cual, a su vez, era consistente con la creación de un nuevo sistema que fuera respetuoso de las garantías individuales y de los derechos humanos, donde la selección primaria que dirimía entre

quienes habían delinquido y quiénes no, se objetivaba cada vez más a la luz de una correcta comprensión del principio de inocencia.

En este sentido, algo que no se debe perder de vista nunca durante este período es que la persona que está siendo sometida a proceso es inocente y ese es un estatuto jurídico que se reconoce a todos. El rol que juega el sistema procesal penal delimita los márgenes de actuación de quienes participan de este proceso, ya sea en la etapa de investigación, de juicio, en las actuaciones de las policías, etc.

“En el marco de los principios básicos que informan el Estado social y democrático de derecho, el derecho procesal no sólo se ocupa de la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, sino que se constituye como un sistema de garantías orientado a hacer posible la obtención de una efectiva tutela de los derechos de las personas que permita la creación y mantenimiento de condiciones de paz en la comunidad. Así, el derecho procesal es instrumental y no como tradicionalmente se ha sostenido, que las normas procesales están orientadas a la imposición de una pena o la represión³.”

La adecuada aplicación del derecho penal sustantivo se determina por la existencia de un sistema procesal adecuado. Los criterios legitimadores de la pena pierden en cierta medida el sentido, si no se cuenta con un proceso adecuado.

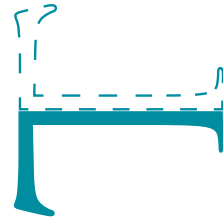
El control de la legalidad de la detención es probablemente la instancia procesal que marca el paso entre el ayer y el hoy del sistema procesal penal. Aunque, hay que decir que la modificación no vino desde el legislador, sino que vino, en ese caso, de parte del adjudicador y de los actores principales del sistema, -en términos procesales- el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Las llamadas audien-

² Mensaje 110-331 de S.E. Presidente de la República con que se da inicio al nuevo proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Penal, Santiago, 9 de junio de 1995.

³ Sampedro, J.A: La Humanización del Proceso Penal (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Legis Editores S.A., 2003) p.168.



Se promulga la Ley N° 19.942, que modifica los Códigos Penal, de Procedimiento Penal (justicia antigua) y Procesal Penal (nuevo sistema de justicia) en materia de control de identidad. Éstos dos últimos Códigos siguen operando en paralelo, en la medida que muchas causas del sistema antiguo siguen vigentes.



cias en bloque⁴ fueron un paso importante de lo que era la reforma procesal penal y lo que es hoy. Uno podría decir que la permisión de este tipo de conductas procesales por parte de los operadores del sistema es lo que marcó el comienzo de la desnaturalización de lo que se decía -hasta ese entonces- un sistema que velaba por las garantías de los imputados y del debido proceso. Aquí no hay un cambio legislativo, aquí no hay un cambio jurisprudencial. Si de culpas se trata, somos todos presos del tiempo, de un concepto errado de lo que es la justicia y la eficiencia de un sistema que era considerado ideal.

En tanto, al inicio de la reforma, la prisión preventiva cumplía un rol excepcional. Es una medida cautelar de *última ratio*, donde su uso debía ser y era reservado para los casos más gravosos. La utilización de esta medida por los jueces era limitada y cautelosa: limitada, por cuanto se otorgaba sólo en los casos extremos; y cautelosa, por cuanto decretar una prisión preventiva era una decisión justificada por parte del organismo adjudicador y eso era una manifestación evidente de un cambio de sistema. Durante 2001, hubo mil 251 imputados atendidos por la Defensoría que quedaron en prisión preventiva. Al inicio de la reforma el uso limitado de la prisión preventiva decía relación con el respeto a las garantías, era manifestación de la vigencia de la presunción de inocencia.

En este sentido, el principio de publicidad que se instauró con este cambio de sistema, vino a ayudar a transparentar los procesos y a mostrar la realidad de cómo opera el proceso penal. Esto permitió hacer visibles las decisiones judiciales, lo cual en principio fue satisfactorio para quienes compartimos el pacto social, para quienes vivimos como destinatarios de normas de comportamiento. Sin embargo, a su vez -aunque en dicha época no se manifestaba de una manera demasiado

evidente- sembraba confusión en la población, pues era muy difícil socializar las decisiones que toma el juez, a la luz de lo que el legislador indica. La sensación inicial que primaba en ese tiempo era una sensación de satisfacción pues se había terminado con un sistema oscuro, de selección primaria. No obstante, no resultaba fácil explicar a la ciudadanía el porqué no a toda persona que se formalizaba se la dejaba en prisión preventiva y eso tuvo repercusiones importantes en el sistema procesal penal, lo cual permite explicar las modificaciones que fueron introducidas al artículo 139 del Código Procesal Penal por las leyes N°20.074 y 20.253.

2. Lo que es la reforma

Hacer un análisis de lo que la reforma procesal penal es hoy en día, tampoco es tarea fácil. La cobertura -en términos de territorio- y la cantidad -en términos de imputados- han crecido al mismo tiempo que hemos procurado que lo haga la calidad del servicio que prestamos. La Defensoría ha tendido a la especialización de la defensa, ya sea con criterios que dicen relación con las etapas del *ius puniendi* o bien con la identificación de grupos o sectores que merecen un tratamiento diferenciado, que se condiga con un principio de igualdad relativa, en términos de acceso a la justicia.

Desde 2003, este esfuerzo se realiza comenzando ese mismo año con una defensoría especial para el pueblo mapuche. El año 2007, la Defensoría desarrolló un equipo en defensa en materia de responsabilidad penal adolescente. En 2009 dimos un gran paso al implementar el proyecto piloto penitenciario, con la finalidad de dar cobertura también en esta área. A su vez, durante todos estos años la Defensoría ha hecho esfuerzos por incorporar el enfoque de género en la defensa, siempre con la finalidad de dar una defensa de calidad que se adecue al cliente que se encuentra en posición de imputado en ese momento. La especialización de la defensa es algo que al inicio de la Reforma no existía y que hoy se encuentra en pleno funcionamiento.

⁴ Desde hace algunos años, algunas audiencias de control de la legalidad de la detención están siendo realizadas en bloque, con varios imputados que son controlados a la vez. Esto ha significado que aquél examen que se hacía de manera exhaustiva para cada imputado ha perdido espacio y hoy todos son examinados como si fueran uno solo, y hubieran sido detenidos en iguales circunstancias.

Se promulga la Ley N° 19.950, que aumenta las sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación, modificando los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Procesal Penal.



Ahora bien, este cambio institucional, que ha repercutido en los usuarios no da cuenta de la realidad del sistema procesal penal actual. Para tener una mirada del sistema en la actualidad es un buen ejercicio acudir nuevamente a las tres figuras emblemáticas: el control de identidad, la prisión preventiva y el control de la legalidad de la detención.

El control de identidad hoy en día se encuentra mucho más cercano a la detención por sospecha. Ya no se trata de controlar la identidad de una persona, se ha transformado en un estadio previo a un registro y luego a una flagrancia. El cambio ha ocurrido no solo a nivel legal con las modificaciones introducidas por las leyes antes mencionadas; sino también a nivel judicial, pues el control de identidad se ha transformado en el estadio previo a la detención por flagrancia. Es evidente que el ámbito de protección fáctica de las garantías personales se ha ido restringiendo a lo largo de estos diez años. Los sistemas procesales apuntan al esclarecimiento de los hechos con miras a la obtención de una *verdad*, lo que no significa permisión absoluta.

Por el contrario, esta finalidad se encuentra limitada por los derechos fundamentales y, de manera basal, por la dignidad de las personas. Para entender esto es necesario igualmente hacer ciertas precisiones respecto de qué se entiende por *verdad* (en sentido procesal) y qué por *validez* (también procesalmente). La premisa desde la cual se enfoca el análisis será la siguiente: todo acto estatal que tenga pretensiones de búsqueda de una *verdad* (provisional), tendrá que cumplir con ciertos criterios de *validez* para que esa obtención de verdad (definitiva) sea conforme a derecho y no contraria a él. Es propio de un Estado moderno, que cuente con criterios delimitatorios de potestades estatales, de lo contrario, estaríamos hablando de un Estado totalitario.

“Superadas las antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor abso-

luto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho⁵.”

A simple vista se podría sostener que lo que hay es una contraposición de intereses: por una parte, está el interés estatal en la persecución penal; y, por otra, el interés de los individuos en la protección de sus esferas de autonomía. Sin embargo, esta comprensión resulta extremista y equívoca. La persecución estatal, concebida como potestad monopólica, es precisamente lo opuesto. La concentración de este poder de resguardo de la paz social tiende a beneficiar estas esferas de autonomía, no lo contrario.

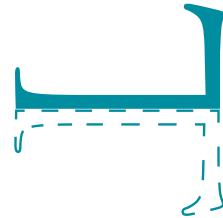
Esta constatación de la participación de una persona en un determinado acto contrario a derecho debe necesariamente obedecer a la estructura formal del sistema que se exige en el proceso penal. Esto no es más que una manifestación del Principio de legalidad, y de una legalidad estricta. El procedimiento mediante el cual se intenta llegar al esclarecimiento de la *verdad* respecto a esa conducta atribuida debe sujetarse a estándares intersubjetivamente vinculantes que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico. Y en este sentido, sólo pueden considerarse de este nivel aquellos que se encuentran establecidos en nuestra legislación, ya sea en la ley, en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Si no hay sujeción a estos estándares formales, estamos en presencia de un procedimiento arbitrario y de una actuación que para el derecho, debiera resultar inválida. El reconocimiento de estos principios no es más que un mandato de observancia de las garantías fundamentales que limitan la potestad punitiva del Estado, ya sea en tanto derecho sustantivo o derecho adjetivo.

5 De Urbano, E y Torres, M: La prueba ilícita penal (Navarra: Thomson, 2003), p. 33.



Se promulga la Ley N° 19.970, que crea el Registro Nacional de ADN y su respectivo reglamento, además de agregar artículos al Código Procesal Penal.



Es en el proceso penal donde entran en conflicto el interés individual de aquél que (se sospecha) ha cometido un acto contrario a derecho por una parte; y el interés colectivo de la comunidad en la seguridad de la misma. Ahora bien, es sabido que es propio de los estados totalitarios el reconocimiento irrestricto del interés de la colectividad en su seguridad. En ese sentido, el imputado era considerado como objeto del proceso penal.

De los modelos ilustrados surge la concepción de los derechos fundamentales como límites al actuar estatal, se reconoce al imputado como sujeto procesal y no como objeto del proceso. De ahí, la afirmación que hiciera Roxin respecto a que el derecho procesal penal constituye un “sismógrafo” de la Constitución del Estado, pues claro, sirve como mecanismo de medición cualitativo respecto del reconocimiento de ciertas garantías⁶. Lo que no ha sido advertido aún por los propulsores de estas prácticas, es que esto no hace más que mermar la confianza que la población tiene en un sistema de justicia que venía a “mejorar”, una situación desmejorada preexistente.

El sistema hoy está mejor que antes, de eso no hay duda. Sin embargo, algo que preocupa o debiera preocupar es cómo mostramos a la ciudadanía que el cambio ha sido positivo, que el cambio es algo que como seres sociales nos beneficia.

En materia de privación de libertad, durante 2010, 32 mil 692 imputados atendidos por la Defensoría han sido dejados en prisión preventiva, producto de la transparencia del proceso. Pareciera que la prisión preventiva y una posterior condena es lo único que logra dar seguridad no sólo a las personas y su propiedad, sino que incluso a la administración de justicia. En virtud del principio de publicidad, podemos decir que la justicia se ha transparentado, la pregunta es si hemos sabido entender este proceso.

La publicidad de las audiencias ha socializado el proceso penal, pero también ha creado de alguna manera una esfera de autotutela virtual, donde la averiguación de esa *verdad* pareciera justificarse a cualquier costo sin importar la *validez*. Hoy todos podemos ser jueces de quien se sienta en el banquillo de los acusados, el problema con eso es que todos nos percibimos a nosotros como víctimas o como posibles víctimas, nunca como victimarios o posibles victimarios. Lo que ocurre hoy con el sistema procesal penal, es que si bien partió siendo un modelo que replicaba lo que se implementó en Alemania o Italia, no se ha sabido adaptar a la realidad chilena.

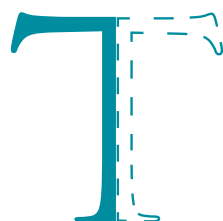
La implementación de un modelo de estas características no pasa sólo por “instalar” juzgados modernos, con operadores jóvenes y con imputados públicos; pasa por adaptar, por entender que tal vez la realidad chilena no estaba preparada como se pensó para un cambio de estas características. Lo anterior nos lleva a otro problema y es ¿cómo respondemos nosotros a las demandas sociales desenfrenadas de lo que todos creen es la justicia? Hemos dejado que hoy se instale la idea de equivalencia entre justicia y condena y eso es un equívoco que no podemos permitir. Así como tampoco podemos permitir que el legislador o el órgano adjudicador ceda ante las presiones ciudadanas que lo lleven a un endurecimiento de penas (en el primer caso); o a una decisión de condena o absolución (en el segundo).

Tratándose de las llamadas audiencias en bloque, en que en una misma audiencia se controla la legalidad de la detención, se formaliza o requiere y se resuelve la cuestión sometida a debate de muchas personas y que son hoy una realidad hay que decir que son una práctica deleznable y que ante todo debieran ser impedidas por quien está a cargo de la dirección de las audiencias: el órgano adjudicador. Los operadores, particularmente, la Defensoría puede oponerse a la práctica de este tipo de audiencias. El problema, sin embargo, es que una oposición como esta, antes que una respuesta satisfactoria por parte de los jueces, tiende a derivar en una imputación a título de desacato y eso es

⁶ Roxin, C: Derecho Penal, Parte General (Madrid: Civitas Ediciones, 2003), pp. 10 ss.



Se promulga la Ley N° 19.893, que adelanta los plazos previstos originalmente para el nombramiento de fiscales regionales del Ministerio Público en la Región Metropolitana.



inadmisible. Hoy no podemos decir que se tutelan las garantías de los imputados, al menos no en esta etapa procesal, si se permiten prácticas como las mencionadas.

La tarea de hoy pasa por entender que el proceso penal tiene dos grupos de destinatarios: el primero, quienes viven el proceso penal día a día de manera fáctica (imputados, víctimas, órgano persecutor, defensores y querellantes); el segundo, quienes viven el proceso penal de manera más distante y tal vez más visceral (la ciudadanía toda). Si el sistema lograra hoy moverse en esos dos niveles de discurso -en realidad, de funcionamiento- seguramente evitaríamos al menos el problema de percepción ciudadana de la, por ejemplo, mal llamada “puerta giratoria”. El ideal que se nos fue de las manos -de sistema garantista- es algo que también debería ser defendido, al menos, por quienes vivimos el sistema y sobre todo, por los que empezamos con él.

La pregunta por cómo se encuentra hoy el sistema procesal penal obliga a revisar críticamente ciertas prácticas e instituciones, además del desempeño de quienes intervenimos en él. Ciertamente las audiencias en bloque, el aumento de la prisión preventiva, la desnaturalización del control de identidad, entre otros, no nos dejan un sabor satisfactorio. Lo crucial, entonces, es enfocarnos en cómo el sistema debe ser.

3. El deber ser

Hasta ahora hemos hecho un análisis más bien de *lege lata* respecto al sistema procesal penal vigente en Chile y lo que queda ahora es hacernos cargo de un análisis de *lege ferenda* y por qué no, plantearnos un ideal de sistema.

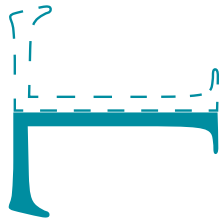
Pocas veces cuando se hace un análisis que apunte a una visión constructiva se cae en tautologías. En este caso, sin embargo, no sería malo volver de alguna manera al punto de partida. La adecuada comprensión de la prisión preventiva como medida cautelar personal de excepción, la existencia de una cesura clara entre control de identidad y detención por sospecha y la inexistencia de audiencias en bloque, son tres cuestiones que harían que el sistema no fuese incoherente. El mensaje del Código Procesal Penal señala entre otras cosas lo siguiente:

“La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y *última ratio*; supone además supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el Estado y la policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza; y supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculcado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación?”

Esto representa lo que se tuvo y lo que se debe tener a la vista al momento de instaurar el nuevo proceso penal. Un sistema coherente nunca hubiera permitido las modificaciones que se han introducido al Código, un sistema consistente con lo que se señala en el mensaje haría de principios tales como la *última ratio*, lesividad e inocencia una realidad normativa y material.

7 Op. Cit. en n. 2.

El nuevo sistema de justicia criminal inicia su marcha en las Regiones de Valparaíso, O'Higgins, Biobío y Los Lagos.



Para mejorar el sistema procesal penal hay que hacer dos modificaciones: una a nivel de *sistema integral* y la otra a *nivel institucional* como Defensoría Penal Pública. En el primer sentido, hay dos tareas pendientes: una en términos netamente normativos; la otra en términos fácticos. En términos normativos, es necesario que el legislador sea consistente con la regulación, es decir, que no haya antinomias en la ley desde el mensaje en adelante. En términos fácticos, que no haya contradicciones entre la realidad formal y la realidad material, sólo eso garantiza un sistema de administración de justicia de un Estado moderno, sólo eso es un sistema procesal penal adecuado.

En el segundo sentido, como institución que tiene como misión fundamental el acceso igualitario a la justicia, tenemos también dos tareas primordiales: seguir especializándonos y otorgando una defensa de calidad como la que hasta ahora hemos entregado y retomar la batalla que asumimos desde el principio respecto del respeto de las garantías. Esta lucha no sólo debe ir orientada a una mera decisión judicial favorable, también es necesario que nos instalemos de manera responsable en el debate legislativo. Al igual que en materia judicial, uno podría decir que para dictar una sentencia (presente), que mira a la resocialización (futuro), es necesario ver en qué consistió el hecho que se imputa como delictivo (pasado), sólo así se logra una decisión judicial razonable que se ajuste a criterios de justicia modernos. Sólo si asumimos la tarea de la defensa desde esta perspectiva, podremos hacer del proceso penal un ideal real. 