





JUAN PABLO MAÑALICH, doctor en derecho penal:

“HAY QUE ERRADICAR
**LA PROMESA
IRRESPONSABLE**
DE QUE ES POSIBLE
ELIMINAR LA
DELINCUENCIA”

► Por Marcelo Padilla V.,
periodista Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana,
Defensoría Nacional.

► El abogado y académico de la Universidad de Chile revisa, en la siguiente entrevista, los mayores déficits actuales del sistema de persecución penal chileno, pasando por la obsolescencia del Código Penal, una confusión en los roles de ambas policías, la falta de actualización de los procedimientos de éstas y la incapacidad del aparato institucional del Estado para hacerse cargo de un problema que, advierte, “es urgente”.

Cada tanto durante esta entrevista, el abogado, profesor y doctor en derecho penal Juan Pablo Mañalich (Santiago, 14 de octubre de 1979) advierte que lo suyo es el derecho penal sustantivo, para opinar con más cautela respecto de los problemas anexos que avizora en la llamada ‘agenda corta’. Así y todo, el suyo es un discurso consistente, que en su centro apunta a la falta de una discusión de fondo sobre la necesidad de rediscutir las bases que sustentan el derecho penal chileno y a la incapacidad del aparato institucional para responder adecuadamente a ese desafío.

Entre medio, Mañalich revisa el rol de la policías -sobre todo de Carabineros-, la función de la Defensoría y la responsabilidad del mundo político en el actual estado de este debate. “El aparato estatal no está preparado, capacitado y legitimado para proponer un Código Penal riguroso y no demagógico a la ciudadanía”, advierte.

-¿Cuáles debieran ser las facultades policiales comunes asociadas al proceso penal en un estado de derecho? Desde la reforma se han aprobado varias ‘agendas cortas’...

-El problema fundamental aparece ya en el modo tan habitual del debate político criminal chileno de plantear el tema. El déficit principal en el desarrollo del derecho penal y procesal chileno consiste, más bien, en la incapacidad de sus intervinientes protagónicos de entender la necesidad de diferenciar en qué consisten la persecución penal y una agenda de prevención policial del delito. Hay una confusión entre ambas tareas, de modo que cada vez que aparece una preocupación con suficiente magnitud sobre la aparente insuficiencia del compromiso y eficiencia del Estado en la prevención del delito, se entiende que la solución debe aparecer por la vía de una reforma a las instituciones, competencias y otros temas involucrados en la persecución del delito. Eso desconoce flagrantemente que, desde la prevención, la persecución penal siempre llega tarde. El derecho chileno se distingue por carecer de toda institucionalización de lo que el derecho comparado denomina ‘derecho de policía’. La configuración de la actuación de las policías aparece enteramente supeditada a tareas de persecución penal. Y la última agenda corta es una muestra ulterior y más escandalosa de lo mismo

-Si falta un debate previo y un rol distinto de los actores... ¿cómo debiera configurarse un camino distinto?

► “Cada vez que aparece una preocupación con suficiente magnitud sobre la aparente insuficiencia del compromiso y eficiencia del Estado en la prevención del delito, se entiende que la solución debe aparecer por la vía de una reforma a las instituciones, competencias y otros temas involucrados en la persecución del delito”.

-Lo primero es señalar la urgencia de debatir en serio -sin histeria ni premura- sobre cómo, en el marco de un estado democrático de derecho, las policías asumen un conjunto de funciones dentro de la tarea estatal de proveer condiciones razonables de seguridad. Eso tiene que estar diferenciado de la contribución que éstas pueden hacer en materia de investigación al esclarecimiento de hechos punibles presuntamente ya perpetrados. Esa primera agenda, que no alcanza siquiera a ser puesta sobre la mesa por el cortoplacismo del debate, es preguntarse bajo qué condiciones esa intervención policial preventiva es o no compatible con estándares de resguardo de los derechos fundamentales.

Es un error garrafal suponer que la respuesta viene dada por lo que hablamos cuando discutimos sobre eficiencia y garantías en la persecución penal. La incapacidad de la institucionalidad política del Estado para advertir esa diferencia es, en parte al menos, lo que nos tiene sometidos a este vaivén de reacciones legislativas más o menos histéricas, cuando logra acumularse una cierta presión por demandas de seguridad, que según algunos dan pie a fenómenos de demagogia o populismo punitivo.

El problema es anterior y es que no hay una institucionalidad política concebida bajo los parámetros propios de un estado de derecho para enfrentar esa primera tarea (...) Es un déficit manifiesto, que no es sólo regulativo sino institucional

CONFUSIÓN DE ROLES POLICIALES

-¿Cómo pasamos de la ‘sospecha’ policial a un análisis forense y a metodologías técnico-científicas de investigación policial? La respuesta frecuente es otorgar más facultades a las policías, pero no hay una respuesta respecto de cómo usarlas, por ejemplo...

-Uno tendría que preguntarse cuán capacitadas y favorecidas están nuestras policías para cumplir los cometidos que les corresponden en ambos planos. La pregunta apunta más bien al segundo y creo que no es demasiado novedoso ver que, en materia de técnicas de investigación propiamente forense, el trabajo de nuestras policías no está cerca de un punto razonablemente satisfactorio. Hay una serie de controversias sobre las que no soy demasiado competente para opinar, en cuanto a que nuestras policías tendrían serios problemas de índole técnico, por ejemplo al velar por el resguardo de la escena del crimen... Que, asociado a eso, habría un problema serio de levantamiento de evidencia en los primeros instantes y también algo sobre lo que hay muchas opiniones -supongo que detrás de eso algo de sensatez hay-, en cuanto a cómo interactúa la labor policial bajo la dirección de la investigación por el Ministerio Público. Todo eso corresponde al segundo de los dos planos. Sobre el

primero, hay una serie de preguntas relacionadas. Por ejemplo, con lo que uno denomina ‘métodos de prevención situacional’, que suponen una cierta capacidad de anticipación por conocimiento policialmente afianzado de horas y lugares de prevalencia de ciertos delitos, en determinadas zonas y contextos de la ciudad, condicionados por factores urbanísticos, salariales, culturales y otros, sobre los cuales las policías más eficaces suelen disponer de herramientas que impiden que lleguen a perpetrarse tales hechos. Por contraste, nuestras policías, de un modo que no estoy seguro que sea exclusivamente imputable a ellas, están más bien acostumbradas a activar sus esfuerzos una vez que cuentan con antecedentes de que los hechos punibles han ocurrido.

Es reactiva, porque su labor ha sido institucionalmente definida como funcional a la persecución, lo que presupone que al menos hay indicios de que en el pasado se ha perpetrado un hecho punible. Entonces vivimos en un mundo al revés, porque la persecución, que es reactiva o retrospectiva, está al servicio de fines de prevención que jamás podrá satisfacer, lo que explica -al menos en parte- el nivel de insatisfacción que la ciudadanía expresa sobre el sistema procesal penal. Un régimen de persecución penal a la altura de un estado de derecho tendría que preservar precisamente su vocación re-



► “Se ha impuesto una agenda muy orientada a la prevención especial, bajo consideraciones peligrosistas que de algún modo responden a un paradigma criminológico cuya aceptabilidad democrática es al menos discutible”.



trospectiva y no convertir la persecución en una herramienta a todas luces ineficaz para asegurar o hacer más probable tasas de delincuencia que sean soportables.

Por otra parte, tenemos una renuncia estatal a desarrollar políticas no punitivas, no represivas, que contribuyan a que la vida de los ciudadanos ocurra en condiciones que al menos reduzcan ese aparente temor permanente de ser víctimas de delitos. Esto no se discute como debiera discutirse, porque la política policial pasa a estar conectada muy de cerca con lo que uno podría llamar políticas sociales de mayor alcance o proyección temporal. En Chile no estamos acostumbrados a discutir el problema, porque hemos aceptado de modo muy reduccionista que el problema de la delincuencia es de asegurar ciertos índices cuantitativos de persecución penal y, por tanto, damos vuelta sobre lo mismo.

-¿Cómo ha operado la transición político-técnica de las policías desde la reforma procesal penal? ¿Se modernizaron adecuadamente? La PDI dice que sí y que hoy centran su foco en la investigación profesional de los delitos...

-Más allá de todas las contingencias históricas que hay detrás, esta consideración explica en parte que tengamos un sistema policial dual. Y uno debería esperar, en el papel al menos, el efectivo funcionamiento de una y otra institución. Sin experiencia en la materia, tengo la impresión de que esa diferenciación institucional, en los hechos, no va acompañada de una congruente diferenciación funcional.

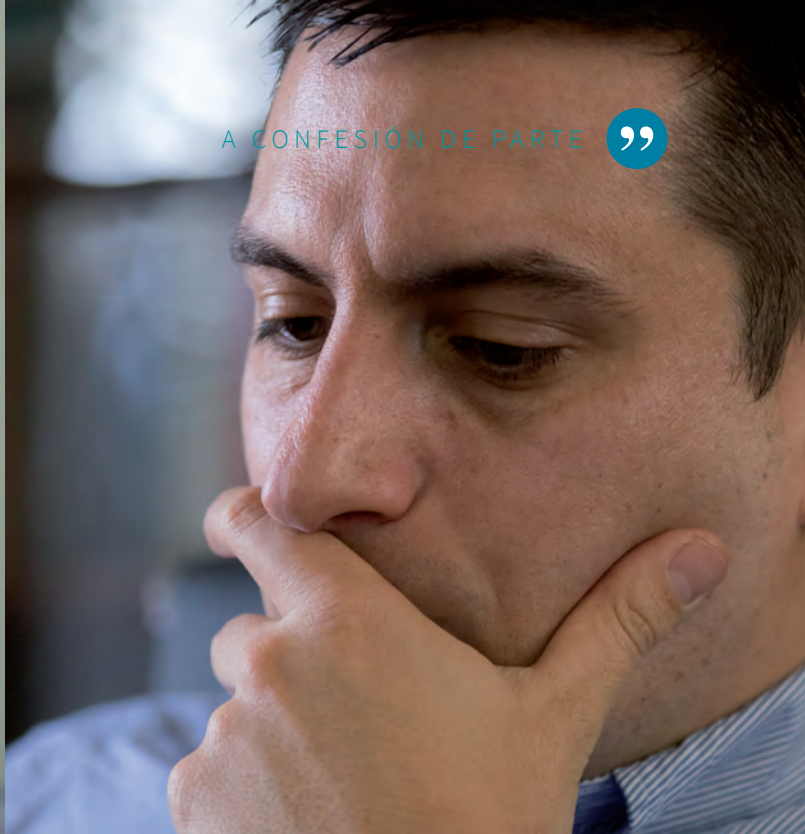
Al menos no ha sido infrecuente encontrarse con focalizaciones de investigación en las que eventualmente ambas policías pueden terminar incluso compitiendo con información contraproducente para la misma tarea investigativa. Sin embargo, en una democracia en forma no debería esperarse que el impulso favorable a la modernización, en particular de Carabineros, provenga preferentemente de la propia

institución. A propósito de la subordinación de las fuerzas armadas y de seguridad pública al poder civil -gran tema de la transición política-, no se ha debatido suficientemente que eso no se reduce al tema obvio de su carácter no deliberante o de la potestad presidencial de destituir a sus comandantes en jefe, sino que también en cómo el poder civil democrático fija tareas a las policías de un modo que responde a ciertos propósitos que esa comunidad política se fija y sobre los cuales delibera. Uno podría haber pensado que el hecho de que operativamente Carabineros pasara a depender de Interior podría haber significado un paso en esa dirección, pero más allá de la coordinación lograda, eso no se ha expresado en una nueva agenda democrática de Carabineros.

También es reduccionista creer que esa agenda se podría limitar a que Carabineros adopte un cierto programa de respeto y compromiso con los derechos humanos. Esa era una tarea obvia de la transición, pero el desafío va mucho más allá. Hoy los abusos siguen ocurriendo. Hay que perder toda ingenuidad en cuanto a que en el paso de la dictadura a la democracia la tortura, el exceso de violencia, incluso las vejaciones sexuales iban a desaparecer, porque la existencia misma de un poder policial dentro del Estado genera ese peligro.

Un estado de derecho no toma nota de eso por la vía de declarar que las policías respetan los derechos humanos. Incluso en términos de formación institucional puede haber avances en eso, pero es un paso mínimo, que no alcanza un correlato en la operatividad policial diaria.

También hay una corresponsabilidad relevante del poder político, que tiende a dialogar con las policías desde un foco restringido a la discusión sobre presupuestos, para después pedir rendición de cuentas respecto de las mejoras comprometidas. Es decir, por encima y sin tomar nota de que una agenda de mejoría de las condiciones materiales de los ciudadanos no pasa por validar una promesa ingenua de reduc-



ción de las tasas de delincuencia a una cifra cercana a cero -lo que yo llamo la 'ideología prevencionista de una sociedad sin delincuencia', sino que por fijar ciertos parámetros de aceptabilidad racional de índices de delincuencia que no sobrepasen una convivencia congruente con una forma de vida democrática, cierta forma de adhesión colectiva a valores que el ordenamiento jurídico hace suyos y sustenta.

CÓDIGO PENAL OBSOLETO

-Esos principios son los que están hoy en entredicho o, al menos, bajo debate...

-Claro. Tú hacías referencia a una eventual falta de modernización de las policías tras la reforma. Desde luego, hay otro déficit: la obsolescencia de nuestro derecho penal sustantivo, plasmado en nuestro Código Penal y en la legislación especial complementaria. En un sentido, la última ley de agenda corta toma nota correcta de un problema fundamental, que no podemos seguir ignorando: el del estatus y la significación de la pena privativa de libertad en la interacción de las reglas del Código Penal con las del Código Procesal Penal. Pero lo resuelve de forma políticamente perversa, tomando el régimen ad hoc de determinación de la pena establecido en la modificación de la Ley del Tránsito y de la penalización del homicidio a través de la llamada 'Ley Emilia', lo que después pasó a la nueva versión de la ley de control de armas y terminó creciendo aún más en la agenda corta.

Sin atribuir intenciones, lo que deja de advertirse con eso es que un sistema de determinación de penas que empieza a conocer regímenes particulares para determinados ámbitos delictivos renuncia a que la reacción penal tenga un significado unívoco y unitario. Eso es lo más sensible que está en juego, a largo plazo. Se ha impuesto una agenda muy orientada a la prevención especial, bajo consideraciones peligrosistas que de algún modo responden a un paradigma criminológico cuya aceptabilidad

democrática es al menos discutible. La respuesta punitiva que el derecho vigente prevé para distintas formas de comportamiento delictivo deje de tener congruencia con ciertas reglas generales que, en la historia de vigencia del Código Penal chileno, han definido cómo pasamos de un marco penal en abstracto fijado por la ley a una decisión judicial de imposición de una pena concreta.

Buena parte del problema tiene que ver con una banalización del recurso a la pena privativa de libertad, posibilitado por las reglas de la Ley N° 18.216. Lo que comenzó con la discusión que culminó en la llamada 'Ley Emilia' partía de un diagnóstico correcto: para la ciudadanía no es aceptable que, conduciendo un auto en estado de ebriedad, una persona produzca la muerte de una menor de edad y sufra una consecuencia jurídica que se reduce a una firma periódica.

Quizás el problema está en las propias reglas de la Ley N° 18.216, que descansan en un supuesto dogma criminológico según el cual no puede haber penas privativas de libertad de corta duración. Entonces, para que sean efectivamente impuestas deben superar el umbral de los 5 años y un día. Eso es perverso, insostenible y sólo aumenta el problema, porque se modifica el régimen de determinación de penas en ciertos nichos delictivos que, para el sentido común ciudadano, ha sido especialmente intolerable y ha estado asociado a muestras de indignación. En realidad, lo que debería motivar es una reflexión sistémica sobre la correlación entre formas de comportamiento delictivo y consecuencias punitivas que el derecho chileno hace suyas. Esto nos lleva a la necesidad de una revisión integral y recodificación del Código Penal. Ha habido esfuerzo.

Primero el anteproyecto que produjo el foro penal, luego otro que elaboró la comisión designada por el gobierno de Sebastián Piñera y luego un tercero, elabora-



do por otra comisión que integré, creada por el actual gobierno y que aparentemente duerme el sueño de los justos. Creo que eso no es casual. El aparato estatal no está preparado, capacitado y legitimado para proponer un texto riguroso y no demagógico a la ciudadanía, que pueda cumplir la función de un Código Penal como espejo de las representaciones normativas fundamentales de una sociedad. Eso, porque cierra los ojos a temas urgentes como delincuencia de cuello blanco, descriminalización del aborto, criminalización de la colusión, tipificación de delitos contra el medio ambiente, de la administración desleal. Una reforma íntegra al derecho penal sustantivo es la ocasión para que esos debates particulares encuentren un formato común que les dé racionalidad sistemática, pero eso no va a ocurrir.

MINISTERIO PÚBLICO Y DEFENSORÍA

-Dentro del complejo escenario que describe, ¿qué rol le cabe a la defensa pública como un ‘control cruzado’ o ético de la actuación de las policías y otros organismos?

-Quizás no para los ciudadanos, pero entre los ‘iniciados’ en el debate de política criminal debería estar razonablemente claro que las posiciones de la persecución y de la defensa son, por definición, asimétricas. Mientras el Ministerio Público tiene que mirar no sólo el caso particular, sino también un cierto cuadro más general sobre la persecución penal bajo ciertas variables, la tarea de la Defensoría, bien entendida, se descompone en la tarea individual de cada defensor, que debe hacer lo más difícil posible la condena de sus representados, dentro del marco que la ley permite. A diferencia del Ministerio Público, la Defensoría en realidad se descompone en defensores y no tiene responsabilidad política en torno a la efectividad de la persecución. Su rol en políticas públicas es totalmente distinto.

-¿Qué se puede exigir al resto de los intervinientes y organismos auxiliares? ¿Faltan reformas estructurales, adaptaciones o al menos discusión?

-El desafío esencial compete al Ministerio Público, que no ha logrado personificar suficientemente el interés público en la persecución. Una expresión muy relevante para evaluar la vigencia de la reforma procesal es el lugar que ha logrado obtener la intervención del querellante como representante del interés de la presunta víctima. El interés público que el Ministerio Público debe representar ha tendido a quedar enteramente dissociado del interés particular que animaría a la víctima. Si mi hipótesis es correcta, constataríamos un fracaso del Ministerio Público, lo que no quita que su creación haya traído consigo un espectro de innovaciones innegablemente favorables para la institucionalidad política de Chile.

Esta brecha ha ido haciéndose demasiado marcada y eso trae consigo el riesgo de que la labor del Ministerio Público pase a ser entendida por la ciudadanía como hiper burocratizada o insensible ante su preocupación por la persecución penal. Sociológicamente, una de las funciones del derecho penal es neutralizar la violencia privada, la necesidad de venganza. Institucionalmente eso se expresa cuando la persecución penal pública muestra la solidaridad del cuerpo ciudadano con quien presuntamente ha sufrido un delito públicamente reprobable. En parte por incentivos presentes, por diseño institucional y por el enfoque político del Ministerio Público, eso se ha vuelto crecientemente improbable, con el riesgo de que esa labor institucional termine totalmente desconectada de la preocupación ciudadana por la persecución, lo que se expresa, por ejemplo, en esta aparente proliferación de casos de linchamientos o detenciones ciudadanas.



► “Lo que ha faltado en Chile es que aparezca una voz políticamente progresista, social demócrata, de izquierda democrática, que instale la preocupación no por la mera contención de la expansión del derecho penal, sino por una propuesta de actualización de nuestras herramientas penales”.

-También se discute sobre el porcentaje de archivo provisional de causas, debate que hace dos años no existía...

-Correcto, como si para la preocupación ciudadana la cuestión pudiera reducirse a definir un umbral estadístico que haga aceptable una falta de materialización de la persecución. Eso muestra una demasiado marcada preocupación por indicadores globales, que el Ministerio Público debería más bien conciliar con una preocupación por ser reconocido como la voz legitimada para llevar adelante la compleja tarea de la persecución.

“DEMAGOGIA PUNITIVISTA”

-Cuando el discurso público promueve el privilegio de la seguridad por sobre los derechos, ¿cómo se evita el desarrollo de un estado policial? Las cámaras de vigilancia de Vitacura fueron vistas como una intromisión en la vida privada de los vecinos...

-Siendo inevitable que haya una tensión permanente entre la preocupación por la autonomía individual -plasmada en un cierto catálogo de derechos fundamentales que el Estado debe resguardar y promover- y la legítima preocupación por llevar vidas no amenazadas por riesgos que no podemos mínimamente controlar, probablemente lo único que hay que erradicar es la promesa irresponsable de que es posible eliminar la delincuencia o que es incluso concebible o deseable imaginar una convivencia social en que no haya delito. Eso es asumir que por alguna mágica razón, los seres humanos neutralizaremos el potencial de libertad que a veces se expresa en que delincamos. Puede ser súper difícil de aceptar, dada la hegemonía imperante, pero si uno no parte asentando esa premisa difícilmente podrá obtener avances constructivos en esto.

Deberíamos reflexionar colectivamente sobre las condiciones que hacen más o menos probable que haya delincuencia de tales características y con tales grados de prevalencia. Poniendo el ejemplo de las cámaras en la comuna más rica de Chile: una sociedad con este nivel de descontrol de su crecimiento urbano y con una irrefrenable tendencia a la segregación es una sociedad en la que uno seriamente no puede esperar que no haya delincuencia de aquella de la que pretende ocuparse la agenda corta.

Uno debería empezar a tener claro que los proyectos de sociedad que defiende no a través del discurso, sino a través de las políticas que sustenta y mantiene, producen las formas de delincuencia que vemos cuando esos proyectos de sociedad imperan. Lo que más me llamó la atención del proyecto original de agenda corta fue el mensaje, porque fue el primero en que un gobierno de centro izquierda validaba sin doblez alguno lo que yo podría llamar el lenguaje de una política criminal lavinista. No hago una caricatura, digo que eso se reconoce muy bien en la campaña presidencial de 1999-2000, que marcó un punto de inflexión en el imaginario público sobre cómo se debate al respecto.

Este proyecto de ley asumía una representación completamente maniquea de la delincuencia, como proveniente de sectores sociales a los que básicamente hay que neutralizar por la vía de la privación de libertad, validando supuestas demandas ciudadanas de seguridad a ultranza. Eso muestra que estamos en un punto, no exclusivo ni privativo de Chile, en que al enfrentar este debate ya no existe diferenciación ideológica alguna entre sectores políticos aparentemente distintos. Y esto me gustaría proponerlo también a la Defensoría como invitación al debate, porque en parte también tienen responsabilidad en ello quienes han promovido -también irreflexivamente- idearios de un garantismo como modelo de política criminal allí donde no puede serlo.

El garantismo es un modelo de no intervención penal y lo que ha faltado en Chile es que aparezca una voz políticamente progresista, social demócrata, de izquierda democrática, que instale la preocupación no por la mera contención de la expansión del derecho penal, sino por una propuesta de actualización de nuestras herramientas penales, cuya inexistencia ha dejado el campo abierto para que se impongan los discursos de ley, orden y seguridad ciudadana y, en definitiva, de demagogia punitivista que avizoramos. 