

La modernización de la justicia criminal chilena*

Juan Enrique Vargas**

Resumen

En este artículo el autor analiza, desde una perspectiva de política pública, la reforma al sistema de justicia criminal chileno que actualmente está en trámite parlamentario. También describe el funcionamiento del sistema actual y los cambios que incorpora la reforma. El autor resalta, principalmente, la ruptura que ésta implica en concepciones tradicionales en el medio jurídico nacional, tales como que todos los delitos deben ser investigados y sancionados y que el interés público en esta materia debe primar sobre los intereses de los directamente afectados. Vargas explica los mecanismos que contiene el nuevo sistema para, en forma pública y transparente, poder discriminar entre los casos que ingresan, en razón de su importancia social y de las posibilidades de éxito. Además señala cómo la reforma recepciona los intereses de las víctimas de los delitos. Asimismo, indica los cambios que se proponen a la organización y funcionamiento del sistema judicial y cómo a través de ellos se debe lograr un mejor equilibrio entre la oferta y la demanda por servicios judiciales.

■ **Juan Enrique Vargas**, Abogado y Magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ex director del Centro de Desarrollo Jurídico de CPU. Asesor del Ministerio de Justicia. Miembro del equipo de coordinación de la reforma procesal penal en Chile. Ha sido consultor del Banco Mundial, del BID y de la Agencia Alemana de Cooperación en proyectos de reforma judicial en diversos países de América Latina. Entre sus últimas publicaciones se encuentran: "Lecciones aprendidas: introducción de los juicios orales en Latinoamérica", USAID, BID y NCSC, Williamsburg: 1996; "O sistema judiciario chileno", en Justicia: Promessa e Realidade, Editorial Nova Fronteira, Rio de Janeiro: 1996; "Particularidades de la función judicial que implican desafíos para la gestión de recursos humanos", en Revista de Estudios Sociales 91, Santiago: 1997.

* Este artículo ha sido elaborado a partir de algunas de las ideas desarrolladas por el autor en el estudio de caso que presentó para optar al grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas.

** **JUAN ENRIQUE VARGAS**, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, República 105, Santiago, Chile. Fax: (562) 676 2602. E-mail: juanvargas@jur.udp.cl

Introducción

Hasta hace unos pocos años se habría considerado una herejía situar a la justicia al interior de las áreas de acción social del gobierno, como también diseñar políticas sobre ella que trascendieran el discurso legal tradicional y, sobre todo, donde participaran otros profesionales que no fueran abogados. Quizás ello explica, en buena medida, el lugar secundario que el sistema judicial ha ocupado en el desarrollo nacional, así como el escaso peso específico que ha tenido en las discusiones y decisiones político-institucionales más trascendentes, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes.

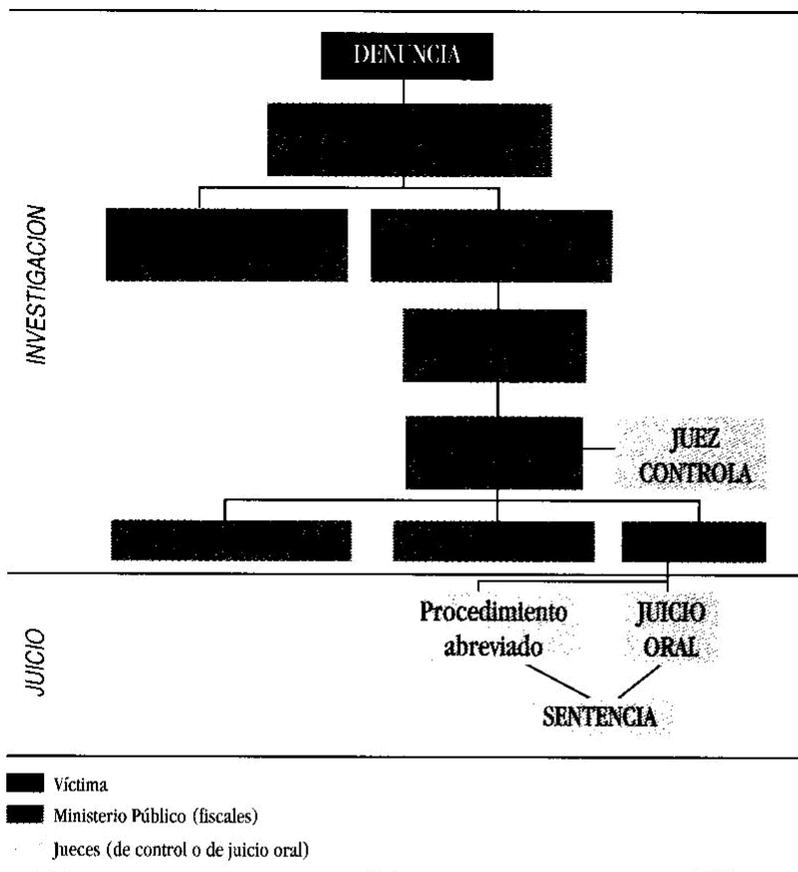
Algo de ello comienza a cambiar. Desde hace cuatro años se viene gestando una transformación inédita de la justicia criminal chilena, sin dudas el sector más sensible de todo el aparato judicial. Por lo pronto, es inédita por lo radical, pues persigue desmontar el único sistema institucional que mantenemos en plena vigencia de igual forma a como funcionaba durante La Colonia. Se trata, también, de una reforma que ha convocado a amplios sectores, con una activa participación de instituciones de la sociedad civil junto al Ministerio de Justicia, lo que ha concitado (durante su tramitación en el Congreso) grados de consensos desconocidos hoy en día. Esos son los elementos de esta reforma que más han llamado la atención y que han captado los análisis más profundos, tanto desde una perspectiva política como jurídica. Sin embargo, esta reforma también es singular desde otro punto de vista, central en su análisis como política pública: la incorporación en su diseño de criterios de eficiencia no sólo tradicionalmente ausentes, sino derechamente combatidos como objetivo del ámbito legal¹. En este artículo abordo, desde esta aproximación, el tema, y justifico los beneficios sociales que el nuevo sistema entregará, fundamentalmente desde la perspectiva de una correcta utilización de los recursos públicos. Asimismo persigo comprobar que dichos objetivos "eficientistas" se pueden alcanzar sin entrar en colisión con los fines que modernamente se le atribuyen al derecho en esta materia, comprobando que existe un amplio espacio para la interacción entre el derecho, la economía y la gestión².

En el primer capítulo de este artículo explicaré muy brevemente las características de nuestro sistema procesal penal actual, sus principales deficiencias y los contenidos de la reforma propuesta, a lo que destinaremos el próximo capítulo. En el segundo, centraré mi análisis en los criterios de eficiencia aplicables a la justicia criminal y cómo los recibe la reforma en curso.

1 No me refiero a las tradicionales discusiones jurídicas sobre eficiencia frente a impunidad o eficiencia frente a garantías individuales. Utilizo el término eficiencia en el sentido económico de maximización del bienestar general, producto de una utilización racional de los recursos.

2 En tal sentido, soslayo las diferencias que, en los márgenes, diferencian a una concepción utilitarista y agregativa de otra fundada en derechos subjetivos, para moverse en un amplio espectro en que son perfectamente compatibles.

I. El procedimiento actual y la propuesta de reforma



A. Descripción del proceso penal chileno actual

El procedimiento penal que se aplica en la generalidad de los casos es el juicio ordinario por crimen o simple delito³. Es el mismo procedimiento diseñado en épocas de La Inquisición⁴, lo que significa que sus raíces son predemocráticas y que no incorpora en su diseño el reconocimiento de derechos individuales que puedan primar sobre el interés estatal de castigar un delito.

Un análisis sintético del mismo obliga a distinguir dos fases principales: el sumario y el plenario. El sumario corresponde a la indagación o instrucción preliminar, a fin de determinar si ha existido un hecho delictivo y, en caso afirmativo, individualizar la persona o las personas responsables. También persigue precisar las circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad. Está bajo la responsabilidad del juez y no se

3 Existen procedimientos especiales por delitos de acción privada y por faltas, pero de escasa relevancia cuantitativa.

4 De allí que comúnmente se lo conozca como "procedimiento inquisitivo".

prevé la intervención de fiscales⁵. El juez conduce la investigación; sólo en situaciones específicas la legislación establece diligencias obligatorias y un término preciso de duración de la investigación. Es una etapa, por lo general secreta, donde los derechos de la defensa se encuentran limitados.

El procedimiento comienza por denuncia (que es una simple noticia del delito), por querrela (que es una presentación formal que otorga la calidad de parte en el proceso y que debe ir patrocinada por un abogado) o de oficio, por parte de la policía o el tribunal. En Chile existe acción pública para la gran mayoría de los delitos, es decir, cualquier persona puede dar inicio, aunque no esté directamente afectada por el delito. La investigación, en general, va asociada a diversas formas de restricción de la libertad individual. Si existen sospechas fundadas de la intervención de una persona en un hecho con caracteres de delito, el juez puede mantenerla detenida por hasta cinco días. Una vez se acredita el cuerpo del delito y con presunciones fundadas de culpabilidad, se procede a dictar un auto de procesamiento, el cual supone, en un principio, la prisión preventiva del imputado. Si éste estaba detenido, pasa automáticamente a la condición de preso.

Cuando el tribunal estima la investigación está agotada, cierra el sumario. Si a esa altura no hay procesado, o si lo hay y los resultados de la investigación no arrojan méritos suficientes como para seguirle juicio al sujeto, el juez debe sobreseer la causa⁶. En caso contrario, debe dictar acusación en su contra, lo que inicia la próxima etapa del procedimiento.

Los querellantes (particulares que se han hecho parte en el juicio) pueden adherirse a la acusación del juez o deducir la suya propia. Ellos también pueden perseguir por esta vía la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito.

El plenario es una etapa contradictoria, en la cual el acusado puede ejercer sus derechos para demostrar al juez su inocencia o las atenuantes con que actuó, si es el caso. Al efecto, se abre un término probatorio donde se pueden ofrecer nuevas pruebas o ratificar las del sumario. Posteriormente se dicta sentencia. Si bien se trata de un sistema de prueba legal o tasada (en que el valor probatorio de cada prueba viene determinado por la ley y no por la apreciación del juez), se le permite al juez absolver al acusado si no ha adquirido por medio de ellas la convicción de que éste es partícipe en el delito.

Es posible apelar contra las resoluciones que se estimen perjudiciales dictadas durante el curso del juicio, las que deben ser revisadas obligatoriamente por las cortes (las más importantes) aunque no exista apelación, en lo que se denomina la consulta. Asimismo procede la interposición del recurso de amparo si la privación de libertad puede considerarse como arbitraria, aun cuando ella emane de una resolución judicial.

La ejecución de las sentencias se entrega a Gendarmería de Chile. Los jueces del crimen sólo tienen una participación marginal en el control general del funcionamiento de los establecimientos carcelarios, que es ejercida a través de visitas, y en la aplicación de las medidas disciplinarias más severas a los reclusos. No existen, por lo tanto, jueces de ejecución penitenciaria.

5 Aun cuando la ley contempla la posibilidad de que los fiscales de las cortes actúen en primera instancia, ello no tiene ninguna significación práctica, pues no existe una organización que lo pueda implementar.

6 Si se supone que más adelante habrá nuevos antecedentes para acusar, pero que ellos no son posibles de reunir actualmente, el sobreseimiento será temporal. Si de los antecedentes surgió que no hubo hecho ilícito, o que el procesado era inocente, etc., el sobreseimiento será definitivo.

B. Evaluación y principales críticas

Sin lugar a dudas, el carácter marcadamente inquisitivo de nuestro sistema procesal penal y las limitaciones en la instrucción, son los problemas más graves que presenta. El sistema resulta poco eficiente para aclarar delitos y proteger a las víctimas, además tiene un alto costo en materia de lesiones a las garantías individuales en juego.

Formalmente la instrucción está en manos del juez, quien, por efectos del sistema escriturado que nos rige y por el alto volumen de casos que debe conocer, delega la casi totalidad de la tramitación de los procesos en funcionarios subalternos, los actuarios. Entre estos trámites está incluido el interrogatorio de testigos e inculpados, que se reconoce como una de las fuentes más importantes de corrupción⁷. La investigación es concebida como una función más bien burocrática, que se limita a la emisión de órdenes de carácter genérico a la policía, con escasas posibilidades de controlar su adecuado cumplimiento. Las diligencias que el tribunal realiza en forma directa son pocas y, en buena medida, consisten en una ratificación de lo ya obrado por Carabineros o Investigaciones⁸.

El sumario, que en teoría debería ser una etapa muy breve de preparación de antecedentes para formalizar una acusación, se ha transformado en un largo trámite, de contornos imprecisos, que se constituye en el aspecto esencial y determinante de la decisión. En esa decisiva etapa la protección de los derechos de los imputados y los procesados es en extremo limitada, fundamentalmente por su carácter secreto. Asimismo la presunción de inocencia, que no tiene consagración explícita en nuestra legislación, se ve desvirtuada por el número de presos sin condena. Las cifras de Gendarmería de Chile, de mayo del año 1993, indican que de la población reclusa, un 10,94 por ciento estaban detenidos, un 48,92 por ciento estaban procesados y un 40,23 por ciento estaban condenados. Los estudios indican que los períodos de detención durante el proceso (que solamente se justifican para asegurar la comparecencia de la persona) pueden ser muy prolongados y que en buen número de delitos hacen las veces de una condena anticipada (Riego, 1990)⁹. Las posibilidades de defensa se ven limitadas por la escasa cobertura y las deficiencias de gestión que presentan los servicios de defensa gratuita.

Si se ha producido la totalidad de la prueba en un lato sumario, si no es necesario que ella se reproduzca en el plenario (y si éste es escrito), no debe extrañarnos que no tenga ninguna significación en el resultado final del proceso. Es posible afirmar que si una persona es acusada existe la casi seguridad que será ser condenada¹⁰. En ello tiene importancia determinante el hecho de que el plenario lo tramita, y la sentencia la dicta, el mismo juez que llevó la instrucción, hizo detener y procesar al inculpad y que posteriormente lo acusó. Como se ve, por más objetiva que sea esa persona, lleva una carga que dificulta en grado extremo su imparcialidad.

7 Una encuesta practicada entre jueces del crimen de Santiago indica que resoluciones tan importantes como una orden de detención, en un 35 por ciento son elaboradas sólo por el juez; en un 60 por ciento de los casos el juez determina y el actuario las redacta, y en un 5 por ciento las decide autónomamente el actuario. En cuanto a otras resoluciones menores, por ejemplo la citación de testigos, en un 55 por ciento de los casos son realizadas, en forma exclusiva, por los actuarios.

8 Un reconocimiento explícito de la insuficiencia de este sistema de indagación, es la designación de ministros en visita. Ellos toman la tramitación de los procesos en que si se quiere ser eficaz por su importancia, para lo que se les permite disponer del tiempo y los recursos necesarios para dirigir en forma personal la investigación, aumentando así significativamente las posibilidades de éxito.

9 Es común incluso que en la condena se haga coincidir la pena de reclusión asignada, con el tiempo en que el condenado estuvo previamente detenido o preso.

10 En 1989, último año de estadísticas judiciales oficiales publicadas por el INE, sólo un 1,13 por ciento de las causas terminaron por sentencia absolutoria.

C. Contenidos de la reforma

El objetivo de la reforma es cambiar el sistema inquisitivo actual por uno acusatorio, tal como existe en la inmensa mayoría de los países. Éste se caracteriza por la posición imparcial del juzgador, quien decide, a partir de la evidencia que se le proporciona por las partes en un juicio oral y público, a través de un proceso dialéctico entre ellas de argumentación y contraargumentación. De tal forma, el juicio se convierte en el centro del proceso y la investigación, en una mera etapa preparatoria sin consecuencias para la decisión, pues la única prueba con valor es la que se vierte en el juicio, donde es posible controvertirla.

En la reforma, la investigación deja de ser tarea de los jueces y es encomendada al Ministerio Público, institución nueva que tiene por misión sostener el interés punitivo estatal. El Ministerio Público debe preparar su causa en esta etapa e interactuar directamente con la policía, la cual está subordinada a dicha institución.

Puesto que en la fase de investigación deben adoptarse decisiones que comprometen derechos individuales, como el allanamiento de un domicilio o una eventual orden de detención, se establece la figura del juez de control de la instrucción para decidir acerca de estas cuestiones. Ya no es el mismo funcionario que investiga quien decide acerca de la pertinencia de estas acciones, que es lo que sucede actualmente.

El Ministerio Público constituye un aporte significativo para potenciar la capacidad de investigación del sistema, pues ésta depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de la información que se pueda acumular y procesar. Es un rol complejo y delicado y de una naturaleza muy distinta a la de juzgar. Es complejo porque requiere de un trabajo muy coordinado con la policía, la que tiene formas de actuar y estándares muchas veces diferentes a los admitidos en el sistema judicial. Se requiere de una gran celeridad y de capacidad para relacionar información muy dispersa. Esta tarea, hoy en día, la realiza la policía sin contar para ello, en la práctica, con una dirección por parte de quienes tienen que tomar decisiones a partir de la información que ellos proporcionan. Esto explica los muy comunes resultados dispares que se producen entre la labor de la policía y la de los tribunales, lo que da pie a que los primeros sostengan que ellos detienen a los delincuentes para que los jueces los dejen libres. En la policía no existe una conciencia de que su trabajo de investigación tiene como única finalidad alimentar decisiones jurisdiccionales y que su eficiencia sólo es posible de medir si es útil para la adopción de tales decisiones. Por ello la categoría de "caso policialmente resuelto" no tiene sentido si no puede transformarse en un "caso judicialmente resuelto". Si se produce esta relación cercana entre fiscales y policía, podrá lograrse que esta última comience a actuar bajo los patrones fijados por el Ministerio Público. Ello no quiere decir que los fiscales reemplacen a los policías. Tal cosa no sucede en ningún país y no es conveniente. Lo que se pretende es algo distinto: que exista un contacto directo entre policías y fiscales para permitir una dirección general de políticas frente al tema, pero también una dirección concreta si el caso por su complejidad así lo justifica.

En cuanto a su organización, el sistema judicial tampoco es idóneo para asumir la tarea de investigación. Su principal misión es garantizar los derechos de las personas y por ello se lo ha estructurado sobre reglas estrictas de independencia, inamovilidad y competencia territorial, que si bien permiten garantizar su carácter de juzgador neutral, no resultan adecuadas para asumir la labor de perseguir un delito. En cambio, el Ministerio Público puede poseer una organización más flexible. Por ejemplo, puede estructurarse temáticamente, los fiscales se pueden mover con libertad por todo el territorio nacional y, lo más importante, pueden poseer una estructura jerárquica que facilite la

adopción de políticas comunes para el desempeño de su misión. Todo ello es indispensable para asumir la persecución de los delitos.

En términos resumidos, el procedimiento se desarrollará de la siguiente manera: comenzará por una denuncia de la comisión de un delito, en los mismos términos que ahora, la que deberá ser presentada, directamente o a través de la policía, ante el Ministerio Público. Éste la evaluará y si existen antecedentes y mérito suficiente iniciará una pesquisa penal auxiliado por la policía. Desde el momento en que quiera interrogar a un persona determinada por su participación en el hecho o practicar una diligencia que requiera de autorización judicial, deberá formalizar la investigación ante el juez de control, posibilitando así que la persona a la que se le ha imputado la comisión del delito pueda acceder a su defensa. Todas las decisiones del juez de control se adoptan en una audiencia con presencia de las partes y sus defensores. Agotada la investigación, el Ministerio Público debe evaluar si cuenta con los antecedentes suficientes para deducir acusación y, en caso afirmativo, formalizarla señalando los medios de prueba que hará valer en el juicio. A continuación, se fija la fecha de una audiencia para llevar a cabo dicho juicio, el que se realiza ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces profesionales, distintos a los de control de la instrucción, ante los cuales se presentan todas las pruebas (testigos, pericias, documentos, etc.), debiendo éstos proceder a resolver en forma inmediata. Esta resolución es inapelable, sin perjuicio de la existencia de ciertos recursos ante la Corte de Apelaciones por vicios en el procedimiento.

No es necesario que todos los procesos terminen en juicio, pues se contemplan vías alternativas de solución, las que serán analizadas en el capítulo siguiente.

II. Los cambios en la concepción de justicia que implica la reforma

A. La justicia penal como competencia pública

Desde hace un tiempo, los roles asignados tradicionalmente al Estado son fuente de constante cuestionamiento, lo que ha redundado en un paulatino desprendimiento por parte de éste de diversas competencias y facultades. Parece que subsisten escasas certezas respecto a las materias que, en cualquier modelo y esquema, deben quedar reservadas a la acción estatal. Una de ellas es la referida a la provisión de servicios judiciales.

Las teorías que intentan explicar al Estado, desde Hobbes y Rousseau hasta las más modernas, centran su argumentación en la necesidad de coordinar esfuerzos entre las personas y, fundamentalmente, establecer mecanismos para resolver adecuada y en forma pacífica las controversias que surgen. En términos simples, se puede decir que el Estado nace para maximizar los beneficios de la cooperación y minimizar los costos de los conflictos. Así, se pueden superar los llamados "dilemas del prisionero", que corresponden a situaciones donde la acción de cada uno de los actores en pos del beneficio individual produce un resultado inferior al que se obtendría si cooperaran. Asimismo, desde una perspectiva económica, permite aprovechar los beneficios de los intercambios y de la especialización del trabajo.

El proceso que ha permitido comprender, desde la perspectiva del derecho, la evolución mediante la cual el Estado asume la solución de los conflictos individuales hace hincapié en que "la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o monarca)"¹¹. Es decir, la monopolización de la fuerza legítima en el Estado y, por ende, la asunción por su parte de

11 Maier (1993: 27).

la tarea de resolver los conflictos entre los miembros de la comunidad, va de la mano con la centralización del poder, que es lo que caracteriza al Estado moderno.

Este mismo proceso puede ser explicado desde una perspectiva económica, enfatizando los nuevos desafíos que implica la extensión del comercio más allá de las fronteras vecinales. Cuando sólo se circunscribía a ellas, las redes informales y, sobre todo, la repetición continua de las relaciones, proporcionaban un adecuado marco de estímulos para el cumplimiento espontáneo de los acuerdos y para una sanción efectiva de no ocurrir ello. Si las transacciones trascienden a la localidad e incorporan a personas ajenas a la comunidad, pasan a ser las relaciones más esporádicas, con lo que comienzan a existir mayores incentivos para conductas oportunistas, las que aumentan en forma significativa los costos de transacción. El Estado, y las instituciones en general, surgen precisamente para aplacar tales costos.

Como corolario de lo anterior, se crea una rama del Estado denominada Poder Judicial, que está encargada de resolver los conflictos; asimismo se crean un conjunto de otras instituciones, también públicas, que interactúan con el Poder Judicial posibilitando o facilitando su labor, como la policía, los ministerios públicos o las defensorías de oficio.

No todos los conflictos caen bajo la responsabilidad exclusiva del Estado y sus servicios judiciales. Así, existen espacios en los cuales la intervención estatal queda excluida, otros en los cuales puede coexistir con acciones de los privados y otros, en los cuales la acción pública adopta un rol necesariamente monopólico.

En principio, debe tenerse presente que existe un vasto conjunto de conflictos donde el derecho (el Estado) no se inmiscuye, restándole así relevancia jurídica y el alero protector de las normas y de los sistemas de cumplimiento forzado. Se trata tanto de conflictos que se circunscriben a la subjetividad personal como de aquellos que, aunque interpersonales, no afectan bienes que el derecho ha considerado socialmente útil proteger. Éstos pueden abarcar desde simples diferencias de opiniones hasta ciertas disputas de índole moral que no se traducen en la afectación de bienes jurídicos relevantes a los ojos de la comunidad. Aquí reside la principal diferencia entre derecho y moral, pues no todo lo que interesa a esta última cae dentro del campo de acción del derecho.

Luego encontramos aquellos conflictos de relevancia jurídica (asumidos por el derecho), pero que de ordinario son resueltos directamente por los afectados y que sólo cuando fracasan el Estado pone a disposición de las partes mecanismos formales de solución. Aun después de iniciado el litigio formal, los interesados pueden ponerle término mediante su acuerdo o incluso desistimiento. En esta calidad se hallan la mayoría de las disputas de índole civil y comercial. En ellas, el Estado actúa entonces subsidiariamente y nada impide que existan otros arreglos institucionales no estatales que coadyuven a la solución. Entre estos últimos se encuentra el rol de las organizaciones, pero también el de instituciones específicas dedicadas a la solución de conflictos, como el arbitraje, la conciliación y la mediación, comúnmente llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La única limitación para la acción privada en la resolución de tales conflictos reside en que para ello les está vedado el uso de la fuerza, reducto indelegable de la acción estatal¹².

12 Elio no quiere decir que todo el cumplimiento forzado de obligaciones deba pasar por el Estado, ya que bien puede un árbitro hacer efectiva una hipoteca o una garantía, pero lo que en ningún caso le está permitido es recurrir directamente a la fuerza pública u otro medio de coacción similar. Asimismo, en circunstancias muy excepcionales, el Estado permite que los individuos empleen la fuerza, tal como sucede en la legítima defensa, para repeler en forma racional y proporcionada una agresión ilegítima, o con la detención que cualquier particular puede hacer de una persona sorprendida *in fraganti* cometiendo un delito.

Una tercera categoría de conflictos son aquellos que, si bien privados, afectan el orden público, ya se trate de ciertos problemas familiares o criminales. Éstos deben ser resueltos por el Estado, el cual le expropia, en la concepción clásica, el conflicto a las partes y pasa a ser el titular del mismo. Aquí la función de adjudicación (decir a quién le corresponde el derecho) como la de cumplimiento forzoso (fundamentalmente la aplicación de sanciones) recaería en forma exclusiva en los agentes estatales. Es precisamente en este último tipo de conflictos (los penales) donde repercuten los cambios que propone la reforma al sistema de justicia criminal chileno, según ya se ha planteado en el capítulo anterior. Ellos impactan, por lo tanto, en el reducto más característico y propio que tradicionalmente se ha reservado a la intervención estatal, introduciéndole cambios de significación.

Lo realmente paradójico no es que se excluya la intervención de privados (lo que históricamente ha sucedido con muchos otros sectores), sino que el Estado se impuso en esta materia (conflictos por el quebrantamiento del orden jurídico) la obligación de actuar siempre sin exclusiones. De tal forma, nuestra legislación procesal penal impone la obligación a ciertas personas de denunciar los llamados delitos de acción pública (en general, funcionarios públicos) y a los tribunales, de instruir tales causas de oficio. Esas denuncias deben ser necesariamente tramitadas hasta concluir con una resolución, ya sea de sobreseimiento o de sentencia¹³.

Tal afirmación —conocida como principio de legalidad—, proviene precisamente de la reserva que el Estado hace para sí del ejercicio de la violencia y de entender, en forma paralela, que sólo gracias a la coacción estatal es posible resolver este tipo de conflictos, los que importan un quebrantamiento grave del ordenamiento jurídico. Es decir, si sólo por vía de la imposición es posible restablecer las reglas del juego social y dicha imposición sólo puede hacerla el Estado a través de sus instituciones, entonces el Estado no puede jamás excusarse de actuar. Esta solución paralelamente implica un seguro contra la arbitrariedad de la acción estatal, porque impide, al menos en teoría, decisiones discrecionales en esta trascendental materia. Sin embargo tal concepción implica desconocer la existencia de recursos escasos frente a necesidades ilimitadas. Más aún, impide ejecutar políticas en el área, pues éstas implican la discriminación entre objetivos de bien público en función, precisamente, de la imposibilidad de asumirlos todos al mismo tiempo.

Debe apreciarse que ésta es la única materia de política pública en que el Estado se impone la obligación de actuar sin limitaciones. En otras áreas de acción social, como la salud, la educación o la vivienda, jamás se ha pretendido que el Estado se responsabilice de todos los problemas y les entregue una solución. Incluso en otros temas vinculados al uso de la fuerza, como la guerra, la respuesta armada del Estado está siempre subordinada a una decisión de mérito político, es decir, de oportunidad, conveniencia y proporcionalidad.

En definitiva, la declaración de que todos los delitos, sin excepción, que se cometan en el país van a ser investigados y perseguidos por un sistema público diseñado al efecto, impide en forma explícita que se concentren los recursos en aquellos que

13 En general, el sistema judicial no puede tampoco negar sus servicios a quien lo solicite. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 73 de la Constitución: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión".

socialmente se consideran de mayor disvalor¹⁴ o en que hallan mayores posibilidades de éxito. Lo anterior provoca que los mecanismos de selección, que necesariamente deben existir ante tan utópica y poco realista declaración, sean oscuros, pocos transparentes y poco eficientes. Así, la selección no opera ni por la importancia del asunto ni por la probabilidad de éxito en su investigación, sino por factores tan fortuitos como que la víctima acuda o no a ratificar su denuncia, trámite innecesario que no le agrega ningún valor al proceso¹⁵ o por los recursos con que se cuenta para contratar un abogado. Más aun, muchas veces las decisiones acerca de la continuidad, de los asuntos, son entregadas a funcionarios de menor jerarquía, generándose así focos eventuales de corrupción. Como consecuencia de ello, se produce una disociación entre el discurso jurídico y la realidad, entre lo que promete (que va a conocer de todos los delitos) y lo que es capaz de cumplir (sólo conocer seriamente algunos). Si nos negamos a reconocer esta realidad, no podremos diseñar soluciones racionales, adoptadas en forma democrática y sujetas al escrutinio público.

No sólo por el costo de oportunidad asociado a esta acción estatal, es decir, el costo de dejar invertir los recursos en otros destinos más productivos, se cuestiona la pertinencia del llamado principio de legalidad. También se lo cuestiona por el creciente convencimiento de que es inconveniente que el Estado participe en esta materia generalmente y sin excepciones, ya que su intervención genera costos y efectos no deseados, los que deben ser sopesados. Estos costos pueden resultar especialmente importantes si se trata de la utilización del máximo mecanismo represivo estatal, como lo es el derecho penal. De tal forma, no debemos pensar sólo en los altos desembolsos directos que implica el funcionamiento de un sistema de justicia criminal: policías, jueces, fiscales, defensores, prisiones, etc.¹⁶, sino también en el costo social que significa tener personas reclusas, los perjuicios que representan los habituales errores judiciales, el efecto de "etiquetamiento" que significa al transformar en "clientes" del sistema represivo estatal a ciertas personas¹⁷, la afirmación con la cárcel de carreras criminales sólo incipientes (Duce, 1997), entre otras muy graves consecuencias. Especialmente relevantes pueden resultar estos costos, al punto de superar con mucho los presuntos beneficios, en los llamados delitos de bagatela, que están caracterizados por su mínimo daño social (Bustos, 1996). En tales casos, es posible sostener que el bien social no se obtiene con el castigo, sino con la renuncia a él, puesto que ésta permite precisamente la resocialización del inculcado (Duce, 1997) o la satisfacción de los intereses de las víctimas.

Tal perspectiva ha dado lugar a lo que en derecho penal se conoce como "diversión", lo que implica otorgar soluciones diversas para ámbitos más o menos acotados de delitos, a fin de sustituir la coacción penal. Estas soluciones tienen por común

14 Una alternativa sería sólo tipificar como delitos las conductas más graves; sin embargo, igual subsiste el problema si se quiere discriminar por las circunstancias particulares de cada caso. Existen también fuertes incentivos para extender permanentemente el catálogo de delitos, creando nuevas figuras aunque no sean relevantes, ya que ello produce en la opinión pública la imagen de que se está haciendo algo frente a la inseguridad ciudadana, aunque ello no se condiga con la realidad. Resulta significativo, además, que se estime que este tipo de leyes no aparejan costos para el Estado y, por lo tanto, pueden ser de iniciativa parlamentaria, desconociéndose que si quisieran perseguirse en serio los nuevos delitos necesariamente habría que incurrir en costos adicionales.

15 Ello es lo que sucede con los llamados "partes de mesón" en Chile.

16 Las cifras pueden resultar pavorosas ante la extensión incontenible de las ideologías más represivas. Así, en los Estados Unidos de Norteamérica, el presupuesto para la represión del narcotráfico se incrementó desde 1.200 millones de dólares, en 1981, a 10 mil millones, en 1990. Wisotsky (1991: 2; citado por Del Olmo, 1996: 113).

17 Vargas (1992: 111 y siguientes).

incorporar la voluntad de los protagonistas, incluida la del propio Estado, para resolver un conflicto concreto antes que la imposición lisa y llanamente de una pena. Entre estas vías destacan las reparatorias, conciliatorias y terapéuticas. Esta nueva perspectiva ha llevado a sostener que se estaría produciendo una involución en el derecho penal y que, de su absoluta estatización experimentada junto a la constitución del Estado moderno, se llegaría a una suerte de "privatización del derecho penal"¹⁸.

B. ¿Es la justicia penal un bien público?

La justificación económica tradicional para la intervención del Estado en la provisión de servicios judiciales ha residido en que éstos constituirían un bien público, en el sentido de que no es posible (o deseable) la exclusión de los consumidores de los beneficios que se obtienen con él; asimismo que el costo marginal de suministrar el bien a una persona adicional es nulo¹⁹. Por tales razones, en este tipo de bienes se produce el problema del polizón, conforme al cual ninguno de los eventuales consumidores tiene incentivos para revelar su disposición a pagar por consumir el bien, ya que igual si éste se produce se van a beneficiar con él, razón por la cual la única forma para lograr una provisión eficiente del mismo es que ella sea asumida por el Estado, financiándola a través de impuestos. Es un típico caso en que falla el mercado, lo que justifica una intervención estatal correctiva siempre y cuando los costos de la misma no superen sus beneficios.

En este caso, el supuesto básico es que la acción de la justicia, para perseguir y castigar al culpable de un delito en cada uno de los procesos judiciales, genera efectos favorables no sólo para la víctima, sino también para toda la sociedad, la que con la asignación de la pena ve restablecido el orden quebrantado por el delito (lo que en derecho se denomina retribución), permite la resocialización del delincuente y disuade la ocurrencia de otros posteriores (prevención especial y general).

En este contexto, la justicia es entendida no como sinónimo del aparato judicial completo, sino en cuanto a cada proceso judicial individual. Obviamente, un caso adicional que entra al sistema implica nuevos costos, al menos desde el momento en que comienza a haber congestión, por lo que el sistema, globalmente, nunca podrá ser considerado un bien público. La idea de bien público apunta en otra dirección: a que detrás de cada juicio penal no hay un solo interesado o beneficiario con el mismo, sino en forma equivalente lo son todos los integrantes de la comunidad. Por ello, si no interviene el Estado, se produce el problema del polizón, pues nadie estaría dispuesto a perseguir el delito a la espera de que otros lo hicieran, con lo que se beneficiarían igualmente de los resultados del castigo al delincuente. En esta visión, la víctima no está ni más ni menos interesada en la aclaración del delito y en el castigo del delincuente que el resto de la sociedad, por lo cual no debe recibir ninguna consideración especial (algunas legislaciones ni siquiera le permiten intervenir), por lo que tampoco se trataría simplemente de un problema de externalidades. Sin embargo, la reforma procesal penal cuestiona la atribución de tal calidad a toda la justicia criminal, acotando los márgenes en que ello efectivamente sucede, para así dar cabida en el área restante a los intereses de los sujetos comprometidos. Por ello llega a soluciones más parecidas a las de mercado y más eficientes.

Aun en los casos de los delitos de acción pública, existen algunos que afectan bienes jurídicos disponibles, que son aquellos que las personas pueden transar libremente,

18 Maier (1993: 39).

19 Stiglitz (1992: V) y Frank (1992: XX).

cómo su patrimonio; a diferencia de otros en que ello les está vedado, cómo la vida. En los primeros la voluntad de la víctima debería tener un rol preponderante incluso por sobre el interés estatal en el castigo. En términos más generales, en el derecho procesal penal moderno ha comenzado a ganar terreno una visión nueva respecto al rol de la víctima²⁰, conforme a la cual ella deja de ser tan sólo un insumo que proporciona información útil para la pesquisa, y se convierte en un actor privilegiado en el proceso, en el cual sus propios intereses resultan un objetivo propio y relevante de la acción punitiva estatal. De acuerdo con esta visión, el fin del proceso penal no es simplemente castigar al culpable de un delito, sino resolver el conflicto que afecta a un sujeto. Por lo mismo, esta visión significa desandar en alguna medida el camino de la expropiación del conflicto y volver a una visión más "micro" del mismo. Además, tiene la gran ventaja de cambiar el paradigma jurídico tradicional, el cual ve a la justicia meramente como la encarnación de fines trascendentes que necesariamente, por la magnitud de los valores involucrados, deben ser aplicados. Dicha perspectiva, en cierta forma "metahumana", es la que ha impedido entender a los sistemas judiciales como servicios públicos, adonde la gente acude para resolver un problema muy concreto y puntual. Aun en materia penal, las víctimas rara vez buscan la pura sanción del delincuente. En general, sus intereses son más complejos: desean seguridad, reparación o (cuando los unen vínculos con el victimario) buscan restablecer una relación normal con él²¹. La perspectiva tradicional no recibe estos intereses, por el contrario, en muchas ocasiones actúa en contra de ellos. Ello produce, con el propio proceso penal, el fenómeno de la "doble victimización", que significa mayores perjuicios emocionales y económicos para las víctimas, inseguridad y hasta un alejamiento total con el ofensor, en circunstancias que la víctima puede haber buscado precisamente lo contrario.

Esta nueva concepción del rol de la víctima y del proceso penal implica un cambio de consecuencias trascendentes para el objetivo de este estudio. La secuencia inicial:

Derecho penal ♦ castigo ♦ uso de la fuerza ♦ bien público ♦ monopolio estatal.

Pasa a ser:

Derecho penal ♦ resolución de un conflicto ♦ eventualmente un castigo con el consiguiente uso de la fuerza ♦ participación de la víctima y la relativización del carácter público del bien.

En definitiva, la justificación de la intervención estatal en materia penal no puede radicarse exclusivamente en la entidad del bien jurídico afectado por la conducta que se estima necesario sancionar. También debe contrapesarse el bien social comprometido con el individual de la víctima que, como he dicho, no necesariamente es coincidente. Tal ponderación debe realizarse sobre la base de argumentos morales y de eficiencia, y bien puede llevar a concluir que el bien de la víctima es superior al social. Esta conclusión no debe extrañarnos en un escenario en el cual la afirmación de derechos y libertades individuales por sobre los del Estado ha pasado a constituir un elemento clave para la convivencia social.

Relativizar el carácter de bien público de la justicia criminal tiene enormes consecuencias, tanto en términos económicos como de gestión, al momento de estructurar

20 Riego y Duce (1996: 41 y siguientes).

21 Esto puede significar la búsqueda de una demarcación por parte de un tercero de los límites en una relación de poder, hasta la imposición de un tratamiento especializado de rehabilitación.

la institución. Si estuviésemos frente a un bien público puro, resultaría imposible determinar óptimos en la oferta de tutela jurídica (Peña, 1996). Ante la inexistencia de preferencias reveladas, el único mecanismo que puede determinar la cobertura del sistema son las decisiones políticas de la autoridad en cuanto al número de jueces, fiscales y otros funcionarios que pone a disposición de la comunidad. Ello se traduce en una oferta sumamente rígida. Si unimos a lo anterior la asendada concepción de que no es posible cobrar por los servicios judiciales, nos encontramos con poderosos incentivos para la sobreexplotación de los mismos, lo que necesariamente conduce a la congestión. En tal sentido, el problema es asimilable a la "tragedia de los comunes" que se produce cuando se comparten bienes. En tales casos, el beneficio individual que se genera, al aprovecharlos al máximo, es inferior al que el conjunto obtendría si se cuidara su utilización²².

Concebido de esta forma el "mercado judicial", al no existir un precio que en forma directa ajuste la demanda con la oferta, los elementos que regulan a la primera son de naturaleza distinta y se relacionan con los costos indirectos asociados al litigar, básicamente vinculados al tiempo, pero también determinados por las angustias y hasta los malos ratos que puede implicar acercarse a los tribunales. La experiencia chilena comprueba estas afirmaciones referentes a la congestión. Durante 1980 y 1987, cuando se produjo un fuerte aumento en el número de los tribunales de primera instancia en el país (de 192 se pasó a 262), la relación entre habitantes por juzgados mejoró en un 16 por ciento: de 56.861 personas por juzgados, como promedio nacional, se llegó a 47.849. Sin embargo, la relación de número de causas por juzgado sólo mejoró en un 5 por ciento: 2.593 en el comienzo del período y 2.468 al término del mismo (los datos están tomados de Vrsalovic, 1991). Otros antecedentes que resultan relevantes son los entregados por el estudio de Cerda acerca de la duración de los procesos civiles en Santiago. Ese estudio detectó que entre 1982 y 1992 (período en que los tribunales civiles en la ciudad se cuadruplicaron) los procesos ordinarios civiles aumentaron en promedio su duración de 805,59 días a 1.009; y los sumarios civiles, de 324,78 a 513 días²³.

La rápida saturación de los nuevos servicios judiciales puede estar dando cuenta de una demanda latente que, por razones de marginalidad jurídica, no estaba siendo cubierta; pero también puede significar decisiones poco eficientes, que permiten que conflictos que podrían haber tenido otras formas más adecuadas de solución extrajudicial, ingresen al sistema. Debemos tener claro esto, pues lo que se requiere no es un sistema que albergue a todos los conflictos, sino uno capaz de discriminar y dejar pasar sólo a aquellos que por su naturaleza, relevancia o imposibilidad de llegar a un arreglo por otras vías, se estime necesario que sean jurisdiccionalmente resueltos. Lo que en ningún caso se quiere es un sistema cuya única forma de discriminación sea regresiva, dejando de lado los conflictos de los más pobres.

Es posible concluir, de lo anteriormente dicho, que cada caso judicial destinado a esclarecer un delito constituye un bien público sólo cuando sea indispensable hacer uso de la fuerza para resolver el conflicto. Distinta será la situación cuando no sea necesaria la intervención directa del poder coactivo del Estado o cuando está sólo se presente como una

22 Siguiendo tal razonamiento, Hugo Eyzaguirre concluye lo siguiente: "Debido al problema de la congestión, en la práctica al agente público se le está dando la discreción para asignar derechos de propiedad sobre el servicio (a quién servir). En otras palabras, implícitamente se le asignan los derechos de propiedad al agente público, quien puede luego intercambiarlos. Es importante destacar el hecho de que estos derechos son monopólicos o cuasimonopólicos, Dey (1989), Jagannathan (1986). Una solución, entonces, es promover la competencia en estas funciones". Eyzaguirre (1995: 15).

23 Cerda (1992 y 1993).

amenaza distante que no es siquiera deseable utilizar. En tales casos, lo más conveniente socialmente es situar los beneficios y perjuicios de la acción judicial directamente en las personas comprometidas en la misma. En estas situaciones estamos frente al giro del que hablábamos: de un objetivo meramente sancionador del proceso penal, a uno reparador de un conflicto circunscrito a las partes involucradas.

El caso extremo, en el cual los beneficios privados lo son todo o al menos superan ampliamente a los sociales, es el de una simple obligación civil donde puede llegar a excluirse la posibilidad de intervención estatal en la solución del conflicto a través del arbitraje. Ello, sin perjuicio de que el Estado retome su rol excluyente en el caso eventual que deba ocuparse la fuerza en el cumplimiento de la resolución dictada por dicho árbitro²⁴. De hecho, el Estado chileno renuncia de plano al conocimiento de ciertos asuntos civiles en virtud de la naturaleza de lo disputado, y los convierte en materias de arbitraje forzoso²⁵.

Es posible apreciar distinciones de similar tenor en otras materias que son el objeto de políticas públicas. En la educación, que genera externalidades positivas al país al mejorar su capital humano, la intervención del Estado debe tener un carácter imperativo y general al nivel de la educación primaria, no porque la secundaria o superior carezcan de importancia, sino precisamente porque en ellas los beneficios privados son más determinantes que los sociales. Lo mismo sucede en el caso de la salud, donde el Estado impone políticas en algunas materias, pero en forma muy puntual, como las campañas de vacunación obligatoria.

Debemos notar que, en ambos ejemplos, la imposición que proviene del Estado está acompañada del financiamiento público de la actividad impuesta, sin perjuicio de que los sujetos puedan proveerse del mismo bien en forma privada.

C. *¿Cómo la propuesta asume estos criterios?*

El marco conceptual anterior nos permite explicar muchas de las decisiones de política pública asumidas en la reforma, las que afectan de modo determinante el rol que tradicionalmente se le ha asignado al Estado en la provisión de servicios judiciales en materia penal. De reservarse antes la resolución de tales conflictos, sustituyendo a la voluntad de las partes, pasa ahora a ocupar un espacio mucho más acotado. En consecuencia, renuncia a la pretensión de conocer y resolver la totalidad de los conflictos que sucedan en la comunidad. A continuación analizaremos las principales instituciones de la reforma que acogen este principio.

En primer término, se incorpora como objetivo central de todo proceso penal la satisfacción de los intereses de las víctimas. Ello permite hasta supeditar el eventual interés general en castigar a un delincuente, al particular del afectado consistente en que se solucione, de alguna forma, el conflicto en que se encuentra sumido a consecuencia del hecho ilícito que sufrió. Por ello, si son delitos que afectan bienes jurídicos disponibles, como la propiedad²⁶ (aquellos en los cuales el interés por su protección es más individual que social), se contempla la posibilidad de terminar el proceso penal mediante el pago de los daños causados por el delito a satisfacción de la víctima, a través de lo que el Código denomina "acuerdos reparatorios". Dichos

24 Así lo establece nuestra legislación procesal, la que obliga a los árbitros a recurrir a un juez ordinario cuando requieren de hacer uso de la fuerza pública.

25 Estas se están intentando extender, ya no en función de la materia de que se trata, sino por la cuantía. En un proyecto de ley, en actual tramitación parlamentaria, se dispone que todos los asuntos comerciales que excedan de un determinado monto tendrán tal carácter. Si se aprueba dicha modificación, fundada más que nada en criterios de focalización del gasto, los tribunales nacionales tendrán vedado conocer los conflictos de mayor envergadura económica que se generen en este país.

26 A diferencia de lo sucede, por ejemplo, con la vida o la integridad corporal.

acuerdos quedan supeditados a la aprobación del juez de control e implican la extinción de la responsabilidad penal del imputado. En todo caso, aun en los delitos en que estos acuerdos no procedan, se establece como criterio general que "la protección y reparación de la víctima del delito constituirán objetivos del procedimiento penal"²⁷; asimismo a los funcionarios que intervienen en el proceso se les impone obligaciones concretas, y se establecen (a favor de las víctimas) los siguientes derechos concretos:

- Intervenir en el procedimiento penal.
- Ser informadas de los resultados del procedimiento, aun cuando no hubieren intervenido en él.
- Solicitar medidas de protección frente a probables atentados futuros en contra suya o de su familia.
- Adherir a la acusación fiscal o formular acusación particular contra el imputado.
- Ejercer las acciones civiles con el objetivo de perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible.
- Ser oídas por el fiscal antes de que éste solicite o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.
- Ser oídas por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento definitivo u otra resolución que ponga término a la causa, siempre que lo solicite.
- Impugnar el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.
- Provocar el inicio del proceso (formulación de cargos) recurriendo al juez. De este modo se imponen sobre la voluntad del fiscal de archivar los antecedentes.

Desde una segunda perspectiva, y ahora con el fin de posibilitar el diseño de una política criminal en la materia, se parte por renunciar a un principio de legalidad extremo que impide la adopción de políticas con criterios de racionalidad explícitos y sujetos al escrutinio público. Ello implica reconocer que el sistema no es capaz de pesquisar y sancionar todos los delitos, por lo que debe concentrarse en aquellos donde tenga mayores posibilidades de éxito y sean socialmente más relevantes. Así es posible racionalizar tanto la utilización de los recursos destinados al efecto, como enfocarlos en los sectores de menores recursos.

Con tal fin, la propuesta consagra dos nuevas instituciones en nuestro ordenamiento: las del archivo provisional y el principio de oportunidad. El archivo provisional consiste en la facultad del fiscal para no continuar con una investigación cuando a su juicio "no aparecieran antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos"²⁸. Esto lo puede hacer en tanto no se hubiere producido la intervención del juez de control de la instrucción (antes de la formalización de cargos), decisión frente a la cual puede imponerse la voluntad de la víctima de seguir adelante con el proceso.

El principio de oportunidad es una consagración directa de una excusa para la actividad pública en la materia fundada en el mínimo daño del hecho. La propuesta chilena, por lo revolucionaria que es la idea en nuestro medio jurídico, es aún bastante tímida: sólo alcanza delitos con penas de hasta 541 días de presidio.

27 Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal (1995: art. 4).

28 Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal (1995: art. 256).

Lo relevante en este caso es que se permite que la autoridad no inicie el proceso, aun cuando exista un hecho que revista caracteres de delito y prueba suficiente para seguir con su indagación, lo que quiebra absolutamente la lógica del principio de legalidad. Además, la propuesta reduce el catálogo de figuras delictivas de manera tal de dotar de acción pública a aquellas que en realidad impliquen alto daño social, caracterizando los restantes conflictos como delitos de acción privada, mixta o ilícitos de naturaleza puramente civil. También favorece la utilización de abogados privados por parte de los querellantes, coadyuvando así en el trabajo de pesquisa pública.

Una tercera aproximación parte del reconocimiento de que la acción estatal implica tanto beneficios como costos. Tal desafío representa regular la cobertura del sistema para acercarse a un equilibrio entre oferta y demanda; y por otra parte, proporcionar un servicio lo más eficiente posible. Esto último tiene un impacto directo en los temas de la gestión del sistema. En todos estos aspectos la propuesta de reforma avanza significativamente en comparación a la situación actual.

Respecto a lo primero, la adecuación entre la oferta y la demanda empleando criterios razonables y públicos de selectividad, ya se abordó uno de los aspectos involucrados: el control de los ingresos al sistema a través de las válvulas de escape que significan el archivo provisional, el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios. Además se han previsto otras dos válvulas de escape: la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado.

La suspensión condicional del procedimiento opera frente a delincuentes primerizos, con los cuales se puede presumir que, si son declarados culpables, no se aplicará en ningún caso una pena efectiva de presidio. En tal caso, se emite una resolución para que el proceso penal no continúe, a menos que en el futuro el beneficiado cometa un nuevo delito; en ese caso es procesado por ambos.

En el procedimiento abreviado, si son delitos con penas no superiores a cinco años de presidio, el imputado (con acuerdo del Ministerio Público) puede renunciar al juicio oral y aceptar los hechos que son materia de la acusación. La sentencia que dicte el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público.

A todas estas nuevas formas para terminar el proceso se unen las ya tradicionales de nuestra legislación, los sobreseimientos temporales y definitivos, cuando no es procedente concluir con una sentencia.

El juicio oral y público, considerado la máxima garantía del proceso penal, se convierte en una forma de término casi excepcional de los procesos. Esto no es una contradicción, sino simplemente, como ya se ha justificado, la aplicación de criterios de política y racionalidad en esta materia. Lo relevante es que siempre se mantiene como una garantía para el inculpado pues, salvo su voluntad en contrario, es la única vía idónea para poder condenarle²⁹.

Por el lado de la oferta, la propuesta de reforma persigue optimizar la cobertura de los servicios judiciales a través de una nueva organización de los tribunales, que permitirá una mejor y más flexible asignación de los recursos.

29 Los resultados del modelo de simulación computacional, elaborado para predecir el comportamiento del nuevo sistema, indican que a los diez meses de funcionamiento del sistema, sólo un 2,8 por ciento de las causas terminarán en juicio, Fundación Paz Ciudadana (1997).

Actualmente cada juzgado del crimen es una unidad independiente que reúne, en su interior, todas las funciones que debe prestar. Se constituye con un juez, un secretario y un conjunto de funcionarios, que varía entre cinco en los tribunales más pequeños, hasta quince en los más grandes. Estos tribunales tienen competencia sobre un territorio determinado y deben conocer todas las causas por delitos cometidos en su interior. Hoy en día son escasos los tribunales con competencia exclusiva para asuntos criminales (58). La mayoría son de competencia común (178), en los cuales se mezcla la resolución de este tipo de asuntos con otros de naturaleza civil e, incluso, laboral o de menores, dependiendo del caso.

Este tipo de estructura presenta graves disfunciones. Es extremadamente rígida para ajustarse a los cambios que sufre la demanda por servicios judiciales, lo que ha derivado en una enorme heterogeneidad de la carga de trabajo que deben asumir los distintos tribunales. Las rigideces provienen de que cualquier ajuste o pasa por la creación de nuevos tribunales (lo que implica desde la construcción o habilitación de un local hasta la dotación de personal y de recursos físicos que requieren) o bien alterar todo el mapa judicial. El costo de ambas medidas es enorme.

Repetir en cada tribunal todas las funciones significa desaprovechar las economías de escala que se generan en ellas. Así, tribunales que hoy comparten un mismo espacio físico tienen cada uno su propia oficina de partes, su sistema de mensajería, su custodia de documentos y especies, etc. El aislamiento con que operan cada uno de estos juzgados dificulta el establecimiento de estándares comunes de organización que permitan aprender de las experiencias exitosas. Esto explica, al menos en parte, las extremas desigualdades en productividad que hoy en día exhiben los tribunales. Además, el establecimiento desperdigado de unidades pequeñas hace antieconómico la introducción de innovaciones de gestión necesarias, tales como las referidas a los sistemas de información y a la "profesionalización" de la administración. Finalmente, se produce una dispersión física de los distintos servicios relacionados con la producción de justicia, lo que perjudica al usuario.

En definitiva, esta organización "cuasifeudal" del Poder Judicial es funcional al sistema en extremo jerarquizado que hoy en día presenta. La existencia de juzgados atomizados impide que pueda delegarse en ellos muchas de las decisiones generales acerca de gestión y administración de recursos del sistema, ya que en tal caso cada uno velaría por sus propios intereses sin poseer una visión de conjunto. Es por ello que se les atribuye, a las instancias superiores, la supervisión no sólo jurisdiccional sino también administrativa de las inferiores.

Debe considerarse que la independencia judicial, concebida como la condición fundamental para que las decisiones judiciales sean motivadas exclusivamente por los hechos de la causa, el derecho y la particular valoración del juez no sólo puede ser vulnerada en forma externa al sistema. Las presiones pueden ser tanto o más inconvenientes si provienen de superiores jerárquicos que, aprovechándose de su poder para tomar decisiones administrativas, logran imponer sus criterios por vías distintas a las jurisdiccionales. Este es un elemento determinante para sugerir que las políticas públicas se encaminen a establecer una organización administrativa más horizontal del Poder Judicial, funcional con la independencia interna, que evite la construcción de una estructura absolutamente piramidal en su interior (Vargas, 1997).

Para solucionar estos problemas, la reforma propone la constitución de juzgados corporativos especializados en lo penal, en los cuales se agrupa a un conjunto de jueces (cuyo número depende de las características regionales) en un solo espacio físico. En este

esquema, cada juez no cuenta con personal bajo su directa responsabilidad: se conforma un *pool* de empleados que los sirven. Así se centralizan las funciones más repetitivas de la organización. Estos tribunales serán construidos de coordinadamente a la ubicación geográfica de las unidades del Ministerio Público, las oficinas regionales de defensa pública y los recintos carcelarios, para que sea mínimo el desplazamiento de los usuarios.

Indudablemente el establecimiento de estos tribunales no puede entrar en pugna con criterios de accesibilidad a la justicia. Por ello, los juzgados de control de la instrucción (los que supervisan la labor de los fiscales durante la investigación) mantendrán su dispersión geográfica. En varios casos, por razones de racionalización del gasto, habrá que conservarlos como juzgados de competencia común.

Tal organización judicial permite que muchas de las decisiones más relevantes de gestión, incluso presupuestarias, puedan ser descentralizadas en cada una de estas nuevas unidades, ya que por su tamaño y forma de gestión facilitan una asignación racional de los recursos. Asimismo, permite ajustar la oferta a la demanda con mayor facilidad, pues para ello se requiere el nombramiento de jueces adicionales, sin que ello necesariamente signifique alterar el aparato burocrático que los apoya.

Otro cambio de suma relevancia al interior de los tribunales es la separación, en cuanto sea posible, de las funciones administrativas de las jurisdiccionales, con la consiguiente especialización de las primeras. Actualmente el juez, y en menor medida el secretario del tribunal, es el responsable por la gestión del despacho judicial. Por ello ambos están abrumados por tareas administrativas para las cuales carecen de habilidades, lo que resta su tiempo disponible para dedicarse a lo que es su función principal: conducir y fallar los juicios.

Es muy difícil, en el actual esquema procesal, discernir con claridad lo que es jurisdiccional de lo que es administrativo; es decir, cuál es el trabajo sustantivo que deben realizar los jueces y cuál es la organización de apoyo que deben tener para efectuarlo. Ello sucede, principalmente, por la extendida delegación de funciones al interior de los tribunales. Producto de ella, los empleados de secretaría ejercen buena parte de las funciones jurisdiccionales. Sin embargo, esto debería cambiar radicalmente con el nuevo proceso, en el cual las funciones jurisdiccionales sólo pueden ser ejercidas por el juez. Todo el apoyo administrativo restante puede ser dirigido directamente por un profesional de la administración, que deberá asignar los recursos racionalmente de acuerdo a la carga de trabajo y a las necesidades de los distintos jueces. Ello no debe llevarnos a pensar en la gestión judicial como una empresa u organización común. La característica particular de los tribunales es la constitución de una organización de profesionales. En éstas, en términos de organización privada, los obreros de la empresa que elaboran el producto que se entrega al mercado son técnicos altamente calificados. De tal forma, a su vez se requiere de esa misma legitimidad técnica para opinar acerca de los procesos y actuar sobre la carrera de tales funcionarios. Esto, como se entiende, implica desafíos enormes para la administración de tales organizaciones. Por ello en los tribunales la cabeza directiva de la institución no debería estar en manos de gerentes, sino de jueces. Los administradores en la función judicial, por una parte, se constituyen no con un espacio de poder propio y autónomo, sino como servidores de los jueces; y por la otra, los jueces asumen la tarea de fijar las políticas generales en torno a las cuestiones administrativas de la institución. En esa tarea son asistidos por los administradores y delegan en ellos su ejecución. Claro está, insisto, que esta delegación en técnicos de la administración no podrá alcanzar a lo que atañe más directamente al trabajo profesional de los jueces. En esas situaciones el trato debe darse entre pares. Me refiero, por ejemplo, a la propia evaluación de los jueces (Vargas, 1997).

Otros cambios importantes son la estructuración de un completo sistema de información, el cual permite el establecimiento de un sistema de control de gestión, que estará asociado a incentivos que reducen el problema de agencia y que premian a los mejores funcionarios. El tema de la información es de extrema relevancia en el caso del Poder Judicial. Pues bien, como he dicho, es posible definir su labor precisamente como la acumulación y procesamiento de información.

En la reforma se enfatiza la transparencia de toda la gestión al sistema, lo que incluye el acceso a toda la información relevante acerca del funcionamiento del mismo, salvo aquella que muy circunstancialmente (y en forma contingente) la ley proteja con el secreto. De tal forma se facilita el control ciudadano sobre la misma y se minimizan los riesgos de corrupción. Esto también marca una diferencia profunda con la situación actual, donde buena parte de la información, incluso la estadística, sobre el Poder Judicial es secreta o de acceso restringido.

Otras reformas se refieren, en términos de gestión, a concentrar la labor de los tribunales exclusivamente a lo que les es propio y a donde se encuentra justificada la producción estatal, lo que ha llevado a proponer la externalización de una serie de servicios ligados al proceso, pero no inherentes a él, como las notificaciones, citaciones, eventualmente la custodia y vigilancia.

Con relación a las otras instituciones que integran el sistema, y que fruto de la reforma se crean o se reestructuran, también se ha perseguido dotarlas de un sistema de gestión más moderno y flexible. Así, por ejemplo, el Ministerio Público está descentralizado, pues las decisiones de política se toman en el ámbito central (fiscal general), pero todas aquellas relativas a los casos individuales y a la asignación de tareas específicas son adoptadas en el ámbito regional (fiscales regionales). Adicionalmente el personal de esta nueva institución estará regulado por las leyes laborales comunes que rigen a los particulares, lo que también implica mayor capacidad de las instituciones para adecuarse a la evolución del medio en el cual se desenvuelven.

La otra institución clave del sistema, la defensa pública, pasa a ser organizada de forma totalmente distinta a la actual. Se ha ideado un sistema mixto para la provisión de estos servicios, que integra tanto los esfuerzos del sector público como los del privado. En forma muy sintética, tal sistema consiste en la constitución de un fondo que administra los recursos públicos destinados a la defensa pública, el cual los asigna en una proporción que es variable a las corporaciones regionales de asistencia jurídica (instituciones públicas que hoy brindan asistencia) mediante la adjudicación directa en este caso y a estudios de abogados particulares mediante licitaciones regionales en este otro. El porcentaje de recursos entre uno y otro sistema se ajustará conforme las evaluaciones técnicas (jurídicas y administrativas) a que ambos serán sometidos. Esto permitirá hacer comparaciones (una suerte de *bench marking*) entre los sectores público y privado, generando competencia entre ambos, lo que reduce el posible problema de agencia que se genera, al tiempo que incorpora incentivos en pos de la eficiencia. Asimismo permitirá no comprometerse definitivamente con una opción, con los altos costos que su fracaso significaría. El sistema contempla un mecanismo supletorio de los anteriores, que está constituido por nóminas regionales de abogados remunerados por las diligencias concretas que asuman, lo que permite asegurar en todo evento la continuidad del servicio.

Conclusiones

La reforma judicial en curso en el país es mucho más que un simple cambio de leyes. Implica una transformación radical en materias tan sensibles como el ejercicio de la fuerza por parte del Estado, los controles a que debe estar sujeta tal función, el rol de la justicia en la sociedad y su posición frente al individuo. No se trata simplemente de un procedimiento nuevo, cuya vigencia sea sólo de interés de los abogados. Por ello, parte importante de la estrategia para lograr la plena materialización de estos cambios ha sido involucrar a otros actores que le den una base de apoyo y un soporte profesional distinto al legal. Asimismo se ha perseguido generar un movimiento de opinión pública de respaldo a los cambios que permita que el tema judicial adquiera la importancia social de la cual ha carecido.

Quizás lo más notable en este aspecto ha sido lograr que la reforma sea asumida como una política de Estado, asistida de un sólido consenso político que involucra a la totalidad de los partidos en el país. Ello ha redundado en que la aprobación legislativa de los proyectos se haya logrado prácticamente por unanimidad³⁰.

La reforma es innovativa no sólo por su contenido, como he tratado de demostrar en este artículo. Lo es como política pública en general, porque combina de forma original los aspectos políticos, estratégicos y técnicos.

Si bien los logros que se alcanzaron durante el proceso de su diseño y tramitación en el Congreso sin duda facilitan el proceso de implantación, para nada aseguran su resultado. Existe una larga tradición en el sector de leyes bien encaminadas que no han logrado nunca superar tal estado para convertirse en cambios reales, que puedan ser percibidas por los ciudadanos. Son muchas las circunstancias que incrementan el riesgo en la implantación de esta reforma.

Es un cambio, como he dicho, radical y exógeno a un sistema que también se caracteriza por una cultura refractaria a los cambios. También es complejo: requiere del concurso de múltiples instituciones con lógicas distintas, sin experiencias de coordinación previa y, quizás lo más importante, con grados amplios de autonomía que dificultan su alineación detrás de determinados objetivos de política. Sin embargo, nuestra posición es optimista. Aun cuando podamos prever que los objetivos no se lograrán en su totalidad, todo parece indicar que se dará inicio a un proceso irreversible que paulatinamente gatillará otras modernizaciones. Avalan esta percepción la opinión favorable a la reforma que hoy sustenta la propia Corte Suprema de Justicia, pese a sus muy atendibles temores iniciales.

El diseño de implantación ha contemplado la aplicación gradual en tres etapas: primero en una región del país, para luego extenderse hasta cubrir todo el territorio nacional. Esta metodología debería permitir concentrar los esfuerzos y hacer en forma oportuna las correcciones necesarias. La planificación contempla que este proceso comience a partir de este año con la instalación de la fiscalía general y que se prolongue hasta que el sistema se encuentre en pleno régimen (por un lapso de seis años). En dicha oportunidad debería cerrarse definitivamente el sistema actual, el cual se mantendrá vigente hasta esa fecha para la tramitación de las causas iniciadas con anterioridad a la aplicación del nuevo procedimiento. Si se cumplen estos plazos, muy pronto podremos evaluar si los ambiciosos objetivos antes descritos se han convertido en una realidad en nuestro país.

30 El hito más importante en este sentido ha sido la aprobación, en 1997, de la reforma constitucional que incorporó en la Carta Fundamental a la institución del Ministerio Público (fiscales).

Referencias

- Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal* (1995). Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- Bustos, Juan (1996), "Relaciones entre el derecho penal, procesal penal y de ejecución", en Jorge Mera y Mauricio Duce, (comp.), *Introducción al sistema penal*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Cerda, Carlos (1992), *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*. Santiago: Fondecyt.
- Cerda, Carlos (1993) *Duración del procedimiento sumario en los juzgados de Santiago*. Santiago: Fondecyt.
- Código de Procedimiento Penal* (1990). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Del Olmo, Rosa (1996), *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*. Editorial Nueva Sociedad.
- Duce, Mauricio (1997), *Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena*, mimeo. Santiago.
- Eyzaguirre, Hugo (1995), "Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina", en Segunda conferencia sobre justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe, mimeo, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Frank, Robert (1992), *Microeconomía y conducta*. Madrid: McGraw Hill.
- Fundación Paz Ciudadana (1997), *Resultados del modelo de simulación del nuevo proceso penal*, mimeo. Santiago.
- Jiménez, María Angélica (1994), "El proceso penal chileno y los derechos humanos", volumen II, Estudios empíricos, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Maier, Julio B. (1993), "Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal", en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- North, Douglass C. (1990), *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Peña, Carlos (1996), "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos", en *Estudios Sociales 88*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- Riego, Cristián (1990), "La prisión durante el proceso penal en Chile", en *Cuaderno de Análisis Jurídico 16*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.
- Riego, Cristián, y Mauricio Duce (1996), "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno", en Jorge Mera y Mauricio Duce, (comp.) *Introducción al sistema penal*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Roemer, Andrés (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea.
- Stiglitz, Joseph E. (1992), *La economía del sector público*. Barcelona: A. Bosch.

- Vargas, Juan Enrique (1992), "Criterios orientadores de una moderna política penitenciaria", en *Cuadernos de Análisis Jurídico 21, Sistema Penal y Seguridad Ciudadana*. Santiago.
- Vargas, Juan Enrique (1995), *Diagnóstico del sistema judicial chileno*. Santiago: Centro de Desarrollo Jurídico de la Corporación de Promoción Universitaria.
- Vargas, Juan Enrique (1997), "Particularidades de la función judicial que implican desafíos para la gestión de recursos humanos", en *Estudios Sociales 91*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
- Vrsalovic, Juan (1991), "Una metodología para la distribución espacial de tribunales", en *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial. Administración de Tribunales. Tomo II*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.
-