

20
AÑOS



Reforma
Procesal
Penal
en Chile



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE



20 | Reforma
Procesal
Penal
en Chile

AÑOS

20 Años de la Reforma Procesal Penal en Chile

Poder Judicial de Chile

Diciembre de 2022

IMPRESO EN CHILE



Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

ÍNDICE

Presentación	6
Discurso Inaugural	7
Discurso del Defensor Nacional	10
Discurso del Ministro de Justicia y Derechos Humanos	12
Discurso del Fiscal Nacional	17

I. LA REFORMA PROCESAL PENAL, ORÍGENES, EXPECTATIVAS Y RESULTADOS

A. Reforma procesal penal: génesis, diseño original y bases constitucionales

1. La inspiración de la reforma procesal penal <i>Haroldo Brito</i>	20
2. Los desafíos del proceso de reforma: una mirada interdisciplinaria <i>Soledad Alvear</i>	25
3. Consenso y cambio de prácticas: las claves del proceso de reforma <i>Cristián Riego</i>	29
4. La reforma: 20 años después <i>María Inés Horvitz</i>	34

B. Las reformas al modelo original y las materias pendientes: ejecución penal y populismo penal

5. Populismo punitivo: en defensa de un derecho penal liberal <i>Carlos Künsemüller</i>	40
6. El modelo original de la reforma, éxitos y problemas pendientes <i>Isabel Arriagada</i>	44
7. Deudas pendientes en materia de ejecución penal <i>Marcela Sandoval</i>	52

8. Reformas y populismo penal 55
Octavio Sufán

9. La nueva cara del sistema acusatorio 59
Ximena Chong

II. NUEVAS PERSPECTIVAS: DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

A. Proceso penal e inteligencia artificial

10. Sobre el uso de la inteligencia artificial en el proceso penal 65
Flavia Carbonell

11. Inteligencia artificial: aspectos positivos y negativos de su incorporación en la justicia penal 73
Jordi Nieva

12. Oportunidades y riesgos de la inteligencia artificial en el proceso penal 77
Eduard Fosch y María López Beloso

B. ¿Hacia una Justicia penal negociada?: gerencialismo, acceso a la justicia e igualdad ante la ley

13. Negociación y justicia penal: los mecanismos de imposición de condenas sin juicio 85
Máximo Sozzo

14. Los procedimientos abreviados y simplificados en Chile y el riesgo de condena de inocentes 90
Mauricio Duce

15. Las posibilidades de la justicia restaurativa en el proceso penal 97
Daniela Bolívar

16. *Plea bargaining* y mecanismos análogos: examen de algunos de sus aspectos 101
Máximo Langer

C. Reforma Procesal Penal y Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

- | | |
|---|-----|
| 17. El diseño de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente ante la reforma procesal penal
<i>Miguel Cillero</i> | 106 |
| 18. La ley N° 20.084: objetivos, nudos críticos y desafíos futuros
<i>Patricia Muñoz</i> | 112 |
| 19. Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente: un balance crítico
<i>Gonzalo Berríos</i> | 117 |
| 20. Impacto de la reforma procesal dentro del sistema de responsabilidad penal juvenil: una mirada latinoamericana
<i>Sofía M. Cobo Téllez</i> | 121 |

Presentación¹

Pocos escenarios históricos implican mayores desafíos que aquellos dominados por procesos de reforma institucional. La cantidad de factores involucrados y la necesidad de propiciar su evaluación racional dan lugar a dinámicas que, muchas veces, llevan a académicos, profesionales y expertos en políticas públicas a redoblar sus esfuerzos para comprender sus posibles efectos y repercusiones. Dentro de estos esfuerzos, tienen un espacio especial el análisis y la revisión de aquellas experiencias de reforma que, bajo una perspectiva comparada e integral, pueden considerarse exitosas.

Por este motivo, ante la inminencia del veinteavo aniversario de la entrada en vigor de la reforma procesal penal chilena, el Comité de Comunicaciones de la Corte Suprema de Justicia de Chile, presidido por don Haroldo Brito Cruz, tomó la decisión de organizar un seminario internacional que sirviera de plataforma especializada para que diversas expertas y expertos presentaran sus análisis sobre el pasado, presente y futuro de la reforma procesal penal chilena. Este seminario se llevó a cabo de modo virtual entre los días 10 y 11 de noviembre de 2020 y contó con la participación de las principales autoridades de nuestro país, así como de diversas personas dedicadas a la judicatura, a la academia, a la política y a cumplir distintos roles en la administración de justicia de diversos países del mundo.

Este libro presenta de un modo sucinto, gratuito y fácilmente accesible las transcripciones editadas de las contribuciones realizadas durante aquellas jornadas, complementando, de este modo, la estrategia de difusión establecida por el Comité de Comunicaciones, con relación a esta actividad. Esperamos genuinamente que la diversas comunidades académicas y profesionales nacionales e internacionales puedan sacar provecho de esta publicación y que sus resultados contribuyan a iluminar las tareas futuras que se ejecuten con relación a estas materias.

Comité Editorial

¹ Se hace presente que el formato de la publicación es el propio de una exposición oral, por lo tanto, los discursos de las autoridades y exposiciones de los expertos y expertas reflejan lo señalado espontáneamente en sus respectivas presentaciones, las que cuentan con la autorización de sus autores. Asimismo, cabe advertir que actualmente algunos de los proyectos de ley referidos por los autores en sus presentaciones, son ley.

Discurso inaugural

Pocos ámbitos del quehacer jurídico nacional tienen la resonancia de la que goza el sistema penal. Es el sistema penal –no el civil, no el laboral, ni el de familia– el que aparece ocupando el horario central de los noticieros, el que motiva la mayor parte de las demandas de los movimientos sociales y el que parece generar más atención en las reformas legislativas.

Y esto no es pura casualidad. En nuestra ordenación republicana la sanción penal es el mecanismo institucional encargado de lidiar con aquellos conflictos que parecen más difíciles de resolver. Aquellos conflictos que más seriamente ponen en entredicho la convivencia pacífica de nuestra comunidad y que más resuenan entre ciudadanos.

Sin embargo, el establecimiento de la sanción penal no se produce de cualquier manera o en un espacio vacío. Justo al contrario, parte esencial del sentido de la sanción penal no proviene de ella misma, como fenómeno tangible, sino de la manera en que ésta se administra. La forma en que ella se asigna. Esta es la enorme importancia que tiene el proceso penal para nosotros y en ello radica su enorme peso específico: No se trata únicamente de un “ordenamiento formal” que define las reglas que regulan la administración de la potestad punitiva del Estado, sino que, al contrario, es el mecanismo preciso que le otorga contenido a la pretensión institucional de que la potestad punitiva sea justamente eso, y no un mero ejercicio de violencia organizada.

Por lo mismo, el proceso penal se sostiene perpetuamente en una tensión pragmática: de un lado, debe ser capaz de expresar o encarnar la fuerza simbólica que ejerce la autoridad punitiva y; de otro, al hacerlo, debe sostener la propia legitimidad del sistema. Merced esta tensión, un sistema procesal penal puede fracasar de dos maneras distintas. Por una parte, puede fracasar si es demasiado laxo, al punto de permitir que las normas penales se “pasen por alto” o no se cumplan. Por otra, también puede fracasar si, al realizar su función, no respeta ciertos parámetros básicos que son los que a final de cuentas permiten legitimar el sistema.

La tensión entre estas dos preocupaciones no siempre es tan clara, y no siempre se resuelve de un modo satisfactorio. Es más, muchas veces permanece oculta en la siempre fluctuante opinión pública o en la posición específica de uno u otro académico. Por ejemplo, para mi gusto, los años que siguieron a la reforma estuvieron marcados por la primera preocupación. Había un temor, relativamente claro, de que el sistema penal fuera demasiado laxo, o “garantista”. Entonces en el campo de discursos políticos se aludía constantemente a la “puerta giratoria”, a los derechos de las víctimas y a las condiciones de los imputados.

Muy distinto, por supuesto, era el clima político antes de la reforma. En aquella época, en que la transparencia del proceso y la pulcritud de sus mecanismos estaban en constante entredicho, la determinación de un juez como “garantista” era más una loa que un agravio.

Esta breve disquisición es enormemente útil para entender nuestra actual encrucijada. Ahora, tras el estallido social de octubre, y la crítica sostenida de un importante sector de la población a los mecanismos punitivos del estado, podríamos estar viviendo un nuevo capítulo en el curso de esta tensión. ¿Qué hubiera pasado si los hechos del estallido social hubieran sido administrados con las herramientas del antiguo sistema de justicia penal? ¿Cuál hubiese sido la reacción de la opinión pública si los imputados de la primera línea hubieran tenido que enfrentarse a investigaciones secretas y autos de procesamiento?

No obstante el carácter especulativo de este ejercicio –porque, verdaderamente, no podemos saber qué es lo que hubiera pasado– me parece sumamente importante aprovechar esta oportunidad para tomarle el peso al cambio que vivimos y reflexionar con esto en mente sobre el futuro. El procesal penal es un sistema vivo, en el que los principios que lo fundan se encuentran constantemente a prueba. Y ahora, que estamos entrando de lleno al proceso constituyente, es cuando más peligroso resulta olvidarlo. Por lo mismo, esta actividad –que constituye una invitación a pensar con miras prospectivas y retrospectivas sobre los méritos y deméritos de que adoleció y de que podría adolecer el sistema procesal penal chileno– tiene una importancia extraordinaria.

Es esta preocupación central la que de hecho explica su estructura, en la que intentamos configurar una actividad que permitiera aunar las más diversas perspectivas en un ámbito radicalmente complejo. Por lo mismo, para lograrlo, dividimos esta actividad en dos días con temáticas diferenciadas: un primer día destinado a reflexionar en general sobre la reforma como hecho histórico, desde una perspectiva práctico-legislativa; y un segundo día destinado a incentivar la reflexión hacia el futuro, hacia el mundo posible que puede constituirse luego de la época actual.

De este modo, la primera mesa del primer día estará destinada a relevar, de un modo mancomunado y crítico, sobre la experiencia política y social que implicó el proceso de reforma, evaluando los cambios más importantes que acarreó y los desafíos a que se vio enfrentado. Para esto hemos invitado a cuatro personas que tuvieron un gran involucramiento en la misma y que han seguido de cerca su recorrido.

La segunda mesa, que finaliza las actividades del primer día, plantea un ejercicio distinto. En ella se pretende introducir, también en retrospectiva, la reflexión sobre la evolución legislativa posterior que ha seguido el proceso penal, con sus aciertos y desaciertos, y sobre las materias que han quedado fuera de ella. Por lo mismo, en esta mesa se hablará especialmente de dos grandes fenómenos, conocidos por todos, a saber: la ausencia de fuentes legales para regular la manera en que se ejerce la ejecución penal, y la tendencia creciente en las democracias occidentales a emplear las reformas que endurecen el sistema penal, como modo para lidiar con los conflictos sociales.

En el segundo día, como he anticipado, la inspiración del seminario cambia. Allí no se tratará de repensar principalmente en lo que ha pasado hasta ahora, sino intentar sentar las bases del debate procesal penal futuro en relación con tres temas distintos.

Siguiendo esta inspiración, la mesa que inaugura el segundo día -la tercera mesa del seminario- realiza un llamado a diversos expertos nacionales e internacionales para conversar sobre el impacto que podría tener la creciente introducción de las tecnologías de inteligencia artificial en nuestro mundo y en la manera de operar del proceso penal. ¿Constituyen estas tecnologías una oportunidad o un peligro?

Por su parte, la cuarta mesa del seminario versará sobre una tendencia que, podríamos decir, fue introducida por la misma reforma penal, pero respecto de la cual se percibe una creciente influencia a nivel comparado. Me refiero al aumento progresivo de espacios de negociación en sede penal. ¿Constituye un acierto, desde la perspectiva del acceso a la justicia o la eficiencia del sistema, o un peligro que amenaza especialmente a las personas más marginadas?

Por último, en la quinta mesa del seminario, se ha propuesto un tema que, por lo urgente, no podía quedar fuera de estas jornadas. Me refiero al sistema de responsabilidad penal adolescente. Por todos es sabido que en este ámbito vivimos una crisis nacional que se ha sostenido en el tiempo y, respecto de la cual, urge tomar acciones concretas. Fue uno de los temas más importantes del estallido social, y constituye una preocupación permanente del Poder Judicial. Por lo mismo, en esta mesa hemos intentado contribuir al debate invitando a distinguidos expositores de Chile y el extranjero, los que esperamos nos den luces sobre el tránsito que debería seguir el sistema de responsabilidad penal adolescente en el Chile del futuro.

A veinte años del inicio de la reforma, vivimos un momento histórico difícil de repetir. El estallido social y el proceso constituyente han sido circunstancias que, aunque inesperadas, nos ofrecen una oportunidad única: la oportunidad de pensar en posibles reconfiguraciones en casi todos los espacios de nuestra experiencia normativa. Y qué duda cabe, si queremos hacerlo bien -es decir, desde una perspectiva informada y que respete la situación de todas las personas de la república- debemos reunirnos en torno a los temas más conflictivos y discutirlos. Genuinamente, espero que esta actividad que hemos organizado colabore con este objetivo, y que de aquí salgan algunas de las discusiones que transformen a Chile en el país que todos merecemos y esperamos.

Guillermo Silva
Presidente Corte Suprema (2020-2022)²

2 El ministro de la Corte Suprema Sr. Silva Gundelach cesó en sus funciones el 07 de noviembre de 2022.

Discurso del Defensor Nacional

Hablar de 20 años de la reforma procesal penal en unos pocos minutos es relativamente complejo y uno tiene que optar por ciertas visiones que se pueden incorporar, desde el punto de vista de las instituciones que representamos y, sin duda, la reforma procesal penal significó una transformación sin precedentes en el ámbito en que nos toca actuar a todos los involucrados, dentro de un proceso más amplio de modernización del Estado donde, sin duda, esta transformación del sistema de justicia penal -me parece- puede ser por lejos el mejor ejemplo de una política pública exitosa.

El hecho de que seamos referentes en Latinoamérica, a propósito de los nuevos sistemas de justicia penal, es un ejemplo de ello y es lo que le pasa al Ministerio Público en la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), lo que pasa con el Ministerio de Justicia en la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (CONJIB), en la Cumbre Judicial de Iberoamérica, es lo que nos pasa a nosotros en el Bloque de Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur (BLODEPM) y en la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).

El tránsito de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio de carácter adversarial, sin haber siquiera pasado por un sistema mixto, y de la forma cómo se hizo en nuestro país, realmente es digno de elogio y satisfacción. Si bien también tenía o iba aparejado con un cambio profundo en la sociedad, como quiera que también estábamos transitando desde una dictadura hacia una democracia y, por lo tanto, esta mirada quizás más valórica y más de principio, acorde o ajustado a un estado democrático de derecho, hacía más visible este proceso y lo hacía quizás también mucho más motivador.

No puedo dejar de mencionar el último año de estos 20 años, que nos han llevado a través de dos crisis, que se han denominado estallido social y pandemia, y que desde el punto de vista nuestro nos ha puesto el énfasis precisamente en determinadas personas: mujeres y hombres privados de libertad. El estallido respecto de los detenidos de las unidades policiales y, luego, la pandemia respecto de las personas privadas de libertad en nuestros recintos penitenciarios. Y desde allí, desde esa mirada, caminar hacia un punto vista que me parece muy importante resaltar: la igualdad.

Una visión equilibrada del sistema de justicia penal que promueva esa igualdad, para que, entre todos, naturalmente, fortalezcamos la paz social. Éste me parece que es un mensaje que nos dejan estas dos crisis y que no terminamos todavía de generar un acabado diagnóstico y, por lo tanto, adaptarnos a todos los cambios que hemos sufrido en este último año.

Por eso, desde ese concepto, me parece que podemos mirar desafíos pendientes desde el punto de vista institucional y desde el punto de vista de la ciudadanía. A nivel institucional, el

nuevo Código Penal, debiera actualizar el reproche social a las sanciones que tiene establecido nuestro ordenamiento. En esta mirada de igualdad, me parece que es un elemento central en los aspectos que nos quedan todavía por avanzar.

Dos otros elementos que van de la mano, también desde el punto de vista de la igualdad y nuestro compromiso con el fortalecimiento de la paz social: el fortalecimiento de la reinserción y la creación de un sistema de ejecución de penas que es, quizás, el anunciado pendiente de la reforma procesal penal ya hace 20 años.

Nuestro debate de racionalizar y equilibrar el uso de la prisión preventiva también pasa a ser un elemento central en la búsqueda de esta igualdad y, por supuesto, para nosotros un pendiente desde el punto de vista institucional es la autonomía de la Defensoría Penal Pública. Más allá de una actualización y una ampliación de cobertura que ha tenido el sistema de justicia penal, sería el primer cambio modélico de la reforma que vivimos hace 20 años o hace algunos años más, a propósito de la etapa de diseño y planificación.

Desde el punto de vista ciudadano es donde encontramos, quizás, las mayores brechas y desafíos. Los estudios nos muestran con toda claridad la baja percepción de legitimidad y confianza que tiene la ciudadanía respecto de su sistema de justicia penal y eso nos compromete a todos, porque junto con esa baja legitimidad y confianza, lo que nos está diciendo, es que la percepción de la justicia penal no es igualitaria. No es igual para los distintos estratos socioeconómicos de nuestra comunidad. Por lo tanto, tenemos un inmenso desafío entre todos, en tener un sistema de justicia que tenga una capacidad de adaptarse a la diversidad de todas las personas que intervienen, y que acuden y demandan justicia en nuestro país.

Incorporar criterios que nos permitan distinguir los contextos de vida de esas personas involucradas y actualizar esos reproches sociales que hoy día nos identifican con frases que a veces son dolorosas como, por ejemplo, el que “en Chile se encarcela la pobreza”. Por eso ponía el ejemplo a la visión de igualdad, a propósito de este último año que hemos vivido en nuestro país.

De manera que el sistema de justicia penal no sea neutro, no sea un elemento más que perpetúe o agrave la diferencia en la sociedad, sino que se transforme, bajo los principios de transparencia, de colaboración, de participación, del gobierno abierto del Estado de Chile, en un ámbito que incida directamente en el fortalecimiento de la paz social.

Andrés Mahnke
Defensor Nacional (2014-2020)
Defensoría Penal Pública

Discurso del Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Hay que valorar el profundo cambio que ha significado la implementación de un sistema de juzgamiento penal que busca la protección de los derechos y garantía de los ciudadanos poniendo en práctica principios y estándares fundamentales, que deben estar presentes en un Estado de Derecho moderno.

En efecto, la reforma procesal penal significó la sustitución de los paradigmas bajo los cuales funcionaba el sistema de justicia penal imperante en nuestro país durante el siglo pasado, pasando de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, lo que se condice con los estándares de Derechos Humanos que deben estar presentes en el sistema de justicia penal.

Se trata de un ejemplo de política pública exitosa y concebida con una visión de Estado, siendo indispensable, 20 años después, pasar por un proceso de autocrítica, de revisión, precisamente para aprovechar las evaluaciones que se han hecho y ponerlas al servicio de la gente. De hecho, hay transformaciones que han significado profundos cambios en el funcionamiento del sistema de la justicia penal. En efecto, la Ley N° 19.665 junto con la estructuración orgánica de la reforma procesal penal, creó una comisión coordinadora cuya intención, originalmente, era de supervisar durante los primeros años el funcionamiento de la reforma. Sin embargo, pasado un cierto tiempo se pudo apreciar que su necesidad la convertía en algo permanente, porque lo que estaba logrando esa comisión, era articular a los distintos actores y protagonistas del sistema de justicia penal en nuestro país y por eso se convirtió en Comisión permanente a partir del 23 de septiembre de 2011 a través de la Ley N° 20.534.

Se trata de un espacio interinstitucional de gran riqueza, en cuyo seno se puede analizar el funcionamiento del sistema manera periódica e implementar medidas para su adecuada coordinación, y nosotros hemos podido apreciar en este último año a través de dos hechos muy concretos: Primero, el 18 de octubre y lo que ocurrió con posterioridad. Durante esos momentos, la actuación de esta Comisión Coordinadora fue fundamental para reaccionar debidamente frente a los hechos que estaban ocurriendo, la protección de los derechos de las personas, el mejor funcionamiento del sistema legal, y la labor de los abogados para defender debidamente a las personas que pudieran estar en situación conflictiva, o afectadas en sus derechos fundamentales. Esta Comisión Coordinadora articuló este proceso manifestando que realmente tenía un sentido muy profundo en su actuación.

Luego en la pandemia, nos dimos cuenta muy rápidamente de las dificultades del funcionamiento del sistema judicial por la imposibilidad de la actuación presencial y con la necesidad de generar formas distintas de responder a la pandemia, sin dejar de prestar el servicio, sobre todo, para las causas más urgentes. De nuevo, la articulación de este sistema coordinador, pudo

hacer posible que nuestra justicia funcionara. De hecho, pensando en la post pandemia, cuando termine ésta, advertimos las complejidades por la demora, por la suspensión de audiencias, por los procesos que se han acumulado, si no tenemos un sistema que prevea el retorno, puede colapsar el sistema. Esta Comisión Coordinadora ha trabajado y nos ha ayudado a presentar un proyecto de ley que está en trámite en el Congreso que, esperamos, permita que la justicia pueda seguir su camino.

Es un producto probablemente no previsto, de cómo la reforma procesal penal generó una mirada distinta, ya no de actores aislados, sino que en un sistema de justicia penal que se ha ido articulando. Ahora, con todo, tenemos que ser justos, la percepción que la ciudadanía tiene del sistema de justicia penal, no es la mejor. La propia Defensoría Penal acaba de dar a conocer un sistema que realmente nos hace pensar que la evaluación del sistema de justicia en Chile no es muy buena.

Sólo un 17% lo evalúa con una nota superior a un cinco, es decir, la gran mayoría, el 82% califica a la justicia penal en Chile entre un uno y un cuatro, lo cual es importante. En relación con la confianza en las instituciones, también se aprecia que la gente no tiene mucha confianza y la califica bajo el 35% y esto también dice relación con la situación de las personas en los recintos penitenciarios que se estima no están en una buena condición. Un 64% no cree que se respeten los derechos humanos de las personas privadas de libertad, y esto es un llamado a seguir trabajando en la etapa post condena, donde es urgente desarrollar y regular debidamente la ejecución de las penas.

A estos datos, debemos agregar una inquietante observación que ha hecho estos días la Corte Suprema a través de sus estudios. Porque necesitamos aprender de lo que vamos recibiendo de la ciudadanía, lo dice la Defensoría Penal Pública en este estudio que encargó, y lo dice la Corte Suprema, necesitamos un sistema eficiente, más cercano y más confiable. Pensemos que el estudio que se hizo respecto a las acciones judiciales relacionadas al estallido social, nos señala que, durante el 18 de octubre y 31 de diciembre de 2019, un total de 1.549 delitos o causas, ingresaron al sistema informático de tramitación de causa penales.

De éstos, el delito imputado más frecuente fue de apremios ilegítimos cometidos por empleados públicos del artículo 150 del Código Penal, alcanzando un total de 1.071 casos durante el periodo del estallido (69%). De acuerdo a la revisión, se observa que la mayoría de las causas aún están en tramitación y que sólo un 15% ha sido registrada como concluida manteniéndose el trámite en el resto (cerca de un 85%). Entre las causas concluidas, se observa que un importante porcentaje de estas causas fueron registradas terminadas en acumulación a otra, también la facultad del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento (27,2%), de acuerdo a lo que establece el Código Procesal Penal.

Por otra parte, en la justicia penal adolescente, advertimos un problema y esto nos afecta muy directamente a nosotros como Ministerio de Justicia, por la dependencia del Servicio Nacional de Menores. Desde el año 2013 el SENAME³ cuenta con un procedimiento de actuaciones en la toma de conocimiento que puede ser constitutivo de delito para producir las denuncias y avanzar en el conocimiento por parte de los tribunales y del Ministerio Público, por cierto, de causas que puedan merecer sanciones por haber atentado contra los derechos de los niños que están bajo el cuidado del Estado. Sin embargo, la realidad es que no es posible hacer el seguimiento efectivo de estos procesos judiciales, desconociendo muchas veces el desarrollo y desenlace de las investigaciones. Respecto de estos hechos, la gestión finaliza con la realización de una denuncia ante el Ministerio Público, pero no hay certeza de lo que ocurre después. Hemos intentado buscar respuestas, pero la verdad es que son demasiadas las investigaciones que finalmente terminan archivadas y no llegan a debido puerto.

En consecuencia, es importante trabajar en estrategias de colaboración interinstitucional que permitan conocer el desarrollo y desenlace de las denuncias que revisten vulneraciones de niños, niñas y adolescentes ya que, de lo contrario, permanecen en la retina con una inaceptable percepción de impunidad.

Como se ha dicho, a 20 años de la reforma procesal penal, los desafíos existentes en relación a su correcto funcionamiento son de gran envergadura. Por una parte, se debe hacer una revisión periódica y sistemática del funcionamiento del proceso penal de manera orgánica y seria, lo que debería permitir un análisis acabado de su operatividad y la determinación de sus aspectos más débiles, los que deben ser mejorados, resultando urgente - entonces - incorporar modificaciones a su respecto.

Es necesario hacer una revisión con la finalidad de mejorar la gestión del Ministerio Público en diversos aspectos, pues si bien su creación ha significado una contribución en la persecución penal -hay un antes y después en la historia de Chile respecto de la investigación penal gracias al Ministerio Público-; todavía hay aspectos que superar, por ejemplo, en lo que respecta a la capacidad de archivo de las causas, donde debería existir una mayor claridad y rigor en los criterios que son utilizados para tomar decisiones; así como también, la de los indicadores e incentivos con que operan los fiscales. Cuando la mitad de los casos que ingresan no son investigados, queda la sensación de una falta de respuesta del sistema a las denuncias que hacen los afectados.

3 Actualmente el SENAME se encuentra dividido en dos servicios: Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (Mejor Niñez), y Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (en Proyecto de Ley aprobado y en control preventivo obligatorio ante el Tribunal Constitucional).

Otro aspecto que al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos le parece importante fortalecer, es el rol de la víctima en el proceso penal, en particular, del cumplimiento de sus derechos procesales. Para ello, y en el marco legal de un servicio nacional de acceso a la justicia de próxima presentación a trámite legislativo, se está incorporando la figura de la Defensoría de las Víctimas para que éstas puedan contar con una mejor y más adecuada respuesta del sistema y un apoyo tanto psicosocial como jurídico frente a la comisión del delito.

Adicionalmente, este Gobierno está elaborando un proyecto de nuevo Código Penal -ya lo anunciaba el Defensor Nacional- que esperamos presentar al Congreso en pocas semanas más. Hemos trabajado mucho, con mucha gente, existe una historia detrás de este proceso, esperamos cumplir y hacerlo presente en pocas semanas más. De la misma manera, también estamos trabajando en producir una batería de cambios al sistema procesal penal, las que se han elaborado con la participación de expertos y considerando las instituciones, que recogerán aspectos como lo que antes hemos enunciado.

También debo referirme a la inquietud recién manifestada por el Defensor Nacional: estamos estudiando un proyecto para avanzar en la autonomía de la Defensoría Penal Pública en reconocimiento a la madurez de este organismo y al aporte que ha realizado, que pensamos debe seguir avanzando de esta manera. Por último, estamos también elaborando y comprometidos a presentar un proyecto de ley de ejecución de pena a través de la cual se regule a nivel legal la actividad penitenciaria, estableciendo la etapa de control jurisdiccional, respecto de las personas privadas de libertad. Creemos que esa es una mejor manera de garantizar los derechos de éstos y, al mismo tiempo, de mantener una supervisión más eficaz, más independiente de este proceso.

Junto con ello se sigue tramitando la creación del nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil que introduce cambios a la ley de responsabilidad penal adolescente, que está en un estado avanzado en su tramitación legislativa, y esperamos que sea Ley en muy corto tiempo.

El conjunto a estas iniciativas que he mencionado configura un cuadro completo de revisión de nuestro sistema de justicia penal que, creemos, constituye el mejor homenaje que podemos hacer hoy día en recuerdo de este proceso iniciado en nuestro país hace dos décadas.

Hemos avanzado mucho, eso es innegable, y existe una cierta satisfacción que aumenta cuando recordamos la vieja justicia del crimen y sus múltiples claroscuros. Pero no estamos contentos ni tranquilos, hay muchos ripios en el sistema y debemos ser autocríticos, revisar los avances y profundizar en ellos, pero también corregir los errores y sin temor llenar los vacíos que no son pocos.

Nuevamente felicito esta iniciativa del Poder Judicial y espero que en la discusión de estas dos jornadas podamos recoger importantes insumos para cumplir con los objetivos que he mencionado puesto que ellos nos son exigidos por la ciudadanía.

Hernán Larraín
Ministro de Justicia y Derechos Humanos (2018-2022)

Discurso del Fiscal Nacional

Desde el Ministerio Público no podemos estar más de acuerdo con las propuestas y los alcances que han formulado tanto el Defensor Nacional, como el señor Ministro de Justicia en términos de que han pasado 20 años de la reforma procesal penal, y la necesidad de introducir modificaciones y buscar un mejoramiento del sistema.

Creo que nadie podrá estar en desacuerdo con la necesidad de crear un sistema de ejecución penal y de dictar un nuevo Código Penal. Pero también buscar formas distintas para solucionar el conflicto penal, donde se ha avanzado en algunas iniciativas como el caso de los tribunales de tratamiento de drogas y la mediación penal que es una forma muy eficiente y adecuada de solución de los conflictos penales.

Sin duda, la reforma procesal penal en Chile a 20 años, desde sus inicios, ha sido como ya se ha destacado una de las políticas públicas más exitosas que se hayan implementado en nuestro país, porque a pesar de que aún nos queda por avanzar para lograr materializar un sistema de justicia penal que logre altos niveles de eficacia con pleno respeto material de todas y cada una de las garantías del debido proceso, ha logrado producir un cambio cultural de enorme profundidad en un escaso período de tiempo.

Desde este espacio virtual que nos acoge hoy y que nos llama a reflexionar sobre el pasado y futuro del sistema procesal penal, yo creo que pocos habrían imaginado la profundidad y legitimidad que ha alcanzado esta política pública que, por lo demás, desde sus orígenes logró consensos absolutamente inusuales, aunque motivados por razones diversas: garantía y eficacia, lo que en el proceso de discusión de reforma nunca fueron objeto de un debate profundo. Tanto es así, que se podrá recordar que la Defensoría Penal Pública -actor absolutamente insustituible del sistema-, sólo empezó a funcionar muchos meses después de que comenzara a regir la reforma, en las regiones de Coquimbo y de la Araucanía.

Esta definición, a nuestro juicio, sigue aún sin resolverse de cara a la comunidad. De allí las críticas que se vierten sobre este sistema y que han dado cuenta tanto el Defensor Nacional, como el señor Ministro de Justicia, tanto desde el punto de vista de la eficacia, como de la garantía. Basta ver los reclamos de los distintos sectores sociales en uno y otro sentido para poder constatar esta realidad.

Sin duda esta es también una de las grandes definiciones y consensos que debemos resolver como sociedad durante el debate constitucional: ¿Qué tipo de justicia penal queremos? y ¿cuáles son los énfasis que ésta debe tener presente al momento de su diseño y funcionamiento? Desde el Ministerio Público queremos mejorar el sistema y estamos abiertos a mirar

introspectivamente todas las deficiencias o críticas que se puedan formular a nuestra institución y debatirlas en este contexto. Desde luego, nadie quiere y menos el Ministerio Público, la instauración de un sistema eficientista que pase por sobre las garantías fundamentales de las personas. Pero tampoco queremos que se levanten eslógenes, que no revisten sustento material y que pueden significar también un grave riesgo para este sistema que tanto ha costado construir entre todos.

El señor Ministro de Justicia hacía referencia a la Comisión Coordinadora que nosotros valoramos enormemente su funcionamiento, particularmente con respecto a las situaciones más críticas. Pero en una perspectiva futura, a nuestro juicio, hace falta asumir que el sistema de justicia penal es uno solo, de carácter complejo, y que definidos los valores hacia los cuales debe apuntar, las instituciones que lo integramos y los recursos que se le destinan deben orientarse y distribuirse hacia la consecución de estos principios y valores.

El sistema penal –y estando presente aquí el Ministro de Justicia–, me permito parafrasear a su excelencia el Presidente la República, no es sino una cadena cuya fortaleza la constituye el más débil de sus eslabones. Bajo estas condiciones –creo– debemos instar por equilibrar las capacidades de todas las instituciones para dar respuesta armónica y eficiente frente a la resolución del conflicto jurídico de relevancia penal.

Desde el Ministerio Público hemos definido como parte de nuestra misión el instar por buscar la mejor solución al conflicto penal, por lo que los temas que serán objeto de la presente jornada son del mayor interés para nosotros. Seguiremos con especial atención las ponencias de los expositores, todos ellos referente del mayor nivel académico y profesional.

Jorge Abbott
Fiscal Nacional (2015-2022)
Ministerio Público

I. LA REFORMA PROCESAL PENAL, ORÍGENES, EXPECTATIVAS Y RESULTADOS

A

Reforma procesal penal:
génesis, diseño original y bases
constitucionales

La inspiración de la reforma procesal penal

Haroldo Brito

La reforma procesal penal significó mucho más que una actualización o modernización de un ámbito del derecho adjetivo en nuestro país. No se trató sólo de reformular algunas normas o instituciones que se encontraban en el Código Procesal Penal. Más bien al contrario: la reforma procesal penal simbolizó una transformación profunda de nuestra manera de entender el diseño y la implementación de políticas públicas, al proponerse reformular por completo el funcionamiento del *ius puniendi*, reactivando y rejuveneciendo instituciones que, para ese entonces, se encontraban en una tremenda crisis de legitimidad.

Sin embargo, procesos como éste nunca se agotan con su implementación o diseño. Son actividades de largo aliento que deben acomodarse a los cambios de realidad y de circunstancias de sociedades que, como la nuestra, modifican de tanto en tanto sus estructuras más básicas. De allí que sea fundamental mantener en su seno la posibilidad de diálogo, de participación, de intercambio y de persuasión. Sólo así puede lograrse su persistencia en el tiempo y, qué duda cabe, su legitimidad más profunda.

Sin perjuicio de ello, es interesante y útil hoy preguntarse sobre cómo se gestó la reforma, qué espíritu la inspiró y qué es lo que podríamos aprender hoy de la manera en que se trabajó en aquellos días. Esto no sólo es importante con miras a entender el pasado, sino – fundamentalmente– porque nos puede dar algunas luces de cosas que pudimos haber ganado en este proceso, y que no deberíamos perder de cara al futuro.

En este sentido, me parece importante recordar, en primer lugar, que el Código Procesal Penal actualmente vigente, se elaboró con una participación muy amplia, en la que se permitió la intervención de todos aquellos que quisieran integrarse. Famoso, en este sentido, fue el trabajo que se realizó en el foro de la reforma procesal penal que se celebraba cada miércoles en la vieja casa de la Corporación de Promoción Universitaria y que permitió se escuchara a un variopinto número de voces. De hecho, basta mirar la primera hoja del Código Procesal Penal, en donde aparece el listado de personas que participaron en estas instancias, para ver lo amplia que es la selección de colaboradores y participantes: no se omitió nunca a nadie. Y eso no sólo hizo posible que el Código Procesal Penal reformado contara con una mayor legitimidad técnica y política, sino que por sobre todo nos permitió aprovechar los talentos de todos y cada uno de los que allí participaban.

Ciertamente, vale la pena replicar en lo que podamos esta actitud pluralista y abierta al diálogo, pues sólo gracias al diálogo, y con apertura al mismo, es que podemos avanzar en la

dirección correcta como país. Y de alguna manera esta es la mayor utilidad de actividades como ésta, tal como se demuestra en los anuncios del señor ministro de Justicia, cuando nos dice, por ejemplo, que han pensado en establecer en la ley la autonomía para la Defensoría Penal Pública, o cuando nos habla de la necesidad de dictar la tan esperada ley de ejecución penal. A modo de recordatorio, estas dos reformas muy necesarias quedaron pendientes cuando se terminó de redactar el anteproyecto del Código Procesal Penal, por el entendimiento de que era tal la urgencia de avanzar en la reforma, que era preferible partir por algo seguro, antes que arriesgar la totalidad del proceso por modificaciones que podrían definirse con posterioridad. En realidad, la necesidad de contar con un sistema de ejecución a la altura del proceso de reforma sea probablemente la mayor laguna pendiente del modelo. Su actualización ayudaría a completar todo el sistema penal y a hacer justicia a un sector del mundo del derecho, donde se multiplican las personas vulnerables de las que debemos hacernos cargo.

Considerando lo que antecede, el Comité de Comunicaciones y la Corte Suprema quisieron hacer esta invitación a conmemorar los 20 años de vigencia del Código Procesal Penal, con el objeto de que reflexionemos de modo autocrítico sobre la manera en que se emprendió la reforma.

En este sentido, quiero destacar que, al contrario de lo que han supuesto algunos, la reforma no fue el resultado de opiniones o decisiones puramente doctrinarias. Ella no fue construida entre cuatro paredes, por un plantel de profesores de Derecho que hicieron caso omiso a otras áreas del conocimiento. Al contrario, la reforma se forjó y se implementó de modo interdisciplinario, considerando los aspectos doctrinales del problema, pero también las herramientas de gestión institucional y las experiencias vividas por los operadores que se instalaron en el foro con el propósito de trabajar en este proceso de modernización del Estado chileno.

Sólo merced de este complejo entramado de consideraciones fue que se alcanzó la certeza de que el antiguo modelo de persecución penal no podría asegurar un modelo democrático y efectivo de proceso penal y, por lo mismo, no se alcanzaría el propósito de la reforma incorporándose meras modificaciones al código adjetivo del ramo. En consecuencia, desde muy temprano, y gracias a este convencimiento, se comenzó a sostener la necesidad de sustituir no sólo el código de enjuiciamiento, sino todo el complejo entramado normativo que determinaba el modo de funcionamiento del sistema penal y que culminó con la incorporación de nuevos criterios fundantes en la persecución penal. Criterios que en ese momento parecían completamente ajenos al sistema imperante y que, con el paso de los años, han contribuido a dar forma a la fisonomía actual del proceso vigente.

Muchas de las directrices que caracterizan el nuevo sistema son reacciones a normas y a prácticas del antiguo sistema inquisitivo que se encontraban en completo descrédito. Hoy me quiero referir a dos de estos cambios que, a mi modo de ver, si bien suelen darse por des-

contados, constituyen probablemente el mayor avance al que respondió la reforma y, en razón de ello, existen aspectos de la reforma que con más celo deberíamos defender de los embates del populismo penal y el afán securitario, tan común en estos días. Así, diré algunas cosas sobre la manera en que en el seno de la reforma se procuró propender: (a) al respeto de los derechos fundamentales mediante el establecimiento de la discusión en audiencia de aquellas medidas de investigación que implicaban riesgo a los derechos fundamentales de los intervinientes y, (b) al reforzamiento de la garantía de fundamentación de las decisiones judiciales como presupuesto indispensable de la democracia, merced una batería de reformas que incluyó la importante reformulación del modo en que se entendía la nulidad procesal entre nosotros.

Como es bien sabido, una de las prácticas más cuestionadas del modelo anterior, era la carencia de normas que regularan de manera eficiente los derechos de los inculpados. El código antiguo se ocupaba únicamente de atender las necesidades de la investigación y de establecer rigurosos criterios de seguridad para el éxito de ésta. Ello, sin considerar los enormes espacios de abuso de poder que podían producirse ante la carencia de normas en este sentido.

Por otra parte, si bien el antiguo código declaraba que la investigación debía ser realizada por el juez, en realidad, en la inmensa mayoría de los casos, ésta era dirigida y desarrollaba por la policía. El tribunal solo judicializaba las pruebas recogidas y disponía, según su voluntad y proactividad, algunas otras medidas de averiguación. Por lo mismo, incluso al contrario de lo que normativamente se exigía, sólo excepcionalmente la investigación era dirigida por los jueces.

En relación con esto último, y no obstante su enorme trascendencia para la investigación, la circunstancia de que la investigación se haya encomendado exclusivamente al Ministerio Público, no puede sólo ser entendida como una respuesta al imperativo de posibilitar un mayor rigor en la averiguación de los hechos criminales. La diferenciación de funciones fue postulada y sancionada, también, para que el proceso de la investigación se desarrollara en condiciones de mayor sujeción a la Constitución y las leyes. Sólo tras la creación del Ministerio Público se estableció claramente la necesidad de obtener autorizaciones judiciales en el caso de riesgo de afectación a los derechos de los intervinientes. Así, se consideró fundamental –por ejemplo– que, salvo excepciones muy calificadas, cualquier afectación de los derechos de las personas se discutiera en una audiencia en la que se decidiera de modo expreso y fundado sobre las peticiones de esta clase. De este modo, se obligó al Ministerio Público a justificar estos casos, bajo criterios específicos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Estos cambios, que hoy parecen darse por descontados, sólo fueron posibles gracias al impulso que se le dio desde los inicios al proyecto de reforma, impulso que de no haber existido, nos hubiera condenado a sostener el modelo establecido en el código antiguo, en que independiente de los límites normativos existentes, el juez debía disponer de medidas de esta clase sin

contradictor, dominando los intereses de la investigación, y con completo control del rumbo de la pesquisa, independientemente de la posibilidad de conculcar gravemente los derechos de las personas.

El segundo aspecto al que me quiero referir, no sólo nos permite una decidora comparación, sino que también constatar la importancia del cambio radical que significó la reforma. Me refiero al importante esfuerzo que significó la reforma en relación a la garantía democrática del deber de fundamentación de toda resolución jurisdiccional, con su consabido efecto en la prohibición de toda arbitrariedad.

El foro de la reforma procesal penal era consciente de la nula eficacia de las exigencias formales relativas a la justificación de las sentencias que preveía el Código de Procedimiento Penal. Asimismo, estaba al tanto de la reiterada práctica de emplear fórmulas generales carentes de contenido, para justificar decisiones particulares, en sede criminal. De allí que desde muy temprano, numerosos expertos pusieron de relieve el hecho de que el nuevo sistema de enjuiciamiento debería establecer mecanismos y exigencias de fundamentación que resultaran difíciles de eludir para la magistratura y, de esta manera, fortalecieran su credibilidad de cara al público.

Esta convicción se unió paulatinamente a un mejor y más amplio entendimiento de la nulidad, lo que además de contribuir al debido proceso, permitió asegurar la regularidad de las actuaciones. De este modo, se previene explícitamente que cada caso debe contar con las razones reales que motivaron la decisión, incluyendo cada una de las fases del raciocinio que se hiciera, de manera que lo resuelto pudiera ser cabalmente comprendido por los intervinientes y, asimismo, pudiera ser impugnado mediante argumentaciones que le restaran mérito al raciocinio adoptado por los magistrados.

Así, la invalidez se previene de modo general como una situación jurídica bien especificada que, más tarde, servirá de sustento para el recurso que se estatuye en contra de la sentencia que se dicta en el juicio oral.

A lo anterior, que responde a la preocupación por mantener la integridad de la garantía del debido proceso, habría que agregar las normas que, resguardando este imperativo, lo situaron en el proceso desde la perspectiva de la necesidad de continuidad del mismo. Así, entonces, se estableció explícitamente el perjuicio como requisito para la anulación de los actos procesales, definiéndolo como toda inobservancia de las formas procesales que atenta en contra de las posibilidades de actuación de los intervinientes y, correlativamente, se estableció una presunción de derecho de perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales hubiera significado un impedimento del pleno ejercicio de la garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás las leyes de la República.

Esta última incorporación, que vinculó el curso del proceso penal a la necesidad del respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los intervinientes, constituyó también un cambio organizacional de la mayor importancia. Ello, porque merced de esta reforma se abandonó por completo la idea de los grados jurisdiccionales, estableciéndose que sería el recurso de nulidad por infracción a las garantías constitucionales, y no cualquier clase de recurso de esta clase, aquel que sería conocido por la Corte Suprema. De este modo, la reforma estableció una decisión de política procesal que, en mi opinión, depositó claramente en el máximo tribunal de la República la competencia y el rol de cautelar los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso.

Independientemente de los méritos del modelo, esta última decisión, la de restringir de esta manera la competencia de la Corte Suprema en estas materias, ha resultado ampliamente discutida. Considero que estas críticas son injustas, y parten de la base de un problema mayor que la propia reforma procesal penal, y que tiene que ver con el modelo jurisdiccional que persiste en la mayoría de las otras ramas procesales vigentes en nuestro país. Porque, por supuesto resulta discutible o tal vez criticable que la Corte Suprema conozca más fácilmente de un recurso de casación en el fondo a propósito de un comodato precario, que de una causa penal de gran complejidad. Sin embargo, esto es un defecto que no puede atribuirse al proceso de reforma.

El desafío entonces, me parece no debería ser considerado desde la perspectiva de hacernos retroceder en decisiones como ésta, que fueron largamente meditadas por múltiples expertos. Al contrario, debería hacernos reconocer la importancia de cuestionar el lugar que queremos entregar a la Corte Suprema, al más alto tribunal de la República, en el sistema recursivo de nuestro país.

Tal vez deberíamos continuar con la senda de la reforma y estudiar ubicar a la Corte exclusivamente como aquel tribunal que tiene a su cargo la uniformidad de la jurisprudencia y la protección de los derechos fundamentales de las personas en aquellos casos en que éstos se encuentren más directamente en riesgo. En este punto no creo que existan respuestas claras; sin embargo, y aunque esta cuestión excede con creces el tema de la jornada de hoy, creo que debemos considerar la materia –especialmente en el seno de la discusión constitucional– tomando en cuenta las cargas de trabajo existentes en cada uno de los grados jurisdiccionales, y el tamaño de una Corte Suprema que tiene a su cargo amplios ámbitos de nuestro orden jurisdiccional.

Espero genuinamente que este esfuerzo resulte fructífero e inspire éste y los procesos de reforma que estén por venir.

Los desafíos del proceso de reforma: una mirada interdisciplinaria

Soledad Alvear

Quiero recordar que esta reforma procesal penal, que iniciamos durante el Gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, representa uno de los esfuerzos más relevantes para llevar adelante la modernización del sistema de administración de justicia, y por qué no decirlo también, un esfuerzo gigantesco de modernización de nuestro Estado. Por supuesto, un esfuerzo como este conlleva diversos desafíos. Por lo mismo, llevar adelante este cambio implicó, en primer lugar, una profunda convicción gubernamental. En el Ministerio de Justicia sacar adelante esta reforma era un objetivo prioritario y, para lograrlo, contamos con el apoyo presidencial y, además, con el apoyo de los distintos ministerios que eran necesarios para apoyar los diversos aspectos de esta reforma.

Pero esto no fue fácil, tuvimos que vencer todo tipo de resistencias de diversos orígenes: abogados, muchos jueces, y también muchos ministros, porque evidentemente cambiar las cosas no es fácil. De hecho, cuando iba a dar presentaciones a universidades nunca faltaban los jóvenes que, al final de la presentación, aunque entusiasmados con la transformación desde un sistema inquisitivo a uno acusatorio, levantaban la mano y preguntaban: “¿cuándo va a entrar en vigencia?”. Yo les decía “un año”, o “dos años”, dependiendo de la etapa en que estábamos del proceso de formación de la reforma. Ellos respondían: “por favor, postérguela un poco para alcanzar a rendir mi examen de grado sin estudiar un Código nuevo”. Si esto les ocurría a muchachas y muchachos jóvenes, incluso entusiasmados con la reforma, es evidente que en un mundo profesional, que estaba acostumbrado a desarrollar su trabajo de conformidad a reglas determinadas, las resistencias serían mucho mayores.

En segundo lugar, realizar una reforma de esta clase, significó un despliegue colosal de trabajo. Debíamos ser capaces de despejar todas las dudas que hubieren de generarse, considerando que el camino trazado, de realizarse, nos llevaba a una situación en que no existía vuelta atrás. No podíamos equivocarnos y llevar adelante un proceso del cual nos pudiésemos luego arrepentir.

En tercer lugar, la reforma significó un esfuerzo de trabajo mancomunado, de los tres poderes del Estado, de la academia, de las universidades, de los centros de estudio y de las organizaciones políticas. Sin este trabajo colectivo, que permitió pulir los proyectos, y sus versiones, el resultado habría sido muy distinto. Al respecto, me parece justo valorar, dentro de este proceso de gestación, la gran tarea que realizó la Corporación de Promoción Universitaria que desde muchos años antes, había comenzado a analizar cuáles eran las reformas necesarias

para nuestro sistema de administración de justicia. También me parece justo valorar las contribuciones de Paz Ciudadana, que entregó un apoyo muy significativo en el esfuerzo de gestar un sistema de persecución penal más eficiente y eficaz, y en el esfuerzo de producir los cambios organizacionales que habrían de permitir la operación del sistema de justicia, con una lógica estructural y financiera mejor diseñada.

Destaco, también, el trabajo del foro penal que llevamos adelante los miércoles de cada semana, y en donde se proponía un tema, se recogían las distintas visiones, y se presentaba un documento que elaboraba alguno de sus integrantes. Asimismo, es fundamental destacar el apoyo también de las universidades, el trabajo de Cristian Riego, de la Universidad Diego Portales y de otros de sus profesores, que colaboraron estrechamente con la redacción del articulado de este nuevo Código. Trabajaban con nosotros desde universidades privadas a universidades públicas, pasando por las más distintas visiones, así como también de las universidades regionales.

Este acuerdo en torno al trabajo en equipo, es muy importante destacarlo, especialmente, en estos momentos, en que realmente pareciera ser tan difícil poder encontrar criterios comunes para avanzar en reformas tan significativas que se requieren para nuestro país.

Fue gracias a este trabajo colectivo, que la reforma pudo combinar adecuadamente aspectos normativos, dogmáticos, transformaciones institucionales, aspectos organizacionales y modificaciones en los sistemas de trabajo de los actores del sistema penal. Logró instaurar cambios en las culturas, en las prácticas y en las destrezas que se requerían para operar en el sistema penal. Todo ello gracias a una aproximación orientada desde el foco de las políticas públicas, basada en evidencia, considerando no sólo nuestras intenciones, o únicamente las normas, como habían hecho muchos de los procesos de reformas a los sistemas penales en otros países de la región. Nosotros nos dimos cuenta que construir un proceso de reforma de esta envergadura centrándonos sólo en lo normativo, resulta absolutamente inviable desde el punto de vista de los resultados esperados.

Por lo mismo, desde muy temprano se incorporaron variables tales como: la cuantificación de las cargas de trabajo que enfrentaría el nuevo sistema, la determinación del número de fiscales, de defensores, de jueces que se necesitaban; los estudios de cambio organizacional que afectaban a la estructura del sistema, los análisis financieros, de costo-beneficio, y análisis prospectivos desarrollados a través de modelos de simulación, entre otros. Todo lo anterior reviste una extraordinaria relevancia si consideramos que no bastaba con hacer las normas: había que capacitar a los jueces, crear instituciones que no existían como el Ministerio Público y prepararnos para el nuevo modo de trabajo futuro.

En relación a esto último, también fueron importantes reformas paralelas tales como la creación de la Academia Judicial que, simultáneamente, pudimos aprobar, y que nos permitió contar con una institucionalidad adecuada para contar con la capacitación y calificación que necesitábamos.

Por supuesto, esta visión multidisciplinaria con enfoque de política pública, también exigió al Ministerio de Justicia generar una estructura organizacional de trabajo interno especial. Creamos la unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal que estuvo integrada por abogados, ingenieros, economistas, analistas de sistema, expertos tecnológicos, arquitectos, periodistas, etcétera. Otro tanto podemos decir del esfuerzo que significó realizar la construcción de los edificios en las distintas regiones del país, para los efectos de tener la infraestructura adecuada. Se requirió un esfuerzo gigantesco, y constituyó un aporte incluso a la arquitectura de cada una de las regiones y los lugares en donde éstos se construyeron. Para eso, en efecto, tuvimos que trabajar con el Ministerio de Obras Públicas, el Ministerio de Planificación⁴ y diversas entidades dentro del ejecutivo, para hacer también allí una coordinación tan indispensable.

En otro orden de cosas, especialmente considerando la presencia de los jueces y de todos los integrantes del Poder Judicial, en el cambio de paradigma con relación a la labor jurisdiccional que implicó esta reforma. Ella, al separar las funciones de investigar y la de juzgar, permitió reservar funciones de la máxima relevancia a los jueces, mejorando apreciablemente los estándares de trabajo del sistema completo, en coherencia con el modelo de un Estado de Derecho Democrático.

Este cambio paradigmático, que pretendía situar la función de resolver los conflictos penales en el lugar institucional que merece, requería definir con claridad determinadas garantías y principios en relación a la persona llamada juzgar. Así, con el objeto de asegurar que actúe con independencia, imparcialidad y conocimiento, se le restan otras funciones, como las que tenía en el sistema pasado y que desfiguraban su rol esencial. Asimismo, se enfatiza el rol de garante que tiene el juez de la vigencia de los derechos de la persona, entregándole el control de la investigación, y la protección de los derechos del imputado. El juez de garantía se constituye, entonces, en un órgano imparcial que vela porque la potestad sancionatoria del Estado se desarrolle en el marco de los parámetros universales de los derechos humanos, lo que se traduce en evitar la privación de libertad innecesaria, en verificar cuestiones como el estado en que se encuentra una persona puesta bajo su consideración y en constatar que todo imputado cuente con una defensa letrada, por poner algunos ejemplos.

4 Hoy Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Adicionalmente, una vez desarrollado el proceso investigativo, el juez debe ser garante de la existencia de un juicio auténtico caracterizado por la imparcialidad del tribunal y la existencia de un debate contradictorio entre las partes con igualdad de oportunidades. Ese es el papel que se le ha reservado a los tribunales de juicio oral constituido por magistrados que no han tenido participación alguna en la etapa previa de instrucción y que resuelven sólo sobre las bases de las pruebas que presentan los intervinientes en audiencias públicas.

Otra decisión fundamental para el cumplimiento de las labores propias de los jueces fue la modificación del régimen de administración de los tribunales reformados, la que quedó a cargo de profesionales expertos en administración. Una decisión adecuada, y que a todas luces permitió mejoras ostensibles en la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos.

Quiero terminar esta breve ponencia haciendo énfasis en un par de cuestiones que, a mi modo de ver, resultan de la mayor importancia. En primer lugar, me parece claro que todo sistema generado para el ordenamiento de una sociedad democrática es perfectible. Desde esta perspectiva y considerando que el sistema procesal penal reformado lleva más de 20 años de vigencia en nuestro país, es evidente que pueden existir amplios espacios necesitados de reforma. Sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta que las diferentes evaluaciones que han realizado organismos públicos, académicos y de estudios independientes, al modelo que instauramos hace ya 20 años señalan que el sistema acusatorio ha sido más eficiente y eficaz que el sistema inquisitivo, en los más diversos ámbitos. Esto no deja de ser interesante, en la medida de que no hay política pública alguna aplicada en el país, que haya sido tan observada, estudiada, evaluada ni auditada, tanto externa como internamente, como el nuevo sistema de justicia penal.

En tiempos de redes sociales, tener en cuenta lo anterior es esencial. Es primordial que los jueces tengan la capacidad de, no obstante ser objetos del escrutinio público, dispensar justicia de manera honesta, transparente, imparcial y oportuna. Es importante evitar la amenaza del populismo que lamentablemente afecta nuestro país.

Hoy nos encontramos frente a una decisión histórica de la ciudadanía, que se concreta a través del plebiscito del 25 de octubre, que implica llevar adelante una convención constitucional para redactar una nueva Constitución. Yo quisiera decir que, sin perjuicio de todas las modificaciones, correcciones que hay que hacer, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de reformar el Código Penal o instaurar, por fin, un sistema de ejecución de penas adecuado a los requerimientos de nuestra democracia, la justicia penal que tenemos es la adecuada hoy y mañana. Responde a los estándares democráticos y por lo mismo, debe ser considerada como un éxito de nuestro país, un paso más cerca de lograr el tremendo y dificultoso proceso de entregar a los chilenos y chilenas la justicia que merecen.

Consenso y cambio de prácticas: las claves del proceso de reforma

Cristian Riego

Me gustaría hablar de dos cuestiones que me parecen importantes para entender algunas cosas del proceso de reforma que, quizás hoy día, se tienden a olvidar y que yo creo que pueden servir para futuros procesos de cambio de este tipo.

Mencionaría, por una parte, el proceso político de la reforma, y en torno a él, el tema del consenso que se logró y, en segundo lugar, algo vinculado a la cuestión más técnica del proceso de cambio. En relación a lo primero, yo creo que lo que viabilizó el proceso de reforma fue la posibilidad del consenso, pero no me refiero sólo al consenso político de los partidos políticos, que de hecho eso fue algo que se produjo más o menos tarde en el proceso de cambio. Si no, al consenso que se logró, desde el principio, entre las personas que trabajábamos en la parte de ideación y planificación, éramos un grupo de técnicos –digamos–, pero también el consenso que se fue obteniendo con grupos de abogados, con el propio Poder Judicial donde hubo personas que se sumaron muy entusiastamente al proceso de reforma, del mundo académico y así por delante. Yo creo que ese consenso tuvo que ver con que claramente en esa época, y en cualquier época en realidad, se manifestaban dos intereses o dos perspectivas sobre la justicia penal. La perspectiva de los derechos humanos, de las garantías, porque veníamos saliendo del trauma de la dictadura y, por supuesto, el gran esfuerzo era modificar la justicia en el sentido de abandonar los horrores que habían ocurrido, pero que además solían ocurrir en la justicia penal tradicionalmente, más allá de la situación política concreta de la dictadura. Esa era una cuestión fundamental. Pero también, ya en esa época, surgía la cuestión de la preocupación por la eficacia, por el crimen, por el delito y la inseguridad. La idea de que el sistema de justicia penal tiene que ser capaz de procesar los delitos y llevarlos a una sentencia y a una condena razonable.

Yo diría que el consenso en este primer nivel fue posible gracias a que se pudo elaborar un discurso que permitía –y además una convicción en realidad que compartíamos los que estábamos ahí– avanzar en las dos cuestiones que preocupan a los distintos grupos sociales, al mismo tiempo. Es decir, la reforma supuso un compromiso en decir “vamos a avanzar en las garantías, pero también vamos a avanzar en la eficacia, al mismo tiempo”. Este compromiso era muy serio: todos los que participaron tenían la preocupación en los dos niveles. Yo no diría que nadie hizo un compromiso cínico, de decir, “bueno lleguemos a este acuerdo, pero después veamos cómo movemos las cosas hacia nuestro lado”, sino que realmente era un compromiso muy serio que duró muchos años. Yo diría que duró por lo menos unos 10 años, desde mediados de los años 90 hasta mediados de los años 2000 donde se empezó a romper, y la opinión se dividió como es más o menos natural en cualquier país. Se trata de miradas bien diferenciadas

y actualmente solo tiene fuerza política, a lo menos en lo legislativo, la demanda por eficacia. Pero esto fue muy importante en su momento.

La pregunta es ¿qué es lo que permitió hacer ese compromiso? Yo diría que fue un grupo de conceptos que terminaron siendo fundamentales y que definen a la reforma más que las ideas de eficacia o garantía. Estos fueron modernización, profesionalismo y gestión. O sea, lo que se planteó decir, era “necesitamos cambiar este país para ser un país más moderno, más parecido a los países desarrollados, que solemos mirar y que tienen instituciones más complejas, necesitamos que estas instituciones sean más sólidas, tanto para hacer valer las garantías como para ser más eficaces”. Esta fue una idea fundamental. Nosotros veíamos que los países modernos tienen como característica tener altos niveles de garantía y altos niveles de eficacia, esto era algo más o menos obvio para nosotros en ese momento y que nos impidió entrar en una disputa que probablemente hubiese impedido la reforma.

El segundo lugar, el profesionalismo. Lo que en principio se planteó fue que, para cumplir estas funciones, para hacer esto bien, necesitábamos superar una lógica -muy del Chile antiguo-, la mayoría de los que están aquí probablemente no lo recuerda, pero en Chile hasta esa época la justicia penal era mucho menos sofisticada desde el punto de vista profesional. De hecho solo la función de juez era desempeñada por abogados, el resto de los funcionarios eran básicamente personas entrenadas en la práctica, que no habían tenido una educación formal ni un entrenamiento específico, no había una Academia Judicial, las escuelas de Derecho eran muchas menos que las que hay hoy día. Entonces nosotros dijimos: un sistema penal es más complejo, acá hay más funciones que cumplir: persecución y defensa, las que deben ser cumplidas por comunidades profesionales sólidas que además sean capaces de desarrollarse en el tiempo, de aprender progresivamente. Esta fue una idea muy potente que ha derivado en la creación de un sistema de diversas especialidades profesionales -en mi opinión todavía insuficientemente complejo-, pero mucho más complejo que el que existía en esa época. Cada una de estas especialidades ha comenzado a desarrollar sus propios métodos de aprendizajes, valores, místicas, sus propias lógicas y definiciones, lo cual a mí me parece que ha sido fundamental en el proceso de reforma, que es continuo y que debe seguir desarrollándose.

En tercer lugar, estuvo la gestión, concebida con una lógica también profesional, con manejo de datos, con la introducción de profesionales especializados, con la proyección de metas cuantitativas, que no necesariamente los abogados están acostumbrados a manejar, quienes en general estamos habituados a trabajar sobre la base de casos individuales, pero aquí se necesitaba tener una mirada de conjunto respecto de los flujos del sistema y para eso se hizo un gran esfuerzo que hoy día -desgraciadamente- no tiene el mismo impulso que tuvo en esa época.

Este consenso fue lo que permitió que el proceso de reforma avanzara entre los involucrados -que no era cosa fácil- y terminaron sumándose las entidades, los grupos, las corporaciones legales, que eran por supuesto mucho más débiles de lo que son hoy. Me gustaría mencionar expresamente que hubo una gran generosidad de parte de algunos de los que tenían las posiciones privilegiadas en el sistema antiguo. Estoy pensando, sobre todo, en los abogados. La verdad es que el sistema antiguo era un sistema muy pequeño, donde muy pocos abogados se lucían y ganaban mucho dinero y el nuevo sistema pasó a ser un sistema donde se convocó a muchísima gente, personas que no pertenecían a las élites de la época, y que pudieron desarrollar sus talentos como fiscales, defensores, abogados privados, etc. Cuando uno mira el país de hoy dice: qué raro que algunos de los ganadores de aquella época hayan tenido la generosidad en muchos casos incluso de apoyar decididamente el proceso de reforma. Estoy pensando en personas como el profesor Etcheverry, por ejemplo, pero también muchos otros, porque hoy día es raro ver eso, los dueños de un espacio lo defienden a morir, sobre todo, si esto supone para ellos una posición de privilegio. Pero también esto ocurrió en la Corte Suprema, era una Corte que recién se había renovado después de un punto muy bajo en la dictadura. Esa Corte permitió y promovió una enorme inyección de recursos financieros y de poder a la base del sistema: se construyeron edificios, se contrató personal como nunca en la historia.

Además, hubo una pérdida de poder jurisdiccional para la Corte, porque pasó a tener un marco de recursos mucho más restrictivo: antes la Corte podía conocer todos los casos y de hecho hoy la mayoría de los casos penales la Corte no los conoce y me parece que hubo allí bastante visión y generosidad. Especialmente, recuerdo el protagonismo del ministro Sr. Mario Garrido, quien lideró el cambio desde el punto de vista de la Corte y puso a ésta del lado del proceso de reforma, aunque no todos estaban tan convencidos. Luego, se fueron sumando muchos otros actores y terminó siendo un consenso muy amplio.

Por supuesto, que el proceso involucró a grupos políticos de izquierda y derecha. El actor político más importante fue el gobierno de aquella época representado por la ministra Soledad Alvear que fue la principal promotora del proceso y entusiasta impulsora, luego el consenso se produjo en el parlamento con representantes de todos los sectores. Pero, además, se convocó a los medios de comunicación, que participaron con mucho entusiasmo, principalmente El Mercurio. También fueron importantes en ese período el gobierno norteamericano y el gobierno alemán, que apoyaron siempre el proceso de reforma, con recursos para la realización de estudios, con todo tipo de facilidades para conocer los sistemas respectivos, etc. Es decir, fue un proceso que realmente convocó muchísimas voluntades y que pudo avanzar por esa razón, pero la base de esto estuvo en esta noción, en esta capacidad de articular intereses que podrían ser vistos como conflictivos, en torno a conceptos que pudieron identificar un interés común. Me parece que esto fue fundamental. Y además la visión de ciertos sectores de que valía la pena ampliar el sistema, aún a costa de correr el riesgo en sus respectivas posiciones. Ese riesgo en

realidad, no se concretó porque tanto los jueces, que teóricamente perdían espacio, como los abogados, que podían tomarlo, en un sistema más grande, más importante, más desarrollado, sus espacios siguieron siendo importantes. Entraron nuevos jugadores, que se destacaron, pero los antiguos jugadores siguieron teniendo posiciones y liderazgos importantes.

La segunda cuestión que yo quería comentar dice relación con algo más técnico, que también me parece que vale la pena rescatar hoy día. En lo técnico, me gustaría llamar la atención sobre el hecho de que, el principal componente de la reforma no fue el cambio legislativo. Nosotros trabajamos con mucha gente en la cuestión legislativa, hubo mucha discusión. La verdad es que para lo legislativo tuvimos a nuestra disposición muchos modelos y mucha información. Tuvimos el apoyo de nuestros amigos argentinos que ya habían hecho un trabajo muy amplio y pudimos conocer sistemas comparados. Hicimos un trabajo legislativo que ustedes conocen. Lo más importante fue que nos dimos cuenta por las experiencias en otros países latinoamericanos, de que el cambio legal no era suficiente. Que, si nosotros hacíamos un cambio legislativo, pero no hacíamos nada más, las prácticas del viejo sistema se iban a mantener y el proceso penal iba a seguir siendo más o menos semejante al antiguo, con nuevo lenguaje, pero con las mismas rutinas. Entonces, nosotros hicimos un esfuerzo sustantivo por diseñar prácticas profesionales nuevas, que dieran sustento a un sistema realmente nuevo, en el que el sentido de la nueva legislación pudiese cumplirse.

Estas prácticas nuevas, tenían que ser muy sencillas porque los profesionales del nuevo sistema iban a desarrollar después sus propias prácticas, modificando y complejizando las instaladas en el primer período. Teníamos que establecer un mínimo marco de referencia para que ellos empezaran a jugar y ahí aprendieran a jugar y por supuesto, llegaran a ser expertos en sus respectivas actividades. Este esfuerzo de diseñar prácticas fue el principal acierto técnico, en mi opinión. Mucho más que las nuevas leyes que estaban basadas en conocimientos que estaban disponibles y que nosotros adaptamos.

El ejemplo más característico del diseño de prácticas fue en mi opinión el tribunal de garantía, el que no existía en nuestro entorno, no existía en España, ni en América Latina. Es más, en algunos de esos países el sistema inquisitivo se mantenía porque los nuevos juzgados de garantía seguían funcionando como viejos juzgados del crimen, con los actuarios, con la escrituración, etc. Entonces, nosotros dijimos: tenemos que hacer algo nuevo. Bueno, no lo inventamos, porque tomamos ideas de otros países más lejanos, por ejemplo, yo me acuerdo un viaje a Inglaterra que nos resultó muy esclarecedor en esta materia. Y dijimos “tenemos que crear un sistema en la etapa de garantía que sea completamente distinto” y armamos esta noción de este juzgado donde es todo oral, en que se toman decisiones tempranas, en que se negocia salidas alternativas.

Eso sí fue fundamental, más que cambio legislativo, el diseñar prácticas básicas que fueran dando cuenta de un cambio real de conductas, que permitiera a los actores construir sus propias especialidades y su experticia a partir de estos nuevos paradigmas de funcionamiento, lo que se implementó a través de distintas fórmulas: capacitaciones, fórmulas interactivas de entrenamiento, instructivos de distinto tipo, y algunas reglas legales que garantizaban que esas prácticas se dieran del modo planificado.

La reforma: 20 años después

María Inés Horvitz

Es inevitable repetir algunos temas, sobre todo, si de lo que se trata es hacer una mirada retrospectiva - 20 años después, como diría el tango- y efectivamente, cuesta creer que ha transcurrido ese lapso desde que emprendiéramos, con mucha incertidumbre, la tarea de cambiar radicalmente el sistema de justicia criminal. Yo quisiera que mi narrativa fuera más en esa línea, e incluso rendir un homenaje a quienes desempeñaron roles fundamentales en esta reforma.

Hace unos días encontré entre mis papeles un recorte de diario de La Segunda, justamente de junio de 1995 que me ayudó a reconstruir un poco lo que fue aquella época. El recorte contenía un titular que señalaba que en octubre de 1993 comenzó a gestarse la inédita experiencia que culminó el 9 de junio de 1995, con el envío al parlamento de la primera propuesta de reforma legal integral al sistema de justicia criminal desde la dictación del Código de Procedimiento Penal, la que había sido elaborada por dos entidades privadas. En realidad, ella estuvo a cargo de una Comisión técnica, formada por profesores de dos universidades contratados por la Corporación de Promoción Universitaria y la Fundación Paz Ciudadana, cuyas propuestas de articulado eran discutidas en un foro amplio de académicos, abogados y jueces. El anteproyecto resultante fue recogido por la entonces Ministra de Justicia, aquí presente, y con algunas modificaciones presentado como proyecto de ley al parlamento. En este punto, quisiera desactivar el mito o creencia de que esta reforma fue demandada por la sociedad civil o por la academia. No, yo recuerdo que incluso había bastante resistencia de esta última, sobre todo, en los departamentos de derecho procesal de prestigiosas universidades y también de sectores del Poder Judicial.

Este proceso comienza, literalmente, con un seminario que se hizo en el año 1993, que organizó -según recuerdo- la Corporación de Promoción Universitaria, referido al Ministerio Público, en el que se invitó a muchos jueces latinoamericanos. En dicha instancia hubo un importante consenso, ya en esa época, en el diagnóstico de que el funcionamiento de la justicia penal era deplorable, incluso en países en los que el proceso penal no era tan inquisitivo como el nuestro.

Recuerdo también la frase muy significativa que recordó recién Cristian Riego y que apareció en portadas de diversos medios, del entonces presidente de la Corte Suprema don Mario Garrido Montt en el sentido de que el sistema de justicia criminal estaba colapsado, la que tuvo mucha resonancia pública. Pero, en mi opinión, se trataba de una percepción que existía más bien en círculos reducidos de académicos, quienes, junto con el retorno a la democracia,

comienzan a realizar estudios empíricos críticos sobre el funcionamiento del sistema, en especial, sobre la prisión preventiva en el marco de lentos y burocráticos procesos judiciales. Al mismo tiempo, es innegable la crucial importancia que tuvo, también en Chile, la injerencia de organismos y actores internacionales en la ola de reformas a la justicia criminal en Latinoamérica. En efecto, un factor detonante fue el interés de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID en las siglas en inglés) en promover y fortalecer reformas legales con el propósito declarado de incentivar el desarrollo económico y profundizar la democracia en la región. Un profesor argentino que vive en Estados Unidos y hace clases en Nueva York, Máximo Langer, calificó de “revolucionario” este fenómeno de difusión de ideas legales desde la periferia de Latinoamérica a través de una estrategia de redes de actores tanto internacionales - como lo fueron, por ejemplo, el recientemente fallecido profesor Julio Maier y el todavía muy activo Alberto Binder, entre otros- como nacionales. En este último ámbito, tuvo un papel protagónico la Corporación de Promoción Universitaria, liderada entonces por Juan Enrique Vargas, quien junto a Cristian Riego y luego con la colaboración de María Pía Guzmán, gerenta de la Fundación Paz Ciudadana, tuvieron la idea de crear la Comisión técnica, en un principio, pensando más bien en un Código Procesal Penal Modelo para Chile, el que posteriormente fue decantando en un anteproyecto legal. Desde el principio, la iniciativa tuvo como objetivo persuadir a actores institucionales y políticos nacionales, de todo el espectro político, de que la reforma no solo permitiría adecuar nuestro proceso penal a los estándares internacionales de debido proceso consagrados en convenciones internacionales que ya estaban ratificadas y suscritas por Chile y, por lo tanto, vigentes conforme al artículo 5° de la Constitución, sino también, dotar de mayor eficiencia y transparencia al sistema penal.

Es importante destacar que esa red de actores, que impulsó la reforma de América Latina en general, no encuadra en ninguno de los tres tipos principales de redes estandarizadas, como las redes de apoyo con arraigo en movimientos sociales, redes gubernamentales transnacionales o comunidades epistémicas. Yo creo que aquí, verdaderamente, fue algo inédito lo que ocurrió. Yo diría que los abogados que trabajaron, muchos con ayuda de profesores de universidades extranjeras, lo hicieron al mismo tiempo como expertos y activistas sin servir -al menos no necesariamente- a un movimiento político o social más amplio. En este sentido, rindo especial homenaje al profesor Alberto Binder, quien con entusiasmo inagotable pregonó y colaboró con la reforma procesal penal en nuestro país tanto en la fase de elaboración como en la de implementación.

Como se dijo, en un primer momento, fue fundamental el impulso que le dio la Corporación de Promoción Universitaria, institución a la época con vasta experiencia en el área judicial. Luego, se incorporó al proceso la Fundación Paz Ciudadana bajo la dirección de María Pía Guzmán, institución creada por el dueño de El Mercurio después del secuestro de su hijo, Cristian Edwards, llevado a cabo por el Frente Patriótico Manuel Rodríguez entre el 9 de septiembre de

1991 y el 1 de febrero de 1992. Este hecho, con amplia repercusión pública, favoreció la adhesión de Agustín Edwards a la reforma del sistema procesal penal vigente a la época -que habría mostrado toda su incapacidad en este caso- y la visibilización amplia de todo el proceso de elaboración del anteproyecto y el debate habido en todas sus etapas a través de las páginas de los medios escritos vinculados al empresario.

Especial relevancia tuvo el foro constituido por profesores universitarios, ministros, jueces y miembros relevantes de los distintos poderes y autoridades del Estado, como Mario Garrido, Alfredo Etcheberry, Luis Ortiz, Ricardo Rivadeneira, Juan Bustos, Manuel Guzmán, entre otros personajes muy distinguidos. Esto, hasta su adopción por el Ministerio de Justicia y su remisión al Parlamento como proyecto de ley del gobierno del Presidente Frei, a través del protagonismo -y aprovechó de rendirle un sentido homenaje a esta gran mujer y ex Ministra de Justicia-, de Soledad Alvear aquí presente, sin cuyo apoyo muy precoz creo que la reforma no hubiera tenido el éxito que tuvo. La Comisión técnica, bajo la muy relevante coordinación del profesor Riego, trabajó durante todo el año 1994 en reuniones semanales en dependencias de la Fundación Paz Ciudadana teniendo a la vista distintos modelos comparados de codificación procesal penal, no sólo de orientación acusatoria sino también mixta, como el alemán, el que como sabemos reposa en una actuación oficiosa decisiva y relevante del tribunal en la averiguación de la verdad a partir de los cargos que presentan los fiscales en el juicio oral.

Como ya señaló y relevó el profesor Riego, una preocupación muy importante de la comisión técnica y de todos los integrantes del foro fue tener a la vista el fuerte arraigo de la cultura inquisitiva en todos los actores del sistema de justicia penal, en especial en los jueces, lo que condujo, por ejemplo, a distraerlos por completo de cualquier compromiso con la investigación de los delitos a fin de que se abocaran únicamente a asegurar las garantías de los imputados y terceros que pudieran ser afectados en sus derechos constitucionales y controlar cualquier abuso del órgano persecutor en el ejercicio de sus atribuciones persecutorias. A través de la regulación legal se buscó una separación neta entre la actividad de investigación y la propiamente jurisdiccional.

En mi opinión estimo que ese desafío se cumplió satisfactoriamente. Uno puede ver que hoy, claramente, los jueces de garantía tienen mucha preocupación en no inmiscuirse en la investigación de los fiscales. Una de las instituciones que se introdujo durante la tramitación parlamentaria, muy novedosa, y que sustituyó la propuesta de la Comisión técnica -que consistía en mantener la resolución judicial de sobreseimiento temporal para los casos en que el órgano persecutor no pudiera acusar por falta de evidencia- fue la decisión de la comunicación de no perseverar por parte del Ministerio Público. El fundamento fue que una resolución jurisdiccional de sobreseimiento temporal debía pronunciarse sobre el mérito de la investigación del Ministerio Público y eso iba en contra de los principios del nuevo sistema. Uno de los grandes proble-

mas que tenía el proceso penal antiguo era la gran cantidad de causas que terminaban con una resolución de sobreseimiento temporal. Un trabajo empírico, a cargo del profesor Cristián Riego junto a otros colegas realizado con el apoyo financiero de la fundación FORD y que se publicó en los Cuadernos de Análisis Jurídico de la UDP, llegaba a la conclusión que prácticamente un 50% de las causas terminaban en un sobreseimiento temporal. Hoy esos términos se desplazan en forma abusiva al sobreseimiento definitivo, pues existe el estímulo institucional del Ministerio Público a terminar los casos con pronunciamientos judiciales. Como no existe la salida jurisdiccional del sobreseimiento temporal, sino solo la decisión administrativa de no perseverar, el Ministerio Público fija sus indicadores internos condicionando una serie de estímulos a la obtención de un sobreseimiento definitivo, distorsionando a mi juicio el desempeño del sistema, pues esta forma de término presupone la comprobación de que, efectivamente, los hechos no son constitutivos de delito o no hay participación punible del imputado, lo que no ocurre cuando hay prueba insuficiente para probar los cargos.

En tal sentido, y después de comprobar el reconocimiento de los jueces a los límites de su rol en el sistema, yo sería partidaria de atribuir al juez de garantía la facultad de pronunciarse sobre el mérito de la solicitud de sobreseimiento temporal con base en los planteamientos de las partes. Hoy no tendría inconveniente en reintroducirla, porque la supresión del sobreseimiento temporal fue una decisión que se adoptó básicamente por la necesidad de cambiar la cultura inquisitiva que estaba muy fuertemente arraigada en los jueces.

Las sucesivas agendas cortas y las modificaciones especialmente referidas a delitos contra la propiedad han ido desperfilando las ideas rectoras del Código Procesal Penal, en especial, en el ámbito de las garantías de los imputados por delitos comunes. Ello es evidente en los casos de ejercicio del control de identidad y en las medidas cautelares personales, sensibles a los mensajes simbólicos de mayor represión cuando los hechos causan alarma pública. Al mismo tiempo, leyes como la N° 20.931, de 2016, cuyo propósito expreso fue facilitar la aplicación de penas efectivas en delitos de hurto, robo y receptación han ampliado el límite superior para hacer factible el procedimiento abreviado, es decir, la posibilidad de irrogar penas de hasta 10 años de privación de libertad, debilitando no solo la centralidad del juicio oral como pieza legítima del nuevo modelo de justicia penal, sino también extendiendo las posibilidades cada vez más crecientes de aplicación de un procedimiento excepcional que, incluso como Comisión Técnica, tuvimos bastante escrúpulo en introducir por la fuerte afectación de derechos al debido proceso que ello implicaba. Hoy podría decirse que es una pieza fundamental del nuevo sistema, en detrimento del juicio oral.

Otros desafíos se refieren a la necesidad de mejorar las destrezas y conocimientos en el ámbito de los delitos complejos. Este gran desafío incumbe a los fiscales. La motivación de la sentencia es una tarea que los jueces deben mejorar sustancialmente por la vía de las presun-

ciones probatorias; el recurso de nulidad es demasiado estrecho y claramente insatisfactorio: la ley debiera resolver sus vacíos e insuficiencias. Por otro lado, el creciente predominio de las salidas negociadas con su deficitaria densidad epistemológica y el escaso control jurisdiccional acerca de su procedencia son piedras de tope del nuevo sistema.

Para terminar esta reflexión retrospectiva que me produce una cierta melancolía, rescató como cuestiones claves en el éxito de la reforma las siguientes: la existencia de un foro multisectorial que evaluó los borradores presentados por la Comisión Técnica, la cooperación público-privada en esta gran empresa pública; la gradualidad de la implementación de la reforma, que al principio generó muchas dudas, pero que finalmente fue un gran éxito y permitió ir advirtiendo los problemas que podían presentarse en su implementación en la Región Metropolitana; las capacitaciones interinstitucionales, que fueron fundamentales en las diversas regiones; entre otros aportes. Todavía recuerdo la cantidad de capacitaciones que se hicieron en cooperación con el Ministerio de Justicia, donde muchos abogados y profesores participaban con mucho entusiasmo, y la creación de la Defensoría Penal Pública fue un elemento fundamental para garantizar el acceso a la justicia de los más vulnerables. Todo este acervo, en mi opinión, debe ser considerado en el diseño e implementación de cualquier mega-reforma como ésta y, en tal sentido, aprovecho de plantearle al Ministro de Justicia que este tipo de experiencias deben ser consideradas en otras reformas como la ya anunciada en el ámbito del Código Penal y leyes penales especiales o como la penitenciaria.

B Las reformas al modelo original
y las materias pendientes:
ejecución penal y populismo
penal.

Populismo punitivo: en defensa de un derecho penal liberal

Carlos Künsemüller⁵

Como se celebran los 20 años de iniciación de la reforma procesal penal es importante destacar que en el mensaje del Código Procesal Penal se dice que la reforma al sistema penal supone introducir principios como los de lesividad y última ratio, principios que como todos sabemos son limitativos del *ius puniendi* estatal. Este objetivo, a mi juicio, la política criminal lo ha venido contradiciendo y no cumpliendo en los últimos tiempos.

Desde hace unas décadas observamos que es muy frecuente -y lamentablemente, muy frecuente- la inclusión del llamado populismo punitivo como un tema preocupante en los programas de actividades y foros de discusión sobre las disciplinas penales, tal como el importante seminario que hoy día nos convoca. Y digo lamentablemente, porque tal como están las cosas, la cuestión del populismo punitivo -que entre otros objetivos persigue un endurecimiento del derecho penal sustantivo, sobre todo, de las penas y una merma de las garantías procesales frente a determinados delitos y determinados infractores- ha logrado situarse en un lugar de privilegio en el ámbito de los debates socio jurídicos o políticos, acerca no sólo del rol y fines de la política criminal en un estado democrático de derecho, sino también acerca de quiénes y cómo deben impulsar la política criminal.

En otras palabras, ¿qué voces deben escuchar los encargados de esta política estatal? caracterizándose como conservadoras, alejadas de la realidad y más bien, como merecedoras de oídos sordos, las voces de los técnicos. Es decir, las voces de los expertos o especialistas en derecho penal material, en derecho penal adjetivo y en derecho penal de ejecución. Máxime, se los objeta con mayor fuerza si esos expertos adhieren al derecho penal liberal, al cual yo adscribo, tal como, he dejado constancia a lo largo de muchos años de desempeño en esta disciplina y lo he magnificado expresamente en el libro "el Derecho Penal liberal", publicado en el año 2018.

Esta situación es propia de numerosos países como lo pone de manifiesto la bibliografía existente. Que como señala la profesora española Mercedes García Arán es prácticamente inabarcable esa bibliografía, y describe como rasgos del fenómeno que se ha caracterizado como una nueva cultura del control, lo siguiente: el recurso desmedido a un derecho penal cada vez más endurecido y más extenso como respuesta al sentimiento colectivo de inseguridad; el incremento de la criminalización de la delincuencia marginal; el adelantamiento de la intervención penal y procesal a situaciones de mera sospecha; y, especialmente, la relativización de las

5 El ministro de la Corte Suprema, Sr. Künsemüller cesó en sus funciones el 12 de febrero 2021.

garantías penales que dejan de ser exigibles con carácter universal, para ser atribuidas sólo a los buenos ciudadanos.

En la conocida construcción del derecho penal del enemigo, Bottoms expone que el populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes, aparece guiado por tres máximas: mayores penas pueden reducir el delito; las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que haya unas ganancias electorales, producto de este uso.

En cuanto este último aspecto, la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal, Garland nos dice que quien quiera ganar unas elecciones, debe elegir el tema penal para hacer campaña, porque eso le permite no aparecer como excesivamente blando, como excesivamente benévolo.

La profesora María Inés Horvitz -que intervino brillantemente en el panel anterior- expresa en un reciente comentario, que el populismo punitivo es una fórmula fácil, meramente simbólica y que da puros réditos a quien la emplea. Y es utilizada por todos: sectores de derecha, de izquierda, del medio, del lado, incluyendo los movimientos feministas, no hay diferencias entre unos y otros sectores. La presión de estos movimientos ha sido más que evidente en nuestro país, y ha influido decisivamente, en la introducción de reformas penales, algunas muy cuestionadas por los especialistas. Todas las reformas orientadas al logro, no sólo de más derecho penal, sino de un derecho penal más duro, más severo, en materias por ejemplo de ciertas figuras de homicidio a delitos asociados a la violencia intrafamiliar -que algunos parecen considerar que son los delitos más graves que se pueden cometer en el mundo- y ciertos delitos de connotación sexual. Pueden mencionarse algunos ejemplos locales, representativos de la influencia que la denominada "voz de la calle", esto es, el sentimiento popular de lo que debe ser la justicia penal, ejerce sobre el poder político, encargado de diseñar la política criminal, dentro de los límites del Estado Constitucional de Derecho.

El Código Penal chileno mantiene la figura clásica del parricidio, que castiga con mayor pena el homicidio de un pariente consanguíneo o del cónyuge, figura eliminada en la gran mayoría de las legislaciones, al menos como figura autónoma, separada del homicidio. Se agregó en un momento determinado a los sujetos pasivos él y la conviviente, sea que dicha calidad la tenga al momento del delito o que haya sido en el pasado, denominándose femicidio cuando el sujeto pasivo es una mujer. No contento con esto, el legislador impulsado por un caso específico, en que un individuo dio muerte a su joven polola, modificó en marzo del año en curso el artículo 390 del Código Penal incorporando el dar muerte a un hombre, a una mujer, en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, sin convivencia, repito sin convivencia. Entonces, la pena que va de 15 años y un día a presidio

perpetuo, la puede recibir el varón que mata a una mujer con la que se ligó sentimentalmente y estuvo saliendo durante un mes.

A la pregunta de cuál es el otro bien jurídico que se ampara, además de la vida humana independiente, cuál es el disvalor agregado, algunos responden que lo es simplemente “el género femenino” ya que no se exige ni siquiera un vínculo de convivencia, apartándose esta figura del fundamento clásico del delito, que es el vínculo de vida en común que une al autor y la víctima. Esto se refuerza con el hecho de que el mismo tipo penal y la misma sanción, se aplica al hombre que matare en razón de su género, sin ningún otro requisito.

Se trata entonces de matar a la mujer por el hecho de ser mujer, lo que configuraría una presunción en razón del género que, a su vez, se traduciría en la práctica, en una presunción de derecho de la responsabilidad penal contraria a la Constitución Política. Como señala la profesora Elena Larrauri -también española-, la principal herramienta del populismo penal es el encarcelamiento y ésta es la única alternativa aceptable para prácticamente la gran mayoría de los miembros de la sociedad chilena.

Como lo revela el caso de ocurrencia más o menos reciente, del imputado por violación cuya víctima se suicidó, en que el juez de primera instancia había decretado, no su prisión preventiva, sino otras medidas cautelares, expresando una multitud enfurecida su descontento por lo que estimó muy poco rigor judicial, no sólo mediante ataques a la casa del inculpado y el edificio donde funciona el tribunal, sino amenazando al juez y a su familia, a través de las redes sociales. Entonces, lo que destacan los estudiosos del tema de este denominado populismo punitivo es que, intervienen o procuran intervenir en la política criminal organizaciones de distinta índole y numerosos pseudoexpertos y numerosos lobbystas que ejercen una presión muy fuerte sobre los poderes públicos, demandando un endurecimiento penal y dando pie a un uso demagógico del derecho penal.

Se aprecia como algo muy preocupante que la sabiduría o sapiencia del legislador complementada habitualmente por las opiniones de asesores, expertos del derecho y por una doctrina desarrollada a lo largo de más de dos siglos, sea sustituida por lo que se llama “el sentido común”. El sano sentimiento de la comunidad, que pretende instalar un ordenamiento penal alejado de los principios cardinales o capitales del sistema penal, que lo caracterizan como un sistema regido por los postulados que todos conocemos de proporcionalidad, de culpabilidad, etc. Y los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común y más favorables a los delincuentes que a las víctimas.

Si bien el poder político recurre a los expertos para la opción y contenido de decisiones legislativas penales, suele ocurrir que sus opiniones quedan en el papel, quedan en proyectos de

reformas que se archivan en muebles del ministerio respectivo. Así ha ocurrido con los proyectos de reforma del Código Penal elaborado por expertos a partir del año 2005, siendo el último el del año 2018, que según ha dicho el señor Ministro de Justicia lo habría enviado, o se estaría enviando al Congreso en un tiempo próximo.

El legislador ha preferido la vía más fácil: utilizar las llamadas leyes especiales o leyes parche, para reformar de manera inorgánica el Código Penal, en aquellos capítulos cuya modificación es requerida por el poderoso lobby ciudadano, que está dotado -como todos sabemos- de una sólida armadura mediática.

Fijense que el insigne milanés, como se denomina al marqués de Beccaría, sostuvo en su gran libro *De los Delitos y las Penas* -era muy pequeño su libro, pero fue un texto de gran influencia en los siglos posteriores- que falsas ideas de utilidad encubren no leyes preventivas sino medrosas de los delitos, que nacen de la tumultuaria impresión de algunos hechos particulares. O sea, en 1764 alguien advirtió lo que hoy día constatamos, que las leyes penales surgen por la tumultuaria impresión de determinados hechos particulares y no de la meditación considerada de inconvenientes y provechos de leyes de carácter universal. Hace casi 300 años se advirtió lo inconveniente de la legislación penal simbólica, de la legislación penal que promete efectividad, pero no la consigue. Por lo tanto, es un tema que pese al transcurso de los siglos sigue plenamente vigente. El penalista español Enrique Gimbernat ha definido de manera inmejorable la obra de Beccaría y el clamor que desatará: "Beccaría sigue ahí, desafiando el paso de los siglos".

El modelo original de la reforma, éxitos y problemas pendientes

Isabel Arriagada

El panel de hoy se titula “Reforma procesal penal: Las reformas al modelo original y las materias pendientes, ejecución penal y populismo penal”. Debido al título, en esta ponencia trataré de conectar los conceptos de “modelo original”, “ejecución penal” y “populismo penal”.

La presentación descansa en tres argumentos principales. Primero, la génesis de la reforma procesal penal tuvo lugar debido a una estructura de oportunidades que facilitó la generación de un cambio institucional y cultural extraordinario. En segundo lugar, el éxito de la reforma procesal penal no proviene solamente de una opinión subjetiva, sino que se funda tanto en resultados de investigación empírica como en la constatación de ciertos efectos culturales producto de la reforma procesal penal. Tercero, con un enfoque un poco más de política pública, los problemas que persisten en el sistema procesal penal chileno hoy se solucionan a través de los mismos principios propuestos por la reforma 20 años atrás. En otras palabras, los problemas de la reforma se solucionan con más reforma.

1. Estructura de oportunidades

Sobre la estructura de oportunidades que dio lugar a la reforma procesal penal, es posible sostener que la transformación del sistema no solo provino de la voluntad política individual de algunos actores institucionales, sino que tuvo lugar gracias a una conjugación virtuosa entre situaciones estructurales, condiciones de oportunidad y voluntades individuales. Por ejemplo, después de la transición a la democracia se generó en Chile una profunda sensibilidad en derechos humanos y avances en el derecho internacional. Solo hacía 20 años, previo a la reforma se había firmado el Pacto de San José de Costa Rica (1978)⁶. Previo a la reforma, los tratados internacionales se encontraban en un proceso de evolución, expansión y validación. Chile, luego de la dictadura y con vocación democrática, manifiesta su adhesión a estas nuevas normas del derecho internacional que luego se verán plasmadas en los principios garantistas de la reforma procesal penal.

Por otra parte, también emerge en la década de los noventa la preponderancia del intercambio académico con Estados Unidos. El ejemplo de Estados Unidos y los modelos de litigación anglosajón –tanto de un punto de vista técnico como práctico– se empiezan a imponer en circuitos universitarios y académicos. Ya no son solamente Alemania y España los referentes

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

institucionales del derecho penal y procesal penal chileno, sino que gradualmente se instala la idea de que el modelo adversarial anglosajón envuelve ventajas para el sistema procesal penal y garantías para la población imputada. A la par, aunque de manera anecdótica, también emerge culturalmente la idea de que los chilenos “debemos aprender a hablar inglés”. Ya en los noventa se expande esta vocación hacia la mirada pragmática de Estados Unidos, que es replicada en circuitos académicos vinculados al derecho procesal penal.

El escenario de expansión de la educación superior en Chile se presenta también como factor crucial en el impulso a la reforma. La expansión de la cobertura universitaria y la consolidación de modelos académicos como el de la Universidad Diego Portales, dan lugar a una forma alternativa de pensar el derecho en Chile. Esto es interesante, porque las universidades privadas empiezan a erigirse como referentes académicos, circunstancia que significó desplazar la primacía de la Universidad de Chile como paradigma de la academia legal nacional. Existió un grupo de profesionales –entre ellos, los profesores Juan Enrique Vargas y Cristián Riego– que parecen haberse sentido incómodos con la forma elitista de enseñanza y ejercicio de la profesión legal en Chile. Como ellos, en los años ochenta y noventa emergen nuevas voces jóvenes con una vocación hacia lo técnico y la gestión pública. Esta nueva generación emprende la tarea de hacer dialogar al derecho procesal penal con nuevos modelos de políticas públicas. Esta generación es distinta al paradigma del penalista tradicional de la Universidad de Chile, el cual entra en tensión con estas generaciones más jóvenes.

Existe otro punto interesante sobre este renacer del derecho procesal penal gracias al proyecto de reforma y que se refiere a la relación entre los abogados y sus clientes. La expansión de la cobertura universitaria, sumada a esta nueva génesis de profesionales y a la nueva visión sobre la reforma procesal penal refresca la relación que tienen los abogados con la población penal. El profesor Mauricio Duce en una entrevista realizada el año 2019 sostiene: “Los creadores de la reforma socialmente venían de la clase media tradicional, de colegios de número, del Instituto Nacional. No venían de los colegios de elite. Ninguno de nosotros ocupaba posiciones de privilegio”. Este punto es importante porque explica cómo estas nuevas generaciones intelectuales progresivamente imponen una visión e interacción con la población penal que contrasta con el modelo anterior. Esta nueva generación no necesita codearse con la élite, no necesita participar de la aristocracia en Chile ni necesita pertenecer a círculos de poder. El nuevo ethos de esta generación se inspira en una ética de la modernización que hace dialogar el derecho con las políticas públicas. Estas nuevas generaciones buscan descubrir nuevos modelos procesales –como el modelo anglosajón– y entender mecanismos de gestión y políticas públicas. Este nuevo ethos permite una transición desde la inclinación hacia el cliente de elite versus la simpatía por clientes provenientes de los sectores más vulnerados y precarizados del país. La ética de la modernización permite transitar desde el interés por el cliente “glamoroso” hacia el usuario de las capas más vulnerables de la sociedad chilena.

Otro factor que compone el escenario del trasfondo de la reforma procesal penal es la emergencia de la clase media en Chile y el ingreso de las mujeres a la profesión legal. Los y las jóvenes de esta nueva clase social (primera generación de estudiantes universitarios, por ejemplo) acceden a un título profesional y tienen la disposición de trabajar para el Estado. Estos jóvenes no desprecian trabajar con población vulnerable y marginalizada. Es más, el ethos de la reforma procesal penal ha convertido que el trabajo como operador de la reforma sea una fuente de prestigio para, por ejemplo, defensores, fiscales y jueces. Esta fuente de prestigio no existía en el procedimiento penal antiguo previo a la reforma. Un “anti-ejemplo” de esto es el caso de la Corporación de Asistencia Judicial, una institución similar a la Defensoría Penal Pública que no ha sufrido ningún tipo de transformación o reforma. Hoy si un joven egresa de la carrera de Derecho y debe elegir ser defensor o ser abogado en la Corporación de Asistencia Judicial a ojos cerrados prefiere ser defensor. Aunque defensor y abogado de la CAJ puedan tener idéntica remuneración, el egresado o egresada de derecho preferirá trabajar en la Defensoría. Esta motivación y preferencia por puestos de trabajo dentro de la operación de la reforma procesal penal se debe a que la nueva cultura de derechos logró que trabajar dentro de la Defensoría, de la Fiscalía, dentro de los juzgados de garantía y de juicio oral en lo penal, fuera fuente de valor y prestigio. Participar en la reforma procesal penal busca ofrecer un sello de calidad y profesionalismo. Este también es uno de los cambios culturales importantes fruto de la reforma procesal penal.

2. El éxito de la Reforma Procesal Penal

Con Agustín Walker y Javiera Farías, investigadores de la ONG Leasur, condujimos recientemente un estudio sobre la evolución de la población penal en Chile desde 1991 a 2007. Este artículo se denomina “Aproximación empírica a los efectos de la reforma procesal penal”⁷. Investigaciones previas sobre las tendencias de la población penal durante la reforma procesal penal (desde los años 2000 en adelante) sostienen que existe una curva directa de aumento de la población penal que emerge luego de la implementación de la reforma. Muchos investigadores sostienen, a partir de este aumento, que existió un giro punitivo producto de la mayor capacidad de condena del proceso penal. En estas investigaciones se esconde un lamento que proclama: “A los operadores se le olvidaron las garantías de la reforma”. Nuestro estudio apunta a una interpretación distinta de la evidencia empírica. La virtud de nuestro estudio es que captura una ventana que va desde 1991 a 2007. Por lo tanto, identifica tanto los efectos de la política criminal de los años noventa como los efectos posteriores a la reforma (incluso alcanzamos a identificar una pequeña porción de los efectos de la implementación en la Región Metropolita-

7 ARRIAGADA, I.; FARIAS, J.; y WALKER, A.: “Evolución de la Población Penal en Chile desde 1991 a 2007: Aproximación empírica a los efectos de la reforma procesal penal”. Revista Política Criminal 16 (31). Disponible en: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2021/04/Vol16N31A3.pdf>.

na). ¿Qué es lo que vemos? Con una prueba de significancia estadística, es posible sostener que el aumento de la población penal y el giro punitivo, en realidad, comienza desde la década de los noventa. En este sentido, hay una tesis histórica que es mucho más fuerte que la tesis punitiva de la reforma procesal penal. Esta tesis histórica –que nuestros números avalan– es que desde los años 90 en adelante existió una vocación punitiva en la legislación chilena y que no se debe necesariamente a la reforma procesal penal.

Ahora ¿es posible sostener que la reforma procesal penal ha generado condiciones o ha sido una plataforma para acelerar esta máquina de moler carne que es el proceso penal? Puede ser, pero eso no significa que el sistema antiguo se hubiese salvado de no haber constituido esa misma plataforma. Nuestro estudio revela que hay un efecto punitivo que es anterior a la reforma.

En un lado positivo, nuestro estudio también comprueba estadísticamente que la reforma procesal penal trajo una buena noticia a la población imputada, ya que disminuyó el número de personas sujetas a prisión preventiva en comparación a la población condenada. La reforma procesal penal demuestra entonces una vocación garantista que es cuantificable. Gracias al diseño cuasi experimental de nuestro estudio, es posible capturar exactamente el efecto antes y después de la reforma en cada región. ¿Qué es lo que nos muestran los resultados? Reitero: que hay un efecto garantista que ofrece una buena noticia para la población penal.

En términos de los cambios sociales y culturales que ha envuelto la reforma, es posible apuntar a tres efectos. Primero, como ya lo he mencionado, existen defensores, fiscales y jueces que participan de la denominada “mística” de la reforma procesal penal. Esta mística se alimenta de comunidades profesionales y se despliega entre jóvenes formados con una alta vocación democrática (sobre todo, tomando en cuenta su cercanía con la dictadura). Muchos de los fiscales, defensores y jueces que hoy componen o son partícipes de la reforma procesal penal crecieron en dictadura. Es una generación muy consciente de la diferencia del antes y después de la democracia. Este contraste dictadura-democracia no lo tienen tan claro las nuevas generaciones profesionales, las cuales no saben lo que significa vivir en un régimen autoritario y dictatorial versus el régimen democrático que tenemos hoy.

Un segundo efecto cultural refiere a la creación de una infraestructura receptiva, con un diseño arquitectónico funcional, homogéneo e igualitario y que crea espacios de dignidad. Me refiero con esto al espacio físico que ocupan los tribunales de garantía y de juicio oral en lo penal. Los tribunales son un espacio de dignidad que ha sido replicado en otras reformas y al que la gente incluso tiene acceso visualmente cuando prende su televisor. Eso genera un cambio cultural de percibir a cada tribunal como una instancia igualitaria. Si los tribunales se parecen entre sí, si todos tienen el mismo diseño, simbolizan el acceso democrático al sistema

de justicia. Con todo, democratizar la normativa penal –de manera que se aplique igualmente la justicia para ricos y pobres– sigue siendo una tarea pendiente.

Finalmente, un tercer elemento de esta transformación cultural se revela en la “Encuesta de necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia” que es un proyecto formidable que tiene la Dirección de Estudios de la Corte Suprema para identificar barreras de acceso a la justicia. ¿Qué nos dice este estudio? El estudio muestra que las personas, cuando tienen un problema de cualquier naturaleza –con un vecino, con una empresa, con el derecho ambiental, conflictos con instituciones de salud, conflicto con un colegio, o sea, todo tipo de conflicto o problemas legales con los que la gente se puede ver enfrentados– una de cada cinco personas acude a la Defensoría Penal Pública. En el 20% de los casos la gente percibe a la Defensoría como una institución que facilita el acceso a la justicia. Es más, los y las participantes del estudio hablan de “la Defensoría”. Podría sostenerse que “Penal Pública” es meramente un apellido. Para las personas “la Defensoría” es un organismo que defiende a la gente ante problemas de cualquier naturaleza. Puede que en la práctica, cuando las personas acudan a la Defensoría, descubran que ésta es “penal pública” y atiende solo materias penales. Pero estos resultados nos invitan a una reflexión: ¿Por qué no pensar que, en el imaginario de la gente, la Defensoría opera como una puerta de acceso al aparato público y a la justicia? Esto nos invita a pensar que el rol de la Defensoría debiese replicarse en otros tipos de ejercicios de defensa, tales como el fortalecimiento de la Corporación de Asistencia Judicial.

3. Nuevas propuestas de reforma

En mi opinión, la solución a las materias pendientes exigen más reforma: no necesitamos descubrir la rueda, ya que la reforma contiene en sí misma el secreto para fortalecerse.

La discusión sobre la necesidad de instalar jueces de ejecución en Chile sirve como ejemplo. Existen quienes sostienen que deben crearse nuevos tribunales de ejecución. Otros, como yo, sostenemos que son los actuales jueces de garantía los llamados a hacerse cargo de la etapa de ejecución de la sentencia: la reforma procesal penal tiene jueces de garantía y estos jueces de garantía están llamados a ser jueces de ejecución. La reforma tiene la infraestructura, el capital humano y el marco legal (Código Orgánico de Tribunales y Código Procesal Penal) para sostener que los jueces de garantía son los jueces de ejecución. Traer “más reforma a la reforma” significa consolidar el rol ejecutor de los jueces de garantía. No es necesario un tribunal de jurisdicción especializada, ya que la reforma en sí misma contiene el secreto para entregar mayores garantías y protección de derechos a la población penal condenada.

Por otro lado, existe la discusión sobre la necesidad de una ley de ejecución. Al respecto, sostengo que hay que considerar que existe un Código Penal en ciernes, el cual podría tener un

capítulo de ejecución penal. Dado que el Código Procesal Penal consagra el rol ejecutor de los jueces de garantía, el nuevo Código Penal debiese contemplar la normativa sobre la etapa de ejecución de la pena. El sistema de ejecución penal no tiene por qué ser una isla independiente con su propia ley y sus propios juzgados. Si no aplicamos el espíritu de reforma a la etapa de ejecución corremos el riesgo de someter al sistema penitenciario a un ostracismo jurídico e institucional. Debemos utilizar el potencial que tiene la reforma de manera urgente.

También, luego de la reforma se buscó expandir la competencia de la Defensoría Penal Pública hacia la población condenada a través de la creación de la unidad especializada de defensa penitenciaria. El nuevo rol de defensor penitenciario es fundamental. Sin embargo, estos operan bajo un sistema de licitación y no se los considera funcionarios públicos. La defensa penitenciaria emerge como un ejemplo de defensa a nivel latinoamericano. Si tenemos defensores abogados cumpliendo ese rol dentro de las cárceles, ¿por qué no potenciarlos y tratarlos como funcionarios estatales tal como a los defensores de proceso?

En relación a la persecución de delitos intra-carcelarios, tenemos una Fiscalía que funciona como reloj, con bemoles, pero tenemos una Fiscalía de primer nivel en Latinoamérica ¿Por qué no potenciar el rol de la Fiscalía en las cárceles? La protección de la población condenada puede beneficiarse del compromiso de la Fiscalía con la protección de derechos de las víctimas de delitos carcelarios: tal y como se defiende a las víctimas de delitos en el medio libre.

Además, cabe hacer presente que el nuevo proceso constituyente que se abre desde el año 2021 provee de una oportunidad constitucional para entregar derecho a voto a la población penal y consolidar el espíritu democrático y garantista que fundó a la reforma en sus comienzos.

Finalmente, tenemos una nueva oportunidad que querámoslo o no está ligada a la reforma procesal penal, que es la oportunidad de generar una reforma procesal civil. La legitimación del sistema de justicia -de sus tribunales y operadores en general- también depende de que otras piezas del sistema, como el funcionamiento del sistema civil, entreguen un servicio eficaz y justo a la ciudadanía.

Deudas pendientes en materia de ejecución penal

Marcela Sandoval

Comenzar un debate respecto de las reformas pendientes de la reforma procesal penal, es precisamente iniciarlo a partir de la etapa de ejecución penal. Lo cierto es que el mensaje del Código Procesal Penal indicó que la ejecución penal era una de las materias en que más innovación traía, dentro de la reforma estructural del sistema de justicia penal, sobre todo, porque se le entregaba al juez la capacidad de controlar el ejercicio de la ejecución. Diez años más tarde, el Consejo para la reforma penitenciaria hizo recomendaciones al sistema del derecho penitenciario y, particularmente, dentro de esas ocho recomendaciones, estaba, precisamente, la creación de una figura -en este caso no se indicó su calidad- que permitiera llevar a cabo todas estas recomendaciones y permitir un control externo ante la autoridad penitenciaria.

Respecto de este punto, la doctrina, luego de estos veinte años de reforma procesal penal, es coincidente en que la ejecución penal debe encomendarse a un juez de ejecución penal, sea que se le denomine juez de vigilancia, tribunal de ejecución o juez de ejecución penal. Pero dentro de esta reforma, también el juez debe tener herramientas que permitan garantizar el control sustancial en la ejecución de la pena. Estas herramientas no se encuentran dadas en el Código Procesal Penal, sino que en un ordenamiento que tiene un nivel menor, incluso jerárquico en el ámbito jurídico, la regulación se encuentra en un reglamento, de carácter inferior a la ley y que tiene, incluso, visos de inconstitucionalidad o de ilegalidad.

Pues bien, es necesario para los jueces tener un procedimiento que permita satisfacer con real intensidad las pretensiones del cumplimiento de la sanción en la ejecución de una sentencia condenatoria, sobre todo, pensando en el paradigma y la experiencia internacional. En el año 1979 en España se creó el juez de vigilancia penitenciaria, pero sin embargo, la regulación no fijó su competencia y procedimiento, lo que llevó a que los jueces de vigilancia penitenciaria fueran los que acordaron un procedimiento que permitiera paliar esta desidia administrativa.

De consiguiente con lo anterior, lo cierto es que la reforma indicó que era el juez de garantía -conforme la modificación que se tuvo que realizar al Código Orgánico de Tribunales- en relación con sus competencias y al artículo 468 del Código Procesal Penal. Pero ¿es realmente competente el juez de garantía para ejecutar este procedimiento o tiene las herramientas legales que permiten controlar la ejecución de una sanción penal? Creemos, en definitiva, que no es así.

En primer término, se trata de un juez que tiene -debido a la competencia que la reforma le entrega- caracteres o funciones cautelares, adjudicatarias y, adicionalmente, ejecutivas en

relación al cumplimiento de la sanción. Esta amplia gama de competencias que la ley le entrega, implica pérdida en la especialización que requiere el juez de ejecución penal, puesto que –en consonancia con las nuevas legislaciones– es preciso que los jueces de ejecución penal estén dotados de especialización, por ejemplo la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, prescribe la existencia de un juez que conoce de esas materias que sea especializado, lo mismo que la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216 también aborda al juez de cumplimiento de esa normativa.

Seguidamente, tampoco existen, como pudiera uno pensar, la normativa eficaz, única, prístina que permita al juez de garantía ejecutar esta función. La práctica indica que el juez de garantía utiliza figuras como la cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal o el recurso de amparo del artículo 95 del mismo Código, instituciones creadas, en definitiva, conforme el mismo mensaje lo entrega, dentro del procedimiento de aplicación general, como herramientas que permitieron establecer un cierto grado de control sobre la ejecución.

Lo cierto es que como dice bien Isabel Arriagada, la institución del defensor penitenciario surgió a propósito de un proyecto Marco en el 2009 por la Defensoría Penal Pública, es a quien se le han entregado algunas herramientas y nos han entregado información respecto del trabajo del juez de garantía en materia de ejecución penal. Y junto con manifestar reticencias respecto de su actuar en Gendarmería, indicó al menos, los datos estadísticos disponibles de la institución, que lo que se echaba de menos –precisamente– era la especialización del juez y la existencia de una normativa clara que permita resolver las controversias en los planos de la ejecución penal.

Lo cierto es que existiendo actualmente un juez de garantía, el control sustancial de la ejecución penal –referido fundamentalmente al respeto de los derechos humanos– no ha tenido una consecuencia deseable. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe el trato digno de las personas sujetas a privación de libertad por una condena. De otra parte, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile entrega a esta institución el orden de la autoridad penitenciaria, pero dentro de esto, obviamente, está el sesgo de autoridad superior frente al condenado, lo que ha generado situaciones de vulnerabilidad tremendas. Así al menos se ha representado por los informes sucesivos de la Fiscalía Judicial de la Excelentísima Corte Suprema.

En el año 2018 se informó una serie vulneraciones a los derechos humanos de las personas condenadas. En abril de 2020, la Fiscalía Judicial también hizo lo propio, a propósito del informe respecto de las personas privadas de libertad en pandemia, donde se indicó que, incluso, no era posible cumplir las condiciones sanitarias, lo que sucedió existiendo un juez de garantía de control de la ejecución. Pero esto no sucede solamente en estos dos últimos. Así Doña Mó-

nica Maldonado, a partir del año 2001, empezó a visibilizar la situación precaria de vulneración de los derechos de las personas condenadas; y aun cuando han existido iniciativas loables, el defensor penitenciario como mencionó Isabel, es una de las reformas que la propia Defensoría Penal Pública tuvo que cimentar a propósito de las conversaciones que, además, se tuvo con Gendarmería de Chile. Sin embargo, tiene el problema que se trata de defensores licitados que al término del contrato no pueden ejercer esa función, perdiéndose la capacitación entregada a los anteriores, puesto que será un nuevo abogado quien asumirá esa rol.

También es loable la creación de la Unidad de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, dependiente de la Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile, lo que ha permitido que los jueces de garantía puedan tener un correlato dentro de la autoridad administrativa para efecto del ejercicio debido del control en la ejecución de la sanción.

También en el control sustancial de la ejecución penitenciaria, de cargo del juez de garantía, durante estos últimos años, ha tenido problemas serios respecto del ejercicio de la autoridad administrativa en general y, en particular, respecto de las sanciones o medidas disciplinarias. Esto es de la mayor relevancia, porque las personas sujetas a una condena penal no solamente sufren la vulnerabilidad por el solo hecho de ser condenadas, sino que, además, sujetas a este control de una autoridad administrativa; tampoco tienen la posibilidad, en los hechos, de recurrir respecto de las decisiones que se adoptan en relación a su conducta dentro del penal.

El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece la posibilidad de recurrir respecto de una decisión de una autoridad administrativa, pero el mismo sanciona como falta leve el reclamar respecto de sus condiciones de internación. Por lo tanto, esto ya es una contradicción.

En materia de condena lo más evidentemente vulneratorio es que el juez de ejecución o el juez de garantía -o el nombre que ustedes le quieran dar-, sólo toma conocimiento de la sanción administrativa cuando es por repetición. Por lo tanto, no tenemos ninguna estadística respecto a la aplicación de sanciones en una primera oportunidad, lo que ha generado una serie de inconvenientes en el procedimiento de aplicación de la sanción administrativa, que tiene relevancia para el condenado en el sistema progresivo del cumplimiento de la ejecución de pena, lo que en definitiva, le permite tener espacios de libertad en el cumplimiento de la sanción impuesta.

Los beneficios intrapenitenciarios y que le dan espacios de libertad al condenado tienen sustento en la conducta del imputado. Si bien, el reglamento penitenciario señala que no pueden acumularse dos sanciones, lo cierto es que producto de la imposición de una sanción,

inmediatamente se genera una rebaja en la conducta, que tiene relación conforme al reglamento, sobre la libertad condicional, o en los beneficios intrapenitenciarios de salida diaria, de salida esporádica, etcétera. Siempre la autoridad administrativa necesita o controla o limita el sistema progresivo dándole espacios de libertad al condenado, por medio de la imposición de estas sanciones.

Por otra parte, es importante también razonar que durante este tiempo sí se han generado espacios en donde se ha tenido una mayor exclusividad o una mayor especialidad en la aplicación de la ejecución de la sanción penal. Me refiero particularmente a la modificación que se introdujo a partir de la reforma por la Ley N°20.603, que modificó la ley que regula las penas sustitutivas. Lo cierto es que esa ley estableció la posibilidad de que el juez sea especialista en aquella parte de la reforma que también tiene que ver con la ejecución de la sanción.

Dentro de las conclusiones que quiero dejar patente en esta intervención, me gustaría también recoger la idea de que la reforma procesal penal fue innovadora en relación a la incorporación de la víctima dentro del procedimiento ordinario, pero la dejó fuera de la parte de ejecución de la sanción, pues el artículo 466 del Código Procesal Penal establece que solamente los intervinientes de esta parte son el juez de garantía, el imputado, su defensor, el Ministerio Público y el delegado de la libertad vigilada intensiva, en su caso.

Y aquí lo quiero relacionar con otros puntos. Hace un par de meses atrás una madre enojadísima por la concesión de un beneficio penitenciario al asesino de su hijo, reclamó frente los medios de comunicación social, por lo aberrante de la concesión de este beneficio de salida diaria. La consecuencia de la intervención de los medios de comunicación social hizo que la autoridad administrativa suspendiera el beneficio de salida diaria, provocándole en este caso un problema al condenado que pensaba que cumplió los requisitos para optar a este beneficio y así hacer uso del sistema progresivo. Pero luego, a propósito de la intervención del defensor penal penitenciario, recurrida esta resolución, la Corte de Apelaciones la revoca, declara ilegal y arbitraria esta medida y la Corte Suprema confirma dicha decisión.

Como vemos la intervención de la autoridad administrativa en la concesión de beneficios, reconoce requisitos no contemplados en la legislación, para suspender o revocar una medida. Y luego, debe de reconocer -igualmente- que su decisión fue ilegal y arbitraria porque la deja sin efecto sin considerar el cumplimiento de los requisitos. De esta forma, me parece que una posibilidad frente a esta omisión es el reconocimiento -al menos- de la posibilidad que tiene la víctima de hacerse parte dentro del procedimiento de ejecución de la sanción penal. La legislación española, a propósito de los delitos terroristas, estableció la posibilidad de dar traslado al ofendido cuando se debate acerca de aspectos del cumplimiento de la sanción. De hecho, la Ley N°20.084 reconoce la posibilidad de la víctima de comparecer al cumplimiento de

la sanción al infractor adolescente, cuando se debate una morigeración de su sanción para que pueda ser debatida en audiencia, y con ello satisfacer la pretensión de ser oída.

Evidentemente, la figura del juez de ejecución penal depende de un estatuto restringido de delitos que contempla el Código Procesal Penal y, por cierto, de un procedimiento claro, breve, que garantice los derechos del condenado y que, lamentablemente, actualmente no se encuentra en vigencia.

Solamente quisiera hacer eco de un discurso del presidente de la Corte Suprema su-
brogante de julio del año pasado que señaló lo siguiente: “A casi 20 años de iniciada la reforma procesal penal chilena, nuestro país no cuenta con una ley de ejecución penitenciaria a la altura de nuestro desarrollo. Sigue descansando en una política legislativa, que prioriza la respuesta punitiva como un eje de sus soluciones sociales. Y en lo que toca el Poder Judicial sigue careciendo de una institucionalización, que logre dar respuesta a los especiales desafíos que plantea la ejecución de las penas desde la perspectiva de la adjudicación”.

Reformas y populismo penal

Octavio Sufán

El tema que nos convoca es un tema que presenta una dualidad, lo primero es el populismo penal. Éste a mi juicio, ha desvirtuado el modelo original en perjuicio de las garantías de las personas del ciudadano y, especialmente, del imputado.

No tengo noción de que alguna de las reformas que se hayan hecho al Código Procesal Penal haya ido derechamente en favor del imputado. Por ejemplo, el artículo 149 fue modificado, y hace apelable de inmediato la resolución que concede la libertad del imputado, en circunstancias que el artículo 19 número 7) letra e) de la Constitución Política de la República, establece que la privación de libertad del imputado sólo procede cuando un juez de la República así lo ha dispuesto. Pero hoy día nuestro Código dice que, no obstante que un juez de la República concede la libertad de un imputado, el Ministerio Público tiene la facultad de apelar verbalmente, y no obstante que un juez de la República ha concedido la libertad, el imputado debe mantenerse privado de libertad hasta que se resuelva -finalmente- por el tribunal de alzada, y no al revés.

En materia recursiva, hay normas que tampoco favorecen al imputado. Por ejemplo, la querrela que puede ser declarada inadmisibles es apelable por el querellante, pero si es declarada admisible, no lo es. En el caso de la declaración de ilegalidad de detención, ésta es apelable. Sin embargo, si el juez declara legal la detención, no es apelable. Finalmente, las modificaciones al Código Procesal Penal -en general- han apuntado precisamente al populismo penal, por cuanto restringen el ámbito de las garantías y, lo que resulta más lamentable, han apuntado a restringir las facultades jurisdiccionales, lo que trasunta en una desconfianza en el ejercicio de la función jurisdiccional. Y eso, evidentemente, es materia de preocupación, no porque la función jurisdiccional no se esté ejerciendo de manera adecuada, sino que probablemente porque tenemos un problema de comunicación.

En este modelo de juicio oral, público y contradictorio, a veces mucha publicidad ha jugado en contra. Lo han vivido personas en carne propia, no voy a personalizar a nadie, pero cuando se han tomado decisiones por alguno de los actores sistema, muchas veces han recibido -gracias a esta publicidad- la dura sanción pública y el duro escarnio público, lo que por cierto resulta lamentable y es propio de lo que es el populismo penal y de este mal modelo de gobernanza.

Por otra parte, me parece relevante analizar este tema del populismo penal desde la perspectiva de la falta de injerencia de órganos internacionales o de instrumentos internacio-

nales, más bien, respecto de las decisiones que se adoptan. Por ejemplo, las reglas mínimas sobre el tratamiento de los reclusos: Si una persona se encuentra detenida, privada de su libertad en cualquiera de sus formatos (prisión preventiva, detenido, condenado, cualquiera que sea), debe evitarse su exposición al público. Y a pesar de que llevamos 20 años de reforma, todavía vemos ese paseo entre la puerta de la comisaría y el carro policial, es decir, todavía vemos situaciones en donde finalmente personas son expuestas al escarnio público, no obstante, mantener un estado de inocencia. La regla general que plantea el Código es la publicidad, sin duda, pero hay situaciones excepcionales en que también la dignidad de las personas se ve vulnerada, y en eso yo creo que tenemos que asumir un poco el costo.

A veinte años de la reforma, el balance es absolutamente positivo. Y cito una cifra para darnos cuenta de aquello. En el año 2000, el 48,5% de las personas privadas de libertad eran imputados, o sea, casi la mitad de las personas que estaban privadas de libertad estaban esperando un juicio. En el año 2007, en plena aplicación del sistema procesal penal, ya aplicándose dos años en la región metropolitana incluso, esa cifra bajó del 48,5% al 24%, o sea, había una mejor proporción de personas que estaban efectivamente condenadas y debían estar privadas de libertad, versus las personas que estaban en prisión preventiva. Lo preocupante, pues no todo es tan bonito, es que desde el año 2007 al 2020 aumentamos a 34%, o sea, subimos 10 puntos porcentuales en cuanto a la cantidad de personas privadas de libertad, en prisión preventiva, respecto de los condenados. Este fenómeno obedece a varias razones, por ejemplo, –y aquí empiezo a vincular temas– políticas de persecución penal o, más bien, rigidización de legislación en cuanto a la persecución penal, la restricción en cuanto a la posibilidad de acceder a penas sustitutivas, etc. Pero también, respecto de otros temas, tenemos que hacernos cargo sistémicamente del tema, como por ejemplo, del plazo razonable.

La duración de los procesos cada día se está haciendo más extensa. Y aquí no podemos cuestionar en particular, ya que, a mi juicio, existe una responsabilidad sistémica. Por ejemplo, los apercibimientos de cierre no se realizan ni a la primera ni a la segunda, existen argumentos que son bastantes peculiares para acceder a ampliaciones de plazo. Existen otros tantos argumentos para acceder a fijar nueva fecha, respecto de las preparaciones de juicio, y así sucesivamente. Y, claro, en una primera lectura uno diría “los jueces de garantía fallan en su rol cautelar porque no ejercen el debido control respecto del ejercicio del plazo razonable”. En una segunda lectura, uno diría “los fiscales del Ministerio Público no están investigando con la debida celeridad”. Una tercera lectura diría “los defensores penales públicos tampoco están ejerciendo su rol de control y de exigir la garantía del plazo razonable”.

Dicho eso, de todas maneras el balance es bastante positivo. A 20 años, no obstante existir un recambio generacional, se han mantenido algunos estándares. Existen brechas, por supuesto que sí. Se hace absolutamente necesario capacitaciones interinstitucionales, cambia-

ron los rostros, cambiaron las personas, muchos ya no están. Otros tantos que están, se están yendo al mundo privado, y los que van quedando, de alguna manera tratan de mantener esa mística que se le entregó a la reforma procesal penal, al sistema procesal penal. Pero sin duda, creo que es absolutamente necesario retomar y reforzar las capacitaciones.

Ahora bien, en relación a los desafíos pendientes, hay temas que nos preocupan como el de las personas con problemas de salud mental. A 20 años de la reforma, todavía no existe uniformidad de criterio de cómo se tramita el procedimiento respecto de los enajenados mentales. Asimismo, se advierte falta de recursos estatales, creo que ahí hay un desafío importantísimo, del cual debemos hacernos cargo. Evidentemente, no es la sede penal la llamada a solucionar el problema de los enajenados mentales en nuestro país, es la autoridad sanitaria.

Por otro lado, en materia de derechos humanos creo que estamos también al debe o, por lo menos, debemos profundizar bastantes temas, uno de ellos, el relativo al plazo razonable donde todos debemos asumir la responsabilidad, pues los procesos se están dilatando más de la cuenta y estamos siendo de gatillo muy fácil para que esto siga avanzado.

También preocupa el uso exacerbado de la prisión preventiva y el aumento preocupante de 10 puntos porcentuales en poco más de diez años.

Otro desafío pendiente dice relación con el uso de las medidas intrusivas. Es difícil, incluso, encontrar estadísticas respecto de cuál es el uso de las medidas intrusivas en Chile; por ejemplo, se desconoce el número de interceptaciones telefónicas que se hacen, cuántas son las medidas intrusivas que se decretan, de qué manera se decretan, cuál es el estándar que tiene cada judicatura para decretar estas medidas, etc. En eso también tenemos puntos que avanzar.

En materia recursiva también hay desafíos, principalmente en relación al estándar o deber de fundamentación. Y todo esto bajo un gran paraguas que es un enfoque más convencional. El sistema interamericano nos entrega importantes herramientas de interpretación y de eso creo que también tenemos que hacernos cargo.

En materia penitenciaria, agradezco la valoración que se ha hecho en relación al rol de los defensores penitenciarios, quienes han sido un gran aporte al sistema, pero sin duda creo que debe existir, valga la redundancia, un sistema penitenciario: jueces de ejecución. Podemos discutir cuál es el modelo, si lo más adecuado es que cada tribunal tenga jueces especializados en materia de ejecución penal, que existan salas especializadas, o que realmente exista un tribunal de ejecución. Eso es materia de discusión, pero lo que no podemos hacer, es dejar de lado el tema y quedarnos con el modelo como actualmente se encuentra vigente.

Por último, en materia de defensa penal pública, quiero compartir con ustedes algo que, por cierto a mí -en lo personal-, y a la institución nos llena orgullo. Durante dos oportunidades y el año pasado fue la última vez, hemos recibido el premio anual por excelencia institucional. Esto significa que hemos sido reconocidos como el mejor o dentro de los tres mejores servicios públicos del país que no forman parte del sistema judicial. Y si somos parte de un sistema, y si somos reconocidos como un órgano del Estado de excelencia, es porque probablemente el sistema judicial aún sigue funcionando de manera correcta. Tenemos que ser perfectibles, por supuesto que sí, pero desde ese punto de vista, también el sistema mixto ha hecho su aporte. Con el sistema mixto me refiero a los defensores licitados. Éstos han sido quienes nos han permitido ser la punta de lanza en diferentes materias, como por ejemplo, la defensa penitenciaria, la especialización en primeras audiencias y en juicios orales, y probablemente también podemos avanzar en otros tipos de especializaciones. La especialización es, finalmente, el gran desafío que tenemos como sistema procesal penal.

La nueva cara del sistema acusatorio

Ximena Chong

Si quisiéramos hacer una analogía sobre la “historia vital” de este proceso de reforma que implicó la modificación y el “salto”, desde un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, diríamos que la reforma procesal penal está -a sus 20 años- entrando en la adultez.

De otro lado, como cualquier proceso que se va desarrollando en el tiempo, como una institucionalidad viva, los cambios a las reglas procesales, por un lado, y a las reglas penales, por otro, que han acontecido durante estos 20 años, nos permiten responder a ciertas cuestiones y trazar líneas en torno a los desafíos futuros.

Les voy hablar, obviamente, desde la vereda del Ministerio Público, y desde ese punto de vista una primera pregunta que nos parece relevante intentar responder es ¿cuánto han modelado al Ministerio Público las reformas introducidas a las instituciones procesales?, y ¿de qué manera? Como una segunda pregunta ¿los nuevos escenarios punitivos condicionan la forma de actuación de la Fiscalía? Todo en un intento de definición de populismo punitivo siguiendo, en la invitación que nos hace el excelentísimo ministro Sr. Carlos Künsemüller en la primera presentación del día de hoy.

Ya en el año 2009, es decir, a prácticamente a 10 años del inicio de la reforma procesal penal, la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales presentaba un informe de campo donde se refería al rol del Ministerio Público en la reforma procesal penal chilena, anotando ciertos logros, referidos fundamentalmente a metas de carácter cuantitativo y al descarte de casos, es decir, a lo que se denomina gestión de casos, observando (i) una disminución con relación al sistema inquisitivo, en los tiempos de tramitación, y (ii) una capacidad creciente para gestionar volúmenes de casos. A su vez, éste y otros estudios constataron una disminución en las detenciones ilegales y la mantención de una cifra razonablemente baja de las mismas, esto es, detenciones así declaradas por los tribunales de garantía en la audiencia de control de legalidad correspondiente.

Se reconocía, en estas tempranas evaluaciones, un fortalecimiento de la defensa, una reducción en la incidencia de la prisión preventiva, merced a la apertura del abanico de medidas cautelares de menor intensidad que, igualmente, presentaban suficiencia para garantizar los fines del procedimiento y el resguardo de la integridad de la víctima. El nuevo sistema, además, otorgaba tutela judicial efectiva de los derechos, y permitía (publicidad de por medio) un control ciudadano a la actividad estatal de determinación de la responsabilidad penal.

Sin perjuicio, a poco andar de la reforma, estos mismos valores que muchos estudios reconocían como el cumplimiento de ciertas promesas que se habían hecho al instalar este sistema de persecución penal de tinte acusatorio, llevaron a una creciente pérdida de legitimidad, o si se quiere, caricaturización del concepto garantista.

Un fuerte tinte negativo tiñó el concepto de garantismo, sumado a una comprensión muchas veces limitada de las salidas alternativas (la que en parte deriva de una comunicación no todo lo eficiente y efectiva que los propios actores del sistema podríamos tener), sin desconocer la existencia de algunos abusos y malas prácticas en la utilización de las mismas.

Este conjunto de elementos se cristaliza en el año 2007, en la discusión de un proyecto en el Congreso que culmina con la dictación de la Ley N° 20.253, al que ya se refirió la profesora Horwitz, ley que da inicio a una seguidilla de modificaciones a ciertas estructuras procesales centrales del sistema.

Estos cambios impactarán el alcance de la declaración de ilegalidad de la detención, la regulación en torno al control de legalidad de detención que hace el juez de garantía, la regulación de la prisión preventiva y al sistema de recursos.

Esta primera modificación que se denominó “reforma a la reforma”, fue “reforzada” por la Ley N° 20.931 que incorporó nuevos cambios a estas mismas instituciones, esto es, la modificación del artículo 132 del Código Procesal Penal, en el sentido de aclarar que la declaración de ilegalidad de la detención no impide al representante del Ministerio Público, fiscal o abogado asistente la formalización y solicitud de medidas cautelares. Esta “novedad” se suma a los cambios introducidos en esta materia por la Ley N° 20.253, que ya había determinado imperativamente, que la declaración de ilegalidad de la detención no produce efectos de cosa juzgada en la declaración de ilegalidad de la prueba, es decir, se desplaza a la audiencia de preparación del juicio oral lo relativo a la eficacia o ineficacia del material probatorio recogido con ocasión de una detención ilegal; finalmente, se habilita, para un campo acotado de delitos, el recurso de apelación respecto de la resolución que se pronuncia sobre la ilegalidad de la detención.

En materia de prisión preventiva, los esfuerzos legislativos han ido en la misma línea, vale decir, estableciendo ciertos casos que importan por la presencia de un peligro para la seguridad de la sociedad, de un peligro de reiteración, y en general, de aquellos factores que deben tenerse en consideración por los jueces a la hora de disponerla, incluyendo, una modificación al régimen de apelación, manteniéndose la cautela del Estado (detención) sobre aquella persona respecto de quien se ha revocado o se ha negado la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva cuando el Ministerio Público se alce en apelación y mientras el recurso esté pendiente. De este modo, se llega a la redacción actual del artículo 140.

Se introducen, asimismo, modificaciones para evitar las sucesivas suspensiones condicionales del procedimiento, es decir, se instala ya desde el año 2008 una sombra de sospecha sobre las salidas alternativas, y la posibilidad de que éstas sean una forma, no sólo de descongestión sino de conceder resoluciones alternativas al conflicto penal. A ello se adicionan las modificaciones a la flagrancia, fijando un plazo para la misma de 12 horas, llegando al día de hoy a un régimen de flagrancia que se desajusta del diseño original de una manera bastante radical.

¿Cuál es el efecto que, a nuestro juicio, tienen estas modificaciones?

Lo primero, es una reducción del espacio del debate y, consecuentemente, una reducción del espacio de definición judicial o jurisdiccional, sobre la base de un ejercicio de carácter adversarial. Dicho de otro modo, somos testigos de un empobrecimiento del contenido del debate y, como un efecto de ello, del contenido de las decisiones de los jueces de garantía, sobre incordios que son –insistimos–, fundamentales de cara a la arquitectura del proceso penal.

De otra parte, se adelgazan también los límites de las garantías. Aventuramos también como un efecto, haciendo la salvedad que lo hacemos desde la experiencia, que este tren de modificaciones, genera un *gap*, una brecha, en el ejercicio más inmediato del necesario control del poder civil (judicatura y fiscalía) sobre la actividad de las policías y, por lo tanto, se deja de poner en práctica el rol modelador de la labor policial, así como se deja de lado hacer un permanente refuerzo de los deberes de las policías (al ejercer su función) de respeto y sujeción a los derechos fundamentales.

En materia de control de identidad, la Ley N° 20.931 (cuyo objeto declarado es facilitar la aplicación efectiva de penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejorar la persecución), introduce innovaciones en los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal, lo que ha hecho que se desdibuje el contenido de lo que debe ser entendido como indicio; asimismo, se amplía el sistema recursivo, en torno a la solicitud de orden de detención, previa audiencia o, incluso, solicitada en la misma audiencia.

Estas modificaciones sucintamente revisadas que impactan las reglas procesales ¿se relacionan con el fenómeno que ya describió el ministro Sr. Carlos Künsemüller, esto es, sobre el populismo punitivista?

Evitaré caer en la pretensión de configurar o siquiera tratar de configurar alguna definición de lo que puede entenderse por populismo punitivista o populismo penal; sin perjuicio de ello, creo que el encuentro de hoy merece abrir la discusión en torno a si, desde una mirada crítica, desde una mirada – también– constructiva a esta serie de legislaciones, que han ido borrando las antiguas áreas de la cancha en la cual se juega el partido de la reforma procesal

penal, y han dibujado áreas nuevas (para utilizar una analogía futbolera), se vislumbran o, de-rechamente, se observan ciertos rasgos definitorios del objeto de análisis de este seminario. Veamos.

Lo primero es que muchos de estos cambios se justifican, y aquí encontramos una primera coincidencia, con propósitos legítimos, como la necesidad de adaptarse a nuevas formas de criminalidad, amparar los derechos de las víctimas o atender fenómenos delictivos de “mayor connotación”.

Un segundo punto o hallazgo de coincidencia, es que el Estado reacciona “explotando” estas inseguridades del colectivo, usándolas como pretexto para la criminalización de determinadas conductas o grupos, y por esa vía restringir el ámbito de las libertades personales.

El norteamericano David Garland, que fue citado ya por el profesor Künsemüller, a propósito de la caracterización del punitivismo populista, nos habla de la tendencia de los estados de establecer una gobernanza a través del delito. Y esto supone hacer descansar la eficacia del Estado, en la promesa de una sanción.

En muchos casos, a pesar de que la cárcel es reconocidamente incapaz o, al menos, existe duda razonable sobre la idoneidad para frenar la delincuencia, se utiliza como un bastión, haciéndose descansar la responsabilidad estatal frente al delito, exclusivamente en la sanción penal. Por lo tanto, -lo explica Garland- en lugar de trabajar para construir instituciones complejas de gobierno, necesarias para regular el orden social y el orden económico, las políticas penales se establecen como una forma de dividir entre grupos que merecen el ejercicio de sus libertades y aquellos grupos que, en definitiva, no lo merecen.

Esta es, ciertamente, una solución cuestionable. El análisis de muchas de estas reformas procesales que acabamos de repasar, permite sostener que apuntan, a ese objetivo.

Otro tanto ocurre con la ley penal sustantiva, y nos referimos en particular a esta nueva moda de “leyes con nombre”. Quiero aclarar que en ningún caso esta crítica significa que no deban sancionarse proporcionalmente conductas disruptivas graves; mi punto es otro, es si este énfasis puesto en el castigo (pensemos por ejemplo en la denominada “Ley Zamudio” o en la “Ley Gabriela”), desvía la atención sobre las obligaciones del Estado que perviven, referidas a la erradicación, prevención, reparación y garantía de no repetición, de casos de violencia de género, violencia contra la mujer, o crímenes de odio respecto de la comunidad LGBTQ+.

Tras estos primeros 20 años, existen diversos otros desafíos, sin perjuicio de lo cual, creo que uno de aquellos que debemos atender, es el riesgo de caer en esta tentación del puni-

tivismo populista, de caer en esta gobernanza a través del delito, de desplazar en consecuencia los ejes de responsabilidad, desde un eje de política pública integral al espacio de dominio de los órganos de persecución penal y, por esa vía, establecer socialmente un baremo de que es incorrecto, exclusivamente aquello que es delictivo. Esto último puede tener consecuencias nefastas para la comunidad políticamente organizada, que merece se releven otros niveles de responsabilidad, y que estos sean promovidos y fortalecidos por parte del Estado y de sus agencias.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS: DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

A

Proceso penal e inteligencia
artificial

Sobre el uso de la inteligencia artificial en el proceso penal

Flavia Carbonell

Agradezco la invitación para participar en este panel y hago extensivos mis agradecimientos a los Ministros y Ministras de la Excelentísima Corte Suprema y a la Dirección de Estudios. Es un honor para mí compartir esta mesa con los profesores Jordi Nieva Fenoll, Eduard Fosch-Villaronga y la profesora María López Beloso, quienes, por cierto, tienen una gran trayectoria de investigación en el tema de este panel de la que yo carezco.

En esta presentación, abordaré de manera muy general algunas cuestiones referidas al uso de inteligencia artificial en el proceso penal, para luego compartir con ustedes ciertas reflexiones sobre el estado del proceso penal chileno a veinte años de la reforma y sobre cómo ese diagnóstico condiciona la aplicación de herramientas de inteligencia artificial a nuestro proceso penal. No me referiré, aunque claro que los hay, a todos los aspectos muy positivos de la reforma del año 2000, de los que ya se ha hablado en los paneles anteriores.

1. Qué es la inteligencia artificial

Siempre es saludable partir por explicitar conceptos básicos que, por considerarse obvios, o por existir la creencia de que tenemos una comprensión homogénea de los mismos, no se mencionan, omisión que puede distorsionar la recepción del discurso y permitir que de él se extraigan conclusiones no consideradas ni validadas por el orador.

La inteligencia artificial (IA) fue definida a mediados del siglo pasado por uno de sus padres (John McCarthy), como la ciencia o ingeniería de hacer máquinas inteligentes. En otras palabras, la inteligencia artificial consiste en la habilidad de una máquina para percibir y responder frente al entorno de manera independiente, sin intervención humana y realizar tareas que típicamente requerirían la inteligencia humana y procesos de toma de decisiones. Por ejemplo, máquinas que aprenden de la experiencia para evitar cometer errores en el futuro, o para realizar predicciones; máquinas que reconocen patrones o diferencias entre objetos y/o sujetos; programas computacionales que identifican características o información relevante, la modelan y replican esquemas argumentativos. A eso responde la etiqueta “máquinas inteligentes”.

Estas máquinas inteligentes hacen uso de algoritmos. En palabras muy simples, un algoritmo es una secuencia finita de reglas formales (que combinan operaciones lógicas y determinadas instrucciones) que hacen posible obtener un resultado, por ejemplo, adoptar una decisión, a partir de un input de información inicial. Algunas de las características de los algoritmos que se usan en procesamiento automatizado de datos y adopción de decisiones semi-automatiza-

das son la automatización, el análisis de datos y la adaptabilidad. Esta definición amplia permite rápidamente darnos cuenta de que estamos, desde hace mucho y de forma exponencial, inmersos o rodeados de máquinas inteligentes (a las que no atribuimos estas etiquetas porque hemos normalizado su uso) en distintos ámbitos de nuestra vida privada y pública, incluido el Derecho.

2. Inteligencia artificial y Derecho

La relación entre IA y Derecho tampoco es nueva. Desde hace décadas que operan mecanismos de inteligencia artificial en la creación, aplicación y conocimiento del Derecho, al igual que intervienen en el diseño e implementación de políticas públicas. Lo que nosotros llamamos bases de datos de sentencias, por ejemplo, que son alimentadas por información y que están programadas para procesar información y arrojar cruces de variables en ciertas búsquedas, son herramientas que responden a esta etiqueta de máquinas inteligentes. Desde hace décadas también -yo diría, casi desde sus orígenes-, se discuten las ventajas y desventajas de esta multiplicidad de herramientas.

Sólo como botón de muestra, la primera conferencia internacional en AI and Law fue en 1987 (International Conference on Artificial Intelligence and Law, ICAIL); seguida por la Conferencia Anual JURIX (1988), organizada por la Foundation for Legal Knowledge Based Systems (organisation of researchers in the field of Law and Computer Science in the Netherlands and Flanders). El primer volumen de la prestigiosa revista Artificial Intelligence and Law (Springer) es de 1992, y así muchas otras iniciativas datan de aquella época (o en formas de tecnologías digitales aplicables al derecho que no son estrictamente IA). CACTUS; ExpertCop; DAEDALUS; ADVOKATE; Hearsay Rule Advisor (HRA); FLEX-ICON; SOLOMON; FADE (Fraud and abuse detection engine); EvoFIT (psicología experimental); Dead bodies project; HITS, Homicide Investigation Tracking System, etc., son muchos sistemas que se fundan en tecnologías digitales y que luego son aplicados al ámbito del derecho. Existe una cantidad increíble de este tipo de herramientas.

3. Inteligencia artificial y proceso judicial

En el ámbito del proceso judicial, en tanto marco para la aplicación del derecho por parte de los jueces -que con una bonita expresión Hart llamaba 'órganos primarios'-, el uso de la inteligencia artificial tiene diversas finalidades. En términos muy gruesos, las principales son, por una parte, evitar los errores a los que se les llama "errores humanos", y evitar la arbitrariedad y/o subjetividad judicial, asegurando la igualdad en la aplicación del derecho y velando por la seguridad jurídica.

Por otra parte, estas mismas herramientas tienen por objeto no sólo evitar errores, sino que facilitar la labor judicial apoyando la búsqueda de datos, textos y el procesamiento

de grandes cantidades de información. Otros objetivos que suelen mencionarse, por ejemplo, por el propio profesor Nieva en este libro que fue mencionado recientemente sobre inteligencia artificial -y que yo tuve la oportunidad de discutir con él en el Instituto de Estudios Judiciales hace algo más de un año-, son la eficiencia (y la consiguiente menor burocracia en el ejercicio de la jurisdicción) y el ahorro de tiempo y dinero, lo que siempre es importante desde el punto de vista de las políticas públicas en esta materia.

Además de softwares de procesamiento de grandes volúmenes de información, ha habido una muy nutrida literatura sobre inteligencia artificial aplicada al razonamiento judicial (como caso paradigmático del razonamiento jurídico), al menos desde la década de los años 80 del siglo pasado (e.g. Douglas Walton; Henry Prakken, Bench-Capon, Bart Verheij). Prakken describe muy bien la relación entre IA y Derecho cuando indica que gran parte de las investigaciones en esta arena emplean una aproximación de esquemas argumentales inspirada en el libro de 1958 de Stephen Toulmin *The Uses of Argument*. Específicamente, a partir de la constatación de la insuficiencia o limitaciones de la lógica formal para dar cuenta de la argumentación, Toulmin insistió en el distinto rol que juegan las premisas de un argumento, incorporó la idea de derrotabilidad argumentativa a través de la consideración del rebbutal o condición de refutación y destacó que los estándares de evaluación de los argumentos dependen del contexto o campo específico de argumentación.

Algunos programas de IA, entonces, han intentado hacer dos tareas. Algunos formalizan el razonamiento probatorio a través de esquemas argumentales, muchos de los cuales emplean una noción que en el proceso penal aparece bajo el nombre de máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados, pero que, en resumen -y desde el punto de vista teórico- son generalizaciones empíricas. Otros, en cambio, proponen esquemas para resolver problemas de validez, interpretación y aplicabilidad de normas jurídicas. HYPO, por ejemplo, es un sistema que permite recuperar, a partir del análisis del precedente judicial en materia de secretos comerciales en Estados Unidos, argumentos en favor y en contra de la hipótesis de una de las partes del proceso.

Con esto sólo quiero decir que éste es un campo muy explorado. Ahora, sin embargo, no todos los autores que trabajan en él son entusiastas proclamadores de que esto deba ser aplicado al derecho, sino que más bien son conscientes -diría yo- de que hay que construir una buena inteligencia artificial para el derecho.

En un artículo de este año que contiene una ponencia principal de la ICAIL, Bart Verheij insiste en que ellos han trabajado para construir una buena IA para el derecho, responsable, explicable, comprensible y consciente socialmente (que contribuya a una buena calidad de vida en una sociedad justa). Todos estos objetivos son bastante ambiciosos.

En ese mismo trabajo, y para contextualizar, Verheij revisa las áreas fundacionales de IA: a) agentes autónomos y robótica; b) visión artificial; c) toma de decisiones; d) recuperación de información; e) representación de conocimiento y razonamiento; f) aprendizaje de máquinas; y g) procesamiento del lenguaje natural, indicando que el proyecto IA y Derecho es muy complejo. Y afirma que la mayoría de la tecnología jurídica exitosa no es IA porque esta es particularmente difícil aplicar al ámbito jurídico. No digo nada nuevo cuando digo que problemas de textura abierta, casos jurídicos que puedan tener más de una solución y no una única respuesta correcta, el problema de la justificación de la decisión judicial o respuestas a soluciones a un mismo problema jurídico que pudiesen variar en el tiempo, son particularidades que dificultan una aplicación directa o sin complejidades a la aplicación de IA el derecho.

Otro ámbito que también está involucrado en esta idea de textura abierta es la discrecionalidad judicial. Si se puede o no –algunos autores han dicho que no– automatizar esta discrecionalidad judicial, o si cuando lo hacemos aquella desaparece. Son algunas cuestiones que me gustaría ir poniendo sobre la mesa.

4. Inteligencia Artificial y proceso penal

Los desarrollos actuales de herramientas de IA para ser usados en el sistema de justicia penal son muchos y con muy diversos objetivos (para la investigación policial, fiscales, jueces, peritos, etc.). Así, por ejemplo, y en primer lugar, existen algoritmos de análisis de imágenes y videos para obtención de información relevante para la investigación penal sobre objetos y sujetos a partir de extensos volúmenes de información, como aquellos softwares de reconocimiento facial. Algunos algoritmos están explorando la noción la “comprensión de la escena” estableciendo relaciones entre objetos en una serie de imágenes para proporcionar contexto. En segundo lugar, la tecnología de análisis de ADN sigue avanzando y sensibilizándose para permitir procesar, por ejemplo, ADN degradado o en muy baja cantidad, complejidad que también puede acarrear problemas en el uso de la información. En tercer lugar, algoritmos para detección de disparos (número, duración, calibre, etc.) a través del análisis del sonido a partir de las características del aparato que realizó la grabación. En cuarto lugar, uso de drones o gps para vigilar determinadas zonas o grupos.

Un siguiente uso es la predicción de delitos, o la predicción del potencial de reincidencia criminal o víctimas de explotación financiera, detección e investigación de delitos⁸. En estos dos últimos casos, al menos cierta incomodidad moral aflora de inmediato. Un ejemplo de estos

8 DE MIGUEL, I. y PÉREZ, M., Inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales, en Revista de Derecho UNED, N° 25, 2019.

últimos usos se consigna es la sentencia *State v. Loomis*, del Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin que usó COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) para predecir el comportamiento o peligrosidad del sujeto (que podría asociarse con la denominada “prueba de carácter”) y tomar la decisión sobre la privación de libertad. Además de que el denominado algoritmo es privado y opaco, resulta evidente que la determinación de una propensión a delinquir no es inocua, menos aun cuando existe una fuerte asociación entre pobreza y condenas privativas de libertad.

En algunos de estos desarrollos (análisis de imágenes, ADN, disparos, drones) trabaja el National Institute of Justice, que es la agencia de investigación, desarrollo y evaluación del Departamento de Justicia de Estados Unidos. Se trata, pues, de una política pública diseñada en este sentido que, hasta donde pude informarme, no alcanza aún al razonamiento judicial.

5. Desafíos frente a los desarrollos de Inteligencia Artificial (IA y Derecho)

Diversos autores han advertido de peligros, desafíos y cautelas frente al uso de la IA en el Derecho (el ejemplo del uso de COMPAS en *State versus Loomi* es sólo uno de ellos).

Como señalé antes, y como se indica en un estudio del Consejo de Europa sobre algoritmos y derechos humanos de 2018, las razones que explican el reemplazo de seres humanos por sistemas computacionales automatizados generalmente se asocian a procesamiento de datos a gran escala, velocidad, volumen y escala de tomas de decisiones y en muchos casos a la expectativa de disminuir las tasas de error en comparación a las que cometen los seres humanos.

Sin embargo, hay problemas éticos que deben visibilizarse. Así, en diciembre de 2018, la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa adoptó la primera Carta Ética Europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales, fijando 5 principios rectores:

1. Principio del respeto de los derechos fundamentales: asegurar que el diseño y la aplicación de las herramientas y los servicios basados en inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales⁹.

2. Principio de no discriminación: evitar concretamente el desarrollo o la intensificación de cualquier tipo de discriminación entre individuos o grupos de individuos.

⁹ Esto ya estaba en the 2016 EU General Data Protection Regulation (GDPR) que reconoce los problemas que puede tener el procesamiento de datos para los derechos fundamentales y libertad de las personas, previendo potenciales usos abusivos de la IA.

3. Principio de calidad y seguridad: con respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilizar fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos de manera multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro.

4. Principio de transparencia, imparcialidad y equidad: hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, permitiendo auditorías externas.

5. Principio “bajo el control del usuario”: impedir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y tengan el control.

En la misma carta, se señala que el uso de la IA en el ámbito judicial es muy popular en EE.UU. que ha invertido en estas herramientas tanto en materia penal como en materia civil. Entre los Estados miembros del Consejo de Europa, en cambio, la tarea es mucho más compleja ya que la mayoría de los algoritmos de IA son de iniciativa privada y no se encuentran integrados a las políticas públicas. Sin embargo, hay interesantes iniciativas que están siendo financiadas por la UE, como por ejemplo, el proyecto MIREL (Mining and Reasoning with Legal texts) para crear una red internacional e intersectorial para definir un marco formal y desarrollar herramientas para búsqueda, extracción y razonamiento con textos jurídicos.

El problema, dicho muy gráficamente, es que los algoritmos de IA no sean una “caja negra”¹⁰, sino que deben ser responsables (accountable), accesibles, seguros, transparentes, comprensibles y autoexplicativos, además de respetar los derechos humanos y evitar cualquier tipo de discriminación en su uso.

Un sector de la literatura, además, se encarga de denunciar otros problemas de los algoritmos: el mito de la imparcialidad, los sesgos del algoritmo, los sesgos de los datos (pocos datos o defectuosos) y dificultades en las predicciones y en la interpretación de datos (aún existen desafíos morfológicos y semánticos para que las máquinas inteligentes comprendan el lenguaje humano). Los algoritmos codifican elecciones humanas sobre cómo deben adoptarse otras decisiones, por lo que contienen juicios de valor (pueden, por tanto, aumentar sesgos o prejuicios, o incorporar estereotipos descriptivos y normativos).

Quién hace el algoritmo, o quien tiene el poder y control sobre el algoritmo, quién crea el algoritmo, cómo se seleccionan y se justifica la selección de las variables e información a incluir en el algoritmo; es decir, con arreglo a qué criterios se programa el algoritmo. Un problema que

10 YU, R. y SPINA, G., “What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers”, Legal Information Management, Volume 19, Issue 1, 2019, pp. 2-13.

me parece muy relevante dentro del proceso judicial es la fijación de estándares de aquello que se considera una buena sentencia, o una sentencia correcta o libre de errores. No me puedo detener en esto ahora, pero es un tema que me ha interesado desde hace mucho.

6. Debilidades en el funcionamiento del proceso penal chileno

Sólo quisiera agregar brevemente algunas notas sobre el funcionamiento del proceso penal chileno y por qué creo yo que todavía estamos un paso atrás para pensar en aplicar estas cuestiones en el proceso penal chileno. Todas las cosas buenas ya fueron dichas, pero hay muchos problemas de funcionamiento del sistema de justicia penal. Sin pretensión de ser exhaustiva ni tampoco excesivamente crítica, querría referirme a algunos problemas en el funcionamiento del sistema de justicia penal chileno (noción que uso de manera deliberadamente como más amplia que la de proceso penal).

Algunos estudios empíricos de los últimos 5 años (la mayoría, debo destacar, de la autoría del profesor Mauricio Duce) se concentran en identificar errores en el funcionamiento del sistema que condicionan la producción de condenas judiciales erróneas desde el punto de vista material, es decir, que llevan a condenar inocentes. No creo necesario recordar que gran parte de la fisonomía del proceso penal responde a cómo lidiar con el dilema del castigo del inocente (o con la manera de regular la tensión entre eficacia en la persecución penal pública y garantías de los ciudadanos frente a aquella persecución). Parte de estos debates se cristalizan en las reglas procesales que fijan un escenario de alta exigencia probatoria y de distribución inequitativa del riesgo error (evitación de falsos positivos, es decir, de condena de inocente material, aún a riesgo de aumentar los falsos negativos, esto es, absolución de culpables materiales). Ello se suele explicar por la naturaleza del bien jurídico afectado por la imposición de una consecuencia jurídico-penal y por el carácter retributivo de la imposición de la pena en el proceso penal.

Pues bien, en estos estudios el profesor Duce¹¹ indica que la literatura ha identificado seis factores que incidirían en la producción de errores: (1) problemas con la identificación ocular de imputados, que es mucho menos confiable de lo que se cree; (2) uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad que lleva a formarse convicción errada de la culpabilidad de un inocente; (3) uso de confesiones falsas obtenidas por medio de malos procedimientos policiales; (4) uso de testigos mentirosos o poco confiables que el sistema no es capaz de detectar; (5) mal trabajo de las agencias de persecución penal que lleva a enfocarse en un sospechoso y descartar evidencia que incriminaría a otros, o que mostraría la inocencia del imputado; y (6)

11 DUCE, M., La Reforma Procesal Penal en Chile: Logros y Desafíos Período 2000 – 2007, en Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. No. 3, Quito, Enero 2008, pp. 67-84.

inadecuada defensa o representación legal de los imputados que, por desconocimiento de la ley o incumplimiento de deberes profesionales básicos, impide defenderse ante los tribunales en forma seria. Si bien se trata de factores que pueden ser analizados separadamente, es bastante común que varios de ellos concurren al mismo tiempo.

El estudio sobre reconocimientos oculares, sobre prueba pericial y sobre acción de revisión ponen a disposición de la academia jurídica y de sus operadores mucha información al respecto. Paradójicamente, se trata de información que se ha tenido que levantar con pala y picota, si se me permite la imagen, con mucho esfuerzo. Además del balance del CEJA y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en un informe sobre los desafíos de la reforma procesal penal en Chile del 2017 y otros estudios de Paz Ciudadana que proponen recomendaciones generales, pareciese que hay que resolver problemas de disponibilidad de información para investigadores y actores del sistema.

Dentro de las cuestiones más urgentes que resolver, a juicio de los expertos, están el registro adecuado y acceso a la información, la coordinación interinstitucional, y como indica Duce, capacitaciones a los actores del sistema (policías especialmente) y el fortalecimiento de los sistemas de monitoreo y control en los juicios (incluido el peritaje).

Desde el punto de vista de la fundamentación, se puede decir otro tanto. La IA no sustituirá la motivación que debe realizar el juez. Hay defectos generalizados en la manera en que se justifican las sentencias penales, en los criterios o estándares de corrección de las decisiones interpretativas sobre las disposiciones jurídicas aplicable a un caso, en la manera de realizar la calificación jurídica o proceso por el cual se atribuye al caso individual el ser una instancia del caso general regulado por la norma; en los criterios epistémicos y axiológicos aplicables a la valoración de la prueba y de decisión probatoria. Aún no nos ponemos de acuerdo en este tipo de cuestiones que resultan básicas para un buen funcionamiento del sistema de justicia.

Sin perjuicio de ello, espero que podamos colectivamente idear formas que puedan servir para mejorar estos defectos del proceso penal a través de la inteligencia artificial.

Inteligencia artificial: aspectos positivos y negativos de su incorporación en la justicia penal

Jordi Nieva

Querría agradecer mi invitación a la Corte Suprema de Chile para hablar sobre la inteligencia artificial aplicada al proceso penal. Después de la intervención que ha hecho Flavia Carbonell, queda poco más que yo pudiera decirles. Con todo, sí que me gustaría, en este tiempo del que dispongo, hacer una serie de reflexiones sobre lo que ha dado de sí la inteligencia artificial en nuestros procesos penales y lo que puede aportar a los mismos en un futuro.

No hay que tratar a este tema con un temor reverencial injustificado. La inteligencia artificial no es brujería, ni va a sustituir a los jueces, ni va a convertir a los jueces en máquinas. Eso a lo mejor se lo han planteado en China, que no es un país democrático, puesto que efectivamente en una dictadura resulta muy cómodo poner a una máquina en el lugar de un juez para hacer “justicia”, porque siempre es más fácil que obedezca una máquina que un ser humano, dado que por esclavizado que esté, siempre va a tener opinión propia y se puede escapar de lo que es la línea oficial.

En consecuencia, la inteligencia artificial, a pesar de su nombre, no es nada extraterrestre ni muchísimo menos. Es simplemente una evolución de una de las herramientas de la informática, que son las bases de datos. Cuando se introdujo la informática en los procesos también hubo grandes desconfianzas. ¿Qué va a ocurrir a partir de aquí? ¿Cómo van a ser nuestros juicios? ¿Qué es lo que va a acabar ocurriendo? Al final, la informática se ha integrado correctamente donde se ha podido -por fortuna en la mayoría de lugares - y no ha habido mayor problema. Los procedimientos se sustancian de mejor manera y la justicia funciona mejor que cuando la gente escribía con lápiz y papel, como es lógico.

La inteligencia artificial es una herramienta poderosísima, pero es sólo una base de datos. No hay que perder de vista esto. Es simplemente una base de datos. Más potente, con más posibilidades, pero al final sólo es eso. Es un instrumento que almacena datos y que puede combinarlos entre sí a través de sus algoritmos. De ese modo, puede dar alternativas de decisión a la persona, al ser humano, que controla esa máquina o que se asiste de esa máquina para poder desempeñar su labor. Explicado muy brevemente, en eso consiste la inteligencia artificial. Por tanto, se trata de máquina que ayuda al juez y le asiste en su trabajo, haciendo la gestión de datos del proceso más automática. Todo ello posee aspectos positivos y aspectos negativos.

¿Cuáles son los positivos? En primer lugar, se pueden suprimir los prejuicios de los jue-

ces sobre razas, tendencias políticas, formas de expresarse, ideologías, formas de vestir, etc. Se trata de prejuicios que pueden condicionar al juez, por ejemplo, en la valoración de una prueba testifical. Con la inteligencia artificial se evitaría la incidencia del prejuicio ya que la máquina advertiría al juez que va a tener a una persona de estas características, que no puede discriminarla y no puede actuar con ella de forma distinta a como actuó con una persona, por ejemplo, de su raza. Todo ello supone una mejora de la imparcialidad, naturalmente, y de la independencia, por supuesto. No voy a explicar ahora lo que suponen ambas, pero piensen ustedes que en términos de inteligencia artificial, ambas pueden llegar a ser exactamente lo mismo, porque con la imparcialidad lo que deseamos es que el juez quede libre de sus emociones de afecto y odio hacia cosas o personas, y con la independencia lo que evitamos es que alguien influya a un juez; pero para influir a alguien, hace falta que ese alguien experimente también unas emociones positivas o negativas. Es decir, estamos hablando exactamente de lo mismo en realidad.

Cuando la inteligencia artificial advierte al juez de una de esas situaciones en las que puede verse influido negativamente, el juzgador se pondría en guardia, haciendo que sus decisiones estuvieran libres de toda sombra de discriminación. Además, la inteligencia artificial puede prevenir errores muy frecuentes en la averiguación de los hechos y en la aplicación del derecho. En la averiguación de los hechos, ¿qué errores puede advertir la máquina al juez? Puede advertir, por ejemplo, de todos aquellos factores que hacen menos creíble a un testigo, como las condiciones de observación. Evidentemente, una persona no ve igual si está cerca o si está lejos, o si hay más luz o menos, o estaba bajo estrés o no estaba bajo estrés. Es decir, lo que puede hacer la inteligencia artificial es aportar una serie de datos concretos sobre la situación de hecho que se está juzgando, para de nuevo advertir al juez de que no se equivoque y no falle ignorando esos datos. Que no diga que la persona vio perfectamente con sus ojos al asesino, cuando estaba a doscientos metros y es evidente que no le pudo ver, por ejemplo. O bien, errores frecuentes en la aplicación del derecho. Todos los juristas, también los jueces, erramos en la elección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, porque en aquel momento no recordamos todo el ordenamiento aplicable o porque hay una sentencia de última generación que no conocen, o bien alguna sentencia antigua que no recuerdan, y eso puede llevar a errores. La inteligencia artificial, igual que hace Google a través de una de esas búsquedas, nos recordaría el dato que no somos capaces de recordar espontáneamente.

La inteligencia artificial también puede eliminar todo tipo de sesgos. Los que hayan leído la obra de Kahneman –pensar rápido, pensar despacio–, o mis propias obras construidas sobre las ideas de Tversky y Kahneman, conocen perfectamente lo que es un sesgo. Se trata de los errores derivados de las generalizaciones que realizamos a la hora de pensar, a la hora de juzgar, a la hora de decidir cualquier cosa. Errores que nos llevan, por ejemplo, a tener más miedo cuando subimos a un avión que cuando montamos en un automóvil, pese a que estadísticamente es mucho más peligroso lo segundo. Hay otros errores en los que ahora no puedo dete-

nerme que cometemos los seres humanos de forma constante, y que naturalmente pueden ser eliminados por la inteligencia artificial, advirtiendo de dichos errores antes de cometerlos. La inteligencia artificial incidirá en ese aspecto en los procesos judiciales tarde o temprano, dado que es barata y es rápida, ahorra radical y exponencialmente muchísimos recursos personales y materiales una vez que se ha logrado configurar correctamente el algoritmo. Algunos ciudadanos ya no se podrán aprovechar de la lentitud de los procedimientos judiciales y, por tanto, ya no podrán jugar con el sistema. En el proceso penal, no obstante, el uso de la inteligencia artificial será más complejo porque los casos suelen no ser sencillos. Es obligatorio averiguar los hechos y aplicar el derecho, y esa labor puede no ser tan automática como a veces acaece en el proceso civil.

En relación a los aspectos negativos, el principal peligro es que algún legislador o algún juez piense que la inteligencia artificial es *Minority Report*, y a partir de ahí empiecen a establecer perfiles de personas que no les gusten, confundiendo con criminales, pero no porque hayan delinquido, sino porque son personas que no les gustan. En consecuencia, al igual que la máquina puede advertir de errores, también puede inducirlos, describiendo perfiles de personas en función de su educación, de su lugar de residencia, de su apariencia física, de sus antecedentes, etc., de manera que tengamos identificado el perfil de "ciudadano sospechoso". De ese modo, no es que se acabe acusando a una persona de las características temidas, sino que se adoptarán medidas contra él únicamente por pertenecer a ese perfil. En el peor de los casos, puede acaecer incluso una condena prescindiendo de la valoración de la prueba. ¿Por qué? Porque todos sabemos que la valoración de la prueba no es fácil y muchas veces -demasiada por desgracia, y esto es contrario a la presunción de inocencia-, se acaba valorando la prueba estando influidos por ese perfil negativo del sospechoso.

Ya ha ocurrido. En Estados Unidos lo está haciendo COMPAS, en el Reino Unido HART, y especialmente en el caso de Estados Unidos la herramienta ha marcado de manera muy conservadora un perfil de ciudadano que se quiere apartar de la sociedad, identificando 137 ítems entre los cuales habría algunos que cualquier psicólogo de la personalidad avalaría como datos que dan a entender que esa persona puede tener algún margen de sospecha, pero hay otros que no. Hay otros que son simplemente ideológicos o económicos. Esto es lo que no hay que hacer, y mucho menos recurrir a la neurociencia para establecer estos perfiles. ¿Por qué? Porque la neurociencia -lo digo como estudioso de la misma- de momento no ha servido para casi nada en el ámbito de proceso penal, más allá de identificar alguna persona que tenga alguna lesión cerebral que pueda ser compatible con una alteración de su comportamiento, pero se trata de situaciones muy acotadas, muy concretas. No marcan un perfil general, por ejemplo, de que toda persona que tiene una lesión en esa misma parte del cerebro presentará el mismo comportamiento. No es así.

Por tanto, claro, imagínense ustedes coordinar unos determinados perfiles cerebrales –suponiendo que existan– con la evaluación de un perfil de sospechoso y además ponerlo en una herramienta de inteligencia artificial. La tormenta perfecta. Habríamos acabado totalmente con la presunción de inocencia.

Oportunidades y riesgos de la inteligencia artificial en el proceso penal

Eduard Fosch-Villaronga y María López Beloso

El objeto de nuestra intervención versa sobre las oportunidades y riesgos que la inteligencia artificial presenta en el campo del derecho penal.

Nuestra intervención está estructurada en cuatro puntos principales. En primer lugar, analizaremos la evolución de la aplicación de las nuevas tecnologías al servicio del derecho hasta llegar al uso de la inteligencia artificial. En segundo lugar, empleando distintos ejemplos reales desde una perspectiva eminentemente práctica, reflexionaremos sobre las oportunidades y riesgos del empleo de herramientas de inteligencia artificial en el campo del derecho y concretamente en el campo del Derecho Penal. Y tras analizar estos ejemplos y los retos que plantean, pasaremos a presentar nuestras propuestas para superarlos, así como aquellas herramientas que pudieren aumentar la interoperabilidad de la inteligencia artificial al servicio del Derecho Penal.

Si bien es cierto, como decía el juez Weeramantry que el derecho se incorporó más tarde que otras disciplinas, la inteligencia artificial ha llegado también al entorno del derecho, y nos parece oportuno realizar una breve retrospectiva histórica para entender las características distintivas de esta tecnología, y cómo la evolución de los progresos tecnológicos se ha plasmado en la evolución de los sistemas jurídicos¹².

Para realizar esta retrospectiva histórica, partimos de la clasificación de etapas de la evolución de la justicia que se basa en la conocida categorización de las etapas de las revoluciones industriales y en la cronología establecida por los profesores Juan Corvalán y Gustavo Sá Zeichen en su capítulo "Justicia 4.0 'El uso de la inteligencia artificial para acercar la justicia a los ciudadanos'". Según estos autores, la denominada justicia 1.0 se corresponde con la etapa clásica decimonónica todavía vigente en muchos contextos, basada en el uso del papel con expedientes y archivos físicos, presencial y de trámites rígidos. La denominada justicia 2.0 incorpora a la justicia tradicional la electrónica, tanto para un mejor funcionamiento de los juzgados como para facilitar el día a día de los agentes. El teléfono, el fax, la máquina de escribir, etc. Sin embargo, el salto cualitativo más significativo se produce con la aparición de la denominada justicia 3.0, donde el diferencial lo hace la revolución digital mediante el paso de la aparatología mecánica y analógica a la tecnología digital. Aquí se abren paso las tecnologías de la información y las comunicaciones con la llegada de los ordenadores e internet. Durante esta etapa, los medios de prueba, que en un principio se limitaban a elementos tales como la documentación

¹² WEERAMANTRY, C.G, *The Slumbering Sentinels: Law and human rights in the wake of technology*, Penguin Books, 1983.

en papel o los interrogatorios se han visto ampliados por innovaciones tecnológicas, apareciendo nuevos tipos de pruebas como cifras, grabaciones, estadísticas, etc.

La justicia 4.0 se sustenta sobre la justicia denominada 3.0, pero evoluciona de modo exponencial al tener a su disposición tecnologías disruptivas de la denominada cuarta revolución industrial, basadas sobre los avances tecnológicos de enorme impacto, incluyendo la robótica, la nanotecnología, la computación cuántica e internet de las cosas, entre otras, incluyendo también el blockchain, y lo que a nosotros nos interesa especialmente, la inteligente artificial.

Estos cuatro modelos de justicia conviven en la actualidad con una tendencia creciente a la aplicación de los provechos tecnológicos a la modernización del derecho. Así, por ejemplo, la Comisión Europea puso en funcionamiento en enero del año 2016 una plataforma electrónica para la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. Esta plataforma no es un sistema automatizado, sino una vía de comunicación privilegiada entre la empresa y el consumidor. Como vemos, el objetivo principal de la plataforma es simplificar la complejidad del ordenamiento jurídico en relación con problemas de consumo, con una serie de preguntas en relación con el país de residencia del consumidor, la ubicación de la empresa con quien tiene el conflicto, el modo de la adquisición del producto, y los pasos que ya ha tomado para la resolución del conflicto, y qué tipo de conflicto ha tenido. De este modo, la Unión Europea –como tantas otras instituciones– prueba a cerrar la brecha de conocimiento entre los juristas y los ciudadanos de a pie.

El crecimiento, y hasta cierto punto, la moda de los sistemas de resolución alternativa de conflictos está dejando paso a verdaderos sistemas *online dispute resolution*, en los que al menos en una primera fase del conflicto que origina la mediación, no existe la intervención humana.

Sin embargo, estas herramientas y aplicaciones no son propiamente aplicaciones de inteligencia artificial¹³. Entendemos como inteligencia artificial legal “el conjunto de todos aquellos sistemas expertos, tales como el procesamiento del lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático, aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones” (AI for Legal Affairs, 2017). Para comprender esta definición también hemos considerado relevante definir qué es un sistema experto

13 La Unión Europea define la inteligencia artificial como “sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar acciones, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos,” vid. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

jurídico-legal, dado que este concepto también está estrechamente relacionado con nuestra investigación.

De acuerdo con la Real Academia Española, un sistema experto es “un programa con capacidades para dar respuestas semejanzas a las que daría un experto en la materia”. Por tanto, un sistema experto jurídico vendría a ser un programa capaz de responder como lo haría un jurista. Francisco Lancho Pedrera en “Los sistemas expertos en el Derecho”, define el concepto diciendo que son programas jurídicos que ante una situación jurídica van a dar una respuesta y una solución al problema de acuerdo con la ley. Y ahondando un poco más en la cuestión, encontramos las cuatro características que tiene un sistema experto según Daniele Bourcier. En primer lugar, es un “sistema de asistencia a la decisión [...]”; en segundo lugar, se rige por reglas jurídicas; [...] tercero, trata cuestiones de derecho [...] y finalmente, proporciona un resultado válido y justificable jurídicamente”¹⁴.

Estas herramientas pueden proporcionar oportunidades también para el Derecho Penal. Sin embargo, también puede poner en riesgo algunos derechos fundamentales y elementos procesales claves. Para ello vamos a analizar algunos ejemplos concretos.

El Instituto Interregional de las Investigaciones sobre Justicia y Crimen de las Naciones Unidas, enumeraba en el año 2019 algunas de las principales funciones que la inteligencia artificial puede desempeñar en el servicio del derecho, como investigar, analizar y responder de forma autónoma a las solicitudes de asistencia judicial recíproca internacional, las herramientas de autopsia virtual avanzadas para ayudar a determinar la causa de la muerte, sistemas autónomos de patrulla robótica o pronosticar dónde y qué tipo de delitos es probable que ocurran (vigilancia policial predictiva y análisis de puntos críticos de delitos) para optimizar los recursos de aplicación de la ley. Vamos a empezar nuestro análisis con un ejemplo paradigmático como lo es el pronóstico de la comisión del delito.

La aplicación de la ley computarizada suena como algo salido de la ciencia ficción, distópica, pero los agentes de la aplicación de la ley ya están usando algoritmos para combatir el crimen; que estos algoritmos están diseñados para responder dónde y cuándo es probable que ocurran los delitos. Se llama vigilancia predictiva¹⁵. Una base de datos controlada por una computadora con reglas que toman decisiones por nosotros todos los días. A menudo agravar y prevenir el crimen se reduce a identificar patrones que pueden ser difíciles para los humanos al

14 BOURCIER, D., *Inteligencia artificial y derecho*, 1ª ed., UOC, Barcelona, 2003, p. 70.

15 FERGUSON, A., *Policing Predictive Policing*, 94 WASH. U. L. REV. 1109, 2017. Disponible en: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol94/iss5/5

examinar miles de informes de casos, pero es mucho más simple para una computadora en la vigilancia preventiva centrada en datos. Las técnicas analíticas impulsadas por los algoritmos pueden ayudar a los oficiales a identificar dónde y cuándo es más probable que ocurra un delito. PredPol¹⁶ es una de las empresas más grandes del sector, utilizaron tres puntos de datos: tipo de delito, ubicación, hora y fecha, para crear predicciones de delitos personalizadas. Todo se basa en la observación de que ciertos tipos de delitos tienden a agruparse en el tiempo y el lugar. Entonces, primero, el sistema procesó años de datos sobre delitos en una ubicación para obtener una visión histórica sobre los patrones delictivos, y lo hace a través de un algoritmo llamado Modelo de Secuencia de Réplica de Tipos y luego, al menos una vez al día, PredPol extrae los tres puntos de datos de una fuente de registros de los departamentos de policía. A medida que ocurren nuevos delitos y se asignan en función de los patrones existentes, el motor de predicción de datos intenta averiguar cuándo y dónde es probable que ocurran delitos similares.

Pero la aplicación de la ley algorítmica no se trata sólo de vigilar, sino también se ha utilizado en las decisiones de libertad condicional para evaluar el riesgo de la reincidencia de los reclusos. Según las Juntas de roles de The Wall Street Journal, en al menos 15 Estados se han utilizado este tipo de herramientas donde los policías están siendo reemplazados por computadoras; pero hoy día, parte del largo brazo de la ley, es el algoritmo¹⁷.

El segundo grupo de ejemplos lo conforman las herramientas de detección de comportamientos delictivos, especialmente aquellos destinados a proteger a los colectivos especialmente vulnerables, como los menores de edad. Negobot y Sweetie son un ejemplo paradigmático de este tipo de herramientas. Un grupo de investigadores de la Universidad de Deusto crearon en 2013 Negobot¹⁸, un sistema que hace uso de la teoría de juegos para crear conversaciones más realistas que permiten detectar a posibles pedófilos en los chats de internet¹⁹. Se trataba de un sistema que, haciendo uso de la teoría de juegos, creaba conversaciones realistas que permitían detectar posibles pedófilos en los chats. Adaptaba el comportamiento de un niño o una niña que ejercía de gancho para los depredadores en internet, haciendo uso de siete boxes de chat con distintos comportamientos que permitían actuar de forma distinta según el estado

16 <https://www.predpol.com/>

17 <https://www.youtube.com/watch?v=YxvyeaL7NEM&t=4s>

18 <https://ingenieria.deusto.es/cs/Satellite/ingenieria/es/deustotech/id-empresas/casos-de-exito-0/negobot/generico>

19 LAORDEN, C., et al. "Negobot: A conversational agent based on game theory for the detection of paedophile behaviour." International Joint Conference CISIS'12-ICEUTE 12-SOCO 12 Special

de la conversación. Del mismo modo, Sweetie²⁰, una herramienta similar desarrollada por Tierra de Hombres en Holanda y con la colaboración de la Universidad de Leiden el mismo año, consistía en una menor virtual creada a través de técnicas de animación avanzadas que captaban los movimientos y la voz de una persona real para llegar a los miles de delincuentes sexuales que navegan cada día por la web²¹.

Los datos fueron impresionantes, Sweetie atrajo a la red, a través de sus chats públicos, a más de 20.000 adultos dispuestos a que la niña realizara actos sexuales ante su webcam a cambio de dinero. De esta cifra, 1.000 pedófilos han podido ser identificados gracias a las huellas digitales que las redes sociales dejan en la red. Los datos de este último grupo, pertenecientes a 71 países diferentes (7 concretamente de estos pedófilos pertenecían a España), fueron enviados a la Interpol para intentar que las autoridades judiciales y la justicia hicieran su trabajo, y juntos prosiguieran esta investigación de desmantelamiento del denominado turismo sexual online²².

Sin embargo, el empleo de estas herramientas que a priori parecen de una gran utilidad para combatir el delito no está exenta de riesgos y de problemas jurídicos que le restan operatividad e incluso hacen que resulten inservibles. Estas dos herramientas plantean la disyuntiva entre el denominado agente infiltrado y el agente provocador²³. El agente infiltrado se define como el policía judicial especialmente seleccionado, que bajo la identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la ley y bajo el control del juez para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros medios de la investigación o éstos sean insuficientes para el descubrimiento, permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de los hechos delictivos. Por el contrario, el agente provocador es un miembro de las fuerzas de seguridad que induce a otras personas que desconocen su identidad, a realizar un delito que de otro modo no hubiesen llevado a cabo, con la finalidad de frustrarlo, deteniendo a los participantes. La diferencia entre ambos radica en la existencia o no de la inducción a cometer un delito, es decir, si el agente es el que instiga al delincuente a cometer el delito, estaríamos ante un agente

20 Vid. <https://www.universiteitleiden.nl/en/research/research-projects/law/sweetie-2.0>.

21 STĂNILĂ, L., "Memories of the future-sweetie and the impact of the new technologies on the criminal justice system." *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 4* (2020): 557-575.

22 SCHERMER, B., BERT-JAAP KOOPS, & VAN DER HOF, S., "Substantive and procedural legislation in the Netherlands to combat webcam-related child sexual abuse." *Sweetie 2.0*. TMC Asser Press, The Hague, 2019. 425-454.

23 CARDOSO, F., "El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal", Juruá, 2016.

provocador y no un agente encubierto. La acción del agente ha interferido en el proceso de libre formación de la voluntad y ha afectado a la dignidad, ya que, sin la intervención de éste en la ejecución de la conducta delictiva, no habría sido planteada y decidida por aquel. La creación de estos robots inteligentes sería una muy buena herramienta para combatir los delitos contra menores dado que, en primer lugar, los agentes infiltrados que operan en el chat con el objetivo de localizar pedófilos tienen que soportar una fuerte carga psicológica por la exposición continuada a contenidos de pornografía infantil, por lo que han de ser sustituidos por un robot que tuviera que tratar con estos contenidos y sería una gran ventaja. Asimismo, el gasto que conlleva formar a nuevos agentes, tanto en habilidades comunicativas como psicológicas y también informáticas, sería menor en el caso de utilizar estos robots. Pese a su elevado costo de fabricación y a largo plazo, serían amortizables.

El tercero de nuestros ejemplos, y el último, es Veripol²⁴ que es una herramienta informática que se desarrolló en España para estimar la probabilidad de que una denuncia de robo sea falsa. El programa toma el texto de la denuncia como entrada y no necesita ninguna información por parte del usuario, y es completamente automático. Además, se integra perfectamente con el sistema Sidenpol²⁵, el sistema de denuncia policial. La entrada del sistema consta de un documento en formato PDF, de cada denuncia, del que se obtiene el texto descriptivo de la denuncia. El programa procesa el texto, extrayendo características útiles para su clasificación mediante técnicas de procesamiento de lenguaje natural. Esas características se basan en un modelo matemático que utiliza técnicas de inteligencia artificial y estima la probabilidad de falsedad de la denuncia. La salida del programa es la probabilidad de que la denuncia ingresada sea falsa, y los experimentos empíricos muestran que la precisión de la herramienta es más del 90%²⁶. El problema es que el Ministerio del Interior, desde que se introdujo Veripol, había dicho que se había disminuido el número de denuncias por robo y tipos específicos de hurto, y que se habían detectado menos casos de simulación de delitos. Los datos sobre delitos registrados en el Instituto Nacional de Estadísticas sólo tienen cifras actualizadas hasta 2019, pero tienden a confirmar la opinión del Ministerio del Interior de que el número de simulaciones disminuyó. Sin embargo, dado que las cifras generales de delitos se mantienen constantes a medida que disminuyen las cifras de uso de Veripol, podría ser una indicación de que es cada vez menos popular entre los agentes de policía.

24 http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/9496864

25 https://sede.policia.gob.es/portalCiudadano/cancelacion_antecedentes/derecho_acceso_sidenpol.html

26 LIBERATORE, F.; QUIJANO-SÁNCHEZ, I. & CAMACHO-COLLADOS, M. "Applications of Data Science in Policing." *European Law Enforcement Research Bulletin* 4 SCE (2019): 89-96.

Por tanto, cabe plantearse ¿cómo podemos mejorar estas herramientas para que su uso se ajuste a derecho y resulten verdaderamente útiles para los agentes jurídicos o policiales? A continuación, vamos a determinar algunas cuestiones que a nuestro juicio resultan claves.

En primer lugar, la colaboración interdisciplinaria. Para que estas herramientas cumplan con su cometido –no sólo desde el punto de vista técnico, sino también legal, y lo que es más importante, ético–, es necesario que los integrantes de las distintas disciplinas colaboren en su diseño, elaboración e implementación. Para que esta colaboración sea posible, es necesario establecer entornos de confianza donde las distintas disciplinas colaboren de forma abierta y transparente, desde sus distintas especialidades y particularidades, pero contribuyendo a un fin común.

En segundo lugar, es necesario diseñar programas de formación específicos para técnicos y juristas que proporcionen a ambos campos las competencias necesarias para la colaboración. Dichos programas pueden diseñarse en distintos niveles de complejidad, interdisciplinariedad e interseccionalidad, dependiendo de las funcionalidades que se pretenda atribuir a la herramienta, pero siempre garantizando el respeto a los derechos fundamentales y a los principios éticos básicos.

La fiabilidad de la inteligencia artificial se apoya en tres componentes que deben satisfacerse a lo largo de todo el ciclo de la vida del sistema: 1) la inteligencia artificial debe ser lícita; es decir, debe cumplir con todas las leyes y ordenamientos aplicables; 2) ha de ser ética, de modo que se garantice el respeto de los principios y valores éticos; y 3) debe ser robusta tanto desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de inteligencia artificial, incluso si las intenciones son buenas, pueden provocar daños accidentales. Para garantizar que la inteligencia artificial satisface estos requisitos, se han identificado una serie de principios éticos básicos que estas tecnologías deben satisfacer, como son: la supervisión humana, la robustez y la seguridad, la privacidad y el control de los datos, la transparencia; la diversidad, no-discriminación y la igualdad; el bienestar social y ambiental, y la responsabilidad.

Por último, en ocasiones como las aquí reseñadas encontramos que, aun cuando las herramientas se han diseñado desde procesos de colaboración interdisciplinaria y desde el respeto escrupuloso de los principios éticos por agentes formados adecuadamente para ello, si el diseño de éstas se realiza sin contar con el usuario final, pueden resultar difícilmente utilizables al día a día de los agentes legales y policiales; bien por incapacidad técnica, de recursos o de formación.

Así pues, ¿cómo abordará la sociedad contemporánea los retos que plantea la inteligencia artificial dentro del campo de la justicia, y en particular, dentro del campo del derecho penal?

B | ¿Hacia una Justicia penal negociada?: gerencialismo, acceso a la justicia e igualdad ante la ley

Negociación y justicia penal: los mecanismos de imposición de condenas sin juicio

Máximo Sozzo

En torno al tema de la negociación, en el marco de la reforma de la justicia penal, mi exposición va a estar ligada al funcionamiento de los mecanismos de imposición de condenas sin juicio, tema sobre el cual vengo trabajando desde hace un tiempo, en particular a partir de la investigación empírica en el ámbito de la Provincia de Santa Fe, un caso dentro de la Argentina.

Como todos sabemos, los procesos de reforma a la justicia penal en América Latina desde los años 1980 en adelante -atravesando la región-, han sido construidos partir de distintos programas, los que han planteado ideales diferentes de la justicia penal, como el ideal de la justicia democrática, garantista, pero también el ideal de una justicia eficiente, eficaz, lo que podríamos llamar el ideal de una justicia "managerial". Estos programas han sido encarnados por distintos actores que han impulsado los procesos de reforma en el marco de luchas, de conflictos políticos e institucionales en torno a esas tentativas de reformas, entre académicos, políticos y actores judiciales, lo que ha dado lugar a diferentes combinaciones y distintos balances entre estos programas, en relación a las realidades concretas de los procesos de reforma de la justicia penal.

Es difícil construir generalizaciones como muchas veces hacemos a partir de la simple oposición de dos grandes modelos de justicia penal, un modelo inquisitorial y un modelo adversarial, porque la traducción de estos objetivos en las propuestas concretas de cada una de las jurisdicciones ha tenido un cierto nivel de especificidad, como también lo han tenido las resistencias a los procesos de reformas y de ahí todo el debate que todos conocemos sobre los ejercicios o dinámicas de contra reformas que muchas jurisdicciones de América Latina se han dado al respecto. Esto implica que los procesos de reforma de la justicia penal han dado lugar a múltiples variaciones en los diversos contextos nacionales.

Buena parte del debate público sobre la reforma de la justicia penal, ha tenido un fuerte predominio de perspectivas normativas. Como alguien que trabaja en el campo de la criminología, que hace investigación social sobre la cuestión criminal, mi presentación hoy va a ir más bien por otro canal, que tiene que ver -justamente- con los trabajos de investigación social sobre el funcionamiento de la justicia penal. En particular, como anticipaba en el inicio, una exploración que venimos haciendo en el caso de la provincia de Santa Fe, una de las 25 jurisdicciones en la Argentina. La Argentina es un Estado Federal y la legislación procesal penal es diferente en cada una de esas jurisdicciones, por lo tanto, lo que decía antes sobre la variación de los casos nacionales a nivel de América Latina, se reproduce en la Argentina en forma muy

marcada. Voy a intentar, a partir de ahí, hacer algunas reflexiones más generales siempre muy cautelosas, porque parten de un encuentro con el momento empírico en un contexto preciso.

Desde hace varios años venimos haciendo una serie de tareas de campo en torno al funcionamiento de los mecanismos de imposición de condena sin juicio oral y público en esta jurisdicción, a partir de la reforma de la justicia penal. Hemos analizado todas las sentencias condenatorias producidas en la circunscripción de la capital provincial. Hemos trabajado observando audiencias de procedimientos abreviados durante todo el año 2018, así como hemos entrevistado prácticamente a 50 operadores de la justicia penal en torno al funcionamiento de estas dinámicas de lo que llamamos comúnmente la justicia abreviada.

El caso de Santa Fe es muy interesante porque es uno de los últimos casos de reforma de la justicia penal en Argentina. Al llegar tarde a la ola de reformas, de algún modo, se trató de construir un proceso más radical de transformación, adaptando lo que se presentaba y se defiende como una versión pura del modelo adversarial. En el marco de esa reforma, que nace en el año 2007 y que se empieza a implementar en el año 2014 en forma efectiva, se adopta fuertemente el procedimiento abreviado como mecanismo de evitamiento del juicio oral. Algo fuertemente vinculado con la promoción de la reforma de la justicia penal al discurso de la eficiencia y eficacia, o sea, a este ideal de una justicia nueva, de una justicia penal nueva que es eficaz y eficiente, y que encuentra en el procedimiento abreviado una de sus herramientas fundamentales.

Como pasó en otras jurisdicciones Latinoamericanas, pero también fuera de América Latina, el procedimiento abreviado en este caso concreto, se construyó como una mezcla entre adopción y adaptación, a partir del modelo del plea bargaining de las jurisdicciones de EE.UU. Es algo que Máximo Langer ha estudiado en diversos textos para distintas jurisdicciones, y el caso de Santa Fe entra, de algún modo, en esta especie de dinámica más general: una combinación de innovaciones y de adaptaciones, pero que, sin embargo, tiene un fuerte potencial de hacer similar el funcionamiento de justicia penal en este contexto preciso, con respecto a ciertos rasgos que han sido observados en la justicia penal en los EE.UU. De allí existe una especie de potencialidad fuerte de americanización del funcionamiento de la justicia penal.

Como muestran los datos con que disponemos, en los seis primeros años del funcionamiento de la reforma de la justicia penal en Santa Fe, el predominio de los condenados por procedimiento abreviado, por oposición a los condenados en juicio oral y público, es extraordinario. Esto es lo que Máximo Langer ha llamado en un texto reciente, "tasa de administratización de la justicia penal" que en el caso de Santa Fe tiene niveles mucho más altos que todos los casos latinoamericanos incluidos en el estudio de la difusión global de este tipo de mecanismos que Langer hizo recientemente. Supera el caso chileno, pero también el caso peruano y numerosos

otros casos de América Latina, con una proporción de condenados –si tomamos todos los años– del 96.8% por la vía de procedimiento abreviado, en el marco de un procedimiento que dura relativamente poco.

Si tomamos todos los casos juntos de estos seis primeros años, el 89% de los procesos penales terminaron en menos de seis meses. En relación a las audiencias del procedimiento abreviado, observamos 440 audiencias en un año (en el año 2018), éstas tienen una dinámica altamente formalizada y rutinizadas, algo que ha sido descrito en muchos otros estudios empíricos, especialmente en Estados Unidos sobre el funcionamiento de este tipo de instancia.

Un elemento muy importante es el rol del juez penal como un homologador de los acuerdos entre las partes, entre la defensa y la acusación. Pese a que legalmente en el Código Procesal Penal de Santa Fe, los jueces penales tienen fuertes potestades de revisión de los acuerdos e incluso de rechazarlos, esto se da con muy poca frecuencia. En nuestras observaciones, sólo en el 2% de los casos se produjo un rechazo, y en un 4% de los casos los jueces penales intervinieron los términos de los acuerdos cambiando la calificación legal del hecho o de la pena impuesta. El promedio de duración de las audiencias fue de 18 minutos, la más corta fue de cuatro minutos con 14 segundos, y la más larga fue de 63 minutos y 58 segundos.

Un rasgo muy importante de esta dinámica es la imposición de sentencias condenatorias de carácter condicional, una relativa moderación de las penas impuestas: 4 de cada 10 sentencias condenatorias no son de ejecución efectiva. Esto también cambia a lo largo del tiempo y se traduce, por otro lado, en las sentencias condenatorias de cumplimiento efectivo, donde una mayor parte, más del 70% son a penas privativas de libertad de menos de 3 años.

Esta justicia abreviada, que es un mecanismo fundamental de imposición de condenas en esta jurisdicción, ¿es una verdadera justicia negociada? En nuestro trabajo de campo con los distintos actores de la justicia penal, se ve una fuerte coincidencia acerca de la difusión de este mecanismo, pero también una fuerte justificación como indispensable para el funcionamiento de la justicia penal.

La gran mayoría de los actores piensa que el procedimiento abreviado se inicia a partir de la decisión del fiscal que abre esta posibilidad. Pero incluso hemos encontrado narrativa de defensores públicos que sostienen que ellos mismos son proactivos en la utilización de este mecanismo que se utiliza por lo general en los primeros pasos del proceso penal. Todos los actores reconocen que los diálogos que se generan a partir de esta posibilidad se desenvuelven en espacios reservados, que no son los espacios públicos donde funciona el procedimiento penal. La gran mayoría de los entrevistados, pero particularmente los fiscales, sostienen que es más fácil llegar a estos acuerdos con los defensores privados que con los públicos. Esto no se ve

ratificado tanto en los datos más duros del análisis de las sentencias condenatorias, donde hay una leve mayor proporción de casos en los cuales interviene un defensor particular.

Todos los entrevistados señalan la fuertísima predisposición del Ministerio Público a cerrar casos a través de este mecanismo. Hay, en todos los casos y en las distintas posiciones de la justicia penal, una fuerte legitimización de este mecanismo a partir de la declaración de culpabilidad del imputado que, en la provincia Santa Fe, se exige legalmente desde el año 2017. Todas las partes reconocen que se negocian no solamente las penas a imponer, sino también la calificación legal del hecho, atravesando un poco la frontera legal que, en el caso de Santa Fe, como muchos otros casos en los que se han adoptado y adaptado este tipo de mecanismos de la tradición jurídica estadounidense, no es posible desde el punto de vista legal, sino que solamente la negociación estaría reservada a la pena impuesta.

Estos mecanismos han generado un gran debate en torno a la coerción y en qué medida realmente hay una negociación. Esto aparece en las voces de nuestros actores muchas veces, especialmente en la defensa pública, señalando la existencia de mecanismos coercitivos por parte de los fiscales, en función de la acumulación de poder en la negociación. En Santa Fe la legislación permite que los defensores públicos y privados accedan a todas las evidencias recolectadas por la policía y la fiscalía desde el primer momento del proceso y eso es mencionado por muchos defensores públicos como un mecanismo que equilibra -si se quiere- el poder de las partes en el diálogo, de allí que muchos defensores públicos construyen una justificación de este mecanismo más allá de una justificación de carácter pragmático, considerando que es verdaderamente un mecanismo que sirve para la defensa de sus intereses y de los intereses de los imputados.

En la justicia abreviada no hay desequilibrio absoluto, ni equilibrio absoluto. Evidentemente, existe un rol preponderante del fiscal. Los mecanismos extorsivos -en la voz de los defensores públicos- existen, pero también existen espacios para la producción de negociación, o sea, lo que caracteriza el mecanismo, no es ni enteramente la negociación, ni enteramente la coerción. Sin embargo, lo que está muy claro es que a partir de la difusión extraordinaria de este mecanismo de imposición de condenas sin juicio oral y público, la justicia penal se legitima como una justicia veloz, en donde a veces se negocia y a veces no. En todo caso, las negociaciones son secretas y ahí tenemos el gran problema de la promesa de la transparencia que legitima la reforma de la justicia penal.

Por otro lado, en muchas de las voces aparece la centralidad de la confesión, este retorno a la confesión, que es la declaración de culpabilidad del imputado; y en algunas voces, aparece este rol preponderante del fiscal. Un fiscal que reúne poderes de investigar y acusar, pero también en cierta medida de disponer del caso, de juzgar, lo que se contrapone con el rol

pasivo de los jueces. En nuestra investigación emerge muy fuertemente la imagen de los jueces más allá de la letra de la ley, extraordinariamente pasiva, esta figura de homologador de acuerdos es muy fuerte y determinante.

En este mecanismo hay un retorno paradójico a algunas características que siempre atribuimos desde la década del 80 al modelo inquisitorial de la justicia penal: el rol de la confesión, el rol de la reserva o el secreto, en ciertos casos un actor con alta dosis de poder que ya no es el juez de instrucción, sino que es el fiscal.

Finalmente, quiero introducir una conjetura: a partir de la difusión del procedimiento abreviado, podemos pensar que hay un impacto en términos de producción de mayor nivel de encarcelamiento. En esta jurisdicción en particular, el crecimiento de los niveles de encarcelamiento fue del 30% en solo seis años, hay muchos más presos en esta jurisdicción, que han sido condenados sin juicio. Por ello, aun cuando se logre un objetivo de la reforma que era la producción de menor cantidad de presos sin condena, pero en cierto sentido, se está produciendo una especie de intercambio entre los presos sin juicio y los presos sin condena. Esto último, también debería estar dentro de la balanza, es decir, no solamente hay que considerar el problema de la negociación y coerción, sino que también el impacto que tiene en la producción de crecimiento del encarcelamiento.

Los procedimientos abreviados y simplificados en Chile y el riesgo de condena de inocentes

Mauricio Duce

En esta presentación abordaré brevemente el problema de los procedimientos abreviados y simplificados en el caso chileno. Ambos se configuran a partir de confesiones del imputado (admisiones de responsabilidades o admisiones de hecho en nuestro lenguaje forense), desde una perspectiva que ha sido muy poco tocada en Chile y es el riesgo que generarían estos procedimientos en producir condenas erróneas o de personas inocentes.

En la actualidad, existe una enorme cantidad de literatura y evidencia a nivel comparado que señalan que los sistemas de justicia criminal lamentablemente se equivocan mucho más de lo que intuitivamente siempre habíamos creído, y también contamos con mucha evidencia que nos indica que uno de los factores que aumenta la probabilidad de aquello es precisamente el uso y rol que puede tener la confesión o admisión de responsabilidad en procedimientos negociados o mecanismos para evitar ir a juicio ocupando la terminología de Máximo Langer.

En una investigación que realicé, en el marco de un proyecto FONDECYT regular -que no sólo abordó este tema-, intenté investigar empíricamente si en Chile se dan algunas prácticas que han sido descritas en la literatura comparada como aquellas que podrían aumentar la probabilidad de riesgo en el uso de este tipo de procedimientos, para luego tratar de ver qué soluciones le podemos dar a este problema. Todo esto en un contexto que pone en vigencia este tema debido a una enorme presión que viene dándose en los últimos años por la ampliación de estos procedimientos. Particularmente, esto ocurrió con la agenda corta del año 2016, pero luego en pandemia surgen propuestas que han abierto un nuevo debate en torno a la idea de ampliar el procedimiento abreviado y probablemente -lo más preocupante desde mi punto de vista- sin que exista ninguna evidencia empírica de cómo están funcionando dichos procedimientos y sin evaluar el impacto que tuvo la agenda corta en el año 2016.

En lo que sigue presentaré los resultados principales de mi investigación. Para ello me basaré en una publicación de diciembre de 2019 en la revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte²⁷ y otro estudio empírico que fue complementario a mi investigación, apoyado y financiado por el proyecto de una tesista de magister que fue publicado como libro en noviem-

27 DUCE, M., "Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile", en Revista De Derecho (Coquimbo. En línea), 26, e3845, 2019. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

bre de 2019 de la abogada Valentina Zagmutt²⁸.

La metodología involucró entrevistas semi estructuradas con actores de la justicia penal de la Región Metropolitana, observación de 103 audiencias, en el marco de dos investigaciones exploratorias de Valentina Zagmutt que ya mencioné y un estudio posterior de otra tesista de magíster que trabajó bajo mi dirección, Almendra Badal, quien analizó 90 audiencias, siendo un porcentaje de ellas de procedimientos simplificados con reconocimiento de responsabilidad²⁹.

Asimismo, consulté la base de datos de recursos de revisión de la Corte Suprema en casos del sistema acusatorio en el periodo 2007 a 2016, en donde se admitieron 48 recursos de revisión, además de la recopilación de todo tipo de antecedentes empíricos e investigaciones que existían sobre la materia.

¿Cuál era el marco que trabajé para identificar las prácticas? Bueno, lo que nos ofreció la literatura comparada para explicar este fenómeno. Hoy día éste es un gran tema de debate a nivel comparado, probablemente Estados Unidos es el caso paradigmático en donde se está discutiendo el rol que tienen las admisiones de responsabilidad.

Si uno toma, por ejemplo, los datos del Registro Nacional de Exoneraciones que acumula sistemáticamente todos los casos de exonerados del año 1989 a la fecha en los Estados Unidos, se pueden apreciar que el 18% de los casos de personas que fueron exoneradas por considerarse inocentes fueron personas que se declararon culpables en procedimientos similares a los chilenos y el número ha venido creciendo en los últimos años. Por ejemplo, si uno cortaba en el año 2000, estábamos en el 10% o el 11%, en el año 2018 estábamos sobre el 20%. Algo similar ha ocurrido en una base de datos más pequeña, pero probablemente más conocida, como es la del *Innocence Project*.

Por otro lado, existe literatura que viene llamando particularmente la atención en relación a los riesgos que se producirían, incluso, con mayor intensidad en los delitos de menor gravedad. Gross, por ejemplo, al analizar la base del Registro Nacional de Exoneraciones determina que, tratándose de los casos que los norteamericanos llaman misdemeanors (que en el caso chileno serían faltas y también algunos simples delitos con penas privativas de libertad menores), en un 80% de las exoneraciones hubo una admisión de culpabilidad. En cambio, en

28 ZAGMUTT, V. "Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de las audiencias chilenas ¿alguna vinculación con la condena de inocentes?", Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago 2019, 163 pp.

29 BADAL, A., Investigación empírica sobre la práctica de las audiencias preliminares en Chile, Trabajo Final de Titulación Magíster de Derecho Penal y Procesal Penal Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, septiembre de 2018, 77 pp.

las *felonies* (que para el caso chileno podrían ser crímenes o simples delitos más graves), solo un 16%. Además, existe una interesante literatura que proviene más bien de la ciencia que ha mostrado, precisamente, la predisposición de personas inocentes a declararse culpables, lo que refuerza estos hallazgos; sin embargo, no me puedo detener en ello por razones de tiempo, sólo mencionaré que uno de estos estudios realizado en el año 2013 determinó que el 59% de las personas inocentes está dispuesta a declararse culpable en casos de faltas leves. Otro estudio más reciente –publicado en agosto de 2020– y que actualiza y perfecciona el anterior llega a una conclusión similar, sosteniendo que el porcentaje de personas inocentes dispuestas a admitir responsabilidad se movería entre el 52% y el 58% en distintos experimentos.

En consecuencia, hoy sabemos que hay personas inocentes que se pueden declarar culpables, lo que puede ocurrir con mayor frecuencia en los delitos de menor gravedad, todo lo cual está generando un enorme debate y escándalo. ¿Por qué ocurre esto?, muy rápidamente menciono algunos factores. En primer lugar, el ambiente naturalmente coercitivo que puede presentarse en el desarrollo de los procesos penales, por ejemplo, por vía de ofertas muy atractivas que hagan los fiscales (si vas a juicio, te pongo una pena “A”, pero si vamos a una negociación te pongo un cuarto de la pena “A”); o el rol que cumple la privación de libertad durante el proceso como un factor que presiona y que genera coerción en términos de hacer una negociación. Por otro lado, también sabemos que los problemas surgen debido a que hay defensores que no protegen necesariamente los intereses del cliente, sino más bien privilegian otros intereses que también pueden estar en juego, como manejar su carga de trabajo u obtener una posición de negociación para otros casos que también llevan.

Al mismo tiempo, la evidencia muestra que hay jueces que no controlan adecuadamente estas negociaciones, más bien asumen un rol centrado en la gestión de casos del sistema, más que en el rol de análisis crítico de lo que ocurre en el sistema. Por otra parte, hay una presión sistémica general, ya que los sistemas presionan para sacar casos rápidos. En este contexto, en muchos casos la decisión de un inocente de declararse culpable termina siendo la “decisión más racional” en el caso, pues una negociación o una admisión de responsabilidad puede ser la vía de obtener la libertad. A esto se suma la existencia de una enorme cantidad de literatura que proviene de la psicología que muestra que hay personas que son particularmente vulnerables a confesar aun falsamente frente a imputaciones y en determinados contextos, por ejemplo, los jóvenes y otros grupos como los migrantes.

En los delitos menores hay evidencia –probablemente expresada de una manera más elegante y entretenida en el libro de Alexandra Natapoff en 2018³⁰, acerca de factores adicio-

30 NATAPOFF, A. *Punishment without crime*, Basic Books, New York, 2018, 334 pp.

nales que incrementan el riesgo, por ejemplo, los arrestos que se hacen en ese tipo de delitos tienen mucho menos fundamentos en evidencia que en delitos de mayor entidad. Asimismo, existe menos trabajo de filtro de parte de los fiscales y de los defensores que trabajan en forma más masiva. En fin, todos los actores del sistema penal tienen una enorme presión por sacarse los casos menos graves de encima en forma rápida y con poco trabajo y, por lo mismo, se lleva adelante en ellos un trabajo extremadamente burocratizado, muchas veces de baja calidad. Quiero decir que esta evidencia, si bien es cierto, está fuertemente focalizada en Estados Unidos, hoy se encuentra en muchos lados del mundo, por ejemplo, también hay investigaciones en Europa sobre este mismo tema; por lo tanto, no es un fenómeno particularmente de los Estados Unidos. Por otra parte, la evidencia existente en distintos lugares del mundo tiende a demostrar que efectivamente los delitos menores son la mayor cantidad de casos que conocen los sistemas de justicia penal. En consecuencia, todos enfrentamos relativamente el mismo problema.

¿Qué pasa en Chile?, simplemente ratificar la importancia que tienen los procedimientos abreviados y simplificados en la generación de condenas y de sentencias definitivas a nivel más general. Si ustedes toman los datos del Ministerio Público, en el año 2016 los abreviados y simplificados representan más del 55% del total de sentencias definitivas. Si le agregáramos los procedimientos monitorios -que dejaré fuera del análisis-, estaríamos en el 88% del total de sentencias. Por lo tanto, si uno ve el total de condenas dictadas ese año en Chile, un 87% proviene de estos procedimientos, sin considerar los monitorios.

Los datos del Poder Judicial registrados en la evaluación de CEJA del año 2017, indican que en el acumulado de 2005 a 2016, un 93% de los simplificados se dio por la vía de admisión de responsabilidad, o sea, “negociación”.

En relación a los hallazgos de la investigación, en los recursos de revisión, efectivamente, se ratifica más o menos la misma proporción, pues un 80% de los recursos de revisión acogidos, fueron por sentencias obtenidas en procedimientos abreviados o en simplificados. Lo interesante es que 38 de los 48 recursos de revisión acogidos, en la gran mayoría -35 de ellos- corresponden a un caso muy especial, en algún sentido bien inaudito, aun cuando lo he encontrado también en países como España o Suiza, como lo son los casos de suplantación de identidad. En ellos, básicamente ocurre que alguien que fue detenido cometiendo un delito flagrante da un nombre, una identidad falsa, y como el sistema no tiene capacidad para determinar que se trata de una identidad falsa o suplantada, condenan a la persona, pero lo hacen formalmente a quien fue suplantado y luego, en el futuro detienen a la persona cuyo nombre fue suplantado, pero a propósito de otra situación (por ejemplo al intentar viajar fuera del país), dejándolo preso por incumplimiento de la condena. Así, permanece unos días preso hasta que se le concede la revisión al acreditar que era inocente y que su identidad había sido suplantada por el autor real.

¿Qué sugieren estos casos? Que estos procedimientos simplificados y abreviados son extremadamente vulnerables, incluso a errores graves como los de suplantación, entre otras cosas, por lo rápido que operan, por los bajos niveles de control que se ejercen en su desarrollo, que ni siquiera nos permiten identificar situaciones tan básicas como la suplantación de identidad. No se trata de casos que necesariamente tienen penas bajas, un par de ellos tienen condenas a 3 años de privación de libertad, es decir, no estamos hablando de una multa que podría explicar en parte esta falta de control. En la racionalidad de la eficiencia se puede entender que se intente avanzar rápido en cierto tipo de casos, pero básicamente aquí me parece que existe un problema un poco más profundo que tiene que ver con una cierta burocratización en términos del control.

En los otros tres casos, algunos con penas privativas de cumplimiento efectivo, también sugiere entornos de trabajo que han sido descritos por la literatura comparada como muy riesgosos: procedimientos extremadamente vertiginosos, con muy poca comprensión de los imputados, actores del sistema que presionan al imputado para concluir rápido y aceptar la negociación, un bajo cuestionamiento de las defensas acerca de lo ocurrido y del propio sistema en la información que se presenta. Por ejemplo, para entregarles un indicador en relación a la duración de las audiencias en estos procedimientos, en la investigación realizada por Almendra Badal, se constató que en un 80% de los casos observados, las audiencias duraban menos de un minuto y en un 97% menos de dos minutos. Esto podría explicar esta vertiginosidad y por qué los imputados básicamente están ahí y no saben qué es lo que pasó.

Ahora, en el resto de la investigación, todos los actores entrevistados que cumplen distintos roles en el sistema de justicia penal, manifiestan preocupación acerca de los riesgos indicados previamente, pues efectivamente podrían haber personas inocentes que aceptan una negociación. En todo caso, muchos identifican a la primera audiencia como un espacio en donde los riesgos se incrementan. También aparece una preocupación fuerte por los niveles de comprensión que los imputados tienen de la decisión que adoptan al negociar un abreviado o simplificado.

La investigación también puso foco en revisar qué es lo que estaba ocurriendo con las prácticas en los tres elementos esenciales descritos por la literatura comparada como generadores de riesgo.

El primero de ellos se relaciona con el problema de las facultades discrecionales de los fiscales que les permiten hacer ofertas muy atractivas a los imputados, generando un espacio de coacción o presión para aceptar este tipo de procedimientos a pesar de ser inocentes como, por ejemplo, se ha descrito con mucha evidencia en los Estados Unidos. En principio, nosotros tenemos sistemas de penas legales con un marco determinado, no tenemos ese espacio, por

tanto, siempre se ha creído que en nuestro país está muy minimizado el riesgo descrito. Según la investigación, esto ocurre más bien en teoría que en la práctica. En ella se pudo identificar un enorme margen de flexibilidad reconocido por todos los actores que hace que efectivamente nuestros fiscales tengan herramientas para hacer ofertas atractivas. Esto se puede observar en algunos indicadores que le voy a presentar a modo ejemplar. En las observaciones de Zagmutt, en el 100% de los abreviados y en el 58% de los simplificados hubo rebaja de la pena por parte del fiscal, por aceptar el procedimiento. En la mayoría de estos casos, el mecanismo para llegar a las rebajas eran las circunstancias modificatorias, y muy secundariamente, el cambio de hecho o grado de desarrollo de la comisión del delito. En la gran mayoría, los cambios se comunicaron, es decir, el imputado estaba consciente de cuál sería la pena original y cuál la rebaja, no es que esto fuera en abstracto. En relación a la magnitud de las rebajas, la moda de la oferta era un grado menos al señalado por la ley para el delito, es decir, rebajas significativas. La gran mayoría de las rebajas se traducían en que se estaba ofreciendo menos de la mitad de la pena potencial y, por lo tanto, efectivamente, era una oferta atractiva. Cabe señalar que en este estudio no se midió el impacto que podría tener la agenda corta del año 2016, que aumentó la capacidad de hacer ofertas por parte del fiscal respecto de delitos contra la propiedad, por lo que es posible que lo descrito se haya incrementado en el tiempo, al menos para los procedimientos abreviados.

Un segundo aspecto a observar dice relación con el rol de los defensores. Especialmente puse foco al análisis de las interacciones que ellos tienen con sus clientes. Me interesaba ver si los defensores tenían un espacio para explicar adecuadamente a sus clientes acerca del alcance de estos procedimientos y su decisión de manera de ver si al tomar la decisión lo estaban haciendo con información y comprensión adecuada. Debo advertir que esto es una preocupación que la propia Defensoría Penal Pública viene manifestando desde hace años en Chile, por eso dictó hace algún tiempo un manual de actuaciones mínimas para los defensores poniendo particular énfasis en los primeros momentos de la detención.

Según la investigación, en el 40% de los juicios abreviados y en casi el 30% de los simplificados, no se detectó ninguna interacción del defensor con el imputado en la audiencia, y en los casos que hubo, en la gran mayoría fueron menos de treinta segundos, siendo un contacto extremadamente formal. Para ver lo que pasaba antes de la audiencia, en el estudio de Almendra Badal, se midió lo que pasaba en las rondas que hacen los defensores en los lugares de detención en el Centro de Justicia de Santiago y se observó que los defensores estaban muy apurados y cortos de tiempo, no alcanzaban a entrevistar a todos sus clientes y buena parte del tiempo que disponían se ocupaba en completar el formulario básico y entregar información básica a sus clientes. Por lo mismo, esto sugiere que los imputados no llegan a estas primeras audiencias con un nivel de información que ya no requiriera una conversación más extensa para tomar una decisión tan delicada como aceptar un procedimiento abreviado o simplificado.

Finalmente, como tercer aspecto, se observó el rol que cumplen los jueces de garantía en estos procedimientos. Hay versiones encontradas en las entrevistas acerca de cuál es su rol. En general, hay un reconocimiento de que los jueces cumplen un rol de mayor control en los abreviados que en los simplificados, esto por razones normativas, pues las normas son muy claras acerca del rol controlador de los jueces en el procedimiento abreviado y no tanto en el simplificado, pero también porque los abreviados llevan aparejadas penas más altas; por lo tanto, los jueces se preocupan más, pero de todas maneras hay bastantes dudas acerca de cuánto efectivamente se controla.

En los indicadores que levantó Valentina Zagmutt, por ejemplo, los casos en que el juez verifica que el imputado fue informado por el defensor son bajísimos, lo que, en todo caso, ocurre más en el abreviado que en el simplificado. Lo mismo sucede en relación a la explicación del procedimiento que realiza el juez al imputado, verificando el entendimiento de éste, o advirtiéndolo sobre la voluntariedad de la aceptación. Como he señalado, lo relevante del hallazgo es que hay niveles de cumplimiento muy bajos para ambas categorías, pero claramente un poco mejor en el abreviado que en el simplificado.

Para ir concluyendo entonces, la evidencia en Chile muestra que la admisión de hechos o de responsabilidad está cumpliendo un rol clave, es el principal productor de sentencias y de sentencias condenatorias sin lugar a dudas. Por si fuera poco, se ha querido ampliar más el uso de estos procedimientos. De hecho, esto ocurrió en el año 2016 por razones de política criminal que intentaron endurecer y hacer más eficiente la respuesta del sistema a ciertos delitos contra la propiedad y hoy día se plantea como consecuencia del impacto que ha tenido la pandemia en el retraso y acumulación de casos del sistema.

Desde hace años hay una presión por aumentar estos procedimientos sin que tengamos muy claro cómo funcionan. Mi investigación muestra que en Chile se dan con bastante intensidad aquellas prácticas que han sido descritas en la literatura comparada como de aquellas que pueden aumentar la probabilidad de que estemos condenando erróneamente a muchas personas, y esto no lo podemos atribuir al comportamiento de un solo actor del sistema, sino que todo indica que se trata de un problema de corte sistémico o estructural, y por tanto, no se va a resolver si unos le echan la culpa a los otros y no abordamos las cuestiones de fondo que debiéramos examinar para minimizar el riesgo.

¿Qué podemos hacer para mejorar? Es la pregunta que dejo formulada como cierre para que reflexiones más adelante en el panel.

Las posibilidades de la justicia restaurativa en el proceso penal

Daniela Bolívar

Primero quisiera indicar que haré mi presentación desde mis disciplinas de origen y formación: la psicología y la criminología. Mi área de investigación en los últimos años y desde ya hace bastante tiempo, tiene que ver con la víctima, por lo tanto, si bien voy a hacer una discusión amplia en relación con la temática de la justicia restaurativa, no podré evitar que, en algunas ocasiones, dé algunos ejemplos relacionados con el estudio en victimología.

Mi presentación tiene que ver con la justicia restaurativa como mecanismo de justicia en el ámbito penal. Quisiera partir discutiendo cuál es el concepto de justicia, hacer una reflexión de cómo entendemos la justicia y qué pasaría si en esa reflexión nosotros incorporamos la perspectiva de las personas usuarias del sistema penal.

Esto implica necesariamente pensar en cuáles son los procesos y los mecanismos que permiten mejorar la satisfacción de los usuarios con el sistema penal, siempre con vistas a tener un sistema penal que sea validado y que sea, por supuesto, de confianza para los ciudadanos.

Una forma de partir es revisar el concepto de calidad y justicia que precisamente se introdujo y que se definió en la Cumbre Judicial Iberoamericana del año 2012 dentro del Decálogo para una Justicia de Calidad, donde hay dos elementos que son importantes de resaltar para nuestra discusión. Por un lado, se plantea en este decálogo que la discusión sobre calidad de justicia debe involucrar por un lado la satisfacción de las necesidades y las expectativas de las personas, que son los usuarios del sistema penal; por otro lado, se menciona también la celeridad, la simplificación y la innovación.

Pero ¿cuáles son las necesidades y las expectativas de las personas? Eso es algo que tenemos que conocer e investigar. Simplemente, a modo de ejemplo, quisiera compartir con ustedes unos resultados del estudio FONDECYT que terminé hace poco, donde hicimos un estudio con víctimas de delitos violentos. Este estudio comprendió una fase cualitativa y otra cuantitativa. En la fase cuantitativa entrevistamos a 130 personas adultas víctimas de delitos violentos, delitos sexuales, homicidio, lesiones graves gravísimas, etc. Una de las preguntas que nosotros hicimos era qué significa para usted una condena o que significaría, cuál es la relevancia que tiene una condena para usted, desde el punto de vista de lo que significaría. Las alternativas eran: que sirva para que se me reconozca como víctima de esta ofensa, para que se me proteja de la peligrosidad del ofensor, para que el ofensor no vuelva a cometer otro delito en el futuro, que sirva para que el ofensor sufra lo que yo viví. Esta última frase está más relacionada con un

deseo de venganza, un deseo más punitivo desde el punto de vista de que el ofensor tenga una experiencia de sufrimiento.

Sin embargo, la mayoría de las personas respondieron que su principal preocupación era que el ofensor no volviera a cometer otro delito en el futuro. Esto tiene que ver no sólo consigo mismo, sino que con una preocupación que involucra a la sociedad en general. Esto derriba el estereotipo o perjuicio que a veces se visualiza en la opinión pública, que dice relación con que la víctima sólo quiere el castigo para el ofensor. Este resultado más bien muestra que también hay otros intereses y preocupaciones, incluso con elementos pro sociales.

¿Qué es la justicia restaurativa? Quisiera centrarme en tres elementos específicos: Es más que alternatividad; es más que negociación, y no es sólo solución de conflictos.

Es más que alternatividad. Se habla que los procesos de justicia restaurativa son procesos de diálogo y de comunicación entre las partes: víctima y ofensor. A veces, solamente entre las dos partes y eso se suele llamar mediación, o también que incorpora los entornos familiares de cada una de las partes y a eso se le suele denominar conferencias familiares, que son procesos voluntarios, lo que es muy importante recordar y tener presente.

Los procesos de justicia restaurativa que existen en el mundo abordan diferentes momentos del proceso penal. Por ejemplo, existen esquemas de programas de justicia restaurativa que se producen a un nivel muy inicial, antes de la denuncia, por ejemplo, a través de mediación a nivel de la policía, o justicia restaurativa comunitaria en delitos muy leves. También hay esquemas y programas de justicia restaurativa que funcionan posterior a la denuncia, pero antes de la sentencia. Aquí, una línea posible son los mecanismos de diversificación donde la justicia restaurativa es alternativa al sistema penal, pero también tenemos programas en que los procesos de acuerdo no implican una salida alternativa, sino que avanzan en paralelo a lo judicial y pueden ser eventualmente tomados en cuenta por el juez cuando llega a una sentencia. También existen experiencias de justicia restaurativa en la etapa de ejecución de las sentencias, lo que usualmente sucede en delitos graves. En estos casos, a veces, por ejemplo, se lo asocia a un beneficio carcelario, pero también pueden existir prácticas donde simplemente se promueve que estos encuentros no tengan ningún efecto en absoluto para el ofensor, simplemente que sea con base en la necesidad de las personas de encontrarse y dialogar.

Por lo tanto, tenemos una diversidad de posibilidades y de aplicación de éstos en distintos momentos del sistema penal.

Segundo, hay una definición que me gusta mucho que viene de una criminóloga australiana, Katherine Daly. Ella habla de mecanismos innovadores y plantea que la justicia restaurati-

va tiene que ser nombrada como mecanismo innovador de justicia, a diferencia del mecanismo tradicional, que es el sistema penal que conocemos. Ella hace esta distinción para no hablar de “paradigma restaurativo” versus “retributivo”, pues si nos quedamos con la idea de dos paradigmas contrapuestos, éstos pueden chocar y no pueden tocarse. Sin embargo, si pensamos en mecanismos innovadores vs. tradicionales, podemos imaginarnos que forman parte de un continuo donde podemos efectivamente combinar distintas formas, algunos elementos de innovación con elementos más tradicionales, lo que hace posible la integración de mecanismos de justicia restaurativa dentro de nuestro sistema penal tradicional, en distintas medidas y distintos grados.

¿Por qué la justicia restaurativa es más que negociación? Porque en estos espacios de justicia restaurativa, las partes no negocian, sino que el objetivo más importante es que haya un diálogo y que el acuerdo que se produzca sea un producto de esa conversación, de ese diálogo. El resultado debe ser beneficioso para ambas partes y esa es la gran diferencia respecto del proceso tradicional. No hay un perdedor y un ganador, sino que ambos pueden resultar beneficiados de esta conversación y, por eso se le suele llamar que los mecanismos de justicia restaurativa podrían ser considerados como micro espacios de democracia dentro del aparato de la respuesta y de la reacción social al delito.

¿Por qué la justicia restaurativa no es sólo solución de conflictos? A través de los procesos y los mecanismos de justicia restaurativa nosotros podemos solucionar conflictos, pero la verdad es que la investigación y la evidencia indican que podemos lograr algo más que eso. Por ejemplo, en términos del ofensor, la investigación que se ha realizado en distintas partes del mundo, en particular en Europa, Australia y Nueva Zelanda indica que existe un efecto modesto (pero existe) en la temática de reincidencia; especialmente, en los delitos contra las personas. Esto es importante porque de alguna manera existía la creencia de que estos mecanismos son mucho más eficientes cuando estamos hablando de delitos menores o de bagatela, pero la investigación resalta la importancia de los mecanismos de justicia restaurativos en delitos de mayor seriedad.

Por otro lado, la justicia restaurativa puede también promover algunos factores que están en la línea del desistimiento, por ejemplo, procesos de desestigmatización social porque de alguna manera, al ofensor le damos la posibilidad de que repare el daño causado, de que tome responsabilidad de sus acciones y que tome en ese sentido una postura proactiva respecto de la víctima. Esto puede promover un sentido de auto eficacia por lograr resolver este conflicto y lo más importante, una sensación de que se ha hecho justicia o que el proceso es justo. Esto lo podemos explicar a través de la teoría de justicia procedimental, porque tiene que ver con procesos donde las personas se sienten escuchadas y que han formado parte.

En el año 2017 hicimos una evaluación del primer piloto de mediación penal en Santiago con jóvenes infractores y aquí hay una cita de uno de los jóvenes. En esta oportunidad preguntamos a los jóvenes que pasaron por el proyecto, qué les pareció desde el punto de vista del proceso, si consideraban que había sido un proceso justo y uno de ellos respondió que había sido justo porque los dos (refiriéndose a la víctima y a él) habían sido escuchados, es decir, se valora la posibilidad de haber sido ambos tomados en cuenta en el proceso.

Algo que no es menor también, es que los ofensores tienden a cumplir mucho más sus acuerdos de reparación cuando son el resultado de un proceso restaurativo que cuando son impuestos y esto también está avalado por la evidencia internacional.

Respecto de la víctima, aquí tenemos elementos bastante importantes. Un elemento común en la investigación es el alto grado de satisfacción que presentan las víctimas que participan en procesos restaurativos. Esto es común tanto a distintos tipos de programas (es decir, ya sea que sean diversificación o que no lo sean) y también a distintos tipos de delitos. La experiencia indica que incluso en delitos graves, delitos serios, como delitos sexuales, podría ser beneficioso para las víctimas. También puede haber efectos psicológicos positivos. Sin embargo, antes se pensaba que la justicia restaurativa era principalmente un mecanismo terapéutico para las víctimas, pero la evidencia nos indica que, si bien puede haber bienestar psicológico, no sucede en la mayoría de los casos, más bien lo que sí sucede es una sensación de satisfacción, por un lado, y de justicia por el otro. Entonces, de alguna manera, esto nos estaría indicando que más importante que los beneficios psicológicos, es la preferencia de las personas por un proceso que sea participativo.

Concluyendo, la justicia restaurativa es un mecanismo de justicia, porque más que ser un proceso en sí mismo de reinserción social o de reparación del daño que, si bien puede tener efecto en esa línea, y de hecho las tiene en cierta medida, podemos pensarlo como un mecanismo que genera una experiencia de justicia en las personas y que, por lo tanto, genera satisfacción y es posible tener buenos resultados desde ese punto de vista.

Segundo, de esta manera se puede generar una respuesta de calidad para las personas, al tomarlos en cuenta, al escucharlos, al generar instancias de participación, al tomar en cuenta sus contextos en los cuales la ofensa ocurre, etc. Cuando esto sucede, la respuesta va a ser de mayor calidad, va a ser más integral y completa y, por lo tanto, es posible que esos efectos y los efectos del delito que habitualmente ocurre entre personas conocidas puede tener un impacto importante en el futuro de esas personas. Finalmente, si nosotros aseguramos que estos procesos pueden generar una sensación de justicia, una experiencia de justicia, efectivamente, podríamos decir que permitirían un acceso a la justicia, entendida la ésta como una experiencia de justicia procedimental.

Plea bargaining y mecanismos análogos: examen de algunos de sus aspectos.

Máximo Langer

Mi presentación está sustentada en un estudio que presenté el año pasado en Chile y que ha salido publicado como *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*³¹. Voy a mostrar sólo ciertos aspectos de este estudio que trataré de relacionar con el tema de hoy. Este es un estudio global sobre el *plea bargaining* y mecanismos similares. La primera cuestión por resaltar es que la adopción de este tipo de mecanismos no es un fenómeno sólo de Chile, Argentina o de América Latina, sino que es un fenómeno global. Una de las cosas que investigué, con la ayuda del profesor Ricardo Lillo de la Universidad Diego Portales, es que estos mecanismos fueron adoptados o por lo menos reconocidos formalmente por primera vez en 60 jurisdicciones alrededor del mundo; Chile, por ejemplo, adoptó estos mecanismos en el año 2000, con la entrada en vigencia gradual de la reforma procesal penal acusatoria.

En resumen, estos mecanismos no son completamente nuevos dado que ya habían sido introducidos en una serie de jurisdicciones en décadas anteriores. Por ejemplo, si uno incluye las órdenes penales de Alemania y otros países dentro de estos mecanismos, ya desde el siglo XIX en adelante observamos su introducción en distintos países, pero de la muestra de los 60 países que incluyo en este trabajo, 40 de ellos, o sea, 2/3 introdujeron estos mecanismos por primera vez en las últimas tres décadas. Este es un primer punto a tener en cuenta. Lo que estamos observando aquí es una tendencia global. Si bien presento información sobre 60 países, éstos incluyen más o menos el 70% de la población total del mundo, ya que la muestra incluye varios países con altos niveles de población como China, India, EEUU, Indonesia, entre otros.

El segundo punto que quiero resaltar es que, en el contexto latinoamericano, estos mecanismos se han difundido con las reformas acusatorias. Uno podría hablar de aumento del número de casos, aumento de la eficacia u otras tendencias más generales como posibles causas de la introducción de estos mecanismos. Pero lo que uno observa en general en los países latinoamericanos es que estos mecanismos han tendido a ser introducidos por reformas acusatorias, aunque no en todos lados. Estas reformas en teoría intentaron traer más transparencia a los sistemas penales, poniendo al juicio oral y público como forma central de adjudicar los casos. En el caso chileno, también la introducción del sistema de audiencias públicas antes

31 LANGER, M., *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, 4 *Annual Review of Criminology* 377 (2021). Disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>.

del juicio, ha intentado traer más transparencia. Lo cierto es que los sistemas acusatorios han traído estos mecanismos para llegar a condenas sin juicio.

La tercera cuestión que quiero plantear es que el hilo conductor entre estos mecanismos no es la negociación. En el uso de muchos de estos mecanismos no hay negociación entre la fiscalía y la defensa u otros actores, como no la hay, por ejemplo, en el procedimiento monitorio en Chile. Lo mismo uno puede decir respecto de estos mecanismos en muchos otros lugares. En Inglaterra, por ejemplo, no hay negociación en la mayor parte de los casos. Lo que hay en ese país es un marco legal que básicamente da incentivos a los acusados para declararse culpables, pero en la mayoría de los casos no hay negociación entre las partes.

Si su hilo conductor no es la negociación, ¿lo que caracteriza a estos mecanismos es el consenso? En parte sí, pues uno podría pensar que esto es justicia consensual, pero yo creo que este concepto del consenso es mucho más amplio. Cuando la Dra. Bolívar hablaba de justicia restaurativa, eso también es justicia consensual y no necesariamente una forma de llegar a una condena sin juicio. Entonces, creo que el consenso es demasiado amplio como concepto para capturar lo que está detrás de estos mecanismos.

Lo que tienen estos mecanismos en común es que básicamente son una forma de llegar a condenas sin juicio. Básicamente, estos mecanismos hacen dos cosas. Primero, le otorgan más poder a los fiscales y también a la policía y a otros órganos administrativos para determinar quién es condenado, por qué delito, e incluso por qué pena. Segundo, estas decisiones que toma la fiscalía, la policía y otros órganos administrativos ocurren no en juicios orales, ni siquiera en las audiencias previas al juicio público, sino que ocurren en contextos o en ámbitos menos transparentes que el público no puede observar.

A este proceso de traslado de mayor poder a los actores mencionados para determinar quién es el condenado, por qué delito, e incluso por qué pena, realizado en estos contextos menos transparentes, yo lo denomino un proceso de administrativización de las condenas penales. Ello es así porque, si bien el Ministerio Público puede tener distintas posiciones institucionales en distintos países, es una institución que tiene un carácter, si se quiere, menos judicial que los jueces, más todavía si hablamos de la policía o de otras agencias administrativas. Éste es también un fenómeno de administrativización porque incluye un tipo de proceso legal que no es el proceso penal en el que generalmente uno piensa cuando se habla de las resoluciones y las condenas penales (que incluye juicio oral, publicidad, contradictorio, etc.), sino que es un proceso más de carácter administrativo.

Mi argumento aquí es, entonces, que hay una tendencia global hacia la administrativización de las condenas penales, detrás de esta tendencia a la adopción de estos mecanismos

que he señalado. Por ejemplo, de la muestra de 60 países en esta investigación, 40 adoptaron estos mecanismos o lo reconocieron formalmente por primera vez en las últimas tres décadas, pero de los 60 países, 57 han adoptado por lo menos uno de estos mecanismos. O sea, estamos hablando de una difusión de estos mecanismos del 95%.

Esto no significa, sin embargo, que todas estas jurisdicciones utilicen estos mecanismos en la misma medida. En esta investigación publicada en el *Annual Review of Criminology*, también propongo el concepto de una tasa de administrativización de las condenas penales que se refiere a qué porcentaje de las condenas penales de una determinada jurisdicción son obtenidas mediante estos mecanismos y qué porcentaje de esas condenas son obtenidas mediante un juicio contradictorio. Lo que les muestro aquí –en referencia a una figura disponible en el artículo ya señalado– son 26 países, entre ellos Chile, que muestra la tasa de administrativización de las condenas penales. Las dos jurisdicciones con la menor tasa son de países latinoamericanos: Panamá y Perú. Pero también vemos una jurisdicción como Latvia, con un 23% de uso. Después, tenemos las jurisdicciones con mayor uso, como Estados Unidos y Nueva Zelanda. Chile está bastante alto, con un 91% de las condenas penales obtenidas mediante estos mecanismos. Por lo tanto, si bien éstos pueden ser una tendencia global, ello no quiere decir que estén siendo utilizados en la misma medida en todos los lugares.

La quinta pregunta que quiero abordar brevemente con ustedes es por qué existen diferentes tasas de administrativización en las distintas jurisdicciones, es decir, por qué estos mecanismos son usados en distinta medida en distintos lugares. Hay distintas hipótesis que exploro en el trabajo citado. Existen jurisdicciones que no aplican estos mecanismos a todos los delitos, mientras que otras jurisdicciones sí lo aplican. ¿Esta diferencia explica una distinta variación en el uso de estos mecanismos en las distintas jurisdicciones? No, en el sentido de que uno observa que hay jurisdicciones con alto, mediano y bajo uso de estos mecanismos. Por ejemplo, Chile tiene un alto uso dentro de las jurisdicciones que no admiten el uso de dichos mecanismos para todos los delitos.

Como segunda hipótesis, la utilización de los mecanismos podría tal vez explicarse con base en el número de casos o contactos formales con la policía que tiene un sistema. Esta es una variable prevista por las Naciones Unidas. La hipótesis sería que mientras más casos tiene un sistema, más se utilizan estos mecanismos para llegar a condenas sin juicio. Chile presenta un número elevado de administrativización y de contacto formal con la policía. Por lo tanto, parece que existe una relación entre el nivel de uso de estos mecanismos y la tasa de contacto formal con la policía en distintos lugares, ya que cuanto mayor es la tasa de contacto formal con la policía, mayor es el uso de estos mecanismos. Lo que no quiere decir que esta relación vaya en una dirección determinada. Es posible que exista más uso de estos mecanismos porque hay más contactos formales con la policía o al revés, es decir, el hecho de utilizar estos mecanismos

podría hacer que hubiera más contactos formales con la policía. En cualquier caso, la figura que se expone en esta exposición, muestra una relación entre las dos variables.

La tercera hipótesis que me gustaría explorar tiene que ver con los niveles de punitividad. En este sentido parece haber una relación entre la administrativización de las condenas penales y la tasa de encarcelamiento, ya que mientras mayor es la tasa de encarcelamiento, mayor es el uso de estos mecanismos. Chile, por ejemplo, presenta una tasa de administrativización alta y un nivel de punitividad mediano-alto, alto dentro de América Latina.

La cuarta hipótesis es que podría haber una relación entre el uso de estos mecanismos y los modelos procesales y culturas jurídicas existentes en las distintas jurisdicciones, como el Civil Law vs. Common Law, es decir, la tradición continental europea versus la tradición anglosajona. Como se observa en el estudio ya mencionado, las jurisdicciones de la tradición anglosajona o common law tienen un mayor uso de estos mecanismos.

La última hipótesis tiene que ver con el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. En el estudio indicado se muestran tres grupos de jurisdicciones: jurisdicciones con sistemas acusatorios o adversariales establecidos de vieja data, sistemas que todavía pueden ser calificados de inquisitivos, y sistemas que han introducido reformas acusatorias o adversariales en tiempos recientes, como Chile, que presenta una alta tasa de administrativización. Como se observa, todos los países con sistemas acusatorios establecidos de vieja data tienen una alta tasa de administrativización, es decir, una alta tasa de condenas sin juicio.

Sería interesante explorar si existe una relación entre la reforma procesal penal chilena y las innovaciones que introdujo dentro de las reformas acusatorias latinoamericanas, por ejemplo, con una concepción del proceso mucho más adversarial -lo que Julio Maier llamaba una concepción acusatoria material distinta del acusatorio formal del código modelo para Iberoamérica-, y con una alta tasa de administrativización. Del mismo modo, sería interesante estudiar si existe una relación entre estos altos niveles de administrativización y el hecho que en Chile se invirtió mucho dinero en la implementación de la reforma acusatoria y en la formación de nuevos actores.

C | Reforma Procesal Penal y Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil

El diseño de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente ante la reforma procesal penal

Miguel Cillero

En esta breve presentación, me voy a referir fundamentalmente al proceso de diseño y aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente en Chile y su relación con la Reforma Procesal Penal. Me concentraré en relatar y examinar el esfuerzo muy importante que hizo el país para adecuar la justicia penal adolescente –en ese tiempo Justicia de Menores– a las nuevas exigencias que impuso la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, fecha que coincide, además, con el regreso a la democracia en Chile y en gran parte de América Latina, países que experimentaron procesos de democratización luego de las dictaduras de la década del 80, que incluyeron entre sus transformaciones fundamentales las relativas a sus sistemas judiciales.

Al iniciar este proceso de reconstrucción democrática y de creación de un nuevo sistema de justicia, cuatro temas parecían como emblemáticos en América Latina: la protección de los derechos humanos producto de los crímenes de las dictaduras; las reformas procesales penales necesarias para establecer sistemas garantistas adecuados a los requerimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; las cuestiones relativas a la ejecución en el ámbito penal carcelario; y, en particular, en lo que nos convoca hoy día, la reforma a todo el sistema proteccional de infancia, especialmente, de la justicia penal juvenil.

En Chile, el 20 de noviembre de 1990, al celebrarse un año de la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, el Ministerio de Justicia constituyó por Decreto 321, una Comisión Intersectorial Asesora que, entre otras funciones, tuvo por responsabilidad revisar la legislación chilena a la luz de los criterios de dicha Convención. En concreto, su artículo 2 números 4 y 5 encargaba a la Comisión “estudiar y redactar los proyectos de ley necesarios para dar cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño”; y “estudiar y proponer las modificaciones a los cuerpos legales que regulan las acciones en el ámbito de la minoridad, principalmente, aquellos que dicen relación directa con los menores en situación irregular, para adecuarlos a las nuevas políticas”.

A dicha Comisión, se convocó a los distintos sectores del ámbito de la justicia y protección de la infancia de la época, incluidos representantes de colegios profesionales y de organizaciones de la sociedad civil que ejercían funciones en el sistema tutelar de la época. Las conclusiones de dicha iniciativa fueron bastante escuetas y magras, y fundamentalmente, señalaron que si Chile tuviera más recursos económicos y una institucionalidad más fuerte podría cumplir con gran parte de las obligaciones que se exigían en la Convención. No se propuso una reforma sustantiva a la legislación, ni tampoco al sistema de justicia.

Salvo en una subcomisión, que estudiaba específicamente la institución del discernimiento -que estaba vigente en ese tiempo- no se plantearon reformas legales sustantivas, sino que más bien un perfeccionamiento de la especialización de las instituciones. Ese informe fue rápidamente superado por los hechos y, prontamente se tuvieron que encargar otros estudios realizados con mayor independencia y un poco a contrapelo de la posición institucional manifestada en el informe: Esos nuevos estudios apuntaban a modificar la antigua Justicia de Menores radicada en los juzgados especializados y, sobre todo, la reforma del Servicio Nacional de Menores y su transformación en un servicio de protección integral de los derechos de la infancia.

En 1993 se produce un primer informe de la justicia penal sobre justicia penal juvenil, encargado por el Ministerio de Justicia y el Servicio Nacional de Menores que establece cuatro cuestiones esenciales: una absoluta falta de garantías en los enjuiciamientos en los casos en que los menores de edad se les imputaba la comisión de conductas sancionadas penalmente para los adultos; la vulneración de derechos humanos de la infancia y adolescencia en los sistemas de ejecución; la absoluta primacía de un sistema inquisitivo; y la necesidad de superar el sistema de imputabilidad basado en el discernimiento.

Como un primer paso de protección de los derechos humanos, el nuevo gobierno en 1994 elaboró el primer cuerpo jurídico que contenía una garantía fundamental para limitar la actuación penal del Estado: la Ley de Erradicación de Personas Menores de Edad de Establecimientos Penales de adultos (Ley N° 19.343 de 1994).

Para tener una imagen de cuál era la situación en ese tiempo, según el mensaje que envía el Presidente de la República de la época al Congreso, entre el 1 de agosto de 1993 y el 21 de marzo de 1994, 4.241 menores de edad habían sido internados en recintos de Gendarmería de Chile, en secciones de menores en cárceles de adultos. De ese grupo, el 31% tenía menos de 16 años y el 69% se encontraba en la etapa de declaración del discernimiento entre 16 y 17 años. A la luz de estos datos era evidente que en ese tiempo, se utilizaba, paradójicamente como protección, la expresión más dura del sistema: las cárceles de adultos.

En estos establecimientos penitenciarios, había secciones precariamente separadas donde se alojaba a las personas menores de edad. A modo de ejemplo, en Santiago en el CDP de Puente Alto, un penal de alrededor de 1.000 presos había alrededor de 200 personas menores de edad, en dos torres que convivían y participaban de la misma cultura delictual de los adultos.

En paralelo, en América Latina se inició un proceso de reforma completa del sistema de Justicia Penal, fundamentalmente basado en el establecimiento de sistemas acusatorios. El proceso de reforma procesal penal chileno forma parte de este movimiento reformador.

En el ámbito de la justicia penal adolescente, en el estudio de 1993, ya se planteaba la necesidad de establecer un sistema acusatorio para personas menores de edad. Esta aspiración chocaba con la existencia en Chile de un inquisitivo puro a nivel de adultos. De allí surge la interconexión de los dos procesos de reforma; para lograr que la reforma penal adolescente pudiera adscribir al mínimo de garantías de un debido proceso, era necesario que la justicia penal de adultos también cambiara y se crearan las instituciones necesarias, partiendo por el Ministerio Público y Tribunales de control de la investigación y de juicio. Separar las funciones de investigar, acusar y juzgar, era el presupuesto institucional de la reforma, tanto de adultos como de adolescentes.

Por ello, a diferencia de otros países de América Latina, la reforma a la justicia penal adolescente y la reforma procesal penal, emergieron en conjunto, y la justicia penal adolescente pasó en la práctica a ser como una categoría de un gran proceso de reforma. Como contrapartida, y costo de esta estrategia, el proceso de reforma global relativo a la protección de la infancia, que tuvo un enorme alcance en América Latina a partir del Estatuto del Niño y del estatuto Adolescente de Brasil de 1990, se dejó de lado, situación que todavía tenemos pendiente en Chile una ley de garantías y de protección integral de los derechos de los niños y la reforma a los Servicios está recién en sus trámites finales e inicio del proceso de implementación, pese a la evidente crisis terminal del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

En consecuencia, este avance en lo penal -que era necesario- y este vínculo con la reforma procesal penal, trajo como costo adicional el hecho que, sin ser esto una condición necesaria, se detuviera en parte la urgencia de la reforma en materia de protección integral de los derechos de la infancia; por su parte, también ha generado un cierto déficit en la especialización y la falta de conexión de la Justicia penal adolescente con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, hubo un problema de secuencia en el tiempo, ya que se asumió la idea que la reforma penal adolescente se tramitaría luego que se culminara de tramitar la reforma procesal penal, lo que retrasó enormemente el proceso.

Cuando el Presidente Lagos envió el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.084 (RPA), señaló que en el sistema tutelar había una paradoja, ya que, si bien se trataba de un sistema nacido para proteger a los menores de edad, en la práctica se terminaba por menoscabar su condición jurídica. Esa era la situación que existía antes de esta ley y creo que, para evaluar su evolución, es importante saber de dónde venimos y la importancia que tuvo incorporar la reforma penal adolescente dentro de este gran proceso de reforzamiento de las garantías y la protección de los derechos humanos, que inspiró la reforma procesal penal en Chile.

Por ello el nuevo sistema, que empezó a regir recién en 2007, permitió establecer que para todos los niños, niñas y adolescentes y, a los adolescentes infractores de ley penal en particular, se les reconociera y aplicara todas las garantías penales generales, a las que se agregaban las específicas para adolescente; en síntesis, se trata de un sistema reforzado de garantías para la determinación de la responsabilidad penal y de sus consecuencias jurídico-penales.

Revisemos algunas de esas garantías básicas. La primera consiste en que ninguna persona menor de 14 años será juzgada y sancionada como adolescente. Es decir que, bajo los 14 años, será dentro del sistema de protección, y no en el sistema penal, donde deberá intervenir para proteger de eventuales vulneraciones de derechos que haya sufrido y favorecer su desarrollo e integración social. En esta respuesta estatal de protección existe hasta la actualidad un gran déficit.

La segunda garantía establece que ningún menor de 18 años sea sancionado ni juzgado como adulto y que la pena no se puede ejecutar como adulto. Esta garantía, le puso término a la posibilidad de juzgar y sancionar a adolescentes como adultos, que tenía una larga tradición desde nuestro primer Código Penal, referida a la declaración judicial sobre la capacidad de discernimiento con que habrían actuado las personas menores de edad al cometer el delito.

Por otro lado, se establecieron garantías procesales e institucionales. A nivel de garantías institucionales, el diseño inicial era establecer instituciones especializadas, tanto en el ámbito de la justicia como en el de los fiscales y defensores; establecer un órgano de ejecución nuevo distinto al SENAME, reforma que todavía se encuentra pendiente, porque todavía se encuentra en discusión en el Congreso el proyecto de ley que crea un Servicio de Reinserción Social Juvenil.

La entrada en vigor de la Ley N° 20.084 enfrentó múltiples dificultades, en cuanto no estaban preparados efectivamente todos sus componentes, correspondió un cambio de gobierno, por lo que finalmente se tuvo que dar un año más de vacancia, que se agregó a los seis meses establecidos originalmente. En la reforma legal que extendió el período de vacancia, se generó una Comisión de expertos que debía trabajar con el Ministerio de Justicia y rendir cuenta al Congreso Nacional, instancia en que tanto el profesor Berríos como yo participamos.

Al finalizar su trabajo, la Comisión tuvo un dictamen negativo respecto de la entrada en vigor de la ley, que fue apoyado por los miembros académicos de la sociedad civil y de la Defensoría Penal Pública. Los demás representantes institucionales, y el Ministerio de Justicia, plantearon que era un mínimo para partir, pero que rápidamente se requería un perfeccionamiento. Finalmente, se tomó la decisión de poner en marcha el sistema.

¿Qué alternativas había? Era imposible, dada las características de la reforma sustantiva en materia penal juvenil, establecer una implementación de alcance regional. No podía haber una regla de imputabilidad basada en el discernimiento entre los 16 y 18 años, donde podían ser juzgados como adultos en algunos lugares del país y, otra regla de imputabilidad en los lugares en que se estuviera aplicando el sistema. Lo que propuso la mayoría de la Comisión de expertos, fue que efectivamente se implementara por tramos de edad a nivel nacional, es decir, que se aplicara primero entre 16 y 18 años, y luego, entre 14 y 16 años. Como una forma de ordenar el proceso, también se señaló que el sistema semicerrado estaba mal diseñado y que no debía entrar en vigencia en ningún tramo de edad.

En materia sustantiva, durante ese año de vacancia se incorporaron algunas importantes reformas a la ley que, en algunos casos incrementaron el problema, particularmente una indicación parlamentaria al artículo 23.1 por la que se modificó la regla del primer tramo y se hizo obligatoria la imposición de internación en régimen cerrado en ciertas hipótesis objetivas que resultaban de la aplicación del sistema penal de adultos, con lo cual se exacerbó la dependencia del sistema de determinación de sanciones al sistema penal adultos, lo que constituye una clara vulneración del Derecho Internacional.

Fue tan grave el problema, que se planteó por un grupo de parlamentarios, una cuestión de constitucionalidad de esa indicación presentada por un senador, que fue llevada al Tribunal Constitucional, el cual, sin embargo, declaró su constitucionalidad.

La reforma al artículo 23.1, generó uno de los grandes problemas del diseño legal que es la mantención en Chile de una privación de libertad obligatoria en el caso de ciertas hipótesis delictivas, pero que no están siquiera vinculadas a tipos penales expesos, sino al monto de las penas que corresponden a los adultos, sistema por el cual las reglas de concurso pueden jugar un rol exasperador importante. De ese modo, para hacerse cargo de la criminalidad más grave, el sistema quedó totalmente determinado por las normas penales de adultos. Algo de eso se quiere modificar ahora con una reforma que se encuentra en el Congreso, especialmente en algunos puntos específicos de acumulación de sanciones.

El déficit institucional, por su parte, fue muy grande en el ámbito de la protección de los derechos humanos; un incendio con resultado de muerte de 10 personas el 22 de octubre de 2007 en la ciudad de Puerto Montt, ocasión en que una unidad completa resultó totalmente quemada, permitió evidenciar las falencias del sistema.

En paralelo, una cuestión importante que se estableció en el reglamento, pero no a nivel legal y sería bueno que se legalizara, fue la existencia de comisiones intersectoriales supervisoras de centros que puedan efectivamente verificar el respeto de los derechos humanos de los

adolescentes durante la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

En el ámbito de la ejecución, una cuestión que quiero simplemente señalar es que existe una vulneración directa del principio de especialidad, al establecerse en la ley la posibilidad de cumplir la sanción de internamiento en centros de internación cerrados en las secciones juveniles en recintos de Gendarmería, que no cumplen con las condiciones mínimas de una ejecución especializada.

Finalmente, quedan como desafíos la instalación del nuevo Servicio, la especialización efectiva de todos los actores, incluyendo los jueces, fiscales y defensores penales públicos, personas, plantas de funcionarios efectivamente dedicados exclusivamente a este fin; salas especializadas, y otras materias algunas de las cuales se están debatiendo en el Congreso Nacional.

Asimismo, es necesario la creación de programas basados en evidencia y acreditación de los programas, cuestión que está en este momento en el debate de la Ley del nuevo Servicio; garantizar que la privación de libertad sea usada solamente como último recurso y dar garantías de que no tengamos privaciones de libertad excesivas, como de hecho existen, especialmente en el ámbito de la internación cautelar provisoria. Finalmente, es urgente reformar las reglas de unificación de sanciones para evitar que por esta vía se impongan diversas sanciones de ejecución consecutiva, o bien se produzca una exasperación de penas que nos lleva a largos periodos de privación libertad por delitos que no han amenazado ni dañado gravemente la vida ni la integridad física de otras personas.

La ley N° 20.084: objetivos, nudos críticos y desafíos futuros

Patricia Muñoz

Lo que a nosotros como Defensoría de la Niñez nos interesa hoy abordar tiene que ver con estos puntos: (1) el objetivo que había detrás de la promulgación de la Ley N° 20.084; (2) Cuáles son los nudos críticos que nosotros apreciamos que existen en esta materia, en relación también con un sistema mucho más integral que la sola reinserción social juvenil, sino que desde la perspectiva de lo que involucra precisamente el abordaje integral de la infancia y la adolescencia; y (3) por supuesto algún énfasis al final en relación al proyecto de ley que se encuentra en la actual tramitación. Favorece mucho la presentación de encontrarnos en un contexto en el cual expone Gonzalo Berríos, Miguel Cillero y también la profesora Cobo, porque obviamente con el nivel de experticia que ellos tienen en esta materia sin duda los tópicos que nosotros no podamos abordar van a ser desarrollados por ellos.

En relación con el primer objetivo, nosotros más bien planteamos una pregunta, cuando se crea la Ley N° 20.084, surge con la finalidad de armonizar la legislación nacional a los estándares internacionales que la Convención sobre los Derechos del Niño nos imponía en términos del aseguramiento de los derechos humanos a este grupo de la población. Y eso estaba relacionado con transitar desde la lógica de la doctrina irregular, que pretendía asimilar la lógica de los adultos a los adolescentes involucrados en infracciones penales, para lograr efectivamente el cumplimiento de aquel mandato que se relacionaba con el establecimiento de una justicia especializada y un sistema que realmente fuera diferenciado de lo que los adultos enfrentaban en nuestro país. Y nos preguntamos si es que efectivamente hemos sido capaces como país de cumplir con este objetivo y yo creo que de alguna manera lo que Miguel Cillero revela en esta cierta infidencia que él menciona en el contexto del comité de expertos que se integró en su momento cuando surge la necesidad de determinar si es que esta política pública se hacía una realidad o no, es cómo una vez más observamos que en definitiva muchas veces la evidencia y las definiciones y conceptos de quienes tienen la expertiz en esta materia y con esa finalidad aportan o procuran aportar a las definiciones de políticas públicas, muchas veces son desatendidas y aquello tiene impacto y consecuencias severas en quienes son sujetos precisamente de esta política pública.

En definitiva, el hecho de pensar en la generación de un sistema distinto evidentemente también tiene la generación de expectativas en quienes van a ser sujetos de ese sistema, de que sus realidades y vivencias sean efectivamente diferentes de aquellas que se pretendían regular, en este caso que cualquier adolescente sea juzgado desde un prisma y paradigma distinto, donde su interés superior sea la consideración primordial y luego, por tanto, que no siga sufriendo desde la perspectiva de este proceso con aquellas situaciones que en razón de

su calidad de adolescente se relacionaban con el comportamiento de un sistema de lo que en virtud pasaba con los adultos.

Pero aquello, entonces, desde nuestra perspectiva, lamentablemente, queda de manifiesto y seguramente lo profundizarán Sofía y también Gonzalo, no se ha podido cumplir en términos integrales porque podemos tener una Ley N° 20.084 que en términos estructurales y de definiciones normativas no es una mala ley, pero que en concreto, desde la perspectiva de superación y funcionamiento, ciertamente no tiene una calidad de lo que uno esperaría de una política pública diseñada e implementada y evaluada con enfoque de derechos humanos; tanto es así que como también queda de manifiesto en el conocimiento de quienes estamos hoy en el panel y sin duda de quienes nos están oyendo, por ejemplo, yo que pertenezco orgullosamente muchos años al Ministerio Público, a éste se le otorgaron sólo 24 cupos para fiscales especializados en materia de responsabilidad penal adolescente, lo que resulta evidentemente insuficiente para satisfacer mecanismos de especialización que estaban contenidos en este sistema y que de esa manera pudieran permitir un enfoque diverso que no tuviera que ver con que yo regulo como fiscal las penas de manera distinta, sino que concibo el sistema de una manera distinta, comprometiéndome con las exigencias que imponen los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y acá desde una infidencia personal a mí también me tocó tramitar como fiscal, por cierto causas de responsabilidad penal adolescente, y cuando uno no tiene ese nivel de especialización evidentemente puede incurrir en la incapacidad de abordar investigativamente y en términos de persecución penal de manera eficiente, en razón de lo que los estándares internacionales de derechos humanos involucran y ahí creo que el desafío pasa por satisfacer ámbitos que efectivamente hoy no se encuentran resueltos.

En ese sentido, desde nuestra perspectiva, la falencia se concentra, primero, en que no hay una comprensión de que el sistema debe ser entendido como aquel que se adapta a las necesidades y a los derechos de las y los adolescentes, que por cierto tienen derechos específicos por su condición de personas en desarrollo y en crecimiento, y podemos focalizar las deficiencias en estos tres ámbitos desde nuestro punto de vista:

(1) Falta de especialización, lo que tiene como consecuencia un predominio absoluto de criterios del sistema de adultos que desconocen precisamente las necesidades particulares y específicas de cada adolescente que se enfrenta al sistema penal, lo que es particularmente agudo en las instituciones del Ministerio Público y del Poder Judicial que, por cierto, carecen de una especialización quizás en la lógica y los términos en que la Defensoría Penal Pública sí ha podido desarrollar ese ámbito, y esto asociado a lo que ya describía al inicio en términos de que cuando se diseña la política pública tampoco se evalúa la necesidad de cómo responder a las exigencias que impone la especialización y la exclusividad de manera efectiva, que hoy es irreal.

En este sentido, por ejemplo, los y las adolescentes presentan porcentaje de condenas superiores al régimen de adultos. Un 44,3% de adolescentes son condenados respecto del 30% de condenas en relación con las personas adultas, hay una menor aplicación de las salidas alternativas. En efecto, respecto de los adolescentes son un 30,8%, en cambio, en el sistema de adultos es un 33,6%; la baja aplicación del principio de oportunidad y además indudablemente la falta de consideración de que la medida cautelar de internación provisoria resulta excepcional y sólo en casos en que sea absolutamente necesaria desde la perspectiva del caso concreto.

(2) Otro nudo crítico es la falta de coordinación. Se evidencia de manera permanente la falta de integración y de abordaje institucional desde este punto de vista que tiene como consecuencia una intervención fragmentada que no permite lograr los objetivos y que, por lo tanto, no se concentra en ese adolescente que tiene que ser intervenido, sino que más bien las instituciones van rotando y generando acciones que no necesariamente conversan, teniendo una incidencia muy negativa en relación con ellos y ellas.

(3) Finalmente, un nudo crítico que nos parece que es el central, habida cuenta del rol que ejercemos, que se relaciona con el incumplimiento de parte del Estado de Chile del deber de garantizar los derechos humanos de aquellos adolescentes que se vinculan con la justicia juvenil y que, por cierto, evidencian situaciones de violaciones graves y sistemáticas que se han producido de manera permanente en las residencias en las cuales ellos se encuentran reclusos, las que me encantaría decir al 2020, no siguen existiendo, pero en las visitas que nosotros realizamos como Defensoría de la Niñez seguimos constatando que existen y con bastante severidad.

Desde este punto de vista, nosotros sumamos como nudo crítico la incapacidad que ha tenido el sistema de garantías, en que sigue el debate en este Congreso Nacional, de entender que el sistema de reinserción juvenil no puede ser entendido desde una perspectiva lejana y no vinculada a los otros ámbitos relacionados con el quehacer en materia de infancia y adolescencia. Se visualiza como si fuera este sistema solo un problema de justicia, en circunstancias que todos sabemos –o al menos los que estamos acá– que el tema de la vinculación del adolescente con la justicia juvenil tiene muchas más aristas que la sola aplicación eventual de una sanción. No se aborda desde ahí la lógica preventiva y como ésta incide favorable y directamente en la posibilidad de que menos adolescentes eventualmente se vinculen con este sistema y ciertamente desatenderlo y no vincularlo al sistema de garantías, lo que hace es dificultar la posibilidad de que el objetivo de la reinserción se entienda en una realidad que no sólo tiene que ver con el adolescente en sí mismo, sino que también con su entorno familiar y social que evidentemente va a poder dar sustento a ese proceso y a ese acompañamiento que pretenda generar una reinserción.

En términos de la protección integral vemos evidentes falencias en el rol de la Subsecretaría de la Niñez, en tanto rectora de un sistema que tiene que generar protección efectiva de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes; siguen existiendo problemas severos en materia de acceso y calidad de los registros, no existen modelos de prevención intersectorial que favorezcan esta situación de que ojalá que no tengamos que llegar a adolescentes vinculados a la justicia juvenil y, por lo tanto, desde esa perspectiva nosotros hemos participado permanentemente en el Congreso pidiendo que se fortalezca el sistema de garantías en este ámbito.

Para finalizar, ya de alguna manera Miguel Cillero hacía alusión al proyecto de ley que se encuentra en tramitación y acá me gustaría hacer un énfasis, que a diferencia de lo que pasó con el Servicio Protección Especializada que fue tramitada por la Subsecretaría de la Niñez, a nosotros como Defensoría de la Niñez nos parece que este proyecto de ley tramitado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos efectivamente compromete un modelo de intervención distinta, tanto es así que la Dirección de Presupuestos lo financia de una manera diferente y no lo expone a lo que involucra las lógicas de las subvenciones que ha sido tan duramente criticado por el Comité de los Derechos del Niño y eso nos parece muy positivo. También nos parece positivo cómo se explicita en este proyecto la incorporación de principios asociados a la especialización y la orientación a la gestión de la institucionalidad precisamente hacia él o la adolescente que se ha vinculado a la justicia juvenil. Aquello sin duda requiere de la dotación suficiente de recursos para las instituciones que están involucradas en este sistema, y acá me permito referir, por el conocimiento y práctica directa que el Ministerio Público no puede asegurar especialidad en este ámbito con la dotación actual que tiene.

Por tanto, este proyecto debe generarse en tanto política pública que ya no puede volver equivocarse con las y los adolescentes vinculados a la justicia juvenil de dotar especialmente de la suficiente capacidad de intervención en este ámbito, como también en el ámbito del Poder Judicial y por cierto, en la Defensoría Penal Pública. Y en este sentido, se generan nuevos instrumentos como el expediente único de ejecución y un informe técnico que pretenden modificar también normas de la Ley N° 20.084 que obviamente están destinadas a reducir el contacto con el sistema judicial y fortalecer algo que se hablaba en el panel anterior, que se relaciona con la justicia restaurativa, también alternativas desde esa perspectiva que son muy positivas. Y en ese sentido, se sostiene que un nuevo sistema de acreditación donde el consejo de expertos también tiene un rol que es importante y que desde esa perspectiva nos debiese asegurar un funcionamiento distinto.

Desde ese punto de vista, nosotros como Defensoría de la Niñez creemos que es imprescindible que se entienda que este sistema involucra un cambio de paradigma estructural. Y que aquello no se logra necesariamente con la aprobación de una nueva ley, lo hemos conocido

en nuestra historia, las leyes no aseguran que las cosas cambien porque para eso tenemos que tener una lógica estructural distinta y para que eso ocurra, efectivamente tienen que haber procesos en los que se entienda y se comprenda de una manera mucho más integral lo que pasa con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, cómo tenemos que hacer los énfasis desde el sistema de garantías para que ojalá cada día menos adolescentes se vean vinculados a la justicia juvenil y en ese sentido estaremos muy atentos como se sigue cursando el análisis y el trabajo de esta institucionalidad para que ojalá efectivamente podamos dar cuenta muy pronto como país de que hemos dejado de vulnerar los derechos humanos de este grupo de nuestra población.

Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente: un balance crítico

Gonzalo Berríos

Ya tanto Miguel Cillero como Patricia Muñoz han dicho algunas cosas que yo también tenía pensado mencionar; por lo mismo, voy a hacer algunos ajustes durante el transcurso de mi presentación para reafirmar algunas de las ideas que se han planteado, pero sin explayarme mucho más dadas las coincidencias.

Ahora bien, dada la convocatoria temática que se nos hizo, pienso concentrarme un poco más en el balance crítico del proceso de estos trece años de vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente, situándola, por supuesto, en el contexto de los 20 años del nuevo Código Procesal Penal –que para varias generaciones no es “la reforma procesal penal”, sino el sistema vigente–. Ya veremos qué podemos concluir a partir de una mirada un poco más histórica del proceso, que estimo será complementaria de lo planteado por el profesor Cillero y también de lo manifestado por la Defensora de la Niñez.

Pues bien, mi primer punto tiene que ver con la implementación del sistema de responsabilidad penal del adolescente, y antes de reiterar algunas cosas vinculadas a la Comisión de Expertos que mencionaba Miguel, creo necesario destacar que hay una cuestión no menor a tener presente en materia penal, sobre la que a veces preferimos taparnos los ojos. No podemos sacar nuestra mirada del contexto político-legislativo en que se discuten este tipo de materias. Así, la época en que la ley penal adolescente se presentó, discutió y se tuvo que implementar fue una época muy compleja desde el punto de vista de la relación entre lo penal y lo político. Me atrevería a decir que la “reforma procesal penal” como motivo de reflexión que nos convoca este seminario, ya una vez entrada en vigor, comenzó a tener sus primeros e influyentes detractores, presentándose las primeras “agendas cortas” para ir reformando por ser muy garantista en palabras de sus críticos.

Entonces, el contexto político del inicio de la ley penal adolescente era el de un gobierno que se encontró el año 2007 encajonado porque, por un lado, no estaban las condiciones materiales para implementar adecuadamente una ley, no solo en el sistema judicial –ya veremos que ahí también tenía y tiene problemas–, sino que también en el fundamental ámbito de la ejecución de las medidas alternativas o de las sanciones, y por otro lado, había una oposición política que presionaba y que encajonaba al gobierno de la época para “terminar con la impunidad de los menores delincuentes”, consigna tradicional de la década de la que estoy hablando. Ya se discutió sobre populismo punitivo en este seminario, así que me remito a ello. Si se postergaba la ley producto de esta falta de condiciones materiales, la acusación era la inoperancia, la mala gestión. Entonces, el costo político de un nuevo aplazamiento como el que se realizó en 2006

fue estimado seguramente como muy alto. No olvidemos que poco antes, a fines de 2005, previo al inicio de un nuevo gobierno, las autoridades del SENAME señalaban estar completamente en condiciones de comenzar a operar con el nuevo sistema, es decir, desde junio de 2006 como se preveía originalmente en la Ley N° 20.084. Ya sabemos cómo finalmente se escribió la historia de su puesta en marcha.

Recapitulando en los hitos temporales, un nuevo gobierno en pocos meses (entre marzo y junio) tiene que convencerse que no estaban las condiciones informadas en las carpetas de cambio de mando y rápidamente sacar una ley que postergaría por un año más la entrada en vigencia por la falta de condiciones materiales. Y aquí me tomo de lo que Miguel ya nos recordaba, se crea en esa ley de postergación y porque el Congreso lo exige, una comisión de especialistas para que hiciera seguimiento del proceso y les reportara los avances y problemas que fueran observando en la implementación. Y sólo voy a recordar la conclusión a la que llegamos en ese grupo -donde algunos eran académicos y otros representábamos a ciertas instituciones-, en el voto de mayoría de abril de 2007, a 2 o 3 meses de la entrada en vigencia de la ley y que era: a la fecha no se daban las condiciones mínimas necesarias desde el punto vista legal, por déficit normativos de la Ley, y tampoco era posible garantizar lo necesario en infraestructura, estado de los programas de ejecución de las sanciones, etcétera, para su adecuada puesta en funcionamiento. Se desaconsejaba derechamente la puesta en marcha en junio de 2007, pero en un contexto político donde unos y otros jugaban con la entrada en vigencia, la postergación era muy difícil de consensuar políticamente, por eso la alternativa de esta comisión, y que reseñó Miguel, fue implementarla con una gradualidad etaria. Y que era una alternativa a derechamente no implementar, o sea, se dio allí una cierta propuesta de salida.

Los representantes del SENAME, Gendarmería y CONACE³² de la época consideraron que sí estaba las condiciones para partir en aquel año. El análisis fue crítico, pero bastante objetivo y de buena fe, y parte de razón había en los diagnósticos. Tanto era así, que el Poder Judicial y el Ministerio Público, de alguna manera expresaron a través de los documentos respectivos, que dejaban claras sus responsabilidades según el ámbito de sus competencias con lo que ocurriría después de la sentencia condenatoria, donde la responsabilidad era del SENAME y los demás organismos asociados al cumplimiento de sanciones y programas. Por supuesto, que también en ese proceso hubo momentos muy interesantes de diálogo, como en la reforma al artículo 31, que también vale la pena mencionar.

Algunos hitos para este recuento de la implementación. Ante la evidente invocación de la aplicación de la ley penal más favorable para los antiguos adolescentes que en ese momento

32 Actualmente SENDA.

cumplían sus condenas como adultos con penas solo atenuadas y que querían traspasarse al nuevo sistema, no se hizo mucho, más bien se hizo poco; pese a ser un fenómeno que iba a presionar a los nuevos centros que no estaban preparados para desde un comienzo trabajar con jóvenes infractores de la manera especializada que se requería. O el incendio del Centro de Puerto Montt que dejó a 10 adolescentes muertos producto del mismo en octubre de 2007. O el suicidio de Priscila en el Centro de Limache el 02 de diciembre de 2008. Un recurso de protección parcialmente acogido por la Corte de San Miguel el año 2008, porque los adolescentes del Centro de San Bernardo -Ex Tiempo Joven-, donde había a lo menos 250 muchachos para tan solo 150 plazas, en invierno tenían colchones húmedos, ventanas rotas, faltas de frazadas y la caldera mala, es decir, no había agua caliente. O los problemas de agua del Centro de Chol Chol en la Araucanía. De eso estamos hablando durante los primeros años en términos materiales de la ley penal adolescente; por cierto, son hechos graves y no los únicos, lamentablemente, y pese a que no todo anduvo mal, hubo muertes, violencias, suicidios y problemas estructurales graves que eran evidentes que iban a suceder. No podemos olvidar esto porque es parte de lo que tenemos que tener presente para la "nueva implementación" que se pretende con la reforma legal en curso.

A eso se suma una disputa en el plano jurídico de cuál iba a ser la visión dominante sobre cómo aplicar esta ley a partir de su pobreza como cuerpo normativo en términos de la regulación especial y completa que se requiere, tal y como se aprecia ampliamente en el derecho comparado. Y es aquí que hubo una disputa fuerte por la hegemonía de hacia dónde podía encaminarse el sistema penal adolescente, dado la precariedad en la especialización de la mayoría de los actores. Ello implicaba una tendencia natural a comprender esta como una ley penal común y corriente, meramente atenuada en el contexto político de mano dura, donde la asimilación del adolescente con el adulto era algo relativamente plausible de que ocurriera masivamente.

Sobre esta idea de lo jurídico es donde quiero concentrarme ahora. Este sería mi segundo tema, que en el camino hasta el momento que vivimos hoy, el curso que tomó la implementación de la ley de responsabilidad del adolescente fue que finalmente logró ir más allá de su lectura simplista aun con las limitaciones que como texto especializado en justicia juvenil tenía. Y ello se logró por dos grandes influencias: la primera, la relevancia que tuvo el contexto institucional global del sistema de justicia penal donde creo que la reforma y sus principios generales jugaron un rol clave; y segundo, por la especialización jurídica que fue desarrollándose por mucho tiempo por activistas de los derechos de los niños y por académicos como el profesor Cillero que nos acompaña, y que fue introducida al interior del sistema por defensores penales juveniles como un colectivo, y por un grupo de jueces y de fiscales que también se especializaron en esta materia. Ambos hechos creo que pudieron finalmente modelar una interpretación de un texto pobre hacia una práctica relativamente protectora de los derechos de los

y las adolescentes, que era uno de los objetivos también de esta ley, como también fue uno de los objetivos de la reforma procesal penal en su momento. Pienso que de alguna manera ciertos defectos de la ley se fueron compensando durante estos trece años al ser aplicada bajo un enfoque que le dio algún sentido. El texto por sí mismo no tenía ninguna posibilidad de dársele y esto creo que es clave para la implementación de la reforma legal, o de la nueva ley, la 2.0, que se promete con el proyecto que está en curso.

También la reforma procesal penal del 2000 tuvo un rol importante como contexto de respeto de los derechos y garantías de los imputados, que permitió contener ciertos resabios tutelares propios del antiguo régimen de la ley de menores; y además puso sobre la mesa el tema de la legalidad y el debido proceso en el trato con los adolescentes. Fue una sólida base para que el sistema pudiese operar de buena manera, pero aquí es donde resulta clave a mi juicio también, la importancia del derecho penal de adolescentes (o derecho penal juvenil) como un relato coherente de este cambio legal: más que una ley aislada había que entenderla como una nueva concepción, un nuevo sistema que se estaba cambiando y la Convención sobre los Derechos del Niño fue un gran fundamento para ir más allá del texto, como ya decía antes. La necesidad de combinar este derecho penal y este derecho procesal penal de avanzada con los derechos del niño o de la niña creo que sirve para explicar en algún punto al menos estos desarrollos.

Asimismo, destacaría que, a nivel judicial, la Corte Suprema progresivamente fue acogiendo y desarrollando una línea jurisprudencial bastante favorable para consolidar una interpretación especializada de la ley penal juvenil. Hay casos destacados en distintas materias (penales, procesales y de ejecución) que han ido asentando una mirada especializada y que fue muy útil para desprenderse de esos primeros años llenos de graves problemas.

En todo caso, si se recopilara la cantidad de veces en que la especialización de defensores estuvo a punto de desaparecer en esos años críticos, y habrá que construir esa historia, necesariamente se debe levantar una crítica a algo que yo no logro entender bien y es que en el actual proyecto de ley la Defensoría Penal Pública con el consentimiento del Ejecutivo haya desistido de introducir en la ley a su histórica Unidad de defensa penal juvenil, y dejarla transformada en un área híbrida, así un poco perdida, más aún con un argumento estrictamente formalista sobre su estructura interna.

Impacto de la reforma procesal dentro del sistema de responsabilidad penal juvenil: una mirada latinoamericana

Sofía M. Cobo Téllez

Agradezco a la Corte Suprema de Justicia la invitación a conmemorar el 20° aniversario de la Reforma Procesal Penal en Chile, sin duda la reforma ha sido un precedente en toda América Latina.

A continuación, analizaré el impacto de la Reforma Procesal dentro del sistema de responsabilidad penal juvenil desde una mirada latinoamericana, para lo cual dividiré mi intervención en tres etapas: la primera expondré una breve evolución de la justicia juvenil; posteriormente, el contexto actual haciendo hincapié en el caso chileno; y como conclusión se presentarán algunos desafíos futuros.

a. Evolución de la Justicia Juvenil en América Latina.

La evolución de la justicia juvenil en América Latina presenta dos momentos cruciales, el primero, a principios del siglo XX cuando se importa el modelo de cortes juveniles norteamericano y el segundo, en los últimos 25 años con la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En la primera etapa, las personas adolescentes eran consideradas objetos de protección y el modelo contaba con una capacidad amplia y discrecional de cuidar a niños, niñas y adolescentes abandonados, además de conocer de infracciones administrativas cometidas por los mismos. Imperaba lo que denominamos la “Doctrina de Situación Irregular” como criterio central del sistema, es decir, cuando los niños, niñas y adolescentes se encontraban en estado de riesgo, abandono o peligro -a criterio subjetivo de la autoridad competente-, se aplicaba el mismo.

Hace aproximadamente 25 años inició un movimiento en América Latina que trajo como consecuencia una serie de reformas. Entre 2020 y 2021, la mayoría de los países de la región cumplen aproximadamente 30 años de haber ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, estándar general del cual deriva el sistema de responsabilidad penal juvenil a nivel mundial. Los estándares concernientes al tratamiento de las personas adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley están contenidos concretamente en los artículos 37 y 40 y en la Observación General N°24 del Comité de los Derechos del Niño.

El Modelo de Naciones Unidas derivado de la Convención cambió el paradigma respecto a la forma de abordar la justicia juvenil y alteró con ello el panorama legislativo dando origen a las denominadas “Leyes de Segunda Generación”. Durante este período se aprobaron nuevas

leyes de justicia juvenil, pero también las leyes sobre los derechos del niño. En algunos países, la justicia juvenil fue introducida dentro de las leyes de los derechos del niño y de la niña como es el caso de la ECA³³ en Brasil: y en otros países se publicaron leyes específicas. En la actualidad, existen países como por ejemplo México que ya han modificado sus leyes originales³⁴.

La Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente publicada en 2007 en Chile, forma parte de esta serie de reformas legislativas en la región. Algunas de las leyes vigentes son: el Estatuto del Niño y Adolescente en Brasil (ECA, 1990), la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (1996), el Código de Niñez y Adolescencia en Uruguay (2004); Código de Infancia y Adolescencia de Colombia (2006); la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en México (2016) y en Perú el Código de Responsabilidad Penal Adolescente (2018).

Como ejes fundamentales de las reformas tenemos la de brindar el carácter especializado al sistema, el reforzamiento al debido proceso, la aplicación de medidas no jurisdiccionales (formas alternativas de justicia), además de considerar el internamiento (tanto provisional como definitivo) como último recurso. La regulación especial trató de apartar al adolescente de la justicia penal ordinaria (la aplicada a personas adultas) y de sus consecuencias jurídicas mediante la aplicación de medidas de sanción que cuentan con una finalidad socioeducativa, desvinculada de los fines del derecho penal simbólico y de la seguridad pública (ciudadana).

Algunas de las características de las leyes latinoamericanas en materia de justicia juvenil son las siguientes:

- Incorporaron al sistema de responsabilidad penal juvenil los principios básicos del sistema de protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes;
- Reconocieron a las personas adolescentes como sujetos plenos de derechos;
- Delimitaron en forma abstracta al grupo etario;
- Jerarquizaron la función judicial a fin de dirimir este tipo de conflictos;
- Obligación de los operadores a la especialización;

33 Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, 1990.

34 Con la publicación de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016) se abrogaron todas las Leyes o Códigos Estatales en la materia.

- Desvinculación de la doctrina situación irregular; y
- Consideran al internamiento/ubicación institucional como último recurso.

A pesar de que todas estas leyes se fundamentan en el modelo de Naciones Unidas, en la práctica, algunos sistemas de justicia juvenil en la región, no aplican un modelo epistémico coherente; es decir, insertan algunos institutos procesales bajo el argumento de la eficiencia judicial y algunas prácticas forenses sustentadas en modelos deterministas contrarios al modelo garantista, contrariando el principio de especialidad y la protección de derechos reforzada.

En este sentido, y a fin de explicar la falta de coherencia epistémica en algunos de los sistemas de justicia juvenil en la región, en primer lugar, me referiré a la aplicación de algunos institutos procesales. Recordemos justamente que, de acuerdo a la especialidad en el sistema, algunos de los principios y/o institutos procesales aplicados por la justicia penal ordinaria no son compatibles. El procedimiento penal especializado para adolescentes no debe ser considerado como un procedimiento penal en miniatura de acuerdo a lo considerado por el presidente del Comité de los Derechos del Niño, Luis Pedernera. De ahí que instituciones procesales como el procedimiento abreviado, la prisión preventiva como medida cautelar y la privación de la libertad como consecuencia jurídica, deben de ser reconsiderados en la justicia juvenil. Debemos proponer formas no tradicionales (alternativas) para abordar el conflicto en donde se encuentran inmersos los niños, niñas y adolescentes, es decir, hay que hacer un esfuerzo por construir un procedimiento armonizado a los principios del sistema garantista, replanteando los roles de los sujetos intervinientes, por ejemplo, la figura del Ministerio Público/Fiscal, debe de tener un rol totalmente distinto al de la justicia penal ordinaria, es decir, no considerarlo como “el ente acusador”, respecto al papel que juega la persona adolescente, es distinto en comparación con la persona adulta respecto a las normas, al procedimiento penal y a la ejecución de las medidas y por último, el juez debe buscar que la relación de la persona adolescente con el sistema de justicia sea una experiencia de legalidad que coadyuve al logro de la finalidad establecida por el sistema.

Respecto a la aplicación de modelos teóricos contrarios al modelo garantista en ciertas prácticas forenses, es importante concluir que dentro del proceso especializado existen algunas prácticas forenses sustentadas en modelos deterministas, algunas de ellas derivadas del paradigma de riesgo de Farrington, ampliado por los canadienses Andrews & Bonta, con su modelo “RNR” (riesgo- necesidad- responsabilidad). En este modelo se utiliza como práctica, el “Examen de Evaluación de Riesgo” para determinar medidas cautelares en adolescentes a través de la predicción de conductas delictivas fundamentadas en factores endógenos como detonantes de la conducta delictiva, por ejemplo, la historia individual de conducta antisocial, el patrón de personalidad o la ausencia de redes familiares. En este sentido también es im-

portante resaltar la ausencia de técnicas de interrogatorio especializadas, siendo importante considerar que los adolescentes son más susceptibles a la manipulación, sobre todo, en situaciones de intensa presión, al igual que su autocontrol, toma de decisiones, regulación de sus emociones, y en general, las distintas sensaciones respecto a la recompensa y el riesgo es distinto respecto a los adultos. No se debe interrogar a las personas adolescentes como si fueran adultos y menos aun utilizando estrategias de minimización encaminadas a la confesión de los hechos; en la entrevista con la persona adolescente siempre deben estar presentes sus padres, tutores, algún adulto referente, además de sus abogados para evitar interrogatorios coercitivos y manipulados.

A fin de asegurar un sistema garantista y de corte democrático, debemos alejarnos de todas estas prácticas que corresponden a un derecho penal de autor, que no es acorde ni se ajusta a los principios derivados de la Convención, por ejemplo, el interés superior y la expresión propia de sus necesidades como ejes prioritarios que evitan su cosificación. La doctrina de protección integral debe coincidir con el imperativo kantiano, no podemos considerar al adolescente como medio para alcanzar un fin, que además en muchos casos ese fin es ajeno a sus necesidades y a su desarrollo integral.

Dentro del contexto actual en este sentido es importante citar el Informe Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas³⁵, publicado en 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Unicef, el Banco Interamericano de Desarrollo y Save the Children-Suecia. Dentro del mismo se evidencia el hecho de que a pesar de los avances legislativos en la región respecto a la materia de estudio, existe una importante distancia –a decir por la Comisión- entre el discurso normativo y la realidad que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en la región. En algunos países, los sistemas se caracterizan por la discriminación, el uso de la violencia, la falta de especialización del sistema y de los operadores, así como el abuso de las medidas privativas de la libertad antes del juicio y posteriores a la sentencia. En este sentido, es importante también tener presente el Informe sobre Violencia, Niñez y Crimen Organizado, publicado en 2015 también por la Comisión Interamericana, en donde se evidencia que las condiciones de inseguridad y violencia que vivimos en la región, conllevan grandes vulneraciones de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es decir, es este grupo etario uno de los mayormente afectados por la violencia. De los principales motivos de preocupación que la Comisión encuentra respecto a los niños, niñas y adolescentes que han cometido delitos son aquellos que se encuentran debajo de la edad de responsabilidad penal mínima, debido a que éstos son privados de la libertad en el marco de los denominados “Sistemas de Protección” con un tratamiento punitivo y sin la garantía del debido proceso, lo mismo sucede con los ni-

35 Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>.

ños, niñas y adolescentes en situación de calle que se encuentran fuera del control parental y respecto a los que tienen alguna discapacidad mental, cognitiva o sensorial, los cuales también son sistemáticamente criminalizados. La policía aplica una política selectiva y discriminatoria arrestando a los más vulnerables, los adolescentes en situación de pobreza, los pertenecientes a algunos grupos, minorías étnicas o religiosas o pandillas.

Las formas no jurisdiccionales de solución de conflictos no son empleadas en la mayoría de los países de la región, los principios en la determinación e individualización de sanciones (medidas de sanción), por ejemplo, el de proporcionalidad y racionalidad, no son aplicados de manera especializada y armónica, lo que trae como consecuencia medidas irracionales, prolongadas en el tiempo e incluso indeterminadas en el tiempo. En este sentido, es importante mencionar que Chile, a través del Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, ha conformado un Grupo Iberoamericano de Estudios sobre Justicia Juvenil, el cual como su primer producto publicó en 2019 los Estándares comunes para Iberoamérica sobre determinación y revisión judicial de sanciones penales en adolescentes. Con éste y posteriores proyectos, Chile ha sido el semillero de estudios especializados en justicia juvenil que sin duda son y serán el fundamento y consolidación del sistema de justicia juvenil en la región.

De acuerdo con el informe analizado, en términos generales, la Comisión evidencia una tendencia por suprimir o disminuir las garantías procesales y la edad mínima a las y los adolescentes, así como aumentar las medidas de sanción. Para ello considero importante, reflexionar sobre el papel que juega el populismo punitivo y como éste puede impactar en el sistema especializado. Dentro del Derecho Penal, la violencia ocupa un lugar destacado tanto por su objeto de estudio como por la forma en la cual se pretende solucionar el conflicto. La ausencia de una política criminal abre las puertas al populismo punitivo el cual puede llevar hacia un Derecho Penal irracional y autoritario. Es importante vigilar que el populismo punitivo no impacte en el sistema especializado aumentando penas, disminuyendo la edad de responsabilidad penal y aplicando figuras que corresponden a la justicia para adultos, por ejemplo, el procedimiento abreviado.

Ante el avance de las ciencias relacionadas con el desarrollo integral, en el mes de septiembre de 2019 el Comité de los Derechos del Niño publicó la Observación General N° 24, que suplió la N° 10 de 2017 sobre los Derechos del Niño de la Justicia Juvenil. Entre los aspectos más importantes, la Observación General elevó el estándar mínimo de responsabilidad penal adolescente a 14 años, derogó el uso del lenguaje estigmatizante, incluyó límites máximos y mínimos respecto a las medidas de sanción, principalmente las privativas de la libertad e incentivó la aplicación de las formas no jurisdiccionales de solución de conflictos como regla general y no alternativa. También delimitó las bases hacia programas de atención para niños y niñas menores de edad que cometen delitos que no son ingresados al sistema especializado. El Comité de los Derechos del Niño insta a los Estados a considerar esta Observación General como criterio

orientador de la política interna, por lo tanto, esto es uno de los grandes retos de la justicia juvenil en la actualidad, armonizar las leyes y la política pública al contenido de esta Observación.

Algunas de estas Observaciones son aplicables ya en el contexto chileno, sin embargo, uno de los grandes avances que ha tenido el sistema local, es la existencia de evaluaciones empíricas, como el estudio reciente publicado por Unicef y la Defensoría Penal Pública de Chile denominado “Análisis de la implementación de la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente” (septiembre, 2020). En él se concluye la falta especialización de los operadores, el excesivo uso del internamiento preventivo y la ausencia de la unificación de las condenas. También es importante mencionar el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, que introduce modificaciones a la Ley N° 20.084 a fin de adecuarla a estándares internacionales en la materia integrando a la educación como eje fundamental al interior en los planes o programas aplicados al interior de los centros especializados.

Como conclusión podemos considerar que el Sistema de Justicia Juvenil en América Latina cuenta con grandes desafíos, la gran mayoría de ellos respecto a la implementación práctica del mismo, ya que en términos generales las leyes se armonizan a los estándares internacionales. Algunos de los desafíos son la falta o deficiente especialidad, la introducción del enfoque transversal, la armonización con la Observación General N° 24 a fin de contrarrestar el populismo punitivo, la aplicación del principio de subsidiariedad y mínima intervención, la elaboración de programas de reinserción social con su correspondiente infraestructura institucional.

En la actualidad existen diferentes formas de enfrentar los delitos cometidos por adolescentes en el mundo, la tendencia en algunos países ha sido reprimir este tipo de conductas y otros optan por la aplicación de alternativas no jurisdiccionales. Algunos otros con regresiones tutelaristas, es decir, la tendencia puede ser más o menos radical e intervencionista.

De acuerdo con lo analizado en el presente panel, resulta indispensable fortalecer a las instituciones, la política, programas y prácticas relativas a la justicia juvenil en la región. Una de las principales propuestas es brindar respuestas integrales de coordinación institucional, coherente con la naturaleza epistémica del sistema. Si logramos encontrar esta armonía sin duda tendremos una justicia juvenil eficaz y consolidada en la región.



En el marco de los 20 años de la Reforma Procesal Penal en Chile, el Comité de Comunicaciones de la Corte Suprema realizó en noviembre de 2020, a través de la plataforma Zoom, el seminario internacional sobre la Reforma Procesal Penal, sus orígenes, expectativas y resultados; y nuevas perspectivas del Derecho Penal y Procesal Penal.

En dicho contexto, la presente publicación ofrece a la comunidad jurídica, académica y público en general, todas las exposiciones que Ministros de la Corte Suprema, y connotados y connotadas exponentes a nivel nacional e internacional realizaron durante el seminario, reflexionando sobre una serie de temáticas vinculadas con la reforma procesal penal como la génesis, diseño original y bases constitucionales; las reformas al modelo original y las materias pendientes, como la ejecución penal. Junto con ello, debatieron acerca del populismo penal; la reforma procesal penal y sistema de responsabilidad penal juvenil; y otros temas más innovadores como el proceso penal e inteligencia artificial y la denominada justicia negociada.

De esta forma, el Comité de Comunicaciones pretende desarrollar una de sus líneas de acción referida a la difusión de las actividades del Poder Judicial, encomendada por el Tribunal Pleno y, junto con ello, contribuir al logro del objetivo estratégico de mejorar la percepción de la ciudadanía respecto de la confiabilidad, oportunidad y transparencia del Poder Judicial, según el Plan Estratégico 2021-2025.