

Examen &

AUNQUE ES RECONOCIDO INTERNACIONALMENTE COMO JURISTA EXPERTO EN MANEJO DE CONFLICTOS CORPORATIVOS, ARBITRAJES Y LITIGIOS, A JORGE BOFILL LE BRILLAN LOS OJOS CUANDO OPINA O ACTÚA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL. DE HECHO, FUE ASESOR PERMANENTE DEL SENADO DURANTE LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y, COMO ABOGADO PARTICULAR, SUELE LITIGAR EN CAUSAS DE ALTA CONNOTACIÓN.

MIGUEL SOTO PIÑEIRO TAMBIÉN ES UN DESTACADO PENALISTA Y ACADÉMICO, CASI TAN FAMOSO POR SU HABLAR PAUSADO COMO POR EL CAMEL SIN FILTRO QUE ACOMPAÑA SIEMPRE SU INTENSA CONVERSACIÓN.

EN RESUMEN, UNA BUENA MEZCLA DE PERSPECTIVAS Y CONOCIMIENTOS PARA PRODUCIR, COMO RESULTADO FINAL, EL SIGUIENTE CONTRAPUNTO JURÍDICO SOBRE LA REALIDAD DE LOS INOCENTES QUE -MUCHO MÁS COTIDIANAMENTE DE LO QUE PARECE- PAGAN EL DURO PRECIO PERSONAL Y FAMILIAR QUE IMPLICA UN "ERROR" DE CUALQUIERA DE LOS ACTORES DEL SISTEMA PENAL EN CHILE.

¿Diría usted que en Chile los inocentes lo son hasta que se comprueba lo contrario?

Jorge Bofill (JB): Creo que cultural y socialmente no lo son. Se comprueba todos los días, especialmente cuando toca trabajar en casos de relativo alto perfil. Cuando la prensa genera una especie de argumento de sentido común de que 'algo hay', eso se le queda pegado al imputado para siempre y lleva incluso a que si gana, eso no sea verdadero, porque más bien se busca una explicación de por qué ganaste, antes que reconocer que estás lidiando en un sistema donde partes siendo inocente. En el caso de un abogado particular, generalmente el comentario negativo va acompañado de una suposición de que algo hiciste para conseguir ese resultado, una trampa o algo así. Naturalmente, a los defensores públicos eso no se les presume, pero no hay distinción en el fondo.

Miguel Soto (MS): Es complejo. Hay una distinción entre el plano del ser y del deber ser. Normativamente, existe una presunción de inocencia que debería determinar el estado. Sin embargo, en la praxis no necesariamente se respeta ese mandato normativo y probablemente, en una imputación fundada, conlleva una sospecha de culpabilidad

más que una de inocencia. De otro lado, el instituto mismo de la prisión preventiva muestra una relación dialéctica con el principio de inocencia imposible de superar. No hay ninguna forma dialéctica o argumental en que uno pudiera conciliar la presunción de inocencia con la prisión preventiva durante el proceso. Entonces, existe un reconocimiento retórico de la presunción de inocencia, pero en el ámbito práctico dista de estar adecuadamente reconocida y de ser un principio que construya la imputación penal y su decurso argumentativo.

¿Qué pasa cuando el Estado se equivoca? ¿Quién paga el error?

JB: Uno puede imaginar muchos sistemas posibles, distintos del que tenemos. Creo incluso en la ley chilena hay dos parámetros que deberían servir para pensar modelos diferentes. Puedes partir desde el parámetro constitucional de la indemnización por error judicial y su jurisprudencia, o hacerlo desde la jurisprudencia más relativa al error del Estado en general. Desde el primero, la respuesta será que el Estado no va a responder casi nunca. Tiene que ser una cosa extraordinariamente escandalosa y gravosa para que aquél que padece el proceso reciba efectivamente reparación. Los estándares hacen que la indemnización o la responsabilidad del Estado pase a ser ilusoria.

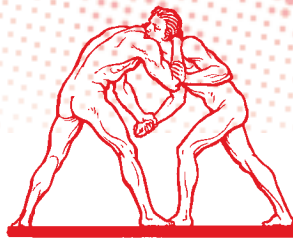
Contraexamen

Por Marcelo Padilla V.

Periodista Unidad de Comunicaciones, Defensoría Nacional

Fernando Mardones V.

Jefe Unidad de Corte, Defensoría Nacional



Por oposición -desde una perspectiva de responsabilidad general del Estado a través de sus agentes, como en el caso específico del Ministerio Público-, hay sistemas que pueden ser mucho más satisfactorios. La Ley Orgánica del Ministerio Público le establece suficientes obligaciones en sus actuaciones como para que, cuando el estándar no es satisfecho, el Estado responda. Es frecuente la queja de que los fiscales no actúan según este principio, pero son pocos los casos en que los afectados han intentado someterlos al test judicial, para ver qué pasa. Al menos en casos aislados, creo que cuando los interesados llevan el caso a la justicia, hay una respuesta.

Hace poco la Corte de Apelaciones acogió una demanda civil por los casos de interceptación telefónica no autorizada judicialmente. Esa es una puerta que se está abriendo y que nos puede llevar a un sistema de responsabilidad del Estado mucho más razonable. O sea, la herramienta está y no se usa, pero no hay ningún estatuto especial para el mal imputado o a quien se le afectó la vida con la persecución penal.

Otro mecanismo es el de las costas, que puede no ser indemnizatorio, pero depende del criterio con que se maneje. Y aquí tampoco hemos

logrado avanzar mucho, en comparación con lo que ha sido el comportamiento judicial histórico en esta materia. Las costas procesales en Chile son siempre una cuestión simbólica o nominal. Si el cliente tuvo que pagar mucho dinero y ganó, antiguamente el sistema se sacaba el pillo con el motivo plausible para litigar. El Código Procesal Penal restringió estos motivos e, incluso, impuso un principio (la carga real de las costas), pero lo que importa no es sólo que los tribunales resuelvan el pago de costas, sino que también en cuánto las regulen. Y no veo ninguna razón legal para que las costas no sean reguladas en su costo efectivo. Es posible que haya un problema allí donde no existe un arancel de honorarios para los abogados y esto quede librado al acuerdo particular entre cliente y abogado. Pero esto no obsta a que los tribunales puedan perfectamente establecer un sistema de aranceles que sea más realista, al menos. Porque eso notoriamente siempre ha sido un desincentivo para litigar, particularmente en países como el nuestro, donde no hay tasa judicial. Y en materia penal, perfectamente podría ser una forma de reparar. No en todo, pero sí en algo. El problema es que no tienes un sistema de responsabilidad por la errónea actuación del Estado y ni siquiera te devuelven los gastos. Como que te persiguen a tu costa...



MS: Paga Moya... Con la actual institucionalidad no se visualiza el error como algo objetivo del sistema de justicia penal, sino que se condiciona a que exista un error en sentido subjetivo de uno de los jurisdicentes. O sea, no es la institución la que se equivoca, sino que hay que demostrar que el juez Pedro Pérez incurrió en un error. Ese salto entre la falta institucional y la falta de una persona conlleva una tremenda dificultad en la obtención de una reparación. De hecho, hay dos o tres casos, no más que eso. No basta acreditar que se cometió una errónea aplicación del derecho, sino que hay que demostrar que un concreto jurisdicente incurrió en error.

¿Diría usted que los casos de error en la persecución penal se deben más a la poca diligencia de los fiscales, al poco control de los tribunales o a qué otras razones?

JB: Están las dos primeras, pero también lo relacionado con los organismos auxiliares de fiscales y jueces. No sólo las policías, sino todos los organismos que están a disposición del Ministerio Público en la persecución penal. La reforma procesal penal buscó sustituir lo esencial... creó tribunales, fiscales, un sistema de defensa, pero avanzó muy poco con los organismos auxiliares. Pienso en el Servicio Médico Legal, en las mismas policías. Probablemente, cada uno de estos problemas tenga su propia explicación. En un país con todas las carencias nuestras, probablemente los presupuestos normalmente van para otro lado. Es un problema del Estado, no de los ciudadanos. Te condenan porque hay un informe de peritos mal hecho, o porque en la persecución de delitos sexuales se transforma en moda usar livianamente determinadas pericias. Si el Estado tiene carencias en sus organizaciones, el principio no puede ser que el precio -o en chileno el 'pato'- lo paguen los ciudadanos, porque más allá de lo que piense la sociedad, el estatuto de presunto inocente para algo tiene que servirte. Y allí donde yerra la policía o un informe de peritos de un organismo estatal, creo que el Estado también debe ser responsable.

MS: Los casos de error se deben, de un lado, a la debilidad del reconocimiento, en el decurso del proceso, de la presunción de inocencia, lo que lleva a cierta superficialidad en decretar medidas cautelares

durante el proceso. No creo que se le pueda imputar responsabilidad al Ministerio Público. El órgano persecutor, más allá de esta invocación retórica del principio de objetividad, es un órgano persecutor. Luego, corresponde a la defensa y sobre todo a los tribunales mantener irrestrictamente la presunción de inocencia, sin dejar de considerar casos en que puede existir un error explicable. O sea, puede que en un momento los antecedentes efectivamente lleven a concluir que es procedente una medida cautelar, y que sólo sobrevinientemente aparezcan nuevos antecedentes que acrediten o demuestren la improcedencia de esa cautelar.

¿Qué le parecen algunos proyectos que han intentado fijar o establecer condiciones de indemnización por error judicial? ¿No existe entre los abogados el criterio de que es necesario avanzar en esto?

JB: Creo que, en general, la sensación es más bien de que estamos indefensos. Probablemente porque quienes más sufren el problema diariamente -los defensores penales públicos- no tienen tiempo para darle la vuelta que el abogado privado tiene para buscar salidas al sistema. De hecho, con excepción del problema del error judicial, que sí es un obstáculo a que esto funcione bien, no sé si me embarcaría en proyectos muy creativos. Más bien la solución podría pasar por eliminar el sistema de indemnización por error judicial, y con eso -en la medida que quedáramos bajo un sistema de responsabilidad general-, podríamos conseguir mucho más que si intentamos inventar la rueda. El problema que se va a producir es que si quieres definir cuál es el estándar de error judicial que se requiere para generar responsabilidad del Estado, probablemente vas a terminar en algo muy parecido a lo que tenemos hoy.

En cambio, si lo dejas librado a un estatuto general de responsabilidad, eso funciona al final sobre la base del cumplimiento diligente de las obligaciones de cada uno. Ensayaría eso como punto de partida. Distinto será que uno además establezca un sistema de reglas especiales, que puede tener sentido tratándose -por ejemplo- de personas que estuvieron privadas de libertad o sometidas a otras cautelares, sobre todo las de mayor intensidad, y que después son absueltas. Y ni



siquiera por dos años, basta con un día. Y probablemente no le pagaré lo mismo al que estuvo dos años que al que estuvo un día. Mientras el sistema político no tome conciencia de que privar a cualquier ciudadano de cualquiera de sus derechos requiere buenas razones, y que cuando éstas no concurren entonces lo que se requiere es que el Estado responda, no vamos a avanzar. Y creo que últimamente, cuando los casos se les empiezan a acercar a las puntas de los pies, la reacción es diferente.

O sea, hay situaciones que son objetivamente medibles, por oposición a de qué porte es el error del fiscal, del funcionario público o del juez. Si el Estado no condenó habiendo privado de libertad -y esto puede ser una prisión preventiva, un arresto domiciliario u otras cautelares-, y esto te genera responsabilidad porque te equivocaste, porque hiciste un uso excesivo o abusivo de las medidas cautelares, entonces a lo mejor llegaremos a un sistema que se acerque a que cuando llegue el momento de decidir qué pide o no pide, el Estado también piense un poquito distinto. El punto es que hoy día es gratis, o así lo parece. La sensación ambiente es que el costo es cero.

MS: Un proyecto de esa naturaleza debería contener un mecanismo preponderantemente objetivo de indemnización por error judicial, frente a supuestos de sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, por no estar acreditado el hecho o la participación. Y debería obviar toda posibilidad de que esto se reduzca a la persecución de un error en un jurisdicente específico y determinado. Ahora, también debería establecer algún mecanismo de cálculo de la responsabilidad. No es lo mismo estar un mes preso por una resolución errónea que pasarse tres años.

¿Sería bueno incorporar en el actual sistema un tipo de indemnización por error del fiscal o de otros actores del proceso?

JB: Habría que definir qué significa el error del fiscal y ahí también se correría el riesgo de generar un estatuto artificial, que también inhiba al fiscal de tomar decisiones necesarias en el marco de la persecución penal. Creo que al fiscal lo que hay que pedirle es que aplique el princi-

pio de objetividad, porque si se lo toma en serio, lo que hará es estudiar los antecedentes y teniendo todo en cuenta, tomará una decisión que también requiere un margen de discrecionalidad. Si no, los fiscales pasarían a ser jueces y no podrían ejercer como corresponde la persecución penal. Y nadie quiere que eso pase. O sea, las herramientas para medir el error del fiscal ya están, no se necesitan más.

MS: Esto no es error de un actor, sino de la institución. Lo que debería establecerse es una interpretación objetivista de las condiciones en que funge la responsabilidad del Estado. Así, el procedimiento de indemnización del error sería un momento más en la defensa de la libertad durante el proceso. Si se establecen procedimientos de responsabilidad que tiendan a la responsabilidad objetiva, la indemnización del error se transformaría en un momento en el conjunto de medios de protección de la libertad, y generaría una cultura jurídica mucho más cuidadosa. En esto bastaría con una reinterpretación de lo que está. Obviamente, la forma democrática de hacerlo es legislando. El parlamento es el auditorio donde deben discutirse las distintas versiones de la solución y creo que siempre es mejor una solución legislativa a una interpretativa frente a conflictos de esta magnitud.

También está el tema de una defensa pública negligente, que puede ser parte del error estatal. Si la defensa es proporcionada por el Estado, eso es parte del error estatal susceptible de ser indemnizado. Si se trata de una defensa particular, ya no se daría ese presupuesto, pero todo opera sobre la base de que se requiere una cultura jurídica en que la defensa sea diligente.

En esto hay otros dos o tres elementos de juicio: de un lado, la renuencia de los estratos superiores de la administración de justicia a admitir errores de magnitud tal, que puedan significar algo así como una indemnización. O sea, la Corte Suprema tiende a ser renuente a la admisión de errores de tal entidad, que generen un derecho a indemnizar y siempre va a buscar estar en la situación excepcional -que existe- de un error justificado, porque eso puede ocurrir en la realidad, de un dato sobrevinientemente aparecido.



De otro lado, incide sin duda el momento que vivimos en todo el mundo occidental, de intensificación de la persecución punitiva. Ese es un dato de la causa, por múltiples factores sobradamente analizados. En materia de persecución penal, pareciera que lo que se quiere es más Estado. Entonces habrá renuencia a aceptar un mecanismo que se convierte culturalmente en una restricción más de las facultades de persecución estatal. Y en tercer lugar está que el Estado siempre se va a defender antes de meterse la mano al bolsillo. Esa es una tradición existente en Chile y una labor muy bien emprendida por el Consejo de Defensa del Estado.

En este tema también está la figura del recurso de revisión, pero probablemente allí hay una relación de tensión entre dos polos. De un lado, es imprescindible la cosa juzgada. O sea, por la función propia del derecho y del derecho en juicio, se requiere una clausura de la discusión. Sin ella podríamos tener una discusión eterna y una confusión en el ámbito de la razón práctica entre derecho y moral. En moral usted puede discutir eternamente. En derecho hay clausura. Restringir dicha clausura o colocar un recurso o una forma de rever más allá de la cosa juzgada siempre es problemático. De otro lado, es imprescindible el recurso de revisión para factores sobrevinientes.

Creo que actualmente este recurso satisface esas exigencias, porque el problema no es el recurso mismo, que supone antecedentes sobrevinientes y muchas veces no se trata de la revisión de una sentencia a firme, sino que son la prisión preventiva o la sentencia de primera instancia las que resultan erróneas. Porque si surgen antecedentes nuevos, la verdad es que hay un error justificado.

¿Cree usted que debería existir una institucionalidad que se haga cargo de las personas que han sido condenadas erróneamente o que al menos de cuenta de estos casos?

JB: No me atrevo a dar una respuesta dura, pero suena razonable que allí donde el Estado ha contribuido a generar condiciones de anormali-

dad, sea también el obligado a generar condiciones restaurativas de normalidad de vuelta. No deja de llamar la atención -y esto tiene explicación política- que en el contexto de la preocupación pública por el fenómeno de la delincuencia, el Estado apunte en esa dirección tratándose de las víctimas, pese a que quien genera la responsabilidad en ese caso no es el Estado, o que a lo más lo hace porque no tiene las políticas adecuadas de prevención. Que el Estado sienta que tiene un deber respecto de esa víctima, y por el contrario, cuando el victimario es el Estado, no sienta que él es el que está directamente obligado a responder. Hay una asimetría completa entre una postura y la otra. El Estado ya tomó conciencia de eso, al reconocer los derechos de las víctimas -especialmente con la discusión sobre la defensoría de las víctimas-, pero parece que todavía no entiende que el pobre diablo al que le echaron a perder la vida porque lo privaron de libertad o porque lo persiguieron injustamente es también una víctima.

Como defensor particular uno a veces encuentra gente que ha tenido más suerte en la vida, pero que se le acaba cuando entra a un proceso penal. Y hablo no sólo de delincuentes en casos de delitos de cuello y corbata, sino también en situaciones tan cotidianas como la violencia intrafamiliar -una de estas nuevas creaciones legislativas-, que ha generado una especie de *commodity* o proceso que entra en una especie de 'fábrica de salchichas', donde en el Ministerio Público lo procesan masivamente o a granel, al extremo que llega una denuncia particular y el fiscal lo primero que hace es pedir una audiencia de formalización. Uno le ofrece, como abogado defensor, información antes de la audiencia, para que la reconsidere, y la respuesta es no, probablemente porque ese fiscal está saturado de trabajo.

No critico a la persona, sino cómo el Estado trata el problema, porque nos generó la ilusión de la ley, y después le entregó a alguno de sus organismos resolver ese problema, para lo cual ninguno está preparado. Y la violencia familiar se transforma en una máquina de moler carne, que mientras muele carne de segmento D o E parece dar lo mismo, pero cuando llega a gente más afortunada y hay un poquito de ruido, esa gente se pregunta cómo es posible...



Hay muchos casos que al final son pura negociación conyugal. Esa gente empieza a sufrir lo que Kafka trató de describir con 'El Proceso': el calvario que significa para las personas que su vida normal se vea completamente alterada y caiga en manos de funcionarios públicos que empiezan a decidir por ellos, y costándoles dinero, además. El sistema es muy reactivo a tratar esto en serio. Entonces, el proceso en sí mismo es una carga que te puede afectar profunda o accidentalmente, pero sin que haya absolutamente ninguna conciencia en el sistema. Y si no la hay en el sistema, mucho menos puede tenerla el Estado.

Y como la situación fue siempre así, a veces cuesta darse cuenta de que puede ser de otra manera. O sea, como los chilenos siempre han tenido que perder mucho tiempo y pasarla mal cuando enfrentan un proceso, seguir pagando ese costo no es novedad y no llama la atención. Por otro lado, como en Chile hay justicia de pobres y de ricos, también pasa que mientras a los ricos el problema no les llega, es difícil que se produzca una toma de conciencia sobre su gravedad.

MS: Sin duda. Lo que pasa es que la sociedad civil en Chile tiene muy poca organización. No sé si esa debería ser una función estatal o una función de organizaciones propias de la sociedad civil, que se hicieran cargo de esa labor de difusión y denuncia. Institucionalmente, creo que debería ser parte de la labor de la Defensoría Penal Pública, así como se encarga de la ejecución penitenciaria, el tratar de obtener las indemnizaciones pertinentes. Eso es jurisdiccional, pero la labor de difusión creo que no sería coherente exigírsela al mismo Estado, sino que probablemente debería ser alguna organización de la sociedad civil.

En esto hay que ir por partes. El proceso penal tiene contenido aflictivo. Por los efectos simbólicos de la persecución penal, la sola circunstancia de estar involucrado como imputado en un proceso penal tiene un contenido simbólico de aflicción. Y además puede tener un contenido real, si se aplican medidas cautelares. A quie-

nes corresponde el control de que así no ocurra es primero a la defensa y en mayor medida a los jueces, que deben garantizar el conjunto de derechos que conforman el estatuto del imputado y sus garantías.

Ahora, que el efecto del proceso sea mayor que la pena depende de qué entidades punitivas estemos hablando. En un homicidio calificado puede que la pena sea muy superior, pero en relación a delitos cuya pena se cumpla en libertad, la prisión durante el proceso obviamente es desproporcionada. Este es un problema que se está viviendo en el mundo, con una intensificación de la persecución penal en todos sus niveles. En los años '60 a '70 había en Chile otra percepción -no en la praxis, pero sí en las minorías intelectuales-, de mayor preocupación por el fenómeno penal. Eso ha desaparecido y hoy esto existe en la sociedad completa, sin intelectuales o parlamentarios contra fácticos. ⁹²