





Jaime Arellano, director de CEJA y uno de los artífices de la reforma procesal penal:

“NO ES BUENO
TENER UN SISTEMA
DE DEFENSA PENAL
QUE DEPENDA
DEL GOBIERNO DE
TURNO”

► El ex subsecretario de Justicia de Ricardo Lagos participó desde fines de los ‘90 en la discusión que concluyó con la instalación de un sistema penal acusatorio y con la irrupción de dos nuevos actores: el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

► Por **Paola Sais Dünner**,
periodista Defensoría Nacional.

A más de 20 años desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal y en momentos en que sus principales actores -Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública- y el resto de las instituciones del Estado están atentas al trabajo que desarrollan los 154 constituyentes que redactan una nueva Constitución, uno de los protagonistas de aquel proceso, que dejó atrás la justicia inquisitoria y la reemplazó por un esquema acusatorio, desclasifica hoy con “Revista 93” los debates, discusiones, propuestas y posturas que dieron paso al actual sistema de justicia penal.

A pocos días de dejar su cargo en el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Jaime Arellano repasa el aporte fundamental que hicieron los académicos de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales (UDP), la experiencia de provincias argentinas como Córdoba, que iniciaron antes este proceso de cambio pero quedaron a medio camino y la injerencia que tuvo la cooperación internacional española en la definición de la futura institución que defendería a toda persona imputada por un delito penal y que necesitara un abogado.

Reconoce que la autonomía de la Defensoría nunca fue tema de conversación y que hoy, con el paso del tiempo, se da cuenta del riesgo que puede correr la institución al depender del gobierno de turno, “que pudiera ejercer una presión indebida en la defensa de ciertos grupos”.

Por el contrario, hoy piensa que es fundamental que un órgano del Estado que se encarga de la defensa penal de toda persona que lo requiera, tenga una función autónoma del debate de las políticas públicas y de la legislación existente en materia de justicia penal.

Entre agosto y octubre de este año, y como parte de un ciclo de talleres que la institución coordinó con la Universidad Alberto Hurtado (UAH) y el CEJA, Jaime Arellano repensó a la Defensoría, reflexionó sobre su histórica aspiración de autonomía legal o constitucional y evaluó los peligros y posibilidades que tiene hoy este anhelo, en el marco del proceso constituyente que trabaja en una nueva Carta Fundamental para Chile.

-¿Cuál fue la experiencia comparada, a nivel regional y mundial, que revisaron quienes trabajaron en el diseño de nuestro sistema de justicia penal?

-Todo el diseño inicial surge desde el mundo de la academia, fundamentalmente de las facultades de derecho más progresistas, especialmente la Universidad Diego Portales. La Universidad de Chile y la Pontificia Universidad Católica reaccionaron mucho más tarde. Tuvieron una postura más conservadora. Sin embargo, debo decir que sí hubo abogados de ambas casas de estudio que sí se sumaron en esta aventura. Desde esta irrupción académica viene la incorporación de Soledad Alvear y de su equipo del Ministerio de Justicia.

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

-¿Y cuál fue la experiencia internacional que se revisó para diseñar nuestro modelo?

-Siempre se dijo, y eso es un error, que este era el modelo de justicia estadounidense aplicado en Chile. El debate nace del modelo de justicia de la España post franquista y de las provincias argentinas, en especial Córdoba, que comenzaron a cambiar sus modelos de justicia. Acá tomamos en cuenta sus experiencias para bien y para mal. Digo esto, porque -por ejemplo- el modelo de justicia argentino es mixto y quedó a mitad de camino. Es parte inquisitivo y parte acusatorio. Los expertos argentinos nos recomendaron que no nos quedáramos a mitad de camino, como ellos.

Lo que es importante de destacar de Chile es que fue el primer país que hizo un diseño de reforma del sistema de justicia penal como política pública. Aunque llegamos más tarde que otros países, como Guatemala, ellos hicieron un proceso que fue sólo normativo. No pensaron en su aplicación. Lo más importante es el cambio de las prácticas, si no es como que no se cambiara nada. Eso fue lo que aprendimos de las experiencias de reformas previas.

-Y del modelo estadounidense ¿nada?

-Ese modelo es la base del sistema acusatorio, pero como nuestra cultura es distinta y tenemos un sistema de derecho continental y no del *common law*, no podía ser tan aplicable. Tomamos mucho de los sistemas de justicia de Alemania y de España.

► “Siempre se dijo, y eso es un error, que este era el modelo de justicia estadounidense aplicado en Chile. El debate nace del modelo de justicia de la España post franquista y de las provincias argentinas, en especial Córdoba, las que comenzaron a cambiar sus modelos de justicia”.



-Y en el caso específico de la Defensoría Penal Pública, ¿qué experiencias externas se evaluaron?

-Recuerdo que en el modelo de la Defensoría Penal Pública tuvo mucha importancia la asesoría de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (Aecid), pero el diseño nuevamente fue *sui géneris*. Son instituciones chilenas. El Ministerio Público, por ejemplo, es distinto al de otros países, donde no son autónomos y acá nosotros quisimos que así fuera. Al tener un Estado unitario fue más fácil.

En el caso de la Defensoría, hubo un debate previo. Algunos querían una defensa cien por ciento pública, un poco como en Argentina, aunque su sistema es bicéfalo y diferente, pues una misma entidad incluye al Ministerio Público y a la Defensa Pública. Lo mismo pasa en Costa Rica. Hay defensas penales públicas que dependen del Ejecutivo y otras del Poder Judicial y hasta del Ministerio Público. Otros postularon que fuera un servicio público y otros un fondo licitable de defensa con sistema de *vouchers*.

-¿Quiénes apoyaban una y otra postura?

-Los más liberales postulaban un sistema de licitaciones con un alto control de calidad y había otro grupo que, basado en la experiencia de las Corporaciones de Asistencia Judicial, apoyaban una Defensoría como órgano público.

Tengo la impresión, y puedo equivocarme, de que nadie nunca se centró en la idea de la autonomía de la defensa penal pública. Los debates se centraban en una defensa de alta calidad y en qué organización se le daba a una entidad que debía cumplir con altos estándares. Siempre se dijo que la relación es entre el abogado y su cliente, así que ni siquiera podría haber un entramado institucional que influyera en esta relación.

No fue materia de debate. Además, la discusión legal de la Defensoría Penal Pública vino después del debate del Ministerio Público. Cuando entramos al gobierno, en 2000, teníamos las fechas encima y tuvimos que abrir una glosa de la partida presupuestaria para crear una oficina de defensa.

Por eso nombramos y contratamos al primer equipo de la institución.

No quiero tirarme flores y decir que se pensaba en la autonomía. Nuestra inquietud era cómo armar una entidad que otorgara una defensa penal de calidad, que fuera más allá de las corporaciones y que no fuera sólo un show. Estábamos enfocados en la capacidad de la Defensoría Penal Pública de ir generando doctrinas para las defensas penales, estudiar los fallos y tener litigación estratégica para enfrentar distintos temas.

SISTEMA MIXTO

-Respecto del sistema de prestación de defensa penal pública, ¿cuál fue el debate que derivó en la creación de un sistema mixto?

-La verdad es que en algún momento del debate decidimos hacer algo que fuera lo mejor de los dos mundos: un núcleo de servidores públicos que nos garantizara estabilidad en la prestación de defensa con una cobertura mínima, y un sistema privado que trajera las corrientes del derecho privado, pero siempre con la premisa de medir la calidad de ambos mundos con la misma vara.

Francamente esta fórmula, desde una mirada de construcción pública, era muy interesante, porque permitía una competencia de calidad entre dos subsistemas. Y una nota que, a pesar de ambos diseños, cuando se hace una investigación en el sistema licitado y es grave, el afectado es removido, mientras que en el sistema público nadie ha sido removido jamás por incumplimiento profesional. Es un sistema más permisivo. Eso corre, en general, en las organizaciones públicas, donde hay estatuto administrativo.

El sistema mixto genera un grado de equilibrio. Sin embargo, tampoco se pensó en un sistema puramente privado, porque uno se arriesga a muchas cosas, incluso a carteles de abogados, como ocurrió con los pollos y los medicamentos, de grupos que dijeran: 'ya que la defensa depende exclusivamente de organizaciones de abogados, vamos a coludirnos y presentarnos todos con los mismos precios'.

Con los años, el sistema mixto se ha ido perfeccionando. Recuerdo que las primeras bases de licitación tenían unas ca-

racterísticas puntuales, y a medida que se fue avanzando, se fueron corrigiendo errores para eliminar lo que yo llamo 'incentivos perversos'. Por ejemplo, al inicio decíamos que para el sistema era importante que hubiese salidas alternativas y entonces había premios o incentivos por salidas tempranas, pero terminado el primer ciclo de licitaciones, pensamos que podía ser de interés del cliente ir a juicio, incluso para que se les declarara inocentes y con este incentivo para los licitados nos dimos cuenta de que podíamos estar atentando contra la estrategia de defensa.

La defensa penal pública y el área encargada de revisar las bases y sus efectos fue muy perspicaz en ir pensando qué es lo que estaba pasando con este sistema y eso permitió ir cambiando las bases. Sin embargo, eso no puedes hacerlo con un funcionario público. Intentas cambiarle las reglas del juego y no puedes.

Ese fue el motivo de la creación de este sistema mixto, que es bien particular. Sé que ha habido un debate sobre el tema, pero me pareció que era más ruido que números. En los talleres que realizamos con ustedes, al preguntarle a los defensores regionales, ellos respondieron que era bueno mantener el sistema. Distinto pasó con las asociaciones de funcionarios y de defensores, quienes van por lo público, con la tendencia de que es siempre mejor.

Yo siento que este sistema ha mantenido una competencia sana, en la mayoría de los casos, de buena calidad, y los defensores regionales dicen que ellos recurren a unos y a otros, en cualquier etapa del proceso, desde la primera audiencia.

La Defensoría es una organización que se está pensando a sí mismo, y se está repensando siempre de manera crítica. Tiene la capacidad de reaccionar. Por ejemplo, frente a la pandemia, en cuestión de horas estaba reorganizada para hacerse cargo de la situación y cuando se produjo la emergencia a raíz del estallido social, la defensa pública se armó rápido y además motivó un piloto en comisarías, que es una política que se aplica hoy y que fue posible gracias a la rápida reacción institucional.

-¿Qué opina del sistema de nombramiento del Defensor Nacional, quien a la hora de opinar sobre una política pública

que va en contra de la postura del gobierno de turno no tiene la misma voz que el Ministerio Público o el Poder Judicial, frente al Congreso, por ejemplo?

-Allá por 1996, cuando se empezó a discutir el modelo, no pensamos en la autonomía de la Defensoría Penal Pública, pero ya a poco andar nos dimos cuenta que no era bueno que la autonomía funcional dependiera de la buena fe del gobierno de turno, y que era peligroso, porque podía llegar un gobierno que le impidiera a la Defensoría plantear sus posturas en legislación de carácter penal o en casos de narcotráfico.

No es bueno tener un sistema de defensa que dependa del gobierno de turno y que pudiera ejercer una presión indebida en la representación de ciertos grupos. Es importante que un órgano del Estado, que se encarga de la defensa penal de toda persona que lo requiera, tenga una función autónoma del debate de las políticas públicas y de la legislación existente en materia de justicia penal.

► “No quiero tirarme flores y decir que se pensaba en la autonomía. Nuestra inquietud era cómo armar una entidad que otorgara una defensa penal de calidad, que fuera más allá de las corporaciones y que no fuera sólo un show. Estábamos enfocados en la capacidad de la Defensoría Penal Pública de ir generando doctrinas para las defensas penales, estudiar los fallos y tener litigación estratégica para enfrentar distintos temas”.



► “La Defensoría es una organización que se está pensando a sí misma y se está repensando siempre de manera crítica. Tiene la capacidad de reaccionar. Por ejemplo, frente a la pandemia en horas estaba reorganizada para hacerse cargo de la situación y cuando se produjo la emergencia a raíz del estallido social, la defensa se armó rápido y además motivó un piloto en comisarías, que es una política que se aplica hoy y que fue posible gracias a la rápida reacción institucional”.

Y tercero, la autonomía institucional da la opción de poder pararse frente al órgano persecutor, al gobierno y a las policías de igual a igual. Son todos debates en los que a la defensa le interesa tener una voz válida.

NOMBRAMIENTOS Y GOBIERNO CORPORATIVO

-¿Y el nombramiento del Defensor Nacional?

-Desde el punto de vista organizacional, la Defensoría requiere de cierto grado de autonomía para elegir a sus autoridades. No me atrevo a decir aún cual sería la mejor fórmula. Un consejo de la jurisdicción tampoco parece ser una buena opción. Comprobamos, por ejemplo, que la participación inicial del sistema de justicia en los nombramientos del Ministerio Público fue racional, pero hoy pienso que no tienen por qué tener que decidir sobre quiénes llegan al ente persecutor. Y con los defensores públicos debe ser igual. En el estudio que hicimos, nos inclinamos por un gobierno corporativo sobre el Defensor Nacional, que ayude a la institución en algunas decisiones.

-¿Quiénes conformarían este gobierno corporativo?

-Eso habría que definirlo. Inicialmente creo que debería haber representación, pero no directa, del Poder Ejecutivo y probablemente del Legislativo, para que exista un correlato político en algunos temas. No hablamos de un gobierno corporativo para el día a día, pero sí para ciertas definiciones.

¿Qué peligros podrían afectar la autonomía constitucional?...

De no lograrse esta autonomía, ¿qué otras posibilidades ve usted para conseguir la anhelada independencia institucional?

-Me parece que es posible alcanzar una autonomía de rango legal y que eso podría ser suficiente, dependiendo del *quórum* de la norma respectiva a tener un grado de fijeza razonable. Entonces, no es malo para nada que haya una autonomía legal. Sería un gran paso para la Defensoría frente a su situación actual.

Probablemente, ese rango de autonomía legal va a tener un sistema de nombramiento de Defensor Nacional que dé las mayores garantías posibles y que, en caso de haber un ministerio involucrado, éste no pudiera influir lo suficiente como para declarar o no vacante un concurso.

Puede ser a través de un sistema de Alta Dirección Pública especialmente diseñado para la Defensoría y que asegure la autonomía del proceso e impida una decisión política de no dar lugar a una decisión como esta (declarar desierto) cuando ya se ha conformado una terna.

La autonomía legal implica que no hay dependencia de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Sin embargo, al estar establecida en el rango legal, existe la amenaza de que, si existiera el quórum suficiente, podría volver a depender de algún ministerio u otro órgano del Estado.

El otro inconveniente es que el Ministerio Público, su contrincante natural, tiene hoy rango constitucional y el otro operador -los tribunales- es un poder del Estado consagrado en la Constitución. En este escenario parecería conveniente, en términos éticos y de estatus normativo, que la Defensoría tuviera un rango constitucional de autonomía.

A mi entender, basta con una frase, un artículo de un inciso dedicado a la Defensoría, dejando para luego una ley orgáni-



► “A mi entender basta con una frase, un artículo de un inciso dedicado a la Defensoría, dejando para luego una ley orgánica de carácter institucional, para dejar el entramado legal en la nueva Constitución que diga “existirá una defensa penal pública de carácter autónoma” para consagrar su autonomía constitucional, dejando mucho del detalle a una norma legal” .

ca de carácter institucional, para dejar el entramado legal en la nueva Constitución que diga “existirá una defensa penal pública de carácter autónoma” para consagrar su autonomía constitucional, dejando mucho del detalle a una norma legal . También podría tener un desarrollo mayor, como el del Ministerio Público, aunque francamente no me parece tan necesario.

¿Los peligros para alcanzar la autonomía? El más importante es que la Defensoría Penal Pública sea enredada en el debate con otras áreas de acceso a justicia que son igualmente importantes y se creara un gran organismo de defensa pública sin apellidos, como ocurre en Ecuador.

El problema con la aplicación de este modelo serían la dificultad de homologar, por ejemplo, a las corporaciones a este sistema legal. Tendrían un costo muy alto de incorporación del personal. Segundo, culturas distintas, que suelen darse cuando hay dos o tres organizaciones dentro de una, terminan con su cultura, generan recelos y complican. Y tercero, desde el punto de vista técnico y de garantías,

me preocupa que la Defensoría, que es una institución especializada, se perdiera en una organización mayor.

Hay una especialización que ha ido desarrollando una cultura en la defensa penal pública, que uno no quisiera que se perdiera. Además, la defensa de delincuentes no es popular, entonces una organización que tiene mas defensas (del trabajador, de adolescentes, del arrendatario) lleva una tentación de llevarla a una gran organización, que puede darle un carácter más empático

-¿Y la posibilidad de crear una defensa penal pública de víctimas y de victimarios?

-Eso es bien complicado, una muralla china. No lo veo viable, porque en un principio se entendió que la defensa de víctimas le correspondía al Ministerio Público y el debate es si ellos lo van a tomar o se creará una defensa particular de víctimas. Además, unir las generaría una incompatibilidad de defensas que lo hace inviable. 