

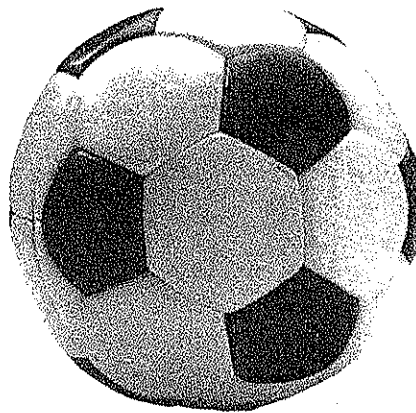


ANDRÉS BAYTLEMAN

Profesor de Derecho Procesal Penal.

Facultad de Derecho,

Universidad Diego Portales.



Capacitación como Fútbol

Al igual que el resto de América Latina, Chile está inmerso en la reforma de su sistema de justicia criminal. Dicha reforma tiene componentes muy similares a los que configuran el cambio en el resto de la región: la sustitución del sistema inquisitivo por uno de raigambre acusatoria, la separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento, la radicación de la investigación en un Ministerio Público, la creación de tribunales de control de la investigación como cosa distinta de los tribunales de juzgamiento y la instauración de juicios orales. Tras varios años de discusión parlamentaria, el Ministerio Público chileno fue creado en el año 1999. En diciembre del año 2000, la reforma entró en vigencia en la primera zona de implementación, compuesta por dos de las trece regiones de Chile. El resto del país irá implementando la reforma de acuerdo con un plan gradual que operará en fases anuales, por los próximos tres años.

La reforma procesal penal en Chile ha tenido un efecto secundario imprevisto en sus orígenes, que comienza sin embargo a presentarse como una importante transformación adicional de nuestra cultura jurídica: las exigencias de la reforma en materia de capacitación están desarrollando un nuevo paradigma de enseñanza legal, que amenaza lentamente con empezar a desplazar al tradicional sistema de enseñanza del derecho en nuestro país, al menos en el área procesal-penal.¹ Este texto trata sobre este resultado colateral, en la convicción de que la cultura jurídica² chilena y el sistema de enseñanza legal que la origina comparte ampliamente características con el resto de América Latina.

Capacitación e incentivos

Tradicionalmente, la preparación de nuestros operadores de justicia criminal tras la enseñanza de pre-grado ha estado entregada a un sistema más o menos artesanal, que, puesto en relación con las evidentes y superabundantes necesidades de capacitación de la justicia criminal en nuestra región, equivale bastante a afirmar que nuestra cultura jurídica no se ha tomado realmente en serio la capacitación de los operadores de dicho sistema. En el caso de los jueces, la capacitación sistemática o ha empezado sólo recientemente con la creación de Academias Judiciales en ciertos países,³ o no existe del todo. La defensa penal pública y el Ministerio Público, a su turno, integran con frecuencia el Poder Judicial y comparten por lo mismo las características de su capacitación, o bien tienen una existencia que no permite ningún esfuerzo de capacitación adicional (por ejemplo en Chile, hasta ahora, la Defensa Penal Pública está mayoritariamente a cargo de estudiantes de derecho recién egresados, que transitan en práctica por seis meses y luego abandonan la institución) o, por último, no existen del todo (como el caso del Ministerio Público chileno, que desapareció del juicio penal hace ya décadas). Los abogados penalistas, a su turno, no han contado más que con un muy precario, desarticulado y reciente mercado de capacitación de post-grado en el área, en los países que de hecho cuentan con alguno.

A mi juicio, tal vez el elemento que más contribuya a entender este estado de las cosas, sea la idea de que en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo hay pocas razones -si es que hay alguna- para tomarse en serio la preparación tanto de jueces como de abogados, al menos en el sentido más consistente, con la imagen que tenemos de la profesión jurídica.⁴ Los incentivos simplemente no apuntan en esa dirección y todo más bien parece invitar a que el sistema se comporte exactamente del modo en que nuestra región tradicionalmente lo ha hecho respecto de este tema. Permítanme sugerir que hay tres buenas razones por las cuales un profesional -digamos un juez o un abogado- quiere, en lugar de volver temprano a su casa y disfrutar de su familia o gozar de una buena obra de teatro, invertir en cambio esfuerzo, tiempo y energía -y a veces dinero- para adquirir nuevos conocimientos, nuevas destrezas y, en general, para estar en la punta de su disciplina. Esas tres buenas razones son: ingresos, ascenso y prestigio. La gente se perfecciona porque cree que de este modo va a poder aumentar sus ingresos, avanzar en su carrera obteniendo ascensos o promociones, o bien porque su prestigio se vería en jaque si no lo hace, allí donde su prestigio es también una herramienta de trabajo y, por ende, incide en su carrera y en sus ingresos.⁵ Por ende, si dicha relación no existe -es decir, si mi perfeccionamiento profesional no tiene mayor relevancia respecto de mi carrera, mis ingresos o mi prestigio- es perfectamente natural que prefiera conformarme con los conocimientos que actualmente domino, volver a mi casa tan temprano como pueda, disfrutar de mi familia y gozar del teatro.

El sistema inquisitivo, me parece a mí, provee un buen ejemplo de un entorno profesional en donde una mayor perfección profesional no es realmente "rentable", o lo es muy marginalmente. Nuestro actual sistema procesal penal no premia una mayor preparación de los operadores -jueces y abogados-, ni castiga su ausencia. Lo que un abogado necesita para ganar un caso y lo que un juez necesita para resolverlo, corren por cuerdas muy separadas de lo que uno pudiera suponer es la mayor preparación profesional que ambos oficios suponen. La mayor perfección profesional en ambos casos probablemente agregue de manera tan marginal al éxito o competitividad de cada cual, que sea del todo razonable que ni uno ni otro derrochen recursos, tiempo y energía en perfeccionarse. Al contrario, el sistema inquisitivo es sobrecogedoramente indulgente con la ineptitud, la ignorancia y la falta de destreza de abogados y jueces. Principalmente favorecido esto por la escrituración y el secreto, un abogado puede perfectamente encontrarse en el tribunal con resoluciones que no entiende pero que puede responder en la calma de su oficina tras consultar un manual o conferenciar con un colega (ni hablar de la racionalidad de la conclusión de que probablemente la destreza que más competitividad le otorgue sea desarrollar su habilidad para establecer buenas "redes" de funcionarios en los tribunales -y de policías fuera

de ellos-, antes que privilegiar su capacidad de análisis jurídico o su conocimiento de la ley). Los jueces, por su parte, gozan del refugio de su despacho y escasamente deben rendir cuenta por sus decisiones; así, pueden con total impunidad rechazar el más perfecto argumento jurídico sin haber jamás llegado a entenderlo, simplemente poniendo "no ha lugar" al final de la página o -como ocurre en prácticamente todas las resoluciones de sometimiento a proceso y de acusación- ofreciendo fundamentaciones puramente formales que no se hacen cargo realmente de los argumentos presentados.⁶ Por supuesto que -no se ofendan mis colegas- no estoy diciendo que los abogados y los jueces sean ineptos, poco profesionales o ignorantes, sino solo que, en el entorno de incentivos construido por el sistema inquisitivo, un abogado o un juez puede ser inepto, poco profesional o ignorante, y aún así ser perfectamente exitoso y competitivo. A su turno, un abogado o un juez inteligente, instruido o hábil -amén de honesto- no tiene para nada asegurada una mayor competitividad o éxito dentro del sistema. Al contrario, muchas veces, una o algunas de estas cualidades puede perfectamente -aunque, por supuesto, no necesariamente- jugar en contra del éxito profesional de jueces y abogados: jueces con mayor conocimiento del derecho que los ministros de su respectiva Corte de Apelaciones, que ven sus decisiones frecuentemente revocadas; abogados que confían ingenuamente en sus conocimientos jurídicos litigando contra los actuarios del tribunal sobornados por la contraparte. El punto es: en el entorno de incentivos del sistema inquisitivo, la mayor preparación profesional no parece hacer gran diferencia. No parece ser lo suficientemente rentable como para que valga la pena, desde el punto de vista de los actores, invertir en ella, en desmedro de, más bien, ocupar tiempo, energía y recursos en las otras destrezas que el sistema sí parece recompensar (pero que no necesariamente pertenecen a nuestro imaginario colectivo acerca de en qué consiste la profesión jurídica).

El sistema acusatorio que contempla la reforma procesal penal en Chile -al igual que en el resto de los países latinoamericanos que están llevando adelante similares reformas- puede cambiar este entorno de incentivos radicalmente. Yo diría que hay tres elementos adosados al sistema acusatorio que tienen el poder de producir este cambio: en primer lugar, la publicidad de los procedimientos, especialmente del juicio oral. La apertura de los tribunales a la ciudadanía (y a la prensa), suele producir un fenómeno que supera la mera publicidad: los procesos judiciales -especialmente los juicios penales- capturan la atención de la comunidad, catalizan la discusión social, moral y política, se convierten en una vía de comunicación entre el Estado y los ciudadanos a través del cual se afirman valores, se instalan simbologías y se envían y reciben mensajes entre la comunidad y el Estado. En una frase: la publicidad de los procedimientos judiciales instala la vida de los tribunales dentro de la convivencia social. Una vez allí, los abogados y jueces se encuentran

¹ Hay diferencias de las que hacerse cargo entre la enseñanza del derecho de pregrado y la capacitación de operadores del sistema, pero me parece que las ideas que voy a exponer a continuación son igualmente aplicables en ambos casos y, considerando que nuestra cultura jurídica no se ha hecho cargo de esa distinción -en otras palabras, considerando que en América Latina no ha habido tradicionalmente algo así como capacitación sistemática de los operadores jurídicos sino desde muy recientemente- voy a referirme, en general, al modo en que transmitimos nuestros conocimientos jurídicos, indistintamente del nivel en que ello ocurre.

² En las siguientes páginas voy a utilizar repetidamente la expresión "cultura jurídica", queriendo aludir con ella al conjunto compuesto por las normas positivas, la actividad interpretativa en torno a éstas, el modo en que ellas se aplican en la práctica, la percepción de

roles que cada actor de la vida jurídica tiene sobre sí mismo y sobre los demás al interior del sistema, los valores políticos -explícitos e implícitos- que subyacen a él, la forma de comprender y asumir la enseñanza del derecho y, en fin, la visión global del sistema de justicia criminal en su conjunto como algo más que la mera sumatoria de las normas que lo integran.

³ En Chile la capacitación sistemática de la judicatura se remonta sólo a la creación de la Academia Judicial en el año 1996.

⁴ Digamos, la de profesionales en quienes las personas confían sus más preciados bienes y derechos, que actúan bajo pautas más o menos rigurosas de desempeño profesional, capaces de responder a controles más o menos estrictos respecto de la dedicación que le confieren a los casos de los que se hacen cargo, del tiempo que le destinan a prepararlos, y del grado de

improvisación con que actúan en ellos; profesionales responsables ante el cliente y la sociedad por sus fracasos y errores; profesionales razonablemente al día en su dominio de la ley penal y de su procedimiento, entrenados en un conjunto de destrezas analíticas y argumentativas para presentar su caso con efectividad en los tribunales o resolverlos, según se trate de abogados o jueces.

⁵ Espero no ser considerado egoísta o cínico por enunciar sólo razones egoístas. No se trata de que no haya razones más nobles que éstas para querer perfeccionarse. Pero, desde el punto de vista del sistema en su conjunto y del modo en que se modela la conducta de la generalidad de las personas al interior de él -lo cual equivale a decir el modo en que se diseñan políticas públicas- éstas son, creo, las razones que configuran la estructura de incentivos dentro del mundo profesional para capacitarse.

⁶ En Chile igual que en casi todos los países latinoamericanos, la resolución que somete a proceso o que acusa no presenta por fundamentación sino el listado de las fojas del expediente que contienen el registro de las más diversas ocurrencias de la investigación - algunas ni siquiera propiamente "pruebas" - tras lo cual se limita a decir que todo ese listado de antecedentes - así, generalmente considerado - satisfacen requisitos legales para someter a proceso exactamente se dan por acreditadas a través de cuáles pruebas, por qué dichas pruebas son creíbles y por qué la prueba de descargo no lo es, resulta con frecuencia un completo misterio. Es en este sentido que se trata de fundamentaciones puramente formales.

con que su trabajo pasa a estar bajo el escrutinio público, en todos los niveles; las discusiones tienen lugar en salas repletas de abogados y fiscales esperando su propio turno, ante miembros de la comunidad que están esperando la audiencia de algún familiar detenido el día anterior (por ejemplo en una sala de prisión preventiva), en ocasiones con prensa presente si algún caso importante está en la agenda; los abogados tendrán que argumentar -y los jueces tendrán que tomar decisiones y justificarlas- instantáneamente y en público, en un contexto en que toda la comunidad estará al tanto de -y dispuesta a- discutir los pormenores de un caso que convoque su atención. Este contexto, como salta a la vista, ofrece bastante menos misericordia para con la falta de preparación de jueces y abogados: todo ocurre vertiginosamente y no hay demasiado espacio para abogados y jueces que no sepan exactamente qué hacer y cómo hacerlo con efectividad.

El segundo elemento a través del cual el sistema acusatorio puede alterar importantemente la estructura de incentivos de los operadores jurídicos respecto de la capacitación, es la lógica competitiva. El sistema acusatorio -particularmente en la versión chilena- está diseñado sobre la base de una importante confianza en la com-

El tercer elemento que jugará, me parece, a favor de la transformación de la cultura de capacitación de los operadores jurídicos del sistema penal, es menos tangible y acaso menos "técnico" pero, creo, poderoso a su turno: el sistema de juicios orales hace el ejercicio de la profesión de abogado y de juez algo extraordinariamente atractivo, profesionalmente más digno y más estimulante, allí donde el sistema inquisitivo, me parece, ha hecho de la profesión algo más tedioso e indigno. Digamos, el sistema inquisitivo ha convertido en una medida importante, el ejercicio de la profesión en un trabajo de papelería y en el abandono de mayores pretensiones de excelencia jurídica en la litigación penal, ante el hecho, por una parte, de que los escritos que se apartan de las formas estandarizadas e intentan profundizar en la argumentación, el análisis o el conocimiento, tienen altas posibilidades de no ser siquiera leídos por los tribunales, mucho menos asumidos por éste en la argumentación judicial y, por la otra, ante el hecho de que mucho más valioso que la excelencia profesional parece ser la capacidad para desarrollar redes y contactos -muchas veces a través de la pleitesía y el soborno- con actuarios de baja formación que detentan, sin embargo, un poder de facto sobre los abogados y los casos. Si a

“

“...la enseñanza de pre-grado ha estado entregada a un sistema más o menos artesanal, que, puesto en relación con las evidentes y superabundantes necesidades de capacitación de la justicia criminal en nuestra región, equivale bastante a afirmar que nuestra cultura jurídica no se ha tomado realmente en serio la capacitación de los operadores de dicho sistema.”

“...en un sistema de justicia criminal de corte inquisitivo hay pocas razones -si es que hay alguna- para tomarse en serio la preparación tanto de jueces como de abogados, al menos en el sentido más consistente, con la imagen que tenemos de la profesión jurídica.”

”

petencia adversarial, esto es, en la idea de que el proceso -y especialmente el juicio- promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que dicho enfrentamiento arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información. Este modelo -en el que entraremos más adelante con mayor profundidad- ha desarrollado toda una nueva metodología de enseñanza y es probable que exija a los estudios jurídicos alterar sustancialmente la organización de su trabajo penal. Lo que interesa aquí, sin embargo, es que la situación pública en la que se encontrarán abogados y jueces será una que incentivará la confrontación: el sistema incentiva que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconzquen de toda la información (y por lo tanto la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (argumentación y prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo, y que, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder. Esto es lo que abogados y jueces harán en público. Por cierto, esto no quiere decir que necesariamente todos los casos sean trabajados por todos los operadores con todo este rigor, pero ésta es la manera de trabajar un caso penal en un sistema acusatorio, y esto es lo que el sistema necesita y exigirá de los abogados, no como actos de buena voluntad profesional o de filantropía gremial, sino en el más crudo sentido de mercado: litigar juicios orales -y dirigirlos- es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio -por no decir ninguno- para la improvisación o el "chamullo."⁷ Si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se cometen ante los ojos de todo el mundo.

esto le sumamos la rigidez y la formulación ritual del sistema, el resultado es un entorno profesional poco atractivo, tedioso, poco estimulante y de bastante menos dignidad que el que seguramente formó alguna vez la fantasía vocacional del abogado penalista. A los jueces no les va mejor, también su trabajo los aparta de las personas que conforman las causas que están llamados a juzgar; sus casos son resueltos sin que ellos hayan visto realmente toda la prueba, muchas veces sin siquiera conocer al imputado o a la víctima; dependen de un sistema de actuarios que ha demostrado tener cuotas importantes de corrupción, muchas veces a espaldas del juez con abuso de cuyo nombre están corrompiendo la administración de justicia; el trabajo de juez consiste en buena medida en leer lo que estos actuarios han escrito y sancionar ese trabajo con pocas posibilidades de control; los jueces -llamados a investigar y resolver- casi nunca investigan realmente y casi siempre resuelven en condiciones precarias respecto de la información que necesitarían para tomar el tipo de decisiones que les hemos confiado. Si a todo esto le agregamos un entorno laboral altamente jerarquizado, al interior del cual el juez de rango inferior debe pleitesía a sus superiores y puede en cualquier momento ser perjudicado por cualquiera de éstos a voluntad, contando de esta manera con tanta independencia (y futuro) como sus superiores

⁷ Considerando que este artículo ha sido escrito para una publicación latinoamericana y que no estoy seguro de que la palabra sea usada fuera de Chile, creo que debo aquí una explicación: "chamullo es una expresión -ni culta ni formal- que resume inmejorablemente un conjunto de recursos discursivos cuyo propósito último consiste en ocultar la ignorancia o falta de preparación del "chamullante" y, en cambio, hacerlo pasar por un profesional serio e instruido. Los recursos son varios, desde la impúdica -y generalmente impune- invención de información, hasta la sustitución de la discusión jurídica o fáctica que el caso realmente exige por mera retórica, declamaciones emocionales o falacias.

quieran graciosamente concederle, la situación de los jueces esta todavía más cerca de la indignidad que la de los abogados.

En este escenario -digamos, un escenario que apuesta a que los elementos recién descritos, especialmente la introducción de una lógica competitiva, tiene poder para cambiar las cosas-, siempre estuvo claro que la capacitación jugaría un rol clave en la implementación y en el éxito de la reforma. El modelo competitivo descrito más arriba requiere que los operadores sean capaces de competir. Operadores mal preparados inevitablemente vician el modelo, no sólo en el sentido más obvio (en cualquier trabajo se requiere que los trabajadores sepan cómo trabajar) sino de un modo más estructural y que apunta al modelo mismo: el sistema apuesta por la competencia en un entorno de juego justo y por la estricta distribución de roles; la justicia del sistema está confiada en que cada cual cumpla su rol dentro de este procedimiento de competencia. Si uno de los actores no está en condiciones de cumplir su rol dentro del juego, los equilibrios se rompen y la justicia del modelo cae. Por lo general, la deficiencia de alguno de los actores tiende a querer ser corregida por alguno de los otros, lo cual desvirtúa el sistema al diluir la estricta distribución de roles y la lógica competitiva sobre la que el modelo descansa. Ejemplo clásico de esto, observado frecuentemente en América Latina, lo proveen sistemas en que los jueces comienzan a intervenir activamente en la producción de la prueba durante el juicio para suplir los defectos de los abogados defensores o de los fiscales.

La implementación de la reforma requiere, en consecuencia, una atención seria sobre el sistema de capacitación de los operadores y esto estuvo claro bastante tempranamente en el diseño del proceso de implementación de la reforma en Chile (lo cual, por supuesto, no equivale necesariamente a decir que en Chile de hecho se haya capacitado seriamente a todos los actores de la reforma).

Cambio cultural

Lo que sí representó una novedad descubierta sobre la marcha fue el hecho de que la capacitación jurídica tradicional -digamos, el modo de enseñanza clásico en nuestras escuelas de derecho- se reveló muy ineficiente para formar a los operadores jurídicos que la reforma necesitaba. La reforma representa, acaso más que ninguna otra cosa, un cambio de paradigma cultural respecto del derecho en general y del derecho procesal penal en particular. La capacitación de sus actores no consiste tanto en una cuestión de información, sino en una modificación del paradigma, de la cultura, una específica forma de aproximarse al derecho en general y al proceso penal en particular, de interpretar sus normas y de aplicarlas. Más que sobre "información", si se quiere, la reforma es -y la capacitación debe en consecuencia serlo- acerca del método. Ese método, por cierto, requiere información, pero la transmisión de esa información es el menor de los problemas que enfrenta la capacitación. Lo que realmente representa una barrera difícil de superar es que por primera vez requiramos una capacitación "cultural" (en todos los sentidos de la tercera nota al pie) más que una capacitación "legal". El sistema de capacitación tiene que remover una cultura y construir otra, tiene que destruir instituciones e ideas profundamente arraigadas en nuestra cultura jurídica y, en cambio, sustituirlas con otras que, sólo en la medida en que se institucionalicen y se instalen dentro de nuestra cultura jurídica lograrán realmente realizarse. Los ejemplos son casi tan vastos como la reforma misma. Consideremos la prisión preventiva, una institución profundamente arraigada en nuestra cultura jurídica. Sin embargo, el modelo acusatorio -cuya instalación expresamente persigue, a la par con otros objetivos, consolidar ciertas exigencias que el debido proceso y la democracia hacen al procedimiento penal- es mucho más restrictivo en el uso de esta institución. Los nuevos códigos procesal-penales desarrollados por las distintas reformas a lo largo del continente contienen invariablemente nuevas normas relativas a la prisión preventiva

que, en un nivel o en otro, dan cuenta de esta reticencia a la utilización amplia de esta institución. No obstante, en este nivel la regeneración cultural es sustantiva y marcadamente política: se trata de las ideas políticas y de los valores sociales de nuestra comunidad a los que queremos que nuestro proceso penal responda (por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva, el valor de que los ciudadanos no puedan, salvo en muy contadas ocasiones, ser encarcelados sin un juicio previo).

El verdadero problema de la capacitación no consiste en que los operadores aprendan las nuevas normas, sino que abandonen la idea tan culturalmente arraigada en nuestras conciencias de que (al menos en una amplísima franja de la criminalidad) estar acusado de un delito y estar en prisión preventiva períodos prolongados de tiempo son equivalentes. En cambio, la capacitación debe ser capaz de instalar nuevas ideas culturales respecto de esto: por ejemplo, que el castigo, si es debido, llegará una vez que nos hayamos asegurado a través del juicio o de otro mecanismo autorizado que en verdad estamos lidiando con el culpable y no con un ciudadano injustamente incriminado.

Esta pregunta es, entonces, el verdadero núcleo del problema de la capacitación para la reforma procesal penal, y casi me atrevería a decir para cualquier reforma en el sector justicia en América Latina: ¿Cómo se construye cultura? ¿Cómo amanecemos un día y abandonamos aquellas convicciones que -conscientemente o no, por convicción o por adoctrinamiento, por fortuna o por aberración- han estado con nosotros desde siempre? ¿Cómo amanecemos un día y hacemos propias convicciones que, no importa cuánto complazcan nuestra razón o nuestra moral, no tienen sino esa pura existencia intelectual en nosotros, existencia incómoda y en conflicto con las intuiciones que más entrañablemente reconocemos en nuestro interior? ("Vi con mis propios ojos al ladrón cuando estaba robando la radio de mi auto... ¿por qué no lo vamos a poner en la cárcel desde ya? Los delincuentes salen libres al día siguiente de su detención, con total impunidad...").

Capacitación como filosofía

¿Cómo generamos cultura? Este es el núcleo del problema de la capacitación. No obstante, éste es un problema del cual la enseñanza "tradicional" del derecho en Latinoamérica no puede hacerse cargo: la enseñanza "tradicional" del derecho procesal en América Latina está diseñada para perpetuar un conjunto de información y de prácticas consolidadas desde el eterno ayer, sin ninguna capacidad de superarse a sí misma. La enseñanza tradicional del derecho procesal chileno es un área profesional que no tiene ninguna capacidad de innovación. Se caracteriza básicamente por poner su énfasis en la transmisión de información (de datos, como por ejemplo, qué dice tal norma, o qué dice tal persona) al interior de pretensiones más bien enciclopédicas respecto de toda la enseñanza jurídica (que el alumno domine al menos generalmente todos los temas de casi todas las disciplinas), a través de clases más bien discursivas y más o menos abstractas, que deben ser incorporadas, comúnmente de memoria, y reproducidas por el estudiante. Infinitas veces, lo que los profesores de derecho llaman "clases activas" o bien "privilegiar la aplicación por sobre la repetición memorística" no se traduce sino en la revisión más bien superficial de algunos casos concretos, que -al menos en el caso del derecho procesal penal- están a años luz de reflejar la profunda complejidad y los verdaderos problemas que hay detrás de un modelo de justicia criminal. La evidencia está documentada: salvo muy individuales y contadas excepciones -particularmente en el caso de Argentina- no ha habido en Latinoamérica una producción académica realmente innovadora en décadas y, de hecho, la literatura procesal-penal que instruye a nuestros abogados, con frecuencia apenas compila repetitiva y matemáticamente las normas positivas, desprovistas del contexto socio-político al que ellas responden, de relación fina con el funcionamiento concreto del sistema en su con-

junto, y de referencia a los desarrollos comparados. Los manuales de derecho procesal apenas dedican unas pocas páginas -a veces unas pocas líneas- a los principios del debido proceso, allí donde el derecho procesal penal moderno tiende a ser una disciplina marcada por la utilización de estos principios más que de reglas, al menos en sus decisiones más trascendentales. Allí donde el derecho procesal penal moderno ha convertido las principales discusiones procesal-penales en temas constitucionales, nuestros autores siguen entrapados en si el derecho procesal-penal y el derecho procesal civil pertenecen o no a una misma "teoría general del proceso", en la memorización de plazos, en la distinción entre "proceso" y "procedimiento" y en descifrar la misteriosa "naturaleza jurídica" de los actos y resoluciones.

Podríamos llamar a este paradigma de enseñanza legal, "derecho como filosofía", para distinguirlo del modelo que quiero exponer luego. Supongo que los filósofos podrían ofenderse con toda razón por la sugerencia de que hay un símil entre esta caracterización del derecho y la filosofía. Sin duda la filosofía ha sido desde siempre un sistema de conocimiento en constante evolución y sin duda ade-

Capacitación como fútbol

Los primeros intentos de capacitación para la reforma procesal penal en Chile, también partieron con este modelo de enseñanza, consistente básicamente en la explicación discursiva y abstracta de las instituciones de la reforma.

Hacia el año 1997, sin embargo, el equipo procesal-penal de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile) empezó a incorporar paulatina pero intensamente, una disciplina nueva, a la cual nos referimos como "Litigación", a pesar de que el sustantivo (iluminadoramente) jamás ha sido parte de nuestro vocabulario jurídico. Se trata de una disciplina tomada fundamentalmente de la experiencia norteamericana y está diseñada para adiestrar a abogados y jueces en el arte de litigar y dirigir juicios orales. Esta disciplina opera sobre la base de dos premisas, una sustantiva y una metodológica.

La premisa sustantiva consiste en que litigar y dirigir juicios orales es, redundancia aparte, una disciplina: no es en absoluto una cuestión entregada al

“

“El sistema acusatorio -particularmente en la versión chilena- está diseñado sobre la base de una importante confianza en la competencia adversarial, esto es, en la idea de que el proceso -y especialmente el juicio- promueve el enfrentamiento intenso entre las partes y apuesta a que dicho enfrentamiento arrojará la mayor cantidad de información sobre el caso, a la vez que depurará la calidad de dicha información”.

“Si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se cometen ante los ojos de todo el mundo.”

“La capacitación de sus actores no consiste tanto en una cuestión de información, sino en una modificación del paradigma, de la cultura, una específica forma de aproximarse al derecho en general y al proceso penal en particular, de interpretar sus normas y de aplicarlas.”

”

más está lejos de representar el paradigma de la repetición memorística desprovista de análisis y profundidad. Lo único que quiero sugerir, sin embargo (y sin duda abusando de la imagen popular sobre los filósofos, más bien cercana al personaje del doctor en las obras de Molière) es que, al modo en que la filosofía frecuentemente lo hace, el sistema tradicional de enseñanza del derecho en Chile es un modelo de transmisión de conocimientos de carácter discursivo, enciclopédico marcadamente conceptual y abstracto, que en el caso al menos de nuestro derecho procesal penal, tiene además ingredientes que lo deterioran: su falta de vigencia -su aislamiento del resto del mundo y de los desarrollos no sólo teóricos, sino también empíricos en torno a los sistemas de justicia criminal comparados- su tradicional incapacidad de innovar y su renuencia a hacerse cargo del sistema penal en su conjunto, construyendo una "dogmática" aislada del funcionamiento concreto del sistema, de la información empírica en torno a él y de su carácter político.

talento intuitivo de los participantes. Abandonar la litigación o la dirección de juicios orales a la pura improvisación artesanal de jueces y abogados -por talentosos que sean- no es más que una total falta de profesionalismo y, desde luego, un riesgo tan extremo como absurdo desde el punto de vista del desempeño y del resultado de estos profesionales. En cambio, existe una muy sofisticada tecnología que puede aprenderse y entrenarse básicamente por cualquier persona. Esta disciplina está lejos de consistir en técnicas de oratoria o desarrollos de la capacidad histriónica, como los prejuicios de nuestra comunidad jurídica suelen creer. En cambio, la idea que le subyace es que el juicio es un ejercicio profundamente estratégico y que, en consecuencia, comportarse profesionalmente respecto de él consiste -particularmente para los abogados, pero esta visión altera también radicalmente la actuación de los jueces- en construir una teoría del caso adecuada y dominar la técnica para ejecutarla con efectividad. Esta visión del juicio y del trabajo de abogados y jueces en él, es radicalmente distinta al modo en que nuestra actual cultura jurídica percibe esta instancia. Nuestra actual cultura en torno al juicio se espanta con facilidad ante la idea de que el juicio sea algo "estratégico": "la verdad no es estratégica" -dirían nuestras ideas culturales- "la verdad es la verdad, y los avances estratégicos no son sino un intento por distorsionarla... la verdad 'verdadera' lo único que requiere es

ser revelada, tal cual ella es... así, completa y simplemente, sin estrategias de por medio...". Esta idea tan presente en nuestra cultura jurídica, sin embargo, no comprende qué quiere decir que el juicio sea un ejercicio estratégico. Desde luego, no quiere decir que haya que enseñarle a los abogados como distorsionar la realidad de manera de poder engañar a los jueces, ni que éstos últimos tengan que ser siquiera mínimamente tolerantes con esta clase de artimañas. En cambio, la imagen del juicio como un ejercicio estratégico asume dos ideas, ambas distantes de nuestra actual visión acerca del juicio penal. La primera idea es ésta: LA PRUEBA NO HABLA POR SI SOLA. A veces una porción de su valor es auto-evidente, pero prácticamente nunca lo es en todo el aporte que la prueba puede hacer al caso de una parte. De lado, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente "revela la verdad"); por otra parte, la prueba tiene su máximo aporte de información y de peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que sólo en la medida que esas relaciones sean relevadas, la prueba aporta al caso toda la extensión -en cantidad y calidad- de la información que posee. Como contracara, no importa qué tan deliciosa sea la información que una prueba contiene en relación con el caso, dicha información puede perfectamente ser entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa, que su contribución disminuya ostensiblemente, allí donde dicha información realmente ayudaba a reconstruir los hechos. Concebir al juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino en presentar la prueba del modo que ella más efectivamente contribuya a reconstruir "lo que realmente ocurrió". No es éste el lugar para desarrollar estos temas en detalle. Toda la idea que quiero incorporar a estas alturas es que al concebir al juicio estratégicamente, importa asumir que la prueba no habla por sí sola, sino a través de los litigantes, y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información que posee, o bien pueden hacerlo de un modo que dicha información naufrage en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles de razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal. Siendo así, la disciplina de litigación provee herramientas para aproximarse estratégicamente al juicio: le enseña a los alumnos cómo construir una "teoría del caso" adecuada; cómo examinar a los testigos propios, extraer de ellos la información que dicha teoría del caso requiere y fortalecer su credibilidad; cómo contraexaminar a los testigos de la contraparte y relevar los defectos de su testimonio; cómo examinar y contraexaminar peritos; cómo utilizar prueba material y documental; cómo utilizar el alegato de apertura y el alegato final y, en fin, cómo proveer al tribunal de un "punto de vista" desde el cual analizar toda la prueba. Lejos de engañar a los jueces, la aproximación estratégica al juicio los provee con más y mejor información, situándolos en una mejor posición para resolver el caso. La segunda idea que subyace a la idea del juicio como un ejercicio estratégico está íntimamente vinculada a la anterior: si el juzgamiento penal y la construcción de "lo que realmente ocurrió" es algo complejo, lleno de versiones, ángulos, interpretaciones y prejuicios, entonces la mejor manera de producir la mayor cantidad posible de información, a la par que depurar "el grano de la paja", testeando la calidad de la información con arreglo a la cual el caso se va a juzgar, es a través de un modelo que estimule la competencia entre las partes, en un entorno de juego justo garantizado por el tribunal. De la mano con esto y como consecuencia natural, la estricta separación de roles. Las partes, a través de la competencia, aportarán cada una toda la información que la otra haya decidido omitir, a la vez que relevarán todos los defectos de la información contenida en la prueba de la contraparte a través del contraexamen, las objeciones y los alegatos. Esta comprensión del juicio supone hacerse cargo -como la disciplina de litigación lo hace- de cada rol específico y de los distintos intereses, poderes y funciones que concurren en cada uno de ellos.

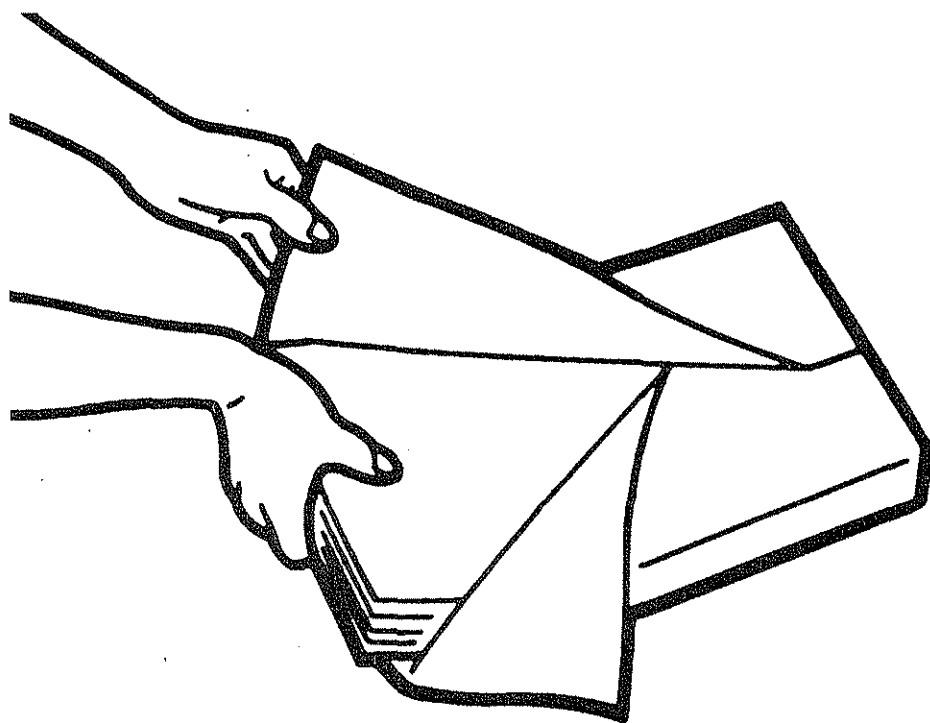
La premisa metodológica tras la disciplina de litigación, a su turno, consiste en desplazar la imagen de capacitación como "instrucción" hacia la imagen de capacitación como "entrenamiento". Consistente con esto, todo el curso está estructurado sobre la base de simulaciones. Este modelo de enseñanza, más que a la filosofía, se parece al fútbol: para aprender a jugar, hay que jugar. Y hay que jugar mucho. Por supuesto que un jugador de fútbol debe tener cierta información: debe conocer las reglas del juego, debe conocer a sus compañeros de equipo y sus capacidades, debe conocer las instrucciones del director técnico, los acuerdos estratégicos del equipo y las jugadas practicadas en los entrenamientos. Pero nadie es realmente un jugador de fútbol por ser capaz de repetir de memoria las reglas de la FIFA. El modelo de litigación se hace cargo de esta idea y pone a los alumnos a litigar casos simulados sobre la base de una cierta técnica que el curso enseña y que los alumnos -lo mismo que los jugadores respecto de las reglas de la FIFA- deben conocer. Igual que en el fútbol, la técnica está escrita y probada, pero no es posible aprender nada de ella -absolutamente nada- sino a través de un entrenamiento intenso en su utilización. La pizarra es sin duda útil, pero el verdadero entrenamiento para el partido se hace en la cancha. Sólo allí el jugador sabe si es capaz de tomar parte en las jugadas que le han asignado en el camarín. El módulo básico de litigación utilizado en la Universidad Diego Portales está estructurado sobre la base de los siguientes contenidos:

- 1.- Teoría del caso;
- 2.- Examen directo (de testigos);
- 3.- Contraexamen (de testigos);
- 4.- Prueba material y declaraciones previas;
- 5.- Examen y contraexamen de peritos;
- 6.- Objeciones;
- 7.- Alegato de apertura;
- 8.- Alegato final;
- 9.- La función del juez: dirección del debate e incidentes;
- 10.- La función del juez: fallo y razonamiento.

Cada clase está dedicada a un tema específico, cada clase, sin embargo, asume los temas anteriores y, por lo tanto, agrega una complejidad adicional a la técnica; cada clase cuenta con un texto que explica la técnica del respectivo tema, lo mismo que uno o más casos diseñados especialmente y respecto de los cuales los participantes tienen cierta información básica con la cual deben simular. Las distintas necesidades y restricciones de cada público, han generado distintos diseños específicos del mismo programa, en modelos que van desde sesiones de tres horas, dos veces a la semana, hasta compactos continuos de varios días simulando un promedio de ocho horas diarias. En cuanto a la clase específica, una primera parte -menor- releva y discute los principales elementos del respectivo tema. El resto del tiempo es utilizado para simular: los participantes conducen exámenes de testigos o peritos, sobre la base de la información del caso que han estudiado con anticipación. Luego de cada ejercicio los participantes reciben retroalimentación de los profesores. Cada clase esta compuesta por un máximo de 20 participantes y un mínimo de 2 profesores.

Originalmente el curso de litigación pretendía ser una natural contraparte de los ramos más teóricos de derecho procesal-penal. Sin duda es eso. Pero cuando el modelo fue aplicado a la capacitación de operadores para la reforma procesal penal, sus implicancias como metodología de enseñanza trascendieron inimaginablemente.

Este modelo de enseñanza fue probado por primera vez con jueces y abogados en ejercicio durante el primer post-título que la Universidad Diego Portales ofreció sobre la reforma, en 1997. En este programa, tras una extensa revisión clásica de los distintos aspectos de la reforma procesal penal, se incorporó al final del curso, un módulo básico de litigación. Esta primera ocasión empezó a delinear lo que la



“

*La enseñanza tradicional del
derecho procesal chileno es un área
profesional que no tiene ninguna
capacidad de innovación*

”

experiencia subsecuente confirmó: la aproximación a través del módulo de litigación trascendía el mero entrenamiento de destrezas para el juicio, produciendo además, un impacto sustancial en la comprensión teórica que los participantes desarrollaban acerca del mismo. Los alumnos jamás entienden mejor la teoría que cuando es experimentada en carne propia a través de las simulaciones. La reforma es, más que nada, un cambio de lógica; esa lógica puede ser explicada, pero no necesariamente transmitida con el mero traspaso de información. Sin embargo, el módulo de litigación conseguía precisamente este efecto en los participantes: instalar la lógica, el método, la cultura detrás de la información, tanto más sorprendentemente considerando que los alumnos de post-título eran abogados y jueces con años de ejercicio profesional. Uno podía gastar meses enteros discutiendo la imparcialidad del tribunal o el derecho a defensa, pero nunca los alumnos realizaban las ideas detrás de dichos principios tan claramente como cuando el juicio en el que estaban participando ponía a los jueces a intervenir de un modo que una de las partes consideraba injusto, o que el defensor estimaba lo dejaba en la indefinición; uno podía gastar meses hablando discursivamente sobre la presunción de inocencia, pero los alumnos jamás realizaban tan claramente el principio como cuando llegaba el momento de justificar la satisfacción de un cierto estándar de prueba por parte del fiscal y la justificación de dicho estándar por parte del tribunal; uno podía gastar meses explicando el hecho de que la investigación del fiscal es estrictamente preparatoria y, aun así, los participantes jamás descubrían el verdadero significado de ello hasta que la contraparte comenzaba a objetar las referencias del fiscal a "lo que consta en el expediente" y a oponerse a las lecturas de informes en la audiencia del juicio; uno podía gastar meses en discutir teóricamente qué tipo de preguntas están permitidas y cuáles prohibidas, pero la visión de todos cambiaba al enfrentarse con la práctica del examen de testigos en la simulación.

A su turno, la aproximación de los alumnos a través de la litigación, proporcionaba herramientas importantes para dotar de contenido concreto a las normas e instituciones del juicio mismo, así como de otros momentos del proceso. Por ejemplo, si desde la tecnología de litigación resulta claro que el contraexamen prácticamente siempre arroja mayor información sobre una prueba -y muchas veces esa mayor información cambia dicha prueba o su credibilidad radicalmente- ¿cómo era posible aceptar la lectura de informes cuando el perito no está disponible para ser contraexaminado? Y si el Código contempla dicha norma, ¿no debía ella ser aplicada con extraordinaria cautela por el tribunal, so riesgo de producir indefensión? Y en los casos en que la lectura de dichos informes fuera permitida, ¿no debía el tribunal preocuparse por compensar el daño que la ausencia de contraexamen producía a la contraparte? ¿Y no conllevaba eso la posibilidad de que el tribunal creara medidas de resguardo o excepciones no contempladas en el Código (por ejemplo permitir la incorporación de peritajes de refutación no anunciados en la audiencia de preparación del juicio)? Otro ejemplo: si desde la tecnología de litigación resultaba claro que el fiscal tenía un caso extremadamente débil, y si tampoco parecía que pudiera obtener sustancialmente más pruebas, ¿no debía eso de alguna manera impactar en la decisión sobre la prisión preventiva? ¿No podía la defensa argumentar -y el juez oír atentamente- algo así como "su señoría, si fuéramos a juicio hoy mi cliente estaría libre mañana, dada la fragilidad del caso que el fiscal tiene contra él, sin embargo, ahora está tratando de reemplazar la pobreza de su caso con la prisión preventiva, que parece no exigirle siquiera demostrar una seriedad prima facie de su prueba"? Desde luego, esa misma tecnología de litigación había permitido que los alumnos terminaran de dar contenido a la centralidad del juicio como modo de resolución del caso y, por lo mismo, que se mostraran igualmente renuentes a exigir evidencia en esta etapa hasta convertir la audiencia de prisión preventiva en un pre-juicio. Pero el problema de los equilibrios y de la ponderación de principios, es el gran tema en los sistemas modernos de enjuiciamiento criminal, un tema más que sustantivo, a cuya discusión, para sorpresa de todos, el modelo de litigación comenzó a influir importantemente.

El modelo de enseñanza provisto por el módulo de litigación se reveló muy eficiente para generar cambios culturales considerables en los participantes, al menos en cuanto a la instalación de la lógica acusatoria y a la lógica del juicio oral. Siendo así, la siguiente innovación metodológica consistió en trasladar el módulo de litigación al inicio del programa: antes de que los participantes hubieran escuchado prácticamente nada de la reforma misma o del nuevo código procesal penal -antes de que conocieran una sola de sus normas- eran sometidos a un módulo de entre 30 y 40 horas de litigación que abarcaba más o menos la mitad de todo el programa (fuertemente rebajado en cuanto a su contenido más academicista). La idea fue instalar la lógica del juicio oral -que es, en realidad, la lógica de todo el sistema- antes que ninguna otra cosa, de modo que toda discusión teórica o positiva se hiciera luego sobre la base de esa lógica ya experiencialmente instalada. El juicio oral, entonces, pasó a ocupar aproximadamente la mitad del programa y, por otra parte, todo el juicio oral era revisado desde la metodología de litigación en lugar de clases expositivas acerca de las normas. Una vez que dicha lógica estaba instalada, se discutía desde allí todo el resto del sistema (inicio del procedimiento, discrecionalidad del Ministerio Público, los actores del sistema, la investigación criminal, salidas alternativas, etapa de preparación del juicio oral, medidas cautelares y recursos), lo cual a su turno, iba por sí develando los demás aspectos de la reforma que antes solían dar lugar a clases independientes y discursivas (por ejemplo quiénes son los nuevos actores del sistema, sus roles, facultades y controles, los aspectos económicos y organizacionales de la reforma, u otros principios hasta ahora no tratados). Este cambio reveló tener un impacto profundo en las discusiones dogmáticas: cualquier -y toda- teoría del proceso penal tenía que hacerse cargo de la lógica acusatoria del juicio oral a la que los participantes ya habían sido expuestos y que en buena medida ya habían adoptado.

Las implicancias fueron vastas: la disciplina de litigación produjo una nueva manera de aproximarse no sólo al entrenamiento de las destrezas requeridas por abogados y jueces, sino a toda la teoría del proceso penal. Ninguna dogmática procesal penal puede a estas alturas disertar sobre la etapa de investigación sin hacerse cargo de la policía y de sus relaciones con el Ministerio Público; a su turno, ninguna dogmática puede hacerse cargo seriamente de estas relaciones sin tener una idea precisa acerca de cómo un fiscal litiga un juicio y, por lo mismo, cómo debe la policía obtener evidencia y contribuir a la teoría del caso del fiscal, a la vez que cómo debe la teoría del caso del fiscal construirse desde la evidencia aportada por la policía, esto nos lleva de vuelta a la construcción estratégica de una teoría del caso, la ejecución de esa teoría del caso en el juicio, las reglas de credibilidad y, en fin, la tecnología para litigar juicios orales. Del mismo modo, no es posible hacerse cargo seriamente del modo en que los fiscales seleccionan casos a través de la discrecionalidad, salidas alternativas o procedimientos abreviados, sin tener una idea bastante precisa acerca de "qué cuenta" en términos de prueba en el juicio oral, qué hace la credibilidad de dicha prueba y, en definitiva, qué tan fuerte o débil es el caso sometido al test del juicio oral y la litigación. Desde estas grandes instituciones dentro del proceso, hasta pequeñas y concretas normas como la prohibición de preguntas capciosas o sugestivas o las facultades disciplinarias del tribunal, pasando por aspectos aparentemente tan pedestres como el sistema de registro del juicio, son de una comprensión pobre sin una idea concreta y precisa acerca de cómo se litigan y cómo se dirigen juicios orales. La disciplina de litigación ofrece una tecnología lo suficientemente concreta y precisa como para, entre otras cosas, permitir la explicación teórica y la adopción de opciones interpretativas respecto de las instituciones y normas en cuestión.

Paralelamente, varias experiencias con jueces -incluyendo el programa de formación general de la Academia Judicial y a los propios jueces que atendían el Diplomado sobre la reforma en la UDP- dieron cuenta de que, pese a que la capacitación de jueces para la reforma exige diseñar un programa que se haga cargo de simular el rol específico de éstos en la función de control de garantías y en la de

dirección del juicio oral, un conocimiento cabal del rol de las partes y de la dinámica de litigación reveló ser un punto de partida clave para cualquier capacitación más específicamente orientada al mundo judicial. Del mismo modo en que la comprensión profunda y vivencial del modo de litigación en juicios orales arroja una luz poderosa, por ejemplo, sobre cómo y en qué grado la investigación es estrictamente preparatoria, así también ilumina la función del juez tanto en el control de garantías como en el juicio oral. Por ejemplo, la exigencia al Ministerio Público de presentar un caso prima facie serio cuando pide la prisión preventiva (cosa, me parece, más que deseable) sólo es posible si el juez tiene una visión suficientemente cabal del modelo de litigación en juicios orales como para poder razonablemente especular sobre la admisibilidad y peso probatorio del caso que el fiscal presenta. Digamos: por grave que sea el delito que el fiscal tiene entre manos –por ejemplo, un homicidio–, el fiscal no puede venir a pedirle a un juez que decrete la prisión preventiva sobre la base de un rumor o de que la policía “sabe” –por “olfato policial”– que detuvo al culpable. Esto ocurre más que frecuentemente en nuestro con-

De esta suerte, someter a los jueces al programa básico de litigación probó ser una introducción imprescindible a un módulo que respondiera a las necesidades más específicas de la labor judicial.

A su turno, la primera fase de un módulo más específico está reflejada en los últimos dos temas de los contenidos más arriba enumerados, temas que no estaban originalmente incorporados en el programa de litigación. La metodología para los jueces también consistía en la simulación de casos, esta vez para resolver incidentes y fallar juicios.

Ante el impacto de la lógica de litigación y de su metodología, el siguiente paso fue intentar reproducir la lección del módulo de litigación en el resto del programa: aproximarse a los demás temas teóricos desde un modelo de enseñanza que pusiera el énfasis en la aproximación casuística, concreta y práctica más que en la teoría general y abstracta (hacer que los jugadores jueguen fútbol en lugar de que hablen acerca de él). De esta suerte, la mitad más “teórica” del programa fue reestructurada: las clases discursivas fueron reducidas a la mitad –aproximadamente

“

“Igual que en el fútbol, la técnica está escrita y probada, pero no es posible aprender nada de ella –absolutamente nada– sino a través de un entrenamiento intenso en su utilización.”

“...un modelo de enseñanza que pusiera el énfasis en la aproximación casuística, concreta y práctica más que en la teoría general y abstracta (hacer que los jugadores jueguen fútbol en lugar de que hablen acerca de él).”

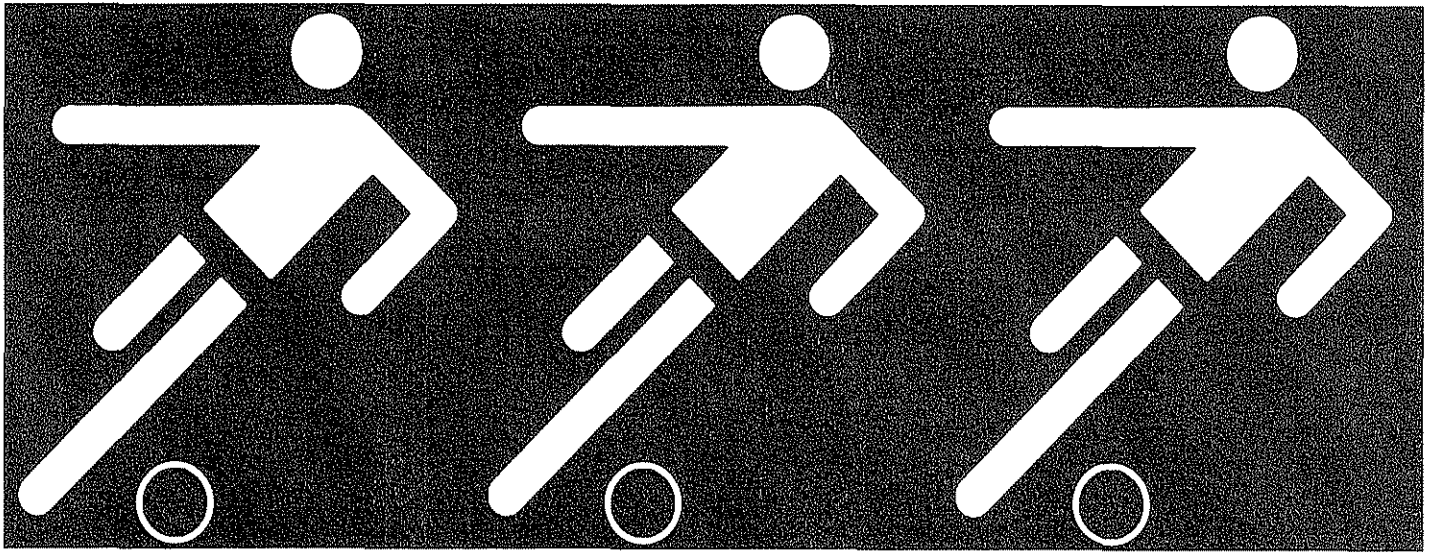
”

tinente, en donde muchas veces se decreta la prisión preventiva con el puro mérito del parte policial y diligencias policiales jamás verificadas. No se trata de que el juez de garantías pueda dirigir la investigación del Ministerio Público, ni de que la audiencia de prisión preventiva sea un pre-juicio, pero, si el fiscal quiere prisión preventiva, tiene que ir al tribunal al menos en condiciones de explicarle al juez qué prueba posee, y tiene además que estar dispuesto a que el juez no necesariamente crea en su pura palabra. Ahora bien, para poder convertir esta presentación del fiscal en un estándar de seriedad prima facie, el juez tiene que tener el juicio en la cabeza, tiene que poder evaluar al menos inicialmente qué va probablemente a ocurrir con esta prueba en el juego adversarial del juicio, al menos para evitar que un acusado soporte los costos de una acusación que no tiene ninguna posibilidad de ser exitosa en juicio. Sólo con el juicio oral en mente es que el juez puede decirle al fiscal que no está dispuesto a decretar la prisión preventiva en un caso en el que el fiscal prima facie no tiene ninguna posibilidad de ganar (ya habrá que ver cuál es exactamente el estándar), de manera que si quiere la medida cautelar tiene que llevar un mejor caso al tribunal.

En el caso de los jueces del juicio, el conocimiento profundo del rol de las partes y de su modo de litigación es todavía más intensamente determinante de su propio rol: desde el hecho de que los jueces no saben prácticamente nada del caso y descansan sobre el trabajo de las partes para informarse y poder juzgar, hasta la posibilidad de evaluar cuándo una línea de contraexamen es relevante o prejuiciosa, atendida la teoría del caso de ambas partes. Así por ejemplo, sólo entendiendo a cabalidad cómo operan no sólo las reglas del contraexamen de testigos, sino además su técnica, es que el juez está en condiciones de decidir límites –y por lo tanto resolver incidentes– acerca de la introducción de registros de la investigación, por lo general prohibida salvo ciertas excepciones que convocan la ponderación de principios por parte del juez.

un cuarto del total del post-título, y destinadas más bien a discutir algunos temas seleccionados por su particular importancia, pero sin pretensiones de revisarlos exhaustivamente. El resto de las clases –otro cuarto del total del post-título– fue destinado al análisis concreto de casos, a través de los cuales se van revisando las normas concretas, las ideas políticas subyacentes en ellas y los problemas asociados a su implementación.

De más está decir que esto no significa renunciar a tener pretensiones teóricas o dogmáticas respecto del proceso penal, todo lo contrario, este modelo de enseñanza exige más bien tomarse en serio las ideas teóricas y las posturas políticas respecto del proceso penal, revisando su materialización en la práctica y en los roles concretos que la profesión jurídica y la sociedad generan a partir de dichas teorías y valores: cuando el programa de capacitación trata, por ejemplo, las medidas cautelares a través del análisis de casos concretos, la formulación de esos casos, los elementos que ellos incorporan, las posibles soluciones que el caso admite y las soluciones que el caso proscriba sin duda responden a opciones teóricas y políticas que, en su conjunto, conforman una cierta dogmática. Pero hay un mundo de diferencias entre discutir conceptualmente el hecho de que la prisión preventiva sea excepcional o cuáles sean las causales que la autorizan y discutir, en cambio, qué hechos concretamente justifican su utilización (¿es importante que se trate de un homicidio en lugar de un hurto? ¿es importante que parezca haber un caso poderoso de legítima defensa? ¿es importante considerar qué tan fuerte –al menos prima facie– es el caso de la fiscalía? ¿es importante saber si el sujeto ha cometido delitos con anterioridad? ¿es lo mismo que haya sido condenado o sobreseído por esos delitos previos? ¿es lo mismo que los delitos previos sean de la misma especie que el actual, o de una naturaleza completamente distinta? ¿da lo mismo que esos otros delitos hayan sido cometidos muchos años antes? ¿cuántos años antes empieza a tener o perder importancia? ¿es lo mismo si el imputado lleva ya seis meses en prisión preventiva o si acaba de ser detenido? Y así suma y sigue. Sin embargo, esta cierta “dogmática”



responde más bien a la idea de que la única teoría que vale la pena hacer es una que se haga cargo de la realidad, que sea alimentada por ella y que, a la vez, contribuya a resolverla.

La aproximación a la reforma a través del módulo de litigación y el análisis de casos fuerza, como consecuencia, una clase que se hace inevitablemente cargo del rol concreto de los actores y de sus funciones, en una siempre muy específica y diversificada realidad dentro del proceso penal. Este tipo de aproximación también ha revelado problemas desde el punto de vista de nuestra cultura jurídica para hacerse cargo del caso concreto en lugar de formulaciones más bien generales y abstractas. El ejemplo de la prisión preventiva sigue sirviendo: la frase “no ha lugar a la libertad por representar un peligro para la sociedad” es una expresión general y abstracta que no hace sino ajustarse formalmente a la norma que contempla dicha causal, pero que no quiere decir absolutamente nada desde el punto de vista de la justificación de la decisión. Los ejemplos se extienden a casi todas las áreas: cuando los participantes -jueces y abogados- son expuestos a tener que discernir los elementos particulares del caso concreto para, por ejemplo, decidir sobre ejercicios de la discrecionalidad del Ministerio Público, decidir la aplicación de salidas alternativas o para optar por unas u otras medidas cautelares, la pérdida de la posibilidad de refugiarse bajo la mera formulación abstracta de la norma suele congelar sus capacidades de actuar. En este sentido, la aproximación a través del modelo del fútbol ha probado ser útil para entrenar a los participantes en habilidades analíticas que permitan utilizar la información del caso como herramientas de argumentación concreta respecto de la norma abstracta. Esto, a su turno, construye perfiles profesionales mucho más concretos y diferenciados.

Un último paso en esta evolución fue dado el año 2000. Recién ese año, la reforma en Chile contó con funcionarios designados que debían ser formalmente capacitados para el desempeño de sus roles. Como parte del programa de formación de dichos funcionarios fue montada una instancia de capacitación interinstitucional para jueces, fiscales y defensores públicos, todos reunidos. Para efectos de lo que he venido describiendo, sin embargo, dicho programa representó un último paso de evolución en este nuevo modelo de capacitación: el sistema de entrenamiento de litigación y casos concretos fue llevado al diseño de un programa de simulación de las audiencias preliminares. Esta nueva incorporación metodológica viene a cerrar el círculo: el módulo de litigación instala en los participantes la lógica acusatoria, a la vez que los provee de herramientas analíticas poderosas de cara al juicio oral y la presentación de la prueba. Cuando llega luego el momento de discutir instituciones como las medidas cautelares, las salidas alternativas o la etapa de investigación, los

participantes se aproximan a ellas a través del caso concreto y sobre la base de las posibilidades que las particulares circunstancias que lo conforman ofrecen para el juicio oral, dada la tecnología de litigación con la que ya cuentan (“tal vez como fiscal no quiera que este acusado acceda a una suspensión condicional del procedimiento pero, sabiendo cómo se litiga en juicios orales, estoy en condiciones de evaluar que mi caso no es particularmente fuerte, por lo que tal vez convenga obtener al menos las condiciones de la suspensión...”), de este modo, los participantes quedan en condiciones de detectar el conjunto de complejidades jurídicas, políticas y prácticas que subyacen a cada caso particular, todo lo cual se traduce en recursos de argumentación forense -o de fundamentación judicial- cuya ejecución se entrena a su turno en la simulación de audiencias preliminares.

Este recorrido no ha estado exento de retrocesos y equívocos. Después de todo, su desarrollo ha sido una constante evolución de ensayo y error, en el contexto de una modificación radical. Se trata de un método de capacitación que exige un alto número de profesores entrenados, trabajando orgánicamente y en total sintonía desde el punto de vista del discurso (en general, aproximadamente un profesor cada diez alumnos para el módulo de litigación y uno cada veinte para el análisis de caso), grupos de trabajo más bien pequeños (nunca superiores a veinte personas, idealmente quince) e infraestructura adecuada. Por otro lado, es una metodología que exige una enorme inversión de recursos académicos y tiempo en la elaboración de materiales, tanto teóricos como prácticos. Es, en consecuencia, una metodología cara y difícilmente implementable masivamente. Pero, al menos en la experiencia chilena, su poder para transformar la aproximación de jueces y abogados al derecho procesal-penal y su contribución para conseguir lo que hasta hace no mucho era la irrealizable necesidad de regenerar la cultura jurídica en torno al proceso penal es, a estas alturas, innegable. ■