SOBRE EL PROCESO PENAL

CARLOS PEÑA

Decano Facultad de Derecho,

Universidad Diego Portales.

Quizá no existe otro momento en la cultura jurídica latinoamericana, en que los problemas atingentes al sistema jurídico, hayan poseído mayor relevancia que en el actual. Si descontamos el momento de la consolidación del estado -cuando los juristas idearon modelar la sociedad por medio de Códigos- en ningún otro instante de nuestra historia se ha generalizado con mayor vigor, y al mismo tiempo con mayor sosiego, la convicción de que las instituciones legales poseen un lugar central en nuestros proyectos de desarrollo. Se trata de un fenómeno que, como suele ocurrir en la historia, se alimenta, hasta cierto punto, de fracasos. Durante muchas décadas, en efecto, asistimos a la convicción opuesta, esto es, asistimos a la convicción que las instituciones legales poseían un lugar menor en el conjunto de nuestros proyectos colectivos. El desarrollo de la estructura productiva desde el estado, en la postguerra, o la privatización de la economía, luego de la llamada década perdida de los años ochenta, solieron obnuvilarnos y lograron hacernos olvidar que las instituciones legales más que resultado, constituyen un presupuesto del crecimiento, del desarrollo y de la democracia.

Hoy, sin embargo, nuestras convicciones, relativas al ámbito y al lugar de las instituciones legales, han cambiado. La presencia discursiva en el ámbito público y privado de los derechos fundamentales; los procesos de modernización política y económica; y la necesidad de acentuar la legitimidad del sistema democrático, parecen conducir inevitablemente a enfatizar el rol de los jueces y de los actores del sistema judicial en su conjunto. Que no hay una democracia estable y genuina sin un sistema de justicia accesible, imparcial y eficiente, y que, por otra parte, los sistemas de justicia sólo pueden florecer allí donde existe la democracia; en suma, que la democracia y los sistemas de justicia suelen ir de la mano y que cuando caen, caen juntos, constituye hoy una convicción que se encuentra ampliamente extendida en nuestros países.

Como parte de ese proceso, y al modo casi de una revelación, la cultura jurídica chilena cayó de pronto en la cuenta de los defectos gigantescos que padecía nuestro proceso penal. Y no se trataba sólo de sus defectos empíricos o fácticos -su bajo nivel de resolución, por ejemplo, o su incapacidad para reprimir la criminalidad grave o, en fin, su alto grado de delegación- sino, por sobretodo, de sus defectos morales y políticos que acaban contradiciendo los ideales constitucionales y las promesas del sistema jurídico. Mientras, en efecto, la tradición constitucional reclama un proceso penal que semeje un debate competitivo entre sujetos provistos de igualdad de armas, decidido, finalmente, por un tercero imparcial, y un sistema de investigación realizado por órganos independientes del jurisdiccional, el sistema de enjuiciamiento hasta hoy vigente en algunas regiones de Chile hace tabla rasa de ese ideal, estructurándose, en cambio, como un sistema de indagación inquisitorial en el que quien juzga al mismo tiempo investiga y en el que los rasgos del debido proceso, como suele decirse, brillan por su ausencia.

La situación, desde luego, no sería del todo grave si se tratara, simplemente, de una cuestión profesional, es decir, si se tratara de un asunto que pudiere interesar sólo a quienes son jueces o abogados. Lo grave del problema es que, como se viene diciendo, se trata de una situación que compromete los valores básicos del sistema político y constitucional y, a fin de cuentas, los rasgos esenciales de un sistema jurídico. En las sociedades que han instalado a la democracia como forma de convivencia y como método para la adopción de las decisiones públicas, y donde, por lo mismo, las violaciones masivas a los derechos humanos suelen estar clausuradas, es el sistema procesal penal el sector del estado donde, como muestra la experiencia, las formas más abusivas hacia las que inevitablemente tiende el poder suelen manifestarse. En países donde las formas de marginalidad son casi un producto permanente de procesos de desarrollo desigual, la justicia del crimen no es más que el último segmento de un largo camino de criminalización informal que afecta a los sectores más vulnerables de la población y, por lo mismo, suele ser escenario de violaciones a los derechos humanos. Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías en el ámbito del proceso penal es, así, una tarea que viene exigida por la propia idea de derechos fundamentales.

Se trata, además, de una idea que se encuentra a la base de la legitimidad estatal. Es una vieja idea -que desde siempre ha convocado la imaginación de los escritores políticos- la de que la utilización de la fuerza que efectúan el estado y sus agentes, es legítima si y sólo sí se efectua con sujeción a reglas producidas de una manera democrática y con fidelidad hacia los derechos básicos de las personas. Es ésta la única manera de que el uso de la fuerza en el ámbito de las relaciones sociales sea legítima y pueda, entonces, reclamar respeto y obediencia. Cuando un ciudadano es expuesto a la fuerza pura y simple, experimenta -cómo no- una sensación de agobio e indefensión; cuando, en cambio, es expuesto a la fuerza legítimamente

> *...el problema de la justicia penal no es sólo un problema de leyes o de normas, no es sólo un problema de ingeniería legislativa; cosa distinta, se trata de un problema cultural o, como suele decirse hoy día, de un problema que atinge al paradigma mediante el cual pensamos al derecho y al ejercicio del poder estatal*

ejercida él sabe que se trata de una fuerza mediante la cual se hacen valer compromisos colectivos que él mismo ayudó a configurar y sabe, además, como lo soñó alguna vez Rousseau, que quien es sometido al rigor de la ley no está sometido a una voluntad ajena a la suya, a una voluntad que simplemente lo invade, sino a su propia voluntad que, en vez de sojuzgarlo, le pide cuentas por sus actos. Entre estar sometido a una fuerza simplemente indómita y estar sometido a la fuerza que la ley legitima, media toda la diferencia que existe entre quien es súbdito y quien es, en cambio, ciudadano, la diferencia, diría yo, entre Joseph K., ese personaje anonadado por el poder, y el miembro de un Estado de Derecho que, aún habiendo infringido la ley, se siente, de alguna manera, parte de ese mismo estado. Un tránsito, en consecuencia, desde el poder estatal ejercido desde la impersonalidad de la escritura y los enrevesados pasillos de la oficina, hacia un poder estatal ejercido con eficiencia, pero a la vez con garantías y con transparencia, así definiría yo el desafío de instalar en las leyes de nuestro país, pero sobretodo en nuestra cultura legal y política, un sistema procesal penal de corte acusatorio.

Se trata de una tarea que no se agota, sin embargo, en el cambio legislativo que, con un éxito hasta hace poco inimaginable, se está hoy día llevando a cabo. Como es evidente, el problema de la justicia penal no es sólo un problema de leyes o de normas, no es sólo un problema de ingeniería legislativa; cosa distinta, se trata de un problema cultural o, como suele decirse hoy día, de un problema que atinge al paradigma mediante el cual pensamos al derecho y al ejercicio del poder estatal. Porque existe, pudiéramos decir, una práctica cultural, hasta ahora hegemónica, que sustenta y legitima el sistema de enjuiciamiento con que hoy contamos y que, como lo acabo de sugerir, resulta contradictoria con nuestro ordenamiento constitucional. Esa práctica cultural -que podemos denominar cultura inquisitiva y cuyos orígenes se remontan a una época en que el estado de derecho no era siquiera objeto de una sospecha- equivale a un cierto modo de concebir al sistema legal que no resulta fácil compatibilizar con las exigencias de un estado democrático y constitucional.

En esa cultura inquisitiva –que se encuentra en el subsuelo de nuestras prácticas forenses- se entrelazan múltiples aspectos de carácter social e ideológico y, en particular, es posible hallar en ella una cierta forma específica de concebir las relaciones entre la verdad, por una parte, y el poder por la otra. Esa forma específica de concebir las relaciones entre el saber y el poder –que en su conjunto caracterizan a una cultura inquisitiva- se manifiesta, desde luego, en las formas de enjuiciamiento criminal; pero por sobretodo, y como lo ha sugerido Foucault, en el modo en que se organiza la búsqueda y la transmisión del saber. Creo que examinar cómo llegó a constituirse esta cultura inquisitiva, puede ser quizá, un buen primer paso para intentar superarla. Permítanme que dedique unos minutos a eso y que analice cómo en la cultura inquisitiva se funden, casi en un abrazo, un cierto modelo de búsqueda del saber y un conjunto de prácticas institucionales de la que son muestra los sistemas de enjuiciamiento criminal. Hoy día solemos creer que el saber, por una parte, y el poder, por la otra, son fenómenos separados y que, por lo mismo, quien tiene el poder no tiene o no detenta, por ese sólo hecho, la verdad, y, viceversa, creemos que la verdad puede acabar venciendo al poder hasta el extremo que la verdad, como prometen las escrituras, puede terminar haciéndonos libres. Esta relación entre la verdad y el poder que afirma que la primera posee, a fin de cuentas, más fuerza que la segunda, constituye un logro notable del sistema político y legal que sólo logró asentarse muy tardíamente y que si bien, como dije, hoy día nos parece natural, constituye un logro esforzado de muchos siglos de evolución cultural y política. Se trata de un logro que en las sociedades occidentales, por ejemplo, contribuye a fortalecer la autonomía de la ciencia o de la universidad frente a las diversas formas que asume el monopolio de la fuerza.

Que podamos ir hacia la verdad, que podamos descubrir o develar lo que, en efecto ocurrió, que podamos acreditar la certeza de nuestras afirmaciones, y todo ello con prescindencia del poder, constituye, como es bien sabido, un desarrollo que sólo aparece plenamente en el renacimiento, cuando, no por casualidad, la idea de individuo comienza a florecer en la cultura occidental. Hasta ese momento, justamente hasta el renacimiento, el saber y la verdad están profundamente arraigadas en el poder. Un buen ejemplo de ello -es decir, un buen ejemplo de esta dependencia que muestra la verdad respecto del poder- es posible encontrarlo en la Universidad medieval y en la manera en que en esa institución se administraba y se transmitía el saber que se estimaba verdadero. En la universidad medieval, lo mismo que en el procedimiento judicial entonces vigente, el saber se transmitía y se autentificaba no mediante una indagación pública y contradictoria –como lo ordena el modelo normativo de ciencia hoy vigente- sino mediante la observación de determinados rituales, el más célebre de los cuales era la disputatio. Las disputaciones medievales -la manera en que, como

digo, se acreditaba la verdad y el saber en la universidad medieval- consistía en un enfrentamiento reglado en que dos adversarios recurrían, en apoyo de lo que afirmaban, no a una indagación independiente o a una evidencia conceptual autónoma, sino al principio de autoridad. Cuantos más autores pudiese un litigante universitario citar a favor de lo que él mismo afirmaba, cuantas más remisiones hiciera a un autor prestigioso como, por ejemplo, Aristóteles, mayores posibilidades tenía de salir victorioso de la disputa. Podemos imaginarnos el debate universitario de la época como un enfrentamiento verbal en el que no se pretendía descubrir o averiguar nada, sino, simplemente, reafirmar y repetir lo que otros, las figuras de autoridad, habían ya dicho y repetido. A la figura de la disputatio como una forma de subordinación de la verdad al poder, se agrega la alquimia que, aunque hoy día nos sea difícil concebirlo, constituye el saber por antonomasia. A diferencia de la ciencia moderna, que se caracteriza por un porfiado intento de indagar y de someter a prueba permanente lo que se indagó, a fin de acreditar si es verdadero o falso, si es o no digno de incorporarse al cuerpo del saber, la alquimia consistía en un complejo y sofisticado sistema de reglas a las que el alquimista, si quería alcanzar el éxito, debía someterse. El legado de la alquimia, a diferencia de lo que hoy entendemos por ciencia, no consiste en un conjunto de verdades o informaciones alcanzadas incrementalmente, sino un conjunto exhaustivo de reglas, algunas públicas, otras secretas, que, según la suposición de la época, permitían, si se seguían fielmente, alcanzar el resultado esperado. El alquimista era, así, quien poseía el dominio de las reglas y quien era capaz de aplicarlas con una meticulosidad cercana a la pesadilla, de manera que si el alquimista fracasaba -como es de suponer, ocurría frecuentemente- no era un fracaso de las reglas, sino un fallo de quien las aplicaba.

Las figuras de la disputatio y la alquimia -que hoy nos provocan una mezcla de perplejidad y de risa- constituyeron, como vengo diciendo, dos modelos de búsqueda de la verdad que, en vez de recurrir a la indagación o a la averiguación, cifraban esperanzas en el poder y en la autoridad. Este fenómeno, como anuncié, no sólo debe interesar a los filósofos de la ciencia o a los historiadores siempre interesados en sacudir el polvo del tiempo a nuestras instituciones, sino que también debe interesar a quienes, como nosotros, interesan las formas de enjuiciamiento. Porque, en efecto, tanto la disputatio como la alquimia poseyeron una expresión jurídica; una expresión jurídica en la que se expresa ese modelo de búsqueda de la verdad y que es posible apreciar en el procedimiento medieval y feudal. En el derecho feudal, por ejemplo, las reglas del litigio no están orientadas directamente a probar la verdad de lo que los litigantes afirman, sino que se encuentran orientadas a acreditar la fuerza, el peso o la importancia de quienes están en litigio. Las pruebas en el derecho feudal -al igual que ocurría, según vimos, en la universidad medieval o en la alquimia- constituyen reglas meticulosamente previstas que tienen por objeto acreditar la importancia social de un individuo -es el caso, por ejemplo, de los testigos que juraban que el acusado era inocente-; probar su fortaleza física -es el caso de las ordalías, la más famosa de las cuales consistía en caminar sobre hierro al rojo, con la esperanza, para ganar el juicio, que las cicatrices se borraran al cabo de dos días; o, que en fin, tienen por objeto poner de manifiesto su destreza y su cultura -como ocurría con las famosas fórmulas que debían ser correctamente pronunciadas, motivo por el cual el acusado suele auxiliarse de alguien que las conoce y las pronuncia bien y que, más tarde, conoceremos como el abogado.

> *La desvinculación a que aspira el modelo adversarial entre poder y verdad, se alcanza, por sobretodo, y como es fácil apreciarlo, mediante la condición de imparcialidad, es decir, mediante el juzgamiento por sujetos que abandonan todo prejuicio y que aprecian el debate en base a criterios que cualquier ciudadano podría también aplicar.*

Todas esas reglas del derecho feudal que hoy día nos causan risas y provocan en nosotros la sospecha de ignorancia, reposaban sobre la idea, nada extraña según lo pone de manifiesto la historia, de que la verdad no se descubre o averigua sino que se acredita mediante el poder y que, en consecuencia, de lo que se trata *no es de indagar, sino de certificar* el poder, público o secreto, que cada uno posee.

Sólo hacia fines del siglo XII y comienzos del siglo XIII, esa forma de litigio y de prueba -si así puede llamarse- comienza a desaparecer y surge el procedimiento de naturaleza inquisitiva, distinto, desde luego al anterior; aunque no porque desvincule la verdad del poder, sino, simplemente porque establece una nueva relación entre la verdad y el poder. Desde luego, en el procedimiento inquisitivo el litigio ya no es visto, como ocurría en pleno derecho feudal, como un conflicto entre dos o más individuos que ponían a prueba su importancia social, su fortaleza o, sencillamente, su suerte, y que podían, llegado el caso, abandonar el litigio, o la disputa, de común acuerdo, sino que ahora el litigio es visto como un asunto de tres sujetos, uno de los cuales representa al soberano, al rey o al señor, que por haber habido infracción de las reglas, está también lesionado y persigue, entonces, una reparación. Este procurador -que así se llama- tiene la función de doblar a la víctima y de exigir no sólo que se repare al individuo directamente ofendido, sino también, que se repare al soberano cuyas reglas se han infringido. Esta intervención de un tercero que es, como vengo diciendo, el rey o señor, obliga a cambiar las reglas de la prueba fundadas en el juicio divino de los dados o en las ordalías y se impone, entonces, la indagación efectuada por la autoridad. La indagación de la autoridad que, como vemos es un paso inmenso hacia la averiguación, recoge su modelo, según es bien sabido, de la inquisición que practicaba la iglesia carolingia. Conforme a los estatutos de la iglesia, el obispo debía visitar los lugares bajo su jurisdicción a fin de averiguar qué había ocurrido durante su ausencia. El obispo practicaba entonces, la *inquisitio generalis* preguntando a todos los que debían saber -los notarios o los hombres virtuosos- qué había ocurrido desde la anterior visita. Si, como producto de esta indagación, la respuesta era positiva, el obispo pasaba a un segundo momento, la *inquisitio specialis* que consistía en averiguar qué se había hecho y quien lo había hecho, en determinar cuál era la falta y quién su autor. El procurador del rey -esta figura que cuando surge supone un cambio esencial en el derecho feudal- cumple en el sistema inquisitivo la misma función del obispo: su tarea es establecer por inquisitio, por indagación, si hubo o no crimen, cuál fue y quién lo cometió.

Es fácil advertir que el procedimiento inquisitivo, esta forma de indagación que surge hacia los siglos XII y XIII, no desvincula a la verdad del poder, sino que establece una nueva relación entre esos dos términos. Si en el derecho feudal o en las disputaciones, el objetivo era probar quien tenía de su lado el poder o la autoridad, ahora, con el procedimiento inquisitivo la búsqueda de la verdad le corresponde a quien tiene

el poder: es quien tiene el poder, el procurador del señor o del rey, a quien corresponde, como al obispo en la inquisitio, buscar la verdad mediante una indagación autoritaria, centralmente dirigida, sin debate contradictorio de por medio y donde, desde luego, la figura de un tercero imparcial que decide el debate, brilla por su ausencia. En el procedimiento inquisitivo, la verdad no es independiente del poder, sino que, cosa distinta, se busca desde el poder, se indaga por aquellos que representan al poder o en base a reglas meticulosamente redactadas -las reglas de apreciación de la prueba- por el señor o por el rey y que privan a los jueces de toda discreción. La víctima y el victimario no son partícipes genuinos en este proceso, sino que sólo dan la oportunidad para que el proceso se desenvuelva y para que el procurador, como antes el obispo, efectue su inquisición.

La inquisición, esta figura de la iglesia carolingia que supone un nuevo modelo en la búsqueda de la verdad, y que, como digo, subordina la verdad al poder, constituyó, claro está, un formidable cambio en el sistema político y legal y fue un primer paso hacia el abandono de esas formas de prueba, increíbles y azarosas, que poseía el derecho feudal; pero, al mismo tiempo, instaló en la cultura jurídica y política una forma de ejercicio del poder que está demasiado lejos de la noción de ciudadanía que se alcanzara, mucho más tarde, recién con el modelo del estado de derecho, es decir, con esa forma del sistema político y legal que asume que el juicio constituye un debate entre sujetos dotados de igualdad de armas ante un tercero imparcial y donde el estado o la sociedad, representados, en el proceso penal, por el ministerio público, asumen una condición de igualdad respecto del ciudadano imputado y se obligan, entonces, a debatir ante los jueces si lo que afirman es o no verdadero. Este sistema de enjuiciamiento vinculado al ideal del estado de derecho –es decir, del gobierno limitado- y que suele denominarse sistema adversarial y que, por diversos motivos, ha estado presente desde más temprano en los litigios entre propietarios, constituye una verdadera subversión en las tradicionales relaciones que, hemos visto, existen entre la verdad y el poder. En este modelo -un modelo que, como ustedes habrán visto y experimentado, aún carece de plena vigencia en nuestra cultura jurídica- la verdad no se subordina al poder, sino que se independiza de él y se alcanza por medio de la confrontación de relatos. En este nuevo escenario conceptual, habría que agregar, aunque no tenemos tiempo de demostrarlo, la verdad equivale a una adecuación entre un discurso y otro discurso, por ejemplo, a una adecuación entre el discurso de los testigos en la audiencia y el discurso del defensor. El modelo adversarial, en otras palabras, abandona el ideal de la verdad como una adecuación inamovible entre una afirmación y un hecho independiente de las palabras que lo relatan. En suma, el ideal de la verdad parece escapar al viejo ideal escolástico que, en nuestro medio, e inexplicablemente, todavía subyace a los debates entre procesalistas. Quien tiene el poder o la autoridad ya no posee, por ese sólo hecho, la verdad o la plausibilidad de las afirmaciones de su lado, sino que está puesto en la necesidad de probarla en medio de un debate contradictorio ante terceros imparciales que, provistos de neutralidad ante los resultados, deberán decidir. La desvinculación a que aspira el modelo adversarial entre poder y verdad, se alcanza, por sobretodo, y como es fácil apreciarlo, mediante la condición de imparcialidad, es decir, mediante el juzgamiento por sujetos que abandonan todo prejuicio y que aprecian el debate en base a criterios que cualquier ciudadano podría también aplicar. Se trata, como es fácil advertirlo, no sólo de un sistema que procura insistentemente desvincular, como vimos, la verdad respecto del poder, sino de un modelo que aspira a algo aún más profundo y todavía, diría yo, más revolucionario, a saber, a democratizar la verdad, es decir, a juzgar en base a criterios y razones que no se mantienen en las penumbras de los iniciados o de los alquimistas, sino que subyacen en la racionalidad de la que, según los ideales ilustrados, todos participamos. Sujetos, hombres y mujeres en los que se distribuye por igual la capacidad de discernir; un procedimiento que renuncia a la idea insensata de que el poder puede regalarnos una verdad definitiva e inamovible para aspirar, en cambio, sobre la base de un optimismo moderado, a minimizar nuestros errores en la fijación de los hechos; individuos provistos de derechos que los inmunizan contra las injerencias no consentidas de terceros; un estado, en fin, que consiente en someter la fuerza que lo caracteriza al juicio imparcial de ciudadanos, esos son, diría yo los rasgos básicos del sistema adversarial, una conquista que, como espero haber mostrado, es tan joven como la idea del gobierno limitado, la democracia y la misma idea de libertad moderna.

Es difícil, por eso, exagerar la importancia política y moral que posee esa forma de enjuiciamiento y de prueba. Ella recoge, o intenta recoger, las ideas que han inflamado los ideales de la igualdad y de la democracia y de los que, desgraciadamente, estamos todavía lejos en nuestro país, porque, con toda seguridad, es el modelo carolingio de la inquisición, que yo relataba hace algún momento -y no el modelo del estado de derecho- aquél en el que, cada uno de nosotros, todavía reconoce, como si se tratase de un espejo fiel, a nuestras instituciones. En efecto, a fin de cuentas, nuestros jueces son, sin duda, aun más parecidos al obispo de la iglesia carolingia que a un tercero imparcial que media en una disputa entre iguales y nuestro procedimiento es más cercano a las oscuridades de la alquimia que a un debate reglado y público. Demasiado acostumbrados a creer que el proceso se agota en reglas, e incapaces, a veces, de advertir que las reglas reposan sobre determinados ideales de moralidad, los profesores, los jueces y los abogados solemos creer, por lo mismo, que al hablar del procedimiento, de la prueba o del modo de apreciarla, estamos hablando simplemente de una cuestión técnica, propia de profesionales, respecto de la cual el resto de la gente no tiene nada que decir. Nada más lejos, claro está, de la realidad, puesto que, como espero haber mostrado, en el tema del litigio y de la prueba se expresa qué concepción tenemos el uno del otro, cómo nos relacionamos con el poder y cuán dispuestos estamos a ponerle límites. Comprender todo eso ha de ser visto como uno de los varios pasos que en nuestro país hemos de dar todavía para que nuestra cultura jurídica fortalezca y no contradiga los ideales -no tan viejos, según hemos visto- de la democracia y de la libertad.

Es esa, en mi opinión, una tarea urgente. Una tarea urgente, claro está, pero, como a veces ocurre con las cosas urgentes y con las cosas que deseamos, es también una tarea difícil. Porque, como ustedes saben, hay pocas cosas más vinculadas a la propia identidad que la cultura y, por eso, modificar la cultura, la propia y la ajena, suele ser una experiencia que se percibe como una amenaza para lo que uno es, para el lugar que uno ocupa en el mundo y para el modo de relacionarse con los otros. Intentar un cambio cultural, hacer el esfuerzo de modificar la propia percepción de las cosas con las que uno posee un trato cotidiano, y sobretodo cambiar la percepción que cada uno tiene del poder, exige, por eso, un especial esfuerzo de generosidad, casi supererogatorio, hacia uno mismo y hacia los demás. A fin de cuentas, formarse en una nueva cultura, supone, de manera implícita, el propósito de cambiar; supone aceptar que las cosas pueden ser distintas a como creíamos hasta hace poco que eran; supone, en fin, la sospecha de un error. Por eso, quien por propia iniciativa hace el esfuerzo sincero de modificar su percepción del mundo y de las cosas, está dando una muestra de una especial seguridad y está formulando una expresión de confianza hacia el futuro.■

MAURICIO DUCE

Abogado, Master en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¿Qué significa un Ministerio Público autónomo?: Problemas y perspectivas en el caso chileno

Un componente central de la reforma al sistema de enjuiciamiento criminal en nuestro país ha sido la creación del Ministerio Público. Dicha institución se constituye en uno de los pilares fundamentales para el funcionamiento del nuevo proceso penal chileno, sistema que requiere de fiscales fuertes y protagonistas que llevan adelante la persecución penal de los hechos constitutivos de delito.

No obstante la importancia del Ministerio Público en el modelo de la reforma, esta institución no ha sido objeto de preocupación intensa por parte de la academia y los encargados de las políticas públicas en el área. Esto se traduce en un conocimiento precario acerca de la estructura óptima de la institución y del impacto de la misma en el funcionamiento del nuevo sistema de justicia criminal en nuestro país.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es discutir uno de los aspectos que ha sido objeto de mayor polémica en la estructuración del Ministerio Público en Chile y la región, el de su estatuto de autonomía o independencia. Más específicamente, el trabajo intentará discutir los alcances que tiene el estatuto de autonomía con el que se ha regulado el Ministerio Público en nuestro país e identificar algunos problemas en relación al mismo que es posible observar en los dos primeros años de vida de dicha institución. Sostendré que la interpretación que ha tenido el estatuto de autonomía por parte de las autoridades superiores del Ministerio Público en Chile resulta problemática y que ello ha tenido incidencia negativa en el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal.

El Problema de la Ubicación Institucional del Ministerio Público

Una de las pocas áreas que ha sido objeto de un intenso debate en la región a propósito de la configuración del Ministerio Público para los nuevos sistemas procesales ha sido el tema de la denominada "ubicación institucional" del mismo, es decir, la posición o afiliación que debiera tener la institución en el marco de la organización tradicional del Estado. Más específicamente, es posible constatar un intenso debate académico en torno a ubicar al Ministerio Público dentro del Poder Ejecutivo, del Judicial o como un organismo autónomo. Los argumentos en pro y en contra de cada opción son amplios y no pueden ser objeto de revisión en este trabajo. Con todo, luego de largos años de debate académico y legislativo, la mayoría de los países de la región, salvo algunos casos de excepción[1], han optado por un modelo de Ministerio Público autónomo o independiente. Esta ha sido también la opción seguida por nuestro constituyente y legislador según lo expresan el artículo 80 A de la Constitución y 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En el ámbito regional dos son los modelos de autonomía del Ministerio Público que es posible encontrar. En primer lugar, el modelo que ubica al Ministerio Público como un órgano extrapoder, es decir, un órgano ubicado fuera de los poderes tradicionales del Estado, opción seguida por la mayoría de los países de la región, entre estos: Argentina, Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Venezuela y Chile. El segundo modelo regula a la institución como un organismo insertado dentro del Poder Judicial pero con un estatuto de autonomía funcional (básicamente control presupuestario y potestad reglamentaria autónomas) como es el caso de Colombia, Paraguay y la propuesta original presentada por el Ejecutivo en Chile.

Me parece posible afirmar que esta inclinación mayoritaria en la región por el modelo de autonomía se ha debido, en buena medida, a la desconfianza que genera la ubicación dentro del Poder Judicial o dentro del Ejecutivo. Los temas que generan esta desconfianza se encuentran, en un extremo, en la posible "politización" del Ministerio Público en caso de afiliarse al Poder Ejecutivo y, en el otro extremo, en su "judicialización" en caso de afiliarse institucionalmente al Poder Judicial. El peligro de judicialización importa la absorción del Ministerio Público por parte del sistema judicial o, al menos, su identificación en demasía con el mismo lo que se ha considerado afectaría severamente los objetivos de la reforma procesal penal. La politización importa, por su parte, el riesgo del Ministerio Público de transformarse en un instrumento de la clase política para la persecución de los enemigos políticos y para asegurar la impunidad de la corrupción política y administrativa.

En este contexto, la opción adoptada por la mayoría de los países de la región se fundamenta en la idea que la autonomía asegura que el Ministerio Público tenga el espacio institucional necesario para que pueda cumplir sus funciones y objetivos de acuerdo al nuevo sistema procesal penal. En lo que sigue intentaré revisar lo problemático que es determinar los alcances que tiene el estatuto de autonomía del Ministerio Público.

[1] Costa Rica representa el caso más significativo. En dicho país el Ministerio Público es un órgano dependiente del Poder Judicial.

La Autonomía del Ministerio Público

Siguiendo a Montes,[2] es posible señalar de manera general que la autonomía incluye al menos los siguientes aspectos: (1) La inexistencia de un superior jerárquico por sobre la institución; (2) Inexistencia de influencias externas (extrañas) en la toma de decisiones; (3) Potestad reglamentaria propia; y, (4) Libertad de ejecución presupuestaria.

Sin embargo, más allá de esta noción preliminar no ha existido mucha claridad en relación al significado que tiene la opción de autonomía que la mayoría de los países de la región ha tomado en sus estatutos constitucionales o legales. Así, no hemos discutido profundamente acerca de cuáles son los verdaderos objetivos perseguidos con el estatuto de autonomía. A partir de ello no hemos sido capaces de esclarecer cuanta autonomía es deseable o suficiente para lograr dichos objetivos. Finalmente, no hemos discutido las consecuencias que tal modelo trae aparejado, tanto en relación a requerimientos para la organización de la institución como en términos de un sistema de controles y responsabilidades coherente con el mismo.

Esta falta de claridad acerca del estatuto de autonomía del Ministerio Público se vio acrecentada en mi opinión por una suerte de doble discurso en el debate parlamentario al momento de su creación en nuestro país. La clase política tenía un cierto temor al crear una institución, con el poder que dispone el Ministerio Público, que contara con un grado importante de autonomía política. Ello podía ser altamente peligroso para la clase política e incluso podía llevar a transformar a los fiscales en los principales actores políticos, reemplazando a los políticos tradicionales, tal como supuestamente habría ocurrido en el sistema italiano.[3] De esta forma, la necesidad de equilibrar un discurso político altamente autonomista acerca del Ministerio Público con los intereses corporativos de la clase política concluyó con la aprobación de un estatuto normativo (constitucional y de ley orgánica constitucional) en el que el Poder Judicial (la Corte Suprema fundamentalmente) tiene un nivel importante de participación en la designación y remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales. Antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema y de la implementación del Ministerio Público la posible intervención del Poder Judicial (Corte Suprema) aparecía a primera vista como un peligro serio para la autonomía de la institución.

No obstante lo anterior, me parece que los principales problemas que en la práctica ha presentado el estatuto de autonomía del Ministerio Público no se vinculan a la falta de espacio institucional que le permitan operar eficazmente o a la intervención indebida del Poder Ejecutivo o del Judicial, sino más bien a una reivindicación extremadamente celosa de independencia por parte de las autoridades superiores del mismo[4], lo que se ha traducido en un rechazo a los controles externos y en una falta de coordinación más intensa con los otros poderes y agencias del Estado. Como apunté en la introducción, esta manera de entender la autonomía del Ministerio Público es fuente importante de problemas para el desarrollo de la reforma procesal penal en nuestro país. A continuación, revisaré con un poco más de detalle los alcances problemáticos de esta comprensión por parte de las autoridades del Ministerio Público.

La Autonomía del Ministerio Público como Independencia Judicial

Un primer nivel de problemas se origina en una cierta equiparación entre el concepto de independencia judicial y la autonomía del Ministerio Público. Así por ejemplo, en la Cuenta Pública anual de abril de 2001, el Fiscal Nacional, refiriéndose a la colaboración entre las distintas instituciones de la reforma, señaló "Esta amplia y decidida colaboración tiene que darse sin perjuicio de la autonomía legal de las distintas instituciones, en especial aquellas que tienen autonomía constitucional como el Poder Judicial y el Ministerio Público". De esta forma, se equipara el estatuto de independencia del Poder Judicial a la autonomía del Ministerio Público y se limita el espectro de colaboración entre las instituciones a aquellos ámbitos en los que se deje intacta la esfera de autonomía de las mismas. Dicho en una forma más extrema, me coordino hasta donde sienta que dicha actividad afecta la posibilidad de hacer las cosas como estimo conveniente.

En mi opinión, la independencia judicial es un concepto diferente al de la autonomía requerida por el Ministerio Público debido a los objetivos que se pretenden lograr con ella. Al nivel judicial, la independencia importa una garantía para los ciudadanos de acuerdo a la cual cada uno de los jueces, al momento de adoptar las decisiones que la ley les entrega, deben estar absolutamente ajenos de cualquier influencia externa (de los otros poderes del Estado) o interna (del propio Poder Judicial). Ello se explica porque ésta es la única forma de legitimar que una agencia estatal que constituye tercero distinto a las partes sea quien resuelva el conflicto generado entre ellas.

El caso del Ministerio Público es diferente. En general, un Ministerio Público moderno que desee tener un rol protagónico en la persecución penal requiere del desarrollo de diversas y complejas relaciones con los otros Poderes del Estado para poder actuar eficientemente en el cumplimiento de sus objetivos. Incluso requiere actuar proactivamente en generar ese tipo de vínculos o estar dispuesto a aceptar mayores niveles de coordinación con otras instituciones en la determinación de políticas de actuación. Relaciones de esta naturaleza resultan impensables dentro del marco cubierto por concepto tradicional de independencia judicial. Así, si bien es cierto el Poder Judicial también requiere desarrollar relaciones con los otros poderes del Estado para el cumplimiento de sus funciones, la intensidad y complejidad de ellas, por el tipo de funciones que desempeña y los objetivos que pretende, son muy diferentes. Por ejemplo, el Ministerio Público requiere una interacción intensa y permanente con el Ejecutivo, negociando incluso algunos aspectos, a objeto de determinar e implementar sus políticas de persecución y coordinarse adecuadamente con la ejecución de la política criminal estatal. Lo mismo ocurre con el Legislativo. Este tipo de relaciones constituyen una zona gris o de muy alto riesgo desde el punto de vista de la independencia judicial, que da cuenta de la diferencia entre el sentido de ambos conceptos para cada una de las instituciones. Gráficas resultan a este respecto las palabras de Guarnieri, quien señala que "En los países más democráticos existen lazos institucionales entre el Ministerio Público y el sistema político. Incluso con ciertas variaciones entre países, siempre existen mecanismos específicos que permiten que la persecución penal sea influenciada por el medio ambiente político, al menos en líneas generales."[5] Ello, sin duda, sería algo difícil de sostener respecto al Poder Judicial en un contexto en el que se respete su independencia.

A nivel de independencia interna, también es posible encontrar diferencias fundamentales entre Poder Judicial y Ministerio Público. La justificación de la independencia interna a nivel judicial no se aviene con la naturaleza de las funciones cumplidas por el Ministerio Público. Así, en buena parte de los países de nuestra tradición jurídica, el Ministerio Público se organiza como una institución unitaria y jerárquica en virtud de la cual las autoridades superiores siempre tienen posibilidades de ordenar prácticas concretas a los fiscales de inferior rango, sin que ello afecte el núcleo básico de autonomía que se reclama para la misma e incluso siendo necesaria para poder ejecutar una política de persecución penal igualitaria y controlable. En definitiva, la forma tradicional de estructurar el Ministerio Público en nuestros países es incompatible con el concepto de independencia interna manejado a nivel judicial. En el área judicial eso constituiría un grave problema en tanto que a nivel del Ministerio Público resulta indispensable para la eficiencia de la institución.

Ahora bien, la equiparación del estatuto de autonomía a la independencia del sistema judicial ha generado en nuestro país un cierto aislamiento institucional del Ministerio Público. Esta situación es muy problemática ya que transforma al Ministerio Público en un órgano distante y poco accesible por parte de los distintos operadores del sistema y de la ciudadanía en general. Esto afecta la capacidad de la reforma para legitimarse en un escenario de cambio institucional en que dicho proceso es esencial. Por otra parte, el aislamiento limita los niveles de coordinación que debieran existir entre las distintas agencias que forman parte del sistema de justicia criminal, ya sea tanto al nivel de funcionarios operativos como de las cabezas de las respectivas instituciones. Ello ha sido especialmente grave debido a que la magnitud del cambio que importa la reforma requiere una interacción diaria entre los distintos actores para permitir superar los innumerables problemas prácticos que se enfrentan en el trabajo cotidiano. De otra parte, requiere de una interacción permanente entre las autoridades para evaluar los resultados, corregir las deficiencias detectadas y potenciar las experiencias exitosas.[6]

Sobre este último punto, la Comisión de Evaluación creada por el Ministerio de Justicia, en su informe de septiembre pasado, destaca que buena parte de los problemas detectados en el funcionamiento de la reforma en la IV y IX regiones podría superarse con cierta facilidad con una mejor, más constante y substantiva coordinación interinstitucional. En mi opinión, resulta difícil lograr aquello en la medida que el Ministerio Público no se desprenda de la idea de autonomía concebida como independencia judicial debido a lo limitativo que ella resulta para el desarrollo de relaciones intensas de colaboración con otras agencias del sistema.

---

[2] *Andrés Montes, Algunas Consideraciones sobre la Reforma Constitucional que Crea el Ministerio Público, en Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, Cuaderno de Análisis Jurídico nº 39, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1998, pág. 144.*

[3] *Debe recordarse que en Italia buena parte de la estrategia de combate contra la corrupción política y administrativa al inicio de la década de los '90 que significó el descabezamiento de la clase política en dicho país fue llevada adelante por fiscales, muchos de los cuales se transformaron en figuras políticas y fueron electos en cargos de representación popular con posterioridad.*

[4] *Véase como ejemplo las expresiones del Fiscal Nacional quien señala "En nuestro concepto es esencial que se respete la autonomía constitucional y legal del Ministerio Público, porque estamos ciertos de que si ésta no se respeta plenamente no se está cumpliendo un principio central de la reforma, sin perjuicio de que si esta autonomía no se hubiera consagrado de manera amplia, habría sectores políticos que no hubieran apoyado esta reforma". Guillermo Piedrabuena, La Autonomía del Ministerio Público, en El Mercurio, 19 de marzo de 2.001, pág A2. En una entrevista más reciente, el mismo ha señalado que "Si hay un bien valioso que voy a defender es la autonomía que establece la constitución". Véase, Se Hará Justicia, El Mercurio 30 de septiembre de 2.001, pág. D 11.*

[5] *Ver Carlo Guarnieri, Justice and Politics: The Italian Case in Comparative Perspective, en Indiana International & Comparative Law Review nº4, pág, 249.*

[6] *Cabe hacer notar en este punto que la Comisión de Coordinación prevista en la reforma al Código Orgánico de Tribunales, institución creada para generar un espacio de interacción entre las cabezas de las distintas instituciones de la reforma, ha estado más de cinco meses paralizada sin que cite a una reunión. Como se podrá apreciar esto no es de responsabilidad del Ministerio Público, aún cuando da cuenta de una cierta pasividad institucional respecto del funcionamiento de la misma.*

La Autonomía como Inmunidad

Un segundo nivel problemático en la interpretación que las autoridades superiores del Ministerio Público parecieran compartir, es la idea que se podría denominar de autonomía como inmunidad o como un estatuto jurídico que protege o blinda a la institución frente al control público y crítica acerca de su funcionamiento. Este fenómeno pareciera repetirse en otros sistemas donde se ha identificado que uno de los principales desafíos para el control y responsabilidades de las instituciones del sistema de justicia criminal se encuentra precisamente en la invocación de distintos niveles de independencia y autonomía.[7]

El control público y crítica de la fiscalía en su gestión ha sido un tema que ha generado diversos problemas y roces en nuestro país. En efecto, en diversas oportunidades el Fiscal Nacional ha reaccionado fuertemente invocando la autonomía del Ministerio Público para hacer frente a críticas formuladas por distintos sectores en relación a la gestión de la institución. Por ejemplo, en una entrevista en la que se le preguntaba acerca de críticas vertidas por sectores de académicos vinculados a la reforma por una supuesta exclusión en la etapa inicial de implementación del Ministerio Público, el Fiscal respondió "Las puertas están abiertas. O sea si alguno de ellos quiere venir a dar capacitación, clases, pedir audiencias, bienvenidas. Pero se quieren transformar en controladores del Ministerio Público. No puedo aceptar, por el principio de autonomía constitucional, que –a pretexto que existe un grupo muy valioso de gente joven que inspiró la reforma- yo no pueda desenvolverme sin pedirles su consentimiento."[8] Esta misma idea se repite en otra entrevista que ya fue citada en la que el Fiscal Nacional señala "He podido apreciar cierta incomprensión en cuanto a la autonomía constitucional del Ministerio Público. Han surgido comentarios en el sentido de que se está evaluando lo que hacemos en forma crítica y, además, comentarios sobre la presunta inconstitucionalidad de los instructivos generales que elaboramos. Este asunto es muy delicado para mí. Si hay un bien valioso que voy a defender, es la autonomía que establece la constitución."[9] Otro ejemplo de esta situación se dio a propósito de críticas formuladas por el Defensor Público a los instructivos del Ministerio Público. En esa oportunidad el Fiscal Nacional señaló: "Me han parecido muy inapropiadas las críticas, primero porque él es jefe de un servicio público vinculado al Ministerio de Justicia encargado de la Defensoría Penal Pública. Que yo sepa, ninguna ley le ha dado autoridad para criticar la acción de otros sectores de la reforma."[10] En esa oportunidad el Fiscal Nacional reclamó ante el Ministerio de Justicia "porque un Poder se está inmiscuyendo en otro."[11]

Estas reacciones dan cuenta que el estatuto de autonomía constitucional se invoca como un resguardo frente al control público y la crítica, lo que resulta sumamente conflictivo respecto de los valores básicos que inspiran a un Estado de Derecho. En efecto, un aspecto básico que caracteriza dicha forma de organización política es la existencia de instituciones públicas abiertas al control y responsables de su gestión. Por lo mismo, en el contexto general de procesos de reforma al Estado que muchos países han experimentado recientemente, el tema de la responsabilidad y control de las instituciones públicas es visto como un elemento crucial para el éxito de la misma desde el punto de vista de su eficiencia y legitimidad procedimental.[12] Así, "El problema del diseño institucional de instituciones públicas debe necesariamente hacerse cargo hoy en día de una detallada arquitectura de controles y responsabilidades."[13]

Dentro de este marco, el reclamo o incluso el malestar frente al control y crítica pública invocando como justificación el estatuto de autonomía de una institución parece completamente fuera de foco. Más allá de lo problemático que esto resulta en la estructuración de una institución pública en un Estado de Derecho, dicha concepción se traduce nuevamente en un aislamiento institucional del Ministerio Público y en un factor que dificulta un nivel de interacción y coordinación más amplio entre las instituciones. Junto con lo anterior, esta actitud del Ministerio Público se ha traducido en una política ambigua respecto a la transparencia institucional, es decir, la entrega de información en forma abierta y permanente a la opinión pública.[14] Incluso ha llevado en varias oportunidades a que la institución se haya negado formal e informalmente ha formar parte de estudios evaluativos de la marcha de la reforma. Este último aspecto es clave en un proceso que se definió como de implementación gradual precisamente con el objetivo de evaluar muy de cerca el funcionamiento de las distintas instituciones a fin de anticipar y corregir problemas en las regiones en donde el sistema se implementará con posterioridad. Finalmente, esta actitud del Ministerio Público ha impedido un debate público vigoroso cerca de la marcha de la reforma indispensable para su legitimación en la ciudadanía y para contar con mayor información que permitan evaluar sus avances.

---

[7] *Véase Philip Stenning, Introduction, en Accountability for Criminal Justice, University of Toronto Press, Cánada 1995, pág. 7.*

[8] *Véase, La Revolución de la Justicia, El Mercurio, 17 de Diciembre de 2.000, pág. D 16.*

[9] *Véase, Se Hará Justicia, El Mercurio 30 de septiembre de 2.001, pág. D 11.*

[10] *Véase El Fiscal Rechaza Críticas a su Gestión, El Mercurio, 8 de septiembre de 2.001, pág. C1.*

[11] *Véase, Críticas y Respuestas, El Mercurio, 15 de septiembre de 2.001, pág. A3.*

[12] *Véase Sanjay Reddy y Anthony Pereira, The Role and Reform of the State, Working Paper nº 8, UNDP, 1998, págs. 4 a 6.*

[13] *Idem pág. 6 (la traducción del inglés es mia)*

[14] *Es necesario acotar que la transparencia tiene alcances mayores ya que no sólo significa entrega permanente de información, sino que también la existencia de procedimientos claros y controlables al interior de la institución y el diseño de programas orientados a promover la difusión y el acceso fácil y abierto a la información.*

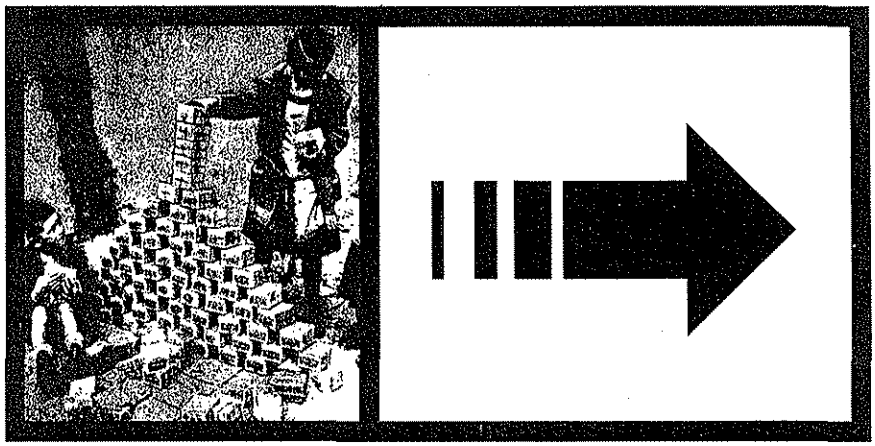
Conclusiones

Las autoridades superiores del Ministerio Público han manifestado en forma reiterada en el último tiempo su disposición para colaborar y coordinarse intensamente con los distintos organismos públicos vinculados al sistema de justicia criminal con el objetivo de lograr un funcionamiento óptimo del nuevo proceso penal. Esta actitud parece ser un primer paso muy relevante para la superación de los problemas descritos en este trabajo. Con todo, dichos resultados pasan no sólo por una buena disposición institucional, sino que principalmente por una nueva concepción de la autonomía en las autoridades del Ministerio Público que permita en la práctica cumplir con dichas aspiraciones. Los alcances precisos de esta nueva concepción siguen siendo un debate pendiente en nuestro país. Es de esperar que éste sea tenido pronto ya que su falta se ha traducido en problemas concretos en el funcionamiento del sistema que deben ser corregidos para evitar que ellos pongan en tela de juicio la necesidad de una reforma tan importante para nuestro país como lo es la reforma procesal penal. ■

ALEJANDRA MERA

Profesora Facultad de Derecho

Universidad Diego Portales.



En marzo del año 2002, esto es, a poco más de un año de haber entrado en vigencia la Reforma Procesal Penal en las denominadas "Regiones Piloto" (Cuarta y Novena Regiones), el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA), en colaboración con equipos de investigación de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y Diego Portales, publica un informe de Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena.[1] Este informe se ubica dentro de otro mayor, que involucra la evaluación de reformas procesales penales de otros tres países de América Latina que han intentado procesos equivalentes al chileno, como son Costa Rica, Paraguay y Argentina (en este último caso, sólo en la provincia de Córdoba).

Este artículo tiene por objeto exponer las principales conclusiones de dicho informe, intentando sistematizar los logros y deficiencias que nos parecen más relevantes en los diez primeros meses[2] de funcionamiento del sistema en Chile. Sin embargo, y para comprender mejor la relevancia de la reforma en nuestro país, es necesario partir por dejar establecido que los resultados en el caso chileno son inmensamente superiores a los de los demás países evaluados. En pocas palabras y en términos muy generales, la reforma en Chile, aunque con algunas deficiencias, funciona y ha sido exitosa: se han creado dos importantes instituciones, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, las que se encuentran en funcionamiento; se han instalado Tribunales completamente nuevos (de Garantía y Tribunales Penales Orales) y se ha incorporado toda la infraestructura necesaria para que éstos actúen; principios tan importantes del nuevo sistema como la oralidad, la contradicción o imparcialidad, aunque con excepciones, se han reflejado razonablemente en las actuaciones de los actores del sistema, existe una alta motivación y es casi inexistente el factor de corrupción.

Es importante destacar también que la nueva legislación les ha devuelto a los imputados su legítimo rol de parte en el procedimiento, y de acuerdo a los resultados del Informe, éstos han podido ejercer razonablemente sus derechos. Así, todos los imputados detenidos han contado con un abogado, un defensor público (en caso de no contar con un abogado particular) desde la audiencia de control de detención, esto es, a las 24 horas de ser detenido. Asimismo, han podido tener libre acceso a la investigación del fiscal, aunque en algunas oportunidades se les ha negado el derecho a sacar copias. Por último, el Informe constata además que los apremios ilegítimos ejercidos por la policía sobre los imputados en los interrogatorios extrajudiciales en gran medida parecen haber desaparecido.

En términos globales, la implementación demuestra además grados de eficiencia muy superiores a los del sistema antiguo. Basta para ello observar el volumen de causas terminadas en estos primeros meses: del total de los ingresos, el 46% de las causas había sido terminada.[3] Cabe señalar, que de acuerdo a cifras expuestas en la Cuenta Pública del Fiscal Nacional del año 2002, a quince meses del funcionamiento del sistema y contemplando las cinco regiones en que actualmente se encuentra vigente, el porcentaje de soluciones ha aumentado,correspondiendo aproximadamente al 68% de términos. Además, comparando el número de sentencias obtenidas en juicios en la IV y IX regiones en los años 1999 (sistema antiguo vigente) y año 2000 (con reforma rigiendo), también el balance es positivo: más sentencias en el nuevo sistema, aún cuando las cifras deberían ser mayores debido a que la muestra sólo comprende, en el caso del sistema nuevo, diez de doce meses de funcionamiento y por otra parte, los casos solucionados por el sistema antiguo debieron comenzar en muchas oportunidades más de un año antes del momento de su solución.

En resumen, se ha logrado "instalar el modelo" y éste funciona razonablemente. Por el contrario, todos estos aspectos presentan enormes problemas en la implementación de las reformas en los demás países evaluados. A primera vista, entonces, podemos estar satisfechos: hemos instalado una reforma que si bien ha sido costosa, funciona y cumple con sus objetivos.

No obstante lo anterior, la Evaluación del sistema en Chile denuncia una serie de deficiencias que es necesario solucionar con prontitud, toda vez que es importante corregir las prácticas nocivas lo antes posible para que estas no se institucionalicen, pero además, porque la mayoría de estos problemas se irán acentuando cuando el sistema entre en régimen, pues se tornará mucho más exigente y demandará a los actores maximizar sus recursos, recursos que como veremos, muchas veces se encuentran sub utilizados.

En lo que sigue nos detendremos en ciertos aspectos contenidos en el Informe que a nuestro juicio son más significativos y requieren mayor atención de parte de las instituciones involucradas en la reforma para ser corregidos con prontitud.

LA REFORMA RINDE EXAMEN

Falta de definición de roles

Como se sabe, la reforma del sistema procesal penal, especialmente en los términos en que se dio en nuestro país, representa un enorme desafío, ya que introduce un sistema radicalmente opuesto al que nos viene rigiendo con muy pocas modificaciones desde el siglo XIX. Así, se pretende instalar un sistema fuertemente acusatorio, muchas veces más acusatorio que el de algunos países europeos que comenzaron sus reformas con siglos de anterioridad, ahí donde existía un sistema fuertemente inquisitivo, quizá uno de los más ortodoxos de América Latina.Se comprenderá entonces que las principales dificultades de implementación provengan de la enorme dificultad de los actores del sistema de experimentar el cambio de mentalidad requerido para llevar adelante prácticas y actuaciones que sean un fiel reflejo de los nuevos principios y la importancia clave que tiene en todo ello que las instituciones involucradas emprendan programas de capacitación que se adecúen a estas necesidades.

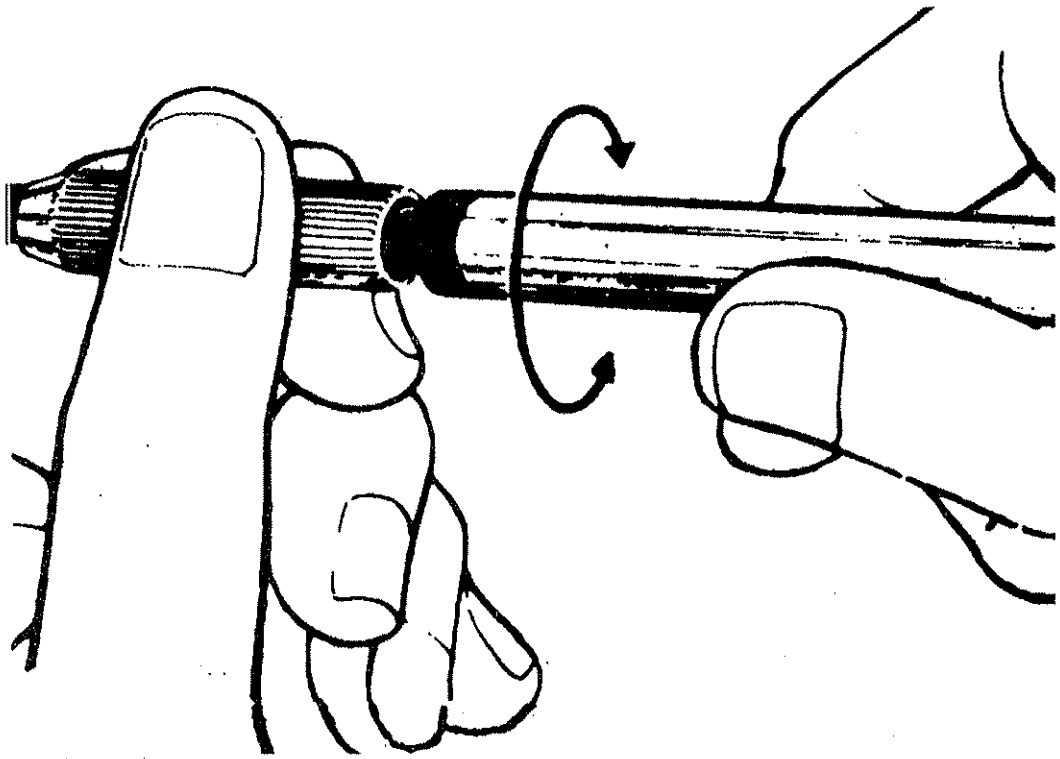
En este sentido, el Informe acusa problemas en la definición de roles que deben cumplir los actores del nuevo sistema. Esto es explicable si se recuerda que tanto la Defensoría Penal Pública como el Ministerio Público han nacido con la reforma, por lo tanto, necesitan tiempo para ir construyendo su identidad, pero también lo es para los tribunales, ya que si bien como institución existían con anterioridad, han sufrido una transformación tan radical que los obliga a desempeñarse de una manera muy distinta, incluso opuesta a como lo venían haciendo hasta ahora, lo que complica aún más su situación.

Esta falta de definición de roles redunda en una serie de dificultades e ineficiencias, ya que el sistema, para funcionar adecuadamente, requiere de sus actores actuaciones y por sobre todo actitudes que se avengan con el rol que se requiere.

Así, por ejemplo, se estarían generando algunos problemas en cuanto a la relación de fiscales y policías. El sistema entiende que ambos actúan conjuntamente para investigar los delitos. El Ministerio Público dirige la investigación y las policías lo asisten, en un esquema que supone un trabajo desformalizado y colaborativo. Pues bien, se ha detectado que muchos fiscales actúan más que como colaboradores en las tareas de investigación, como pequeños jueces de Garantía frente a las actividades policiales, esto es, frente a una actuación policial que merece alguna duda acerca de su legalidad (excluimos, por supuesto, actuaciones claramente ilegales) el fiscal prefiere desestimarla de antemano, antes que ir fundadamente a defenderla ante el Juez de Garantía. Esta visión de lo que es un correcto desempeño, cercana a la visión de un fiscal actuando de manera "objetiva", acusa un mal entendimiento de la labor del fiscal dentro del sistema y genera problemas. Por ejemplo, en esta situación, quizá significará que el fiscal desestime un buen caso por creer que no cuenta con pruebas que luego podrá presentar en juicio. A nuestro juicio, el fiscal no actúa "objetivamente" leyendo el Código de una manera "neutra". Este no es el correcto significado del principio de objetividad que rige las actuaciones de los fiscales. El Fiscal es una parte, es el investigador y el acusador, y eso le impone exigencias que se alejan de las conductas descritas.

Lo mismo en el caso de la Defensoría. Por defectos en lo que se refiere a destrezas de litigación, las que a su vez son funcionales a la contradicción, no se observan en términos generales defensas vigorosas, prácticamente no hay investigaciones independientes (y esto no obedece necesariamente a un problema de escasez de recursos) ni tampoco presentación de pruebas propias, lo que en muchas ocasiones las debilita.

En cuanto a los jueces, un buen ejemplo acerca de lo que venimos tratando es la gran dificultad que está teniendo la inserción de los nuevos funcionarios administrativos en los tribunales. La reforma viene en este ámbito a poner las cosas en su debido lugar, esto es, devuelve a los jueces su rol de administradores de justicia y deja en manos de expertos la administración de todo lo demás. Todo lo demás, entre otras cosas, implica desde la compra de materiales de uso común en el tribunal, hasta la organización de audiencias, elaboración de sistemas de gestión, etc. Pues bien, los administradores, muchas veces ajenos al "mundo jurídico", manifiestan que han visto entrabado su trabajo por antiguas lógicas instaladas en los tribunales, las que tratan de imponerse, especialmente cuando la ley no reglamenta la forma en que deben llevarse adelante determinadas actuaciones. En otras palabras, como menciona el Informe, los jueces se resisten a la idea de ser otro recurso a ser administrado e intervienen en las labores administrativas que ya no les corresponden. En general, existe mucha resistencia a sustituir las antiguas prácticas por nuevas que obedezcan a



Nos parece además que es fundamental establecer un fuerte control y ojalá instancias de discusión sobre la marcha del proceso. Criticar la reforma en el espectro de sus objetivos y posibilidades será su mejor alimento

nociones modernas de gestión, a cargo de profesionales de la materia y resulta preocupante observar que muchas veces los jueces enfrenten esta situación como un problema a solucionar, y lo que es peor, que la solución pase por contratar a profesionales de más bajo perfil, con quienes los jueces tendrían un mayor poder de control y así un mayor ámbito de intervención en estas tareas que harían bien en abandonar.

Finalmente, en relación al poder judicial, han resultado muy problemáticas una serie de instrucciones que se han impartido desde los tribunales superiores sobre determinados aspectos de la implementación de la reforma. Quizá el más polémico e ilustrador de estos casos es la instrucción impartida por la corte suprema a los jueces de garantía sobre la interpretación del artículo 281 del CPP, en orden a entregar al tribunal oral, junto con el auto de apertura del juicio, los registros jurisdiccionales de la etapa de investigación y de preparación del juicio, cuestión que aleja al tribunal oral de la idea de un tribunal imparcial, toda vez que a través de esta información podrá imponerse de cuestiones debatidas en la etapa de investigación, prejuiciando eventualmente su decisión.

Estrechamente vinculado a lo anterior, el Informe detecta réplicas de antiguas prácticas y una tendencia a la formalización de las actuaciones, especialmente de parte de los tribunales. Así, un ejemplo de ello son los problemas que se han ocasionado en relación a las notificaciones. El sistema reformado exige la mayor desformalización posible, única manera de llevar adelante los procesos de manera rápida y eficiente. Precisamente en atención a ello, se preocupa de flexibilizar al máximo los sistemas de notificación (cualquier medio idóneo: fax, teléfono, e-mails, etc.). Pues bien, muchas veces no se pueden llevar adelante audiencias previamente agendadas (en opinión de un juez -en la semana de la entrevista- y un jefe de unidad, cerca de un 60 o 70 % de las veces) porque no existe notificación de la manera en que la antigua legislación, engorrosa por cierto, establece y no se buscan medios alternativos más efectivos. Se suma a lo anterior, la sensación de que ni Ministerio Público ni Defensa asumen el rol que les correspondería en asegurar la concurrencia de las partes a los tribunales. Aquí nuevamente vemos de manifiesto el problema de la definición de roles: ¿a quién podría interesarle más que el proceso avance si no es a las partes? ¿por qué las partes ven en el juez al único actor idóneo para hacerlo? Si bien es cierto que la ley asigna este trámite al tribunal, tal como señala el Informe ¿por qué no tomar la iniciativa y asegurar la realización de las audiencias aún sin notificaciones formalmente cumplidas? Nuevamente la respuesta hay que buscarla en el peso de la historia.

A esta altura, me atrevería a sostener, que si no todos, la mayoría de los problemas que ha dejado entrever la implementación de la Reforma tienen que ver con lo que venimos apuntando: falta de comprensión de los fundamentos o principios de las instituciones del nuevo proceso, falta de definición de roles o muchas veces, simple resistencia al nuevo modelo. Sin embargo, por su especificidad, en lo que sigue relevaremos algunos temas especialmente problemáticos sin hacer hincapié en las razones, de fondo a nuestro juicio, anteriormente descritas.

Problemas de Gestión

Se han detectado problemas de gestión, especialmente al interior del Ministerio Público y los Tribunales. Así, en cuanto a la distribución de casos, la mayoría de los tribunales de garantía han implementado un sistema de turno semanal, el que en términos generales implica hacerse cargo por ese lapso de todas las causas que ingresan con detenido y todas las autorizaciones que sean requeridas. Deben hacerse cargo, además, de audiencias de otros jueces que se hayan ausentado. El resto de las causas se distribuyen aleatoriamente mediante un sistema computacional, que no obedece a criterios de especialización o carga de trabajo. Como la ley establece que los jueces no se pueden subrogar, a menos en caso de ausencia, muchas veces se da la paradoja de tener a un juez sobrecargado con audiencias y otros, del mismo tribunal, y con salas disponibles, sin poder asumir el trabajo. Además, por orden de la Corte Suprema del 5 de diciembre de 2000, las causas se radican en el juez, lo que impide más aún cualquier tipo de flexibilidad. De esta forma, tenemos jueces colapsados con un número de causas que en sistemas comparados no representan un volumen problemático, pero no porque allí hayan necesariamente más jueces o más recursos, sino porque en esos países se han implementado sistemas de gestión que obedecen a criterios de economías de escala, los que justamente, al contrario de lo que ha pasado en nuestro país, distribuyen el trabajo por tipos de audiencias o se alejan de normas de radicación, favoreciendo con ello la eficiencia.

Ahora bien, en cuanto a gestión, un aspecto enormemente positivo a destacar es la desaparición en casi su totalidad de la delegación de funciones de los jueces a funcionarios subalternos, mal endémico del sistema inquisitivo.

En cuanto al Ministerio Público, se constató que existían grandes períodos de tiempo (entre 40 y 60 % en opinión casi unánime de los fiscales entrevistados) de fiscales dedicados a tareas administrativas, situación que redunda en ineficiencia y contribuye a generar una errada sensación de escasez de recursos, allí donde lo que hay es básicamente sub utilización de los recursos humanos existentes. En otras palabras: fiscales con el 100% de su tiempo disponible para realizar sus tareas tendrían entre 60 y 40 % más de avance en sus investigaciones, lo que nos indica que lo que hace falta no son más fiscales, sino una gestión más eficiente. Dentro de esta gestión más eficiente, de acuerdo a los resultados del informe, debería incorporarse además una mayor flexibilidad de los administradores de las fiscalías locales frente a las unidades administrativas de la Fiscalías Regionales y la Fiscalía Nacional, además de desburocratizar los procesos, ya que en opinión de los fiscales estos dos elementos retardan y complican injustificadamente su trabajo.

Ahora bien, en cuanto a los sistemas de distribución de causas de fiscales y defensores, el Informe destaca que estos tampoco obedecen a criterios de especialización, lo que facilitaría enormemente sus labores.

Sistemas de selección de casos: Facultades discrecionales

De acuerdo a la ley, el Ministerio Público puede ejercer ciertas facultades discrecionales que le permiten no iniciar o terminar algunas investigaciones, de acuerdo a ciertos parámetros que la misma ley señala. Básicamente esto implica terminar con el estricto principio de legalidad del sistema inquisitivo e incorporar criterios para descongestionar el sistema, racionalizando los recursos de la fiscalía, en el siguiente entendido: los recursos de la persecución penal son escasos, por lo tanto deben orientarse a perseguir los delitos más graves y aquellos que tengan probabilidades de éxito, esto es, de poder avanzar y concluir una investigación. Las facultades discrecionales contempladas en el nuevo Código son la facultad de no iniciar la investigación, el principio de oportunidad y el archivo provisional.

Estas facultades discrecionales, para cumplir con el objetivo propuesto, que no es otro que racionalizar los recursos y descongestionar el sistema, deben ser ejercidas tempranamente por los fiscales; de otra forma pierden sentido. Pues bien, señala el Informe que principalmente por una falta de conducción institucional para tomar decisiones tempranas del Ministerio Público, estas facultades no están correctamente utilizadas, ya que, o no se recurre a ellas en muchos casos en que correspondería hacerlo, o bien, se hace demasiado tarde. En este sentido, varios fiscales entrevistados concuerdan en que muchas investigaciones se mantienen abiertas por un largo tiempo, aunque el fiscal a cargo tenga la convicción de que esa causa jamás se investigará, sólo por no enfrentar a la víctima y decirle que su caso no será investigado. Así, los fiscales, tratando de dar una solución que en verdad no es solución, ocultan a la víctima que el caso no se llevará adelante, generan

falsas expectativas y mantienen abierta una investigación que jamás avanzará. A nuestro juicio, un Ministerio Público posicionado de su rol debería actuar de una manera muy distinta, especialmente tomando en consideración que también es obligación de la institución la protección de las víctimas. Así, tempranamente, ante un caso "sin futuro", al menos con los antecedentes disponibles, el fiscal debe decidir, si lo archiva o no lo investiga, se le debe comunicar a la víctima tal situación y se debe entregar a ésta todo el apoyo que la fiscalía pueda entregar, especialmente a través de la Unidad de víctimas y testigos y en el caso de que no sea posible o necesario, no hacer nada. Este "no hacer nada", sin embargo, y esta es otra de las deficiencias que manifiesta la implementación de la reforma, debe ser explicado a la comunidad mediante publicidad, programas de información, etc. para que no se generalice una sensación de impunidad. Así, una población informada podrá entender el sentido de las actuaciones de fiscales, jueces y defensores y sobrellevar en mejor medida una decisión como la que se apunta, solución que nos parece bastante más razonable que ocultar información acerca de las decisiones eventualmente desfavorables para las víctimas de los delitos, que lo único que logra es retardar la "mala noticia" y mantener abierto un caso que jamás avanzará. Por lo demás, y así lo indica el Informe, parece ser que la actitud de las víctimas es comprender los motivos de los fiscales cuando estos se ocupan de explicitarlos.

Al poco tiempo de que la reforma se pusiera en marcha, el Fiscal Nacional dictó una serie de instructivos, muchos de los cuales desvirtuaron el sentido y limitaron la eficiencia de las facultades discrecionales de los fiscales, generando una fuerte sensación de sobrecarga de trabajo. Así, por ejemplo, en relación al archivo provisional, se dictó un instructivo que fijaba criterios de procedencia en atención a la penalidad del delito y no sobre las posibilidades de éxito de la investigación, que es justamente el criterio señalado en la ley. Posteriormente, sin embargo, el Ministerio Público ha dictado nuevas directrices que han tendido a recoger la problemática generada con sus instrucciones iniciales, cuestión que ha redundado en soluciones más eficientes. Por esta razón, si bien el Informe señala que, en total, estos tres mecanismos de descongestión han terminado con un 36,1% de los ingresos del sistema, en la actualidad estas cifras se han elevado, pero igual se encuentran muy por debajo del 63.4 % proyectado antes de ponerse en marcha la reforma.[4]

> *Se comprenderá entonces que las principales dificultades de implementación provengan de la enorme dificultad de los actores del sistema de experimentar el cambio de mentalidad requerido para llevar adelante prácticas y actuaciones que sean un fiel reflejo de los nuevos principios...*

Selección de casos: Salidas alternativas

Dos son las salidas alternativas que contempla el Código Procesal Penal: suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Tal como lo dice su nombre, son soluciones alternativas a la tradicional, esto es, un juicio, para dar por superado un conflicto penal.

Del total de ingresos del sistema, sólo un 0,6 % ha terminado en suspensiones condicionales, ahí donde se había proyectado un 4,6 % y un 0,3 % lo ha hecho en virtud de un acuerdo reparatorio, donde debía haber, de acuerdo a las mismas proyecciones, un 1,6 % de los ingresos.[5] Nuevamente nos topamos en este punto con instructivos disfuncionales de la Fiscalía que contribuyen a entrabar la obtención de estos acuerdos, como por ejemplo, en cuanto a la suspensión condicional, efectuarla en un momento muy cercano al cierre de la investigación, lo que la despoja de su carácter descongestionador del sistema.

Pero además, el Informe acusa actitudes problemáticas de parte de los jueces, toda vez que ante acuerdos cerrados, exigen de parte de la fiscalía investigaciones agotadas antes de dar su aprobación o cuestionan el consentimiento de las partes para acceder a ellos.

Las salidas alternativas, extrañas al sistema inquisitivo, fueron incluídas en la nueva normativa porque se estimó que venían a dar una respuesta más adecuada que un juicio bajo ciertos supuestos. Utilizarlas cuando es pertinente, por tanto, es un deber de los actores del sistema, que redundará en mayor eficiencia, pero además, en la satisfacción de intereses particulares que pueden ser más importantes en ciertas ocasiones que el interés público en la persecución del delito.

Procedimiento abreviado y Juicio Oral

Quizás las dos instituciones más sub utilizadas en estos primeros meses de implementación de la reforma, paradojalmente -por ser ese el espacio donde se encuentra todo nuestro imaginario acerca de cómo son los procedimientos orales- son dos instancias de juicio: el procedimiento abreviado y el juicio oral.

Del 7,1 % estimado por la simulación computacional realizada por Paz Ciudadana para procedimientos abreviados, sólo un 0,08 % de las causas terminaron a través de este mecanismo. Por su parte, un 0,04% (22 juicios) de las causas terminaron en juicio oral, siendo un 2,5% de las causas el estimado en las proyecciones.

Este bajo índice de juicios se explica por razones diversas en ambos casos. En cuanto al procedimiento abreviado, el principal escollo parece estar en el excesivo celo de los jueces de garantía sobre los antecedentes con que cuenta el fiscal en su investigación para otorgar su aprobación, el que a su vez se fundamenta en la formación de los jueces en el sistema antiguo, pero también en el fantasma del criterio "formalizado" de las Cortes de Apelaciones, ya que la sentencia del juicio abreviado es apelable. Así, los fiscales deben contar con una investigación completa y formalizada, la que será revisada por el juez, lo que los desmotiva para ir a procedimiento abreviado porque, o bien no realizan la investigación en estos términos y no será aprobado por el juez o lo hacen y en ese caso cuentan con todos los antecedentes que les permitiría ir a juicio oral, el que muchas veces es más conveniente porque les ofrece la posibilidad de pedir una pena mayor. Por otra parte, los jueces se han manifestado excesivamente rigurosos en el examen del consentimiento del imputado para acceder al procedimiento abreviado, lo que muchas veces resulta intimidatorio, y en diversas oportunidades ha hecho fracasar acuerdos a los que había accedido el imputado, debidamente informado.

En cuanto a la escasa cantidad de juicios orales, los fiscales han manifestado cierta inseguridad a la hora de promover juicios. Es así como se han comportado demasiado aprehensivos en cuanto a sus investigaciones, esperando contar, innecesariamente muchas veces, hasta con el más mínimo detalle para acusar. Esta situación, tal como apunta el Informe, es problemática, toda vez que el juicio oral juega un papel decisivo en la legitimación del sistema y en la socialización de los valores que encarna.

Si bien es cierto que se han llevado adelante una gran cantidad de procedimientos simplificados, los que po-

drían estar absorviendo las demandas de juicio, no lo es menos que en términos concretos muchas veces esos procedimientos no constituyen un verdadero juicio, ya que concluyen con el reconocimiento de responsabilidad del imputado.

Medidas cautelares

Uno de los principios fundamentales que sostiene el nuevo sistema es el de presunción de inocencia. En virtud de este principio, por ejemplo, es la Fiscalía, sin la necesaria colaboración del imputado, quien debe probar su participación y responsabilidad en los hechos, más allá de toda duda razonable. Pero también en virtud de la presunción de inocencia es que el imputado debe ser tenido y tratado como inocente mientras dure la investigación y el juicio, y es precisamente en atención a este aspecto del principio de inocencia que el nuevo código restringe la procedencia de la prisión preventiva, la misma que operaba automáticamente en el sistema inquisitivo con el auto de procesamiento y concebía la libertad del imputado (libertad provisional) durante el proceso como un "beneficio" y no como un derecho. Además, la nueva normativa introduce una serie de medidas alternativas a la prisión, entre las cuales se cuenta el arresto domiciliario, el arraigo, etc., las que deben preferirse a la prisión preventiva cuando esto sea posible.

Pues bien, la utilización de la prisión preventiva ha disminuido considerablemente con el nuevo sistema, aunque aún los fundamentos para otorgarla, como el "peligro para la sociedad" se mantiene en terrenos abstractos, generalmente en atención a la pena asignada al delito y a los antecedentes penales del imputado. Así, en cifras de la Defensoría Penal Pública, de 6 de Noviembre de 2001, del total de causas ingresadas, sólo un 16% de los imputados estaban en prisión preventiva, un 38,7 % se encontraba cumpliendo una medida cautelar alternativa y un 37,2 % se encontraba en libertad. Esto, sin lugar a dudas, puede estimarse como un gran éxito del nuevo sistema. En cuanto a las medidas alternativas a la prisión preventiva, ha sido una grata sorpresa el alto grado de cumplimiento, no obstante no existir un sistema de control sobre ellas, el que de todas formas se hace cada vez más urgente, especialmente si se piensa en regiones con mayores grados de criminalidad que las Regiones Piloto.

Reflexiones finales

Nos parece que sin ser demasiado condescendientes, es posible afirmar que la reforma exhibe resultados satisfactorios, aunque aún requiere de importantes ajustes. Es del caso, sin embargo, hacer una importante distinción en este punto. Muchos han elevado sus voces criticando los resultados o la implementación de la reforma y lo han hecho desde posiciones muy distintas. Algunos han manifestado que esta reforma se ha convertido en el "paraíso de los delincuentes", los que ahora andan libres por las calles representando un gran peligro para la sociedad. Se recordará la resolución que en primera instancia dejó bajo arresto domiciliario al imputado de dar muerte a una religiosa en la ciudad de La Serena. Otros, por el contrario, han criticado duramente la reforma que fue introducida a los pocos meses de encontrarse vigente el Código, que faculta a la policía para detener en casos de faltas, toda vez que ven en ella una represión innecesaria. Este debate, sin embargo, no es más que el reflejo de lo que fue la génesis de la reforma, esto es, un acuerdo urgente por modificar radicalmente nuestro sistema de enjuiciamiento penal, acuerdo que fue otorgado por todos los sectores del espectro político, pero con intereses muy diversos que se transaron entre la necesidad de adecuar el procedimiento a las exigencias del debido proceso y de los tratados de derechos humanos, por una parte, y la necesidad de instalar un sistema de justicia eficiente por la otra.

Nos parece que todos estos reparos son legítimos y explicables en el contexto de los intereses de cada grupo. Nos parece además que es fundamental establecer un fuerte control y ojalá instancias de discusión sobre la marcha del proceso. Criticar la reforma en el espectro de sus objetivos y posibilidades será su mejor alimento. Distinto es, sin embargo, criticar el proceso sin fundamentos o por realidades que no le son imputables. Me refiero especialmente a las críticas que se han levantado en torno al tema del aumento del temor de la ciudadanía sobre su seguridad en las Regiones Piloto.

Aquí dos precisiones son necesarias. Por una parte, estimamos que no se le puede pedir a la reforma resultados que no puede dar, simplemente porque no es el instrumento idóneo para alcanzarlos. La reforma, por ejemplo, no tiene como terminar o ni siquiera disminuir la delincuencia. El procedimiento penal es un método para resolver ciertos conflictos sociales, no el mecanismo para prevenirlos. Así, podremos estimar que la reforma no funciona cuando no castiga a los autores de los delitos, pero no cuando la delincuencia aumenta en un determinado lugar.

En segundo término, y especialmente en los primeros meses, se creó una sensación de inseguridad en la población de las regiones piloto, la que daba cuenta de cierto temor en la percepción de las personas acerca de que la nueva normativa era "mucho más blanda" con los delincuentes. Con el tiempo, sin embargo, esta situación ha ido cambiando y los índices de temor han bajado. Con todo, esta sensación, aunque a nuestro juicio equívoca, es fácil de explicar. Efectivamente, investigar delitos respetando los derechos humanos de las personas es una empresa más complicada para el Estado, toda vez que estos constituyen obstáculos para la persecución penal. Pero lo cierto es que nos hemos puesto de acuerdo en que hay ciertos límites que no queremos que el Estado sobrepase porque tenemos recuerdos cercanos sobre las consecuencias de esos abusos. Preferimos entonces renunciar a cierto grado de eficiencia en favor del respeto de los derechos de las personas. Si es cierto que esta sensación podría explicarse en esta realidad, debemos entonces socializar los fundamentos que se tuvieron al momento de hacer esta opción. Creemos firmemente que la información es la mejor herramienta para superar tal situación. Creemos además que la prensa podría cumplir un rol fundamental en ello, en vez de acrecentar este tipo de temores, temores que además, si se considera el asunto desde la perspectiva en que lo venimos tratando, no se encuentran justificados en los resultados que exhibe la reforma, que como ya hemos dicho, ha alcanzado un mayor grado de soluciones que el antiguo sistema, acompañado del respeto de más garantías para los imputados. Por fin, si seguimos pensando que eficiencia es mantener a los imputados encarcelados durante los procesos porque su sola existencia configura un peligro para la sociedad, entonces debemos discutir si de verdad queremos un proceso penal que se avenga a un sistema democrático, con todo lo que ello significa. ■

---

[1] *En adelante: el Informe.*

[2] *Desde el 16 de diciembre del 2000, fecha en que la reforma entra en vigencia en las dos regiones piloto, hasta el 16 de septiembre del 2001.*

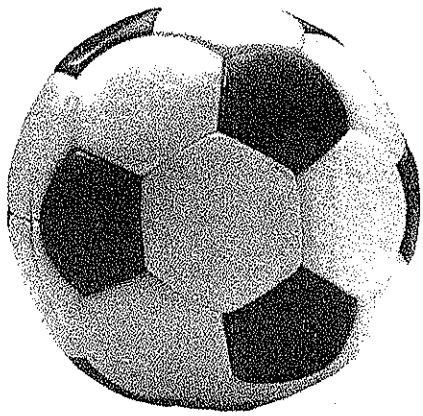
[3] *Este porcentaje comprende todas las formas de término establecidas en la nueva legislación, es decir: desestimaciones discrecionales de los fiscales, salidas alternativas, sobreseimientos y juicios (monitorio, simplificado, abreviado y oral).*

[4] *El año 1998, La Fundación Paz Ciudadana realizó una simulación computacional que proyectaba cómo debería operar la reforma para cumplir con los niveles de eficiencia requeridos. De acuerdo a dicha simulación se diseñó el sistema y en general se determinó su personal y presupuesto.*

[5] *Ibid*

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 jurídica[2] 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 pre-grado 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 ocurrrencias 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 o acusar. Qué proposiciones fácticas 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 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. 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, desconfíen 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.

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 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

> *"...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."*

[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 – invensión de información, hasta la substitución 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 entrampados 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 además 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.

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 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

> *"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."*

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 si 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 naufrague 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.

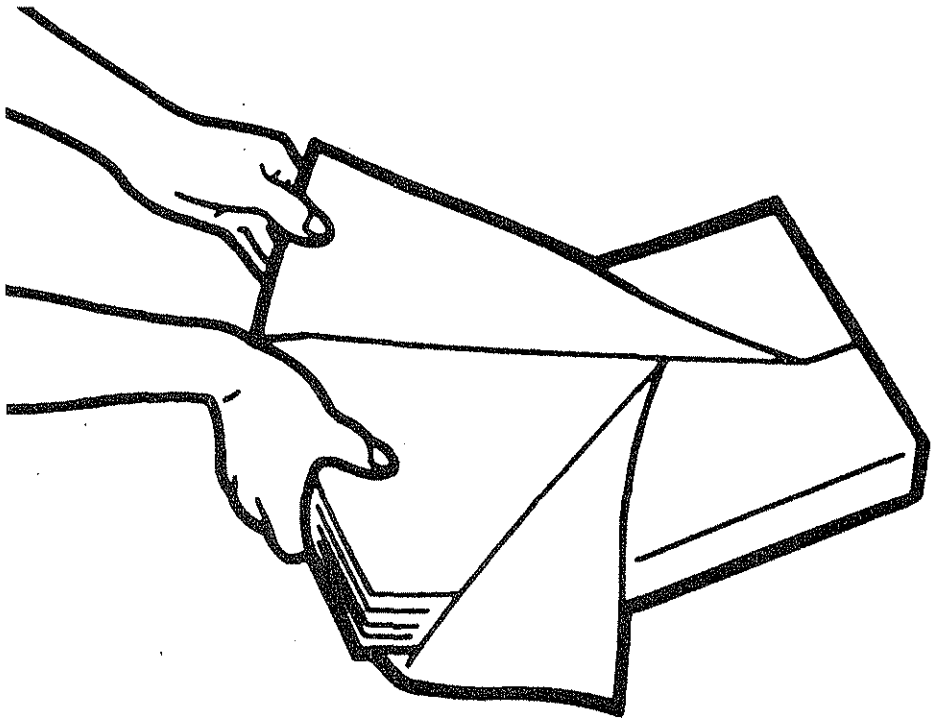
La premisa metodológica tras la disciplina de litigación, a su turno, consiste en desplazar la imagen de capacitación como "instrucción" hacia la imagen de capacitación como "entrenamiento". Consistente con esto, todo el curso está estructurado sobre la base de simulaciones. Este modelo de enseñanza, 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 oir 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 continente, 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.

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 especificas de la labor judicial.

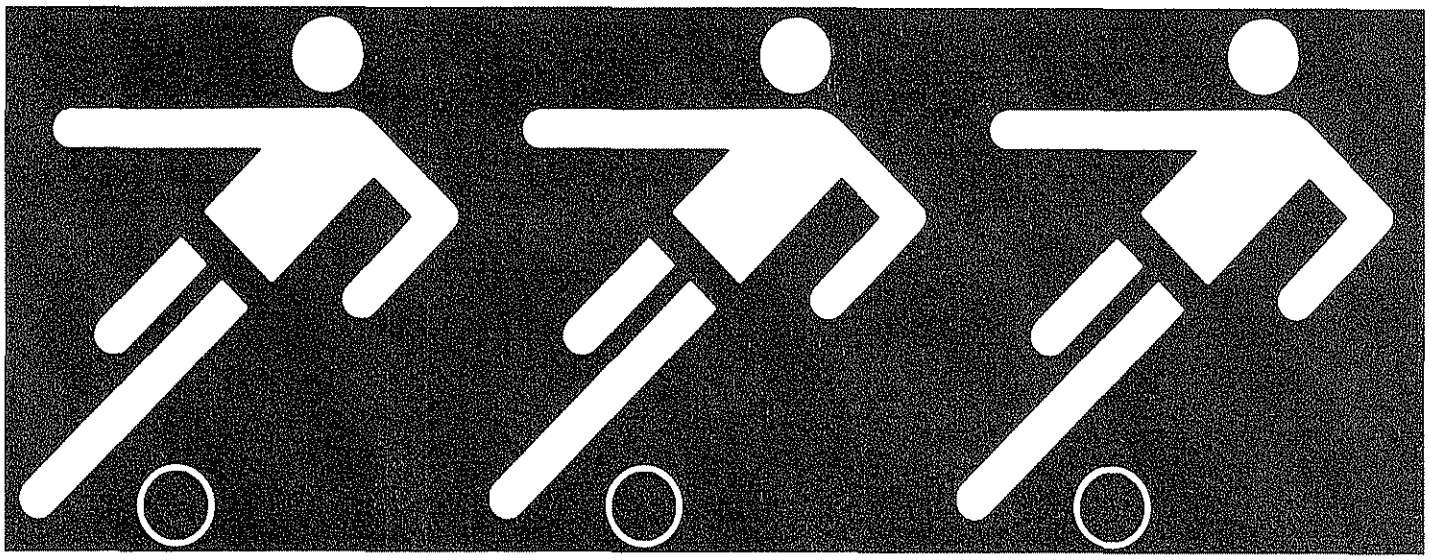
A su turno, la primera fase de un módulo más específico está reflejada en los últimos dos temas de los contenidos más arriba enumerados, temas que no estaban originalmente incorporados en el programa de litigación. La metodología para los jueces también consistía en la simulación de casos, esta vez para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

> *"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)."*



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. ■

MARIA INES HORVITZ

Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas, Escuela de Derecho Universidad de Chile

CRISTIAN RIEGO

Director de la Comisión que redactó el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal. Profesor de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Reformas al Nuevo Código Procesal Penal

EL 30 DE ENERO DE 2002 SE PUBLICA LA PRIMERA LEY QUE REFORMA EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA LEY 19.789. LAS MODIFICACIONES HAN GENERADO UN FUERTE DEBATE ACADÉMICO CON RELACIÓN A LA PERTINENCIA O NO DE ÉSTAS Y CIERTAMENTE SOBRE SU CONTENIDO. CON EL OBJETIVO DE CONOCER DISTINTOS PUNTOS DE VISTA EN EL TEMA CRISTIÁN RIEGO Y MARÍA INÉS HORVITZ -DESTACADOS ACADÉMICOS- CONVERSAN CON APUNTES DE DERECHO SOBRE ESTA TEMPRANA REFORMA. *Entrevista Contrapunto por Ema Infante, Alumna 5to Año, Facultad de Derecho UDP*

APUNTES DE DERECHO

¿Por qué se hizo esta reforma? ¿Era necesaria?

MARÍA INÉS HORVITZ: Yo no tuve absolutamente ninguna participación en la génesis de esta reforma. Yo fui sorprendida como muchas personas respecto de la misma por la excepcional rapidez en su tramitación y publicación, y luego de haber tenido conocimiento de su contenido, mi principal reacción fue de malestar. Primero, porque consideraba que era tremendamente precipitada por el hecho de que, hasta ese momento, no había una evaluación seria sobre el funcionamiento de la reforma; por otro lado, porque era muy parcial al referirse básicamente al tema de las facultades policiales y, en tercer lugar, porque se trataba de darle mayores poderes a la policía en un contexto que no era propiamente el de la persecución penal sino el de sus funciones preventivas. Creo que la ampliación de facultades en el ámbito preventivo - y esto referido básicamente a Carabineros, que es el organismo policial que en Chile reúne funciones tanto preventivas como represivas - tiende a producir una difuminación de los límites entre ambas funciones y eso es nefasto para el debido respeto de los derechos del ciudadano. ¿Por qué? Porque, como decía, las facultades preventivas de la policía se dan en un contexto de ausencia total de control, tanto previo como ex post facto, es decir, no hay instrucciones de los fiscales -Carabineros actúa autónomamente en este ámbito- y tampoco hay un control posterior de carácter jurisdiccional, porque no estamos ante funciones de carácter represivo o de investigación de delitos. En consecuencia, ampliar esta facultad de carácter preventiva que ya está incluida en el Código en forma anómala, reitero, tiende a producir una falta de claridad y precisión en cuanto a la delimitación entre unas y otras, y trasladada la lógica preventiva al ámbito represivo, que supuestamente debería ser más controlado porque se trata de un área donde existe un importante peligro de perturbación de derechos fundamentales. Y a mí me parece que, existiendo un informe previo de evaluación efectuado por un equipo de personas designadas por el Ministerio de Justicia, en que se señala expresamente que no ha habido un aumento significativo de las denuncias de delitos en las regiones IV y IX, y no habiendo ningún tipo de criterio objetivo que permitiera justificar, desde alguna perspectiva, el incremento de facultades policiales me parece que estamos ante una reforma sin fundamento legítimo, únicamente basada en percepciones de inseguridad de la población respecto al presunto aumento de delitos de gravedad mediana o leve que estaría produciendo alarma pública. Pero, como digo, ella no es razón suficiente para adoptar una decisión como esta, esto es, promover la primera importante reforma del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, que pareciera estar dirigida únicamente a dar satisfacción a las constantes demandas policiales por mayores poderes en este ámbito, rompiendo con importantes principios del Código Procesal Penal que, en mi opinión, era muy importante consolidar.

CRISTIÁN RIEGO: Bueno, se hizo para responder a un problema que se detectó que estaba generando un gran revuelo en torno a la reforma y una gran deslegitimación de la reforma, especialmente en sectores populares en las regiones piloto. Tenía que ver con la retracción de la policía en cuanto a resolver algunos problemas de convivencia menores diría yo, de baja gravedad, pero que en muchos casos afectaba mucho la convivencia local, principalmente en los sectores populares. Se detectó con el estudio que nosotros hicimos, visitamos lugares y conversamos con mucha gente, que había, por una parte, una mala comprensión de la policía, de las reglas que los regulaban en el nuevo código, y por otra parte, había una interpretación bastante restrictiva de esas mismas reglas por parte de los jueces de garantía y de los fiscales. Si bien esto se podría haber arreglado sin una reforma legal si jueces y fiscales hubiesen cambiado sus criterios y la policía hubiese tenido una mayor capacitación. Como estas cosas eran difíciles de conseguir, en un corto plazo, se prefirió hacer una reforma legal que aclarara estos puntos, dando así una señal en el sentido de que la policía tenía claras facultades para intervenir en una serie de situaciones que eran las que más preocupaban al público en esas áreas. Ante la posibilidad de tener personas que, si bien se encontraban cometiendo delitos menores dadas las características de la situación en que se encontraban, la no existencia de facultades de detener, que era un poco el criterio interpretativo que se sostenía, generaba una falta de respuesta, en situaciones en las cuales parecía razonable que se pudiera llevar a la persona a detención porque eran situaciones bastante extremas digamos. Por ejemplo, las personas que desarrollan actividad de hurto en tiendas de manera profesional.

APUNTES DE DERECHO

¿Hay alguna forma en que se podrían haber solucionado los problemas y por lo tanto haber evitado esta reforma?

MARÍA INÉS HORVITZ: Hay previstos una serie de mecanismos dentro del Código que podrían perfectamente haber servido para evitar algunos de los problemas que probablemente estuvieron en la mira de los autores de este proyecto. Hay una preocupación muy importante por la situación de

los delitos flagrantes, o sea, qué hacer con aquellos sujetos que tienen actitudes sospechosas pero que *ex ante* es difícil apreciar o valorar el presupuesto fáctico que autoriza la detención en dichas hipótesis. Sin embargo, creo que la solución correcta es producir estándares mínimos para proceder a una detención en los supuestos previstos en el artículo 130 CPP. Vale decir, que no basta una simple sospecha subjetiva o una mera intuición, no referible a ninguna pauta objetiva comprobable. Incluso más, el propio artículo 85 CPP exige que el control de identidad se practique únicamente en "casos fundados", lo que significa que fuera de las hipótesis que plantea la ley el control es inválido. Pero lo que resulta inaceptable es legitimar un procedimiento ilegal a su inicio por lo que resulte de él,[1] lo que ocurrirá cada vez que la policía pretenda obtener evidencia de cargo respecto de sujetos sospechosos a través del procedimiento de control de identidad y registro de sus vestimentas, equipaje o vehículo, como expresamente se autoriza a partir de la vigencia de la ley que venimos comentando. En un caso que nos tocó conocer del Juzgado de Vicuña,[2] un sujeto a quien se le practicó un control de identidad fue detenido por habérsele hallado entre sus vestimentas papelillos de marihuana y pasta base de cocaína. El Ministerio Público argumentó que el control de identidad se verificó porque el imputado había sido visto por la policía tocando la puerta de un inmueble vigilado por un delito de robo, presumiéndose que éste podía aportar antecedentes e información a la investigación que estaba llevando a cabo. El defensor argumentó que si lo que buscaba la policía era empadronar, bastaba con el control de su identidad, verificar sus datos y citarlo como testigo. El fiscal, recurriendo a las normas introducidas por la Ley 19.789, respondió que el artículo 85 CPP expresamente señala que la policía puede revisar las vestimentas de la persona que controla. El tribunal declaró legal el control de identidad como, asimismo, legal la detención "por encontrarse – como aparentemente se hizo- droga en su poder, verificándose una hipótesis de flagrancia". Como se aprecia, un procedimiento previsto exclusivamente para determinar la identidad ha servido de base para legitimar una detención que, se afirma luego, ha sido por delito flagrante.

En consecuencia, lo que a mi juicio pervierte todo el sistema es el famoso control de identidad, un mecanismo que fue introducido al Código a instancias de dos senadores que pertenecieron a Carabineros y cuya preocupación principal fue la eliminación de la detención por sospecha, vigente hasta mediados de la década del noventa, institución que era claramente inconstitucional pues atentaba en contra de lo planteado por la Constitución y por tratados internacionales de derechos humanos en relación a las hipótesis en que es legítima la detención de una persona, y que se fundaba en atribuirle malos designios a una persona sobre la base de características externas de la misma, como su forma de vestir, su apariencia, sus actitudes, esto es, era manifestación de un derecho penal de autor, inadmisible en un Estado de Derecho. Con su eliminación surge la siguiente inquietud, qué hacemos contra un sujeto que no podemos decir que está realizando un delito flagrante pero que de acuerdo a la imagen policial es un típico personaje que va a cometer un delito o lo ha cometido y está ocultándolo, etc. Entonces, se introduce esta norma que es de carácter básicamente preventivo en el nuevo Código Procesal Penal, que significa estrictamente identificarla para ciertos fines, y que sólo permite su detención en una hipótesis muy circunscrita. Antes de la Ley 19.789 se le podía detener hasta por cuatro horas en un recinto policial para poder identificarla; con su promulgación dicho lapso se amplía, sin justificación alguna, a seis horas. Pues bien, mi opinión es que la configuración actual del control de identidad responde a la lógica de la detención por sospecha: la idea es tener, de alguna manera, un mecanismo que permita controlar a una persona que parece sospechosa, lo que se reafirma con la posibilidad de registrar las vestimentas, equipaje y vehículo del controlado, una facultad cuya amplitud no puede justificarse desde una perspectiva estrictamente defensiva. De lo que se trató, en definitiva, fue darle mayores facultades a la policía en un ámbito claramente ilegítimo, que no está planteado ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos.

CRISTIÁN RIEGO: Bueno si, ya lo dije de alguna manera. Sí, si el ministerio público hubiese tenido una línea argumentativa consistente y clara para ampliar las facultades policiales en estas materias, si los policías tuvieran una formación jurídica más o menos importante en este tema y se sintieran seguros en el conocimiento de la norma y, finalmente, si los jueces de garantía hubiesen desarrollado una administración más flexible, más de acuerdo a articular las necesidades del trabajo policial con las garantías, no hubiese sido necesaria la reforma. La verdad es que todo eso se da en un mundo ideal y en la práctica eso no se estaba dando. Se estaba generando una deslegitimación muy alta del sistema.

APUNTES DE DERECHO

¿Son las demandas de la policía por mayores facultades o facultades más amplias, debido a los problemas, legítimas o ilegítimas?

MARÍA INÉS HORVITZ : Eso ya te lo respondí antes. Y no sólo por las razones que allí te señalaba. A mí me preocupa seriamente esta reforma que parece cumplir todas las profecías antiliberales que se plantean en una sociedad que se siente constantemente amenazada por la violencia y la inseguridad. Como decía, no sólo confunde peligrosamente el ámbito de acción estrictamente preventivo de la policía con sus funciones represivas, reinstalando así un derecho penal paralelo que esperábamos haber abolido, sino que además amplía la detención a ciertas faltas, quebrando el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares personales. En efecto, en base a este presunto incremento de la inseguridad ciudadana se extiende la detención a un ámbito en el que tradicionalmente –incluso en el proceso penal inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1906 – había estado proscrito, esto es, al de las faltas. Es más, la reforma contradice de modo flagrante la reciente decisión político-criminal de excluir la pena privativa del ámbito de las faltas (Ley 19.501, de 15 de Mayo de 1997), recurriendo a fórmulas "policiales" o "procesales" que no son vistas ni percibidas como "penales". El problema es que con todo esto entramos en lo que se denomina una "lógica eficientista": se trata de desarmar o burlar los límites que en un Estado de Derecho se han ido construyendo en orden a limitar el poder estatal para el esclarecimiento y condena de hechos punibles. Como sabemos, así como la justicia se encuentra, respecto de la seguridad jurídica, en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del derecho penal y del proceso penal. Como dice Hassemer, el estado de derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al estado de derecho debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.[3] Un punto de vista que comprenda dentro del concepto de eficiencia al afectado por el *ius puniendi* estatal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población llegaría a la conclusión de que sólo el derecho penal y procesal penal conforme al estado de derecho resultan eficientes a largo plazo, constituyéndose en un signo de la respectiva cultura jurídica. Sólo un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población y de los agentes del estado.

---

[1] *Ya en 1927 la Corte Suprema de Estados Unidos sentó este principio en "Byars v. United States", 273 US 28 (1927).*

[2] *Contra Hernán Enrique Salas Salas, audiencia de control de la detención efectuada el 9 de mayo de 2002.*

[3] *Hassemer (W) "Lineamientos de un proceso penal en el estado de derecho" en el mismo critica al derecho penal de hoy, trad. Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 80.*

CRISTIÁN RIEGO: Creo que probablemente hay de ambas cosas. Gran parte de la demanda de la policía en contra de la reforma o por mayores facultades tiene que ver con que ellos sienten que han perdido capacidad de operar de una manera bastante amplia, como la tenían antes con muy poco control. Probablemente eso también permitía ciertos abusos, entonces, claro que hay una cierta demanda que puede ser ilegítima en el sentido de que a nadie le gusta que lo controlen. Y esa es una demanda que yo no justificaría. A mi me parece bien que la policía esté sometida a un régimen de control hoy día y creo que es un gran éxito de la reforma. Pero hay un aspecto que también era legítimo, como en algunos casos se estaban produciendo restricciones producto de las normas del código, sobre todo en el tema del control, en que fiscales, jueces de garantía y defensores estaban dejando a la policía con algunas facultades que sí eran necesarias. Entonces, hay de ambos compuestos.

APUNTES DE DERECHO

¿Estas facultades se pueden considerar de policía o procesales?

MARÍA INÉS HORVITZ: Con esta pregunta supongo que lo que se quiere saber es si las nuevas facultades que confiere la reforma producida con la Ley 19.789 son "policiales" o "procesales". Como expliqué denantes, estas facultades, aunque no todas las que se plantean con la reforma, se refieren al ámbito preventivo pero que en definitiva afectan a la investigación de delitos. ¿Por qué? Porque a través del control de identidad se está tratando de allegar evidencia que va a servir de fundamento para la investigación de delitos concretos en contra de personas determinadas. Evidentemente si a esta persona, a la cual no se le está imputando ningún delito y a quien se le hace un control de identidad, y que con ocasión del mismo se le encuentra alguna evidencia que permite atribuirle uno significa que, por esta vía, se está burlando toda la constelación de mecanismos jurídicos que contempla la legislación tendiente asegurar los derechos de las personas en este ámbito. En primer lugar, se infringe el principio de legalidad que, tratándose de la detención, sólo admite la flagrancia y la orden judicial previa. En segundo lugar, refuerza una lógica contraria a la que subyace en la regla de exclusión probatoria, esto es, tiende a dar validez a toda la evidencia obtenida con inobservancia de las garantías vinculadas al debido proceso.

CRISTIÁN RIEGO: Yo creo que hay una mezcla de cosas. Efectivamente creo que hay alguna de estas facultades que no tienen que ver con el proceso penal estrictamente sino con la necesidad que la policía tiene de poder controlar el orden, especialmente en los sectores populares que suelen ser más conflictivos en su convivencia o, si tu quieres, en esos conflictos que afectan más la convivencia porque son personas más vulnerables. Hay cuestiones que no son propiamente procesales sino que tienen que ver con esa función y que a lo mejor, idealmente, podrían regularse de una manera separada. Hay otras que son procesales como las que tendrían que ver, por ejemplo, con la garantía de comparecencia. Cuando se decía "mire: los delitos menores usted no detenga sino cite" está asumiendo que la citación es un método que garantiza la comparecencia. El problema era, y que pasa, si no garantiza la comparecencia en un caso concreto, entonces en ese caso en mi opinión, la manera de resolver la cuestión era diciendo: "en ese caso garantice la comparecencia por medio de la detención". En esta segunda situación es un problema procesal.

APUNTES DE DERECHO

¿Es efectivamente más difícil que se cometan arbitrariedades en las actuaciones policiales debido a que estas son calificadas con posterioridad?

MARÍA INÉS HORVITZ: Cuando se aplica la lógica de la función preventiva a la de investigación de los delitos lo que hay es que no existe un control de la actuación policial. En el ámbito preventivo, la policía actúa en forma autónoma porque, por la naturaleza de dicha función, no cabe plantear controles previos ni posteriores. En consecuencia, si tu aplicas esa misma lógica al ámbito de la investigación de los delitos, tampoco existe control o este es de carácter meramente formal. El control de las actuaciones policiales, ya sea por el juez o los fiscales, desincentiva las arbitrariedades y promueve que la policía actúe con apego a la ley. Pero ello depende de que el control sea enérgico, sin tolerancia hacia los abusos.

CRISTIÁN RIEGO: Si yo creo que eso es un gran logro de la reforma creo que la audiencia que se realiza a las veinticuatro horas de producida la detención y la necesidad de relatar lo ocurrido en la detención por parte del fiscal y la eventual intervención del defensor genera un escenario de control muy interesante, muy eficaz. Las nuevas facultades que dio la reforma, la ley 19.789, se van a ejercer dentro de este escenario. Por lo tanto, yo creo que las posibilidades de abuso no son tan intensas. Siempre hay posibilidades de abuso. Probablemente siempre que se otorgan facultades a la policía hay algún riesgo de que esas facultades sean abusivas pero también cuando se crea una policía existe el riesgo que la policía sea abusiva. Lo interesante es hasta que punto podemos controlarla, pero la policía tiene una función muy necesaria y demandada por el público.

APUNTES DE DERECHO

¿Sería esta discusión igual si se refiriera al antiguo proceso penal?

MARÍA INÉS HORVITZ: En el antiguo proceso penal existía la famosa detención por sospecha, regulada expresamente en el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal. La falta de control policial es, de alguna manera, más compatible con el antiguo sistema porque en él existe un predominio de la lógica inquisitiva, en la cual cualquier medio de obtención de la evidencia es eficaz y no aparece, *prima facie*, como ilegítimo. Es más, la propia Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, en un trabajo empírico realizado por la profesora María Angélica Jiménez, estableció claramente que los jueces del crimen de Santiago toleran la tortura policial para obtener la confesión de los imputados aduciendo que es la única forma de dotar de eficacia a la investigación criminal. La tolerancia o mantenimiento de facultades policiales amplias no es más que la manifestación de un elemento central del sistema inquisitivo: el establecimiento de la verdad a cualquier costa, incluso a través de la tortura del imputado. Esto cambia completamente en un sistema acusatorio. Un sistema acusatorio se basa en que las garantías del debido proceso constituyen el núcleo central del procedimiento. No se puede establecer la verdad a cualquier precio: el estado tiene límites para la averiguación de la misma, verdad que sigue constituyendo el *ethos* de la decisión jurisdiccional. Por lo tanto, el estado no solamente tiene toda la carga de la prueba y el deber de establecer la responsabilidad del imputado más allá de un cierto estándar sino que además debe hacerlo con prueba obtenida sin violación de derechos fundamentales. Y en esta tarea juega un papel fundamental la policía y todos aquellos quienes tienen a su cargo la misión de evitar los abusos policiales.

CRISTIÁN RIEGO: No, no sería igual. Mientras estuvimos en el antiguo proceso penal siempre fui partidario de recortar las facultades de la policía que me parecían excesivas. En realidad lo que uno observaba era que durante diez años se venían recortando las facultades de la policía, sin embargo, las cosas no cambiaron sustancialmente y fue así porque daba lo mismo lo que dijera la ley dado que no existía un escenario de control. El policía hacía su trabajo y entregaba el producto de su trabajo al juez del crimen y en el juzgado del crimen no existían condiciones efectivas para controlarlo. El juez del crimen no tenía esa posibilidad real porque el estaba interesado en obtener la colaboración de la policía, además estaba la intervención de los actuarios y el hecho de que los procedimientos fueran secretos. Todo esto ha cambiado y me parece a mi que hay nuevos escenarios y de mejor calidad.■