

Magíster en Gestión y Políticas Públicas

.....
Estudio de Caso N° 23
.....

**LA REFORMA A LA JUSTICIA CRIMINAL
EN CHILE:
EL CAMBIO DEL ROL ESTATAL**

Juan Enrique Vargas Viancos

*Esta serie de Estudios de Caso ha sido posible gracias al apoyo
proporcionado por la Fundación Andrew W. Mellon de EE.UU.*

Diciembre 1997



Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas
Departamento de Ingeniería Industrial

Av. República 701 • Fono: (562) 678 4067 • Fax: (562) 689 4987
E-mail: mgpp@dii.uchile.cl
Sitio web: <http://www.dii.uchile.cl/mgpp/>
Casilla 2777 Santiago - Chile

RESUMEN

El sistema de justicia en Chile presenta serias deficiencias en cuanto a su calidad, oportunidad y accesibilidad. Estas falencias son especialmente notorias en la justicia criminal, por la magnitud de los derechos e intereses que allí se ponen en juego. Para revertir tal situación, desde 1993 se ha desarrollado un proceso de reforma al sistema de justicia penal.

En este artículo se estudia la estrategia que permitió incorporar el tema de la reforma en la agenda política, las alianzas que se crearon, cómo se combinó el trabajo técnico con el político, el rol de las instituciones vinculadas y la asociación entre esta iniciativa y las políticas generales de modernización en el país. Adicionalmente se reconstituye la historia de la reforma y se analiza el rol asumido por las instituciones gestoras de la reforma: el Centro de Desarrollo Jurídico de la Corporación de Promoción Universitaria (CDJ/CPU) y la Fundación Paz Ciudadana (FPC).

La originalidad de esta reforma radica en el cambio del rol que ha asumido el Estado en la materia. La hipótesis del estudio es que la reforma, al acotar el espacio de la acción estatal en la materia, incorpora criterios de selectividad y otorga un rol privilegiado a la voluntad de los interesados en la solución del conflicto, lo cual conduce a decisiones más eficientes en términos de bienestar social y más funcionales con las ideas matrices del proceso de modernización del Estado. En el estudio se concluye que la reforma rompe el tradicional *trade off* entre garantías y eficiencia, pues en ella se concilian los aspectos garantistas del estado de derecho con las exigencias de eficacia y eficiencia a las que actualmente se somete cualquier política pública. Al mismo tiempo, en este estudio se establecen las limitaciones que esta reforma impone al Estado como proveedor y productor exclusivo de justicia en materias penales.

INTRODUCCIÓN

La organización del Poder Judicial en Chile se ha mantenido inalterada desde la Colonia. Como consecuencia de esta situación, su sistema de justicia actualmente presenta serias deficiencias en cuanto a su calidad, oportunidad y accesibilidad. Estas falencias son especialmente notorias en la justicia criminal, por la magnitud de los derechos e intereses que allí se ponen en juego. Para revertir tal situación desde 1993 se ha desarrollado un profundo proceso de reforma al sistema de justicia penal. Su objetivo es transformar los procedimientos criminales, colocando a los jueces como árbitros imparciales de los mismos. Para ello deben desprenderse de sus actuales funciones indagatorias que los hacen comprometerse con la línea argumental de cada una de las partes y establecer un proceso dialéctico entre la fiscalía y la defensa, el cual puede ser resuelto en un juicio oral y público.

El fin de este estudio es analizar el proceso de reforma de la justicia criminal y la estrategia que permitió su incorporación en la agenda política, las alianzas que se crearon, cómo se combinó el trabajo técnico con el político, el rol de las instituciones vinculadas y la asociación entre esta iniciativa y las políticas generales de modernización del Estado. También se reconstituye la historia de la reforma, en especial su gestación o fase inicial, cuya reconstitución contribuye a explicar su actual situación. En este marco, tiene especial importancia el rol que asumieron las instituciones gestoras de la reforma: el Centro de Desarrollo Jurídico de la Corporación de Promoción Universitaria (CDJ/CPU) y la Fundación Paz Ciudadana (FPC), quienes intervinieron decisivamente en un área que tradicionalmente monopolizaba la acción estatal.

La originalidad de la reforma radica en el cambio del rol que ha asumido el Estado en la materia, y el cuestionamiento a la expropiación que éste tradicionalmente hace de su conflicto a las víctimas, la cual está fundada en el monopolio que se le reconoce del uso legítimo de la fuerza.

La hipótesis que se desarrolla en el último capítulo de este estudio es que la reforma, porque acota el espacio de la acción estatal en la materia, incorpora criterios de selectividad y otorga un rol privilegiado a la voluntad de los interesados en la solución del conflicto, lo cual conduce a la toma de decisiones más eficientes, en términos de bienestar social, y funcionales con las ideas matrices del proceso de modernización del Estado. También es funcional con un Estado legitimado ya no en el uso de la fuerza, sino en la protección de los derechos esenciales de las personas. Esa es la concepción moderna que hoy se tiene sobre los fines públicos.

I. CONTENIDOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

La pieza clave de la reforma es la elaboración de un nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual cambia el sistema inquisitivo vigente por uno de perfil acusatorio.

El sistema inquisitivo se caracteriza por la importancia de una etapa de investigación secreta que realiza el juez de instrucción, en la cual la defensa queda casi totalmente excluida. En la investigación (no en el juicio) se genera y allega la prueba, y se toman las decisiones que determinarán la condena o absolución del acusado. En este esquema, el interés represivo del Estado prima sobre los derechos de los individuos, lo cual corresponde a un sistema donde los derechos esenciales de la persona humana no han adquirido un estatus de preeminencia por sobre éste.

Por el contrario, el nuevo modelo de instrucción implica la transformación de la investigación en una etapa preparatoria del juicio criminal, entregada a los fiscales del Ministerio Público, quienes deben conducir y ejercer la acción penal pública cuando proceda. Todo ello, bajo la supervisión de un tribunal imparcial (juez de control) que debe ser distinto del que debe resolver la causa.

La separación de las funciones judiciales de las indagatorias es, sin dudas, una de las principales ventajas del nuevo sistema porque permite, por una parte, un mayor respeto de las garantías que asisten al inculpado, ya que por ellas pasa a velar un juez que no está comprometido con el éxito o el fracaso de la investigación. Y por otra parte, permite aumentar la efectividad porque dota de mayor dinamismo a esta etapa clave para el esclarecimiento de los delitos, ya que un fiscal especializado y con una organización flexible estará en mejores condiciones que un juez para acumular y procesar la información de la cual depende el éxito de la investigación, como también para interactuar con la policía y otros órganos encargados de auxiliarlo en su misión.

El objetivo central del nuevo Código es el establecimiento de un auténtico juicio como mecanismo idóneo para resolver acerca de la responsabilidad de un individuo. Lo anterior obliga a la realización de audiencias orales, donde deben formularse la acusación, la defensa y presentarse la prueba. Todo ello, en un contacto presencial y directo con el tribunal, el que no ha mantenido alguna aproximación previa con los antecedentes del proceso. De este modo se garantiza su imparcialidad.

Esa relación directa entre los jueces y la prueba no puede lograrse mediante un sistema escrito como el que rige actualmente, que mediatiza a los jueces con la prueba, y en el cual los jueces terminan delegando funciones determinantes en empleados subalternos.

El nuevo Código también establece mecanismos que permiten racionalizar la actividad jurisdiccional, en el entendido que no resulta eficiente ni posible investigar y castigar todos los delitos que se cometen en el país. Por ello se da lugar a diversas alternativas de selección, de forma tal que el sistema pueda concentrarse en los asuntos de mayor importancia y en los cuales, razonablemente, tiene mayores posibilidades de éxito. Con ese fin se incorporan criterios de oportunidad procesal para algunos casos menores, se establece la posibilidad de suspender el proceso a prueba en el caso de inculpados primerizos, se acepta la procedencia de acuerdos reparatorios llegados directamente entre la víctima y el inculpado (en determinados tipos de delitos) y se dispone un procedimiento abreviado para los casos en que el inculpado consienta en ello.

Con lo relacionado a las garantías y la regulación de las medidas de coerción, el nuevo Código adecua ambos aspectos del proceso a las exigencias contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, asimismo las dota de coherencia con el resto de las finalidades del proceso.

El nuevo sistema se preocupa especialmente de entregarle un rol protagónico a las víctimas del delito, otorgándoles amplias posibilidades de participación y decisión durante el transcurso de su proceso.

Esta reforma implica, además, la creación o reorganización de diversas instituciones para enfrentar a los nuevos estándares de calidad y cobertura que se le imprimen al sistema. Por ello se propone la organización de un Ministerio Público que asuma las funciones de investigación y acusación; la formación de una defensa pública, dado que la actual es sumamente deficitaria; el ajuste de la estructura y el funcionamiento de los tribunales al nuevo sistema; y la modificación de otros órganos relacionados con la función judicial.

1. DESCRIPCIÓN DE LA GESTACIÓN DE LA REFORMA Y DEL PLAN DE TRABAJO

A. Orígenes de la reforma procesal penal

La primera idea de una reforma procesal penal nació en 1991, en el marco de las reformas a la justicia generadas durante el gobierno de Aylwin. Uno de sus primeros gestores fue la Asociación de Política Criminal, que pese a ser un grupo de efímera e informal existencia tuvo un papel importante en la aglutinación de los sectores más progresistas del pensamiento jurídico en torno a la reforma. El otro núcleo relevante que participó en el diseño de la

reforma fue el departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Sin embargo fue necesario que surgieran nuevos actores en el tema para que la idea cobrara fuerza. Ellos fueron la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) y la Fundación Paz Ciudadana (FPC), ambas son instituciones sin fines de lucro que pueden ser catalogadas como Organizaciones no Gubernamentales (ONG). Ellas lograron estructurar una sólida alianza posibilitando que la reforma se convirtiera en una política pública.

La reforma de la justicia criminal fue impulsada gracias a los encuentros y las discusiones convocadas por la CPU y FPC entre los años 1992 y 1993. En 1994, la CPU creó el Centro de Desarrollo Jurídico (CDJ), que se abocó a impulsar la reforma. Ese mismo año, la FPC y CDJ/CPU decidieron aunar sus esfuerzos a través de un convenio formal de trabajo conjunto. Su misión fue completada con la elaboración de un Proyecto de Ley su entrega formal al Ministerio de Justicia, actor al cual percibían con la capacidad exclusiva y excluyente para impulsar y liderar un proceso de reformas. (Proyecto de reforma al sistema de enjuiciamiento criminal chileno, 1994).

Para entender el proceso de reforma procesal penal al menos en sus orígenes resulta clave apreciar el rol que jugó el Foro¹. El Foro dotó de legitimidad y viabilidad política las propuestas de reforma. Para su creación se conjugaron criterios, sensibilidades y equilibrios muy complejos, y se escogieron personas tanto a título individual como representantes de organismos, con algún liderazgo político, profesional o académico². Hasta su traslado al Ministerio de Justicia, su configuración y coordinación correspondió a la CPU y la FPC. El Foro significó el primer espacio técnico/político de discusión acerca de las políticas de reforma en esta área. Sus miembros contribuyeron a enriquecer las propuestas y se convirtieron en los principales defensores de la reforma en todas las instancias, públicas o privadas.³

La comisión técnica del Foro, compuesta por profesionales remunerados y contratados para este efecto, fue responsable de la elaboración de las diversas propuestas que se sometían a la evaluación del Foro. Este esquema fue utilizado en todas las áreas temáticas de la reforma,

1 *Los integrantes del Foro a la fecha de presentación del Proyecto de Código de Procedimiento Penal, tal cual como consta en su mensaje, eran los siguientes: Alvarado, Gonzalo Alvarez, Hernán Bates, Luis Balbontín, Alberto Bofill, Jorge Brito, Haroldo Bustos, Juan Cea, José Luis Contador, Nelson Correa, Jorge Correa, Luis Cumplido, Francisco Chaigneau, Alberto Dávila, Roberto De la Fuente, Felipe Díaz, Claudio Duce, Mauricio Ferdman, Jorge Figueroa, Juan Agustín Frühling, Hugo Gálvez, Ricardo Garrido, Mario Gazmuri, Consuelo Gómez, Gastón González, Felipe Guzmán, Juan Guzmán, Manuel Guzmán, María Pía Harasic, Davor Hermosilla, Germán Horvitz, María Inés Juica, Milton Kunsenmüller, Carlos Libedinsky, Marcos Luksic, Zarko Maturana, Cristián Montero, Enrique Mosquera, Mario Navas, Guillermo Novoa, Eduardo Ortíz, Eleodoro Ortiz, Luis Ortúzar, Waldo Osorio, Claudio Pecchi, Carlos Poblete, Orlando Riego, Cristián Rivadeneira, Ricardo Salas, Julio Solari, Tito Solís, Alejandro Soto, Miguel Szcarranski, Clara Tapia, Enrique Tavori, Raúl Ulloa, Mirtha Vargas, Juan Enrique Vásquez, Marcos Verdugo, Mario Yáñez, Sergio*

2 *Las instituciones no universitarias que incorporaron representantes al Foro fueron las siguientes: Asociación Nacional de Magistrados de Chile, Centro de Estudios para el Desarrollo (CED), Centro de Estudios y Asesoría Legislativa (CEAL), Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Instituto Chileno de Ciencias Penales, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Instituto Libertad e Instituto Libertad y Desarrollo.*

3 *En tal sentido fue clave la presencia de varios de ellos en las sesiones del Congreso y en las actividades de difusión de la reforma.*

para que la versión definitiva recibiera una amplia discusión que involucrara a todos los actores en el proceso.⁴

El principal componente temático del proceso de reforma era el jurídico, pero no el único. Las tareas jurídicas concretas que se abordaron fueron las relacionadas con la elaboración de un nuevo Código de Procedimiento Penal, donde se delimitarían los contenidos fundamentales en el nivel normativo del proceso penal y que, por lo mismo, constituirían el eje en torno al cual se construirían los restantes cuerpos normativos que debían dar forma a la reforma. También había que estructurar una nueva institución inexistente en Chile, el Ministerio Público⁵, lo que exigía introducir cambios en la constitución y dictar una Ley Orgánica Constitucional que regulara dicha institución. Adicionalmente debía modificarse lo relacionado con la estructura y el funcionamiento de los tribunales (sobre todo los cambios en términos de gestión), lo que llevaba a introducir reformas en el Código Orgánico de Tribunales.

En el ámbito legal debía definirse un sistema totalmente nuevo para brindar defensa pública, ya que el vigente era inadecuado para los estándares que fijaría la reforma; asimismo debían adecuarse una gran cantidad de cuerpos legales relacionados. El más significativo de ellos era el relativo al Consejo de Defensa del Estado, institución que había asumido algunas de las funciones que le corresponden a un Ministerio Público.

Era necesario dictar un cuerpo legal que regulara el complejo sistema de transición ideado, el cual dejaba subsistir al sistema antiguo con las causas ingresadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código hasta su conclusión, y que sólo hacía aplicable el nuevo sistema gradualmente en dos regiones, para luego extenderse a Santiago. Al cabo de dos años se extendería a todo el país, lo que permitiría monitorear el proceso e introducirle mejoras antes de que se aplicara en forma generalizada.

Un segundo componente de la reforma fue el económico y organizacional, el cual se desarrolló en forma paralela y se relacionó permanentemente con el jurídico.

El tercer componente del proyecto de reforma era el relativo a su difusión. En este componente es posible distinguir tres ámbitos diferentes:

- El relacionado con los operadores del sistema. Se le asignó un rol primordial a la inclusión de los operadores (especialmente los jueces) en la reforma, aprovechando

⁴ Para los temas organizacionales se crearon grupos de trabajo ad hoc, que incluyeron a empresarios y miembros de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

⁵ La carencia de esta institución, suprimida en 1927 por ser superflua dentro de un proceso inquisitivo, facilita enormemente la materialización del cambio en Chile, ya que no hay que transformar una institución existente, provista de una cultura organizacional muy distinta al rol que la reforma le asigna, sino que se trata de crear una nueva desde cero.

el conocimiento acumulado sobre el funcionamiento e intereses de la corporación judicial. Con ello se perseguía minimizar su oposición a un cambio y hacer viable su proceso de implementación, que exige su concurso para ser efectivo. Este proceso también sirvió para potenciar la generación de líderes favorables a la reforma dentro del Poder Judicial, capacitándolos y dándoles apoyo.

- El conformado por las autoridades hacia quienes se realizaron constantes acciones de *lobby*, desde antes de que se iniciara la tramitación en el Congreso.
- El compuesto por toda la labor de difusión hacia la ciudadanía.

B. ¿Cómo ingresa el tema a la agenda de decisión pública?

La asociación con el Ministerio de Justicia

El diseño original, cuando se planteó la idea de estructurar una reforma bajo la forma de la redacción de los proyectos de ley respectivos, suponía que cuando se produjeran (fundamentalmente el nuevo Código de Procedimiento Penal) y se generara un fuerte movimiento de apoyo público a la reforma, se formaría un espacio que permitiría entregarle la propuesta al gobierno, para que éste la asumiese y continuase con su tramitación en una fase más política.

La experiencia posterior demostró que el diseño de la FPC y la CDJ/CPU fue ingenuo, pues no consideró adecuadamente las variables políticas que intervienen en un cambio de esta naturaleza ni previó adecuadamente el giro que tomarían los acontecimientos.

La reforma procesal penal no fue incorporada al programa del segundo gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia. Más allá de la recepción que las nuevas autoridades brindaron a estos planteamientos, ellas debían asumir el desafío de fijar en lo inmediato las prioridades de acción más contingentes de esa repartición. De tal forma, en esta primera etapa, el Ministerio centró su acción fundamentalmente en la conclusión de los proyectos de ley desglosados de la reforma del gobierno de la Concertación, que todavía se encontraban en el Congreso. Adicionalmente incorporó dos nuevos proyectos, como la creación de tribunales de familia, y una legislación acerca de infracciones juveniles.

Las políticas de acción estatal apuntaron en una dirección distinta, aunque no contradictoria, a la promovida por aquellos que impulsaban la reforma procesal penal. Ayudó a servir de puente, entre una política y otra, el que dichas acciones fueron impulsadas por equipos con profesionales en común, lo que también dio cuenta de las limitadas dimensiones de la comunidad jurídica nacional.

En estas circunstancias se evidenció que la estrategia inicial era inviable. Por una parte, la reforma procesal penal hacía sombra a las iniciativas de reforma ministeriales, circunstancia que lo más probablemente acabaría confrontándola con el gobierno. Aun cuando ello no ocurriera, tampoco parecía factible pensar que el Ministerio de Justicia haría suya una reforma en la que no había participado en su elaboración. Para contrarrestar dicha posibilidad, resultaba vital incorporarlo al proceso, no como un actor más sino como uno privilegiado para que hiciera suyos los cambios.

Este tema no es banal pues, aunque la reforma era plenamente funcional con los intereses ministeriales, la autoridad no iba a convertirse en un mero tramitador de ideas de otro. Además se veía con preocupación, por parte de los gestores de la reforma, cómo el Ministerio de Justicia daba lugar al estudio de cambios menores en la legislación procesal penal que, aunque podían mejorar la situación actual, eran disfuncionales con la idea de una reforma estructural. En este escenario se evidenció que el tema debía dejar el espacio de conducción privada, que hasta entonces había tenido, para entrar a la agenda pública si se quería que las ideas se tradujeran en cambios reales.

El Ministerio de Justicia se interesó en la reforma procesal penal porque ella ponía en el tapete un problema de suma relevancia nacional: la seguridad pública y la consiguiente ineficacia del sistema represivo estatal. Además, iba acompañada de una alternativa de solución concreta, ya probada, que apelaba a los valores más preciados de la profesión jurídica (como la noción del estado de derecho y las garantías), pero conjugándolos con una visión modernizadora del Estado acorde con el nuevo discurso que las recientes autoridades querían imprimirle a la gestión pública.

La ecuación de problema relevante y solución posible (atractiva y funcional) con las expectativas de los actores y las políticas generales de la administración convertían a la reforma en un camino que no podía desecharse. Además, la reforma iba acompañada de un sólido consenso político. Era el único tema relevante de política pública que había concitado, al menos en un principio, el acuerdo de todas las fuerzas políticas y que había sido desarrollada al interior de un proceso ampliamente participativo que incluía, con un espacio privilegiado, a los propios jueces.

Costos de la reforma

Uno de los principales problemas para el gobierno de Frei de asumir la reforma eran los costos políticos asociados. La reforma es de largo aliento: su tramitación demandaría a lo menos un plazo de 5 años. Lo más probable es que su puesta en marcha debería ser asumida por la próxima administración y no a la del gobierno de Frei, (cuyo mandato dura seis años).

La reforma requiere una implementación complicada, llena de oposiciones y fracasos parciales; también implica costos en recursos económicos, pues significa un aumento sustancial de los que se destinan al área.⁶

Los gastos que implicaba el proyecto en el corto plazo, durante la conclusión de su elaboración y su tramitación, no eran significativos y podían ser cubiertos por las fuentes de cooperación internacional que manejaban la FPC y la CDJ/CPU.⁷

En ese contexto se inició el acercamiento formal con el Ministerio de Justicia. Por una parte, existía la sensación al interior del Ministerio de estar jugándose su prestigio y, quizás, el futuro político de sus integrantes, por lo que no estaban dispuestos a asumir el tema sin tener amplias seguridades respecto al mismo y un rol cómodo en su conducción. Y por parte de la CDJ/CPU y la FPC existía la sensación de tener entre manos un producto exitoso y probado, que contaba ya con una planificación completa que estaba dando resultados por lo que buscaban minimizar los cambios que implicaba la alianza con el Ministerio de Justicia.

Al interior de dicho Ministerio existían voluntades contrarias al acuerdo, pues veían el desplazamiento de sus espacios de poder (y sus temas) el interior de la agenda.⁸ A su vez, en la FPC y en la CDJ/CPU, pero sobre todo en la primera, existía incertidumbre respecto del rol que le correspondía asumir en una alianza de este tipo, pues implicaba entrar en un trabajo político que le era ajeno.

Debemos tener en cuenta que por la cercanía política de la CDJ/CPU con el gobierno, ésta se había concebido como una institución asesora del mismo. Por ello, el mayor o menor ascendiente sobre el mismo y el reconocimiento a su gestión eran, para esa institución una buena medida de su éxito. Era diferente la situación de la FPC que, sin tener en ningún caso una definición confrontacional con el nivel gubernamental, tenía una perspectiva más autónoma que deseaba mantener.

6 Uno de los discursos que sostenían asesores del Ministerio de Justicia en la época, señalaba que el costo de la reforma podría ser asumido con cargo al crecimiento económico que experimentaría en el futuro el país. Ello implicaba que la reforma no iba a significar siquiera una redistribución de los recursos, ni dentro del Estado y ni dentro del país en general. Los cálculos, eso sí, desconocían que paralelamente al crecimiento del producto se produce un aumento de la demandada por bienes públicos que provee el Estado, debiendo entonces por este sólo concepto aumentar el gasto público, sin quedar entonces ocioso todo el excedente que constituyen las nuevas recaudaciones tributarias.

7 Hasta 1997, los gastos incurridos por el Ministerio de Justicia en razón de la reforma procesal penal han sido marginales, pues el grueso de su acción se ha cubierto gracias a la cooperación internacional, financiando directamente el Ministerio sólo a un grupo relativamente pequeño de asesores que le ha colaborado.

8 Una de las estrategias levantadas en ese entonces para torpedear la reforma consistía en señalar que ésta no podría materializarse sin ser acompañada por cambios profundos en otras áreas colaterales, como el derecho penal material. Como se entenderá, la sola magnitud de la reforma procesal penal era lo suficientemente grande como para tornar inviable el manejo de otros cambios coetáneos. En el caso particular de la reforma penal sustantiva, su sólo planteamiento ponía también en riesgo los consensos generados, ya que se trata de un tema nada pacífico en que las posiciones suelen ser encontradas. Una segunda estrategia disruptiva consistió en tratar de diluir el liderazgo de la reforma en un conjunto amplio de instituciones, "licuando" así la influencia de CDJ/CPU y FPC. Todas estas estrategias fracasaron, pero en su momento fueron fuente de complicaciones no menores.

Finalmente la alianza se materializó en términos que no significaron, en un primer momento, grandes cambios al esquema concebido inicialmente. Se incorporaron dos personas representantes del Ministerio de Justicia al comité ejecutivo, una a la Comisión Técnica y varias al Foro, el que se trasladó a dependencias del Ministerio de Justicia.

Lo más significativo de esta alianza fue que el Ministerio reconoció el rol paritario en la conducción del proceso de las instituciones gestoras. Así se constituyó un equipo tripartito. Era la primera vez que el Estado aceptaba compartir el protagonismo en la conducción de una política pública en el área. Los términos precisos que implicaban esta asociación sólo pudieron ser definidos a medida que se desarrollaba el trabajo conjunto.

El Ministerio de Justicia sin lugar a dudas aportó conducción política a la reforma y una capacidad de convocatoria que las instituciones gestoras, por su propia calidad de instituciones privadas, no poseían.

La reforma adquirió un carácter de política oficial y ello desató lógicas institucionales que de otra forma no se habrían sumado. El Ministerio aportó su sagacidad negociadora para provocar acuerdos que resultaron sumamente difíciles de obtener. El consenso que originalmente apoyó la iniciativa no la libró de recibir serias críticas cuando sobrepasó el plano académico y entró en el plano de las decisiones políticas. Temas como la autonomía del Ministerio Público (altamente sensibles para la clase política), mezclados con fuertes dosis de intereses gremiales o corporativos, porque la reforma implicaba una redistribución de los poderes públicos, sólo pudieron ser sorteados gracias a la capacidad de *lobby* desplegada desde el Ministerio y la buena imagen que había ganado en el Congreso. A ello también contribuyó el propio cabildeo que podían realizar las instituciones gestoras, básicamente la FPC, hacia sectores de la derecha política a los cuales no llegaba el gobierno. En ese sentido la participación en la creación de FPC del empresario dueño del diario *El Mercurio* (uno de los más importantes del país) sirvió también para conseguir el respaldo de la prensa a la reforma.

El rol de la CDJ/CPU y la FPC, como legitimadores técnicos y políticos del proceso de reforma, se extendió al Congreso. En él, ambas instituciones fueron formalmente designadas por la Cámara de Diputados como asesoras de la corporación en la tramitación de la reforma. Fue una resolución sin precedentes.

La relación entre todas las instituciones decantó con el tiempo. El Ministerio asumió cada vez más el rol de conductor del proceso y las ONG, un rol de asesores. Por ello perdieron visibilidad, pese a que siempre se conservó formalmente la asociación tripartita. Esta asunción de roles parecía la más conveniente, de acuerdo a los perfiles de las respectivas instituciones

y los riesgos que implicaba para el Ministerio aparecer demasiado dependiente de entidades privadas y para éstas, de estar demasiado inmiscuidas en un espacio político que no les era propio. En algún momento se planteó la conveniencia de un distanciamiento formal de las ONG en el proceso de discusión política de la reforma, pero ello fue evaluado negativamente por parte del Ministerio de Justicia, que veía peligrar así los consensos en que se fundaba la reforma.

La historia posterior a la tramitación de la reforma, los éxitos logrados, los apoyos recibidos y las dificultades encontradas, ha sido un tema ampliamente difundido y no tan relevante en función del análisis de la gestación de una política pública. Por ello no me extenderé al respecto. En la fecha en la cual se escribe este trabajo, la reforma constitucional que crea el Ministerio Público ha sido promulgada (quizás la pieza políticamente más compleja de este rompecabezas) y la comisión de la Cámara de Diputados ha aprobado el nuevo Código de Procedimiento Penal. Las leyes complementarias relativas al Ministerio Público, la Defensa Pública y adecuaciones de diversos cuerpos legales han sido presentadas en el Congreso o, al menos, están elaboradas. Los equipos técnicos siguen trabajando las reformas al Código Orgánico de Tribunales y la Ley de Transición, con el fin de completar el plan inicial.

2. EL IMPACTO DE LA REFORMA EN EL ROL DEL ESTADO COMO PROVEEDOR Y PRODUCTOR DE JUSTICIA

La reforma procesal penal se sitúa en el proceso de modernización del Estado, en el cual se redefinen sus roles y cuáles de éstos deben reservarse a la gestión estatal.

Las teorías planteadas desde Hobbes a Rousseau concuerdan en la necesidad de coordinar esfuerzos entre las personas y en establecer mecanismos para resolver adecuada y pacíficamente las controversias. En resumen 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 “dilemas del prisionero” que, conforme a la teoría de los juegos, 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 como fruto de la cooperación. Desde una perspectiva económica, dicho

postulado también permite aprovechar los beneficios de los intercambios y de la especialización del trabajo.⁹

El proceso mediante el cual se ha entendido (desde la perspectiva del derecho) la evolución mediante la cual el Estado asume la solución de los conflictos individuales, pone especial 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”¹⁰. Es decir, la monopolización del uso de la fuerza legítima en el Estado y su asunción de la tarea de resolver los conflictos entre los miembros de la comunidad son dos procesos que van de la mano con la centralización del poder, que es lo que caracteriza al Estado moderno. Si el Estado aumenta la complejidad de su funcionamiento, se vuelve necesario el nacimiento de una función específica (delegada por el monarca) que imparta justicia.

Desde una perspectiva económica también se puede explicar dicho proceso, enfatizando los nuevos desafíos que implica la extensión del comercio más allá de las fronteras locales, donde las redes informales y, sobre todo, la repetición continua de las relaciones proporcionaba un marco adecuado de estímulos para el cumplimiento espontáneo de los acuerdos y para una sanción efectiva de su incumplimiento. Cuando intervienen personas ajenas a la comunidad, con las cuales las relaciones son más esporádicas, existen mayores incentivos para conductas oportunistas, lo que aumenta significativamente 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, y un conjunto de otras instituciones, en el ámbito público, que interactúan con el Poder Judicial posibilitando o facilitando su labor (tales como las policías, los ministerios públicos o las defensorías de oficio).

No todos los conflictos son de responsabilidad exclusiva del Estado y sus servicios judiciales. Existen espacios donde la acción estatal queda excluida; otros, donde él puede coexistir con acciones de los privados, y otros donde la acción pública adopta un rol necesariamente monopólico.

⁹ Lo anterior explica que los conceptos de igualdad y justicia (ambos indisolublemente asociados) hayan sido siempre entendidos como los máximos valores sociales, pues son el centro en torno al cual se construye el concepto de comunidad; por supuesto siempre en tensión, aunque no indisoluble, con la noción de libertad individual. La idea democrática parte por el reconocimiento de la libertad de los individuos, que lleva a aceptar la diversidad. Pero así como ella reconoce la existencia de derechos individuales que justifican tal libertad, paralelamente debe asumir el carácter universal de esos mismos derechos y el que ellos conformen una base común entre todos los individuos que permita que éstos sean considerados como tales. La igualdad nace de compartir tales derechos, lo que en el plano político se expresa a través del reconocimiento general y sin exclusiones del carácter ciudadano.

¹⁰ Véase Maier, 1993: 27.

A. Caracterización de los conflictos

Primero debemos tener en cuenta que existe un vasto conjunto de conflictos en los cuales el derecho (el Estado) no se inmiscuye, restándoles así relevancia jurídica y el alero protector de las normas y de los sistemas de cumplimiento forzado. Son aquellos que se circunscriben a la subjetividad personal, como también aquellos que, aunque interpersonales, no afectan bienes que el derecho considera socialmente útil proteger. Ellos 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. En esta materia reside la principal diferencia entre derecho y moral, pues no todo lo que interesa a esta última cae dentro del campo de acción del primero.

El segundo conjunto de conflictos está conformado por aquellos de relevancia jurídica (asumidos por el derecho), pero que de ordinario son resueltos directamente por los afectados. Sólo ante el fracaso de tal acción directa el Estado pone a su disposición mecanismos formales de solución. Aún después de iniciado el litigio formal, las partes (mediante su acuerdo o incluso desistimiento) pueden ponerle término. En este grupo se encuentran la mayoría de las disputas de índole civil y comercial. En ellas, el Estado actúa subsidiariamente y nada obstaculiza la participación de otros mecanismos 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 de la acción estatal que no puede ser delegado.¹¹

Una tercera categoría de conflictos está conformada por aquellos que, por afectar el orden público, como lo hacen ciertos problemas familiares o criminales, deben ser resueltos por el Estado, el cual expropia, en la concepción clásica, el conflicto a las partes y se convierte en titular del mismo. En este caso tanto la función de adjudicación

¹¹ Ello 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. Igualmente, 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 en el acto de cometer un delito.

(decir a quién le corresponde el derecho) como la de cumplimiento forzoso (fundamentalmente la aplicación de sanciones) corresponden exclusivamente a los agentes estatales.¹²

Es precisamente sobre este último tipo de conflictos (los penales) donde recaen los cambios que propone la reforma al sistema de justicia criminal chileno. Ellos tienen un impacto en el reducto más característico y propio, que tradicionalmente se ha reservado a la intervención estatal.

La paradoja en esta reserva de acción estatal no está en la exclusión de 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 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. Tales denuncias deben ser necesariamente tramitadas hasta concluir con una resolución, ya sea de sobreseimiento o de sentencia.¹³

Tal afirmación (conocida como “el principio de legalidad”) proviene de la reserva que el Estado hace para sí del ejercicio de la violencia y de entender paralelamente que sólo gracias a la coacción estatal es posible resolver el tipo de conflictos que implican un quebrantamiento grave del ordenamiento jurídico. Es decir, si sólo por vía de la imposición es posible restablecer las reglas del juego social y si dicha imposición sólo puede hacerla el Estado a través de sus instituciones, entonces el Estado no puede jamás excusarse de actuar. Paralelamente esta solución implica un seguro contra la arbitrariedad de la acción estatal, porque impide, al menos en la teoría, decisiones discrecionales en esta materia trascendente. Sin embargo tal concepción implica desconocer la existencia de recursos escasos frente a necesidades ilimitadas e impedir, en otros términos, la posibilidad de ejecutar políticas en el área, pues éstas implican la discriminación entre objetivos de bien público, en función de la imposibilidad de asumir su conjunto por la aludida falta de recursos.

Debe apreciarse que ésta es la única materia de política pública en la cual se impone la obligación de actuar sin limitaciones. En otras áreas de acción social (tales como la salud, la

12 La distinción entre conflictos civiles y penales es moderna. Hace tan sólo poco tiempo atrás los unos y los otros se fundían. Resabio de lo anterior es el mantenimiento, en Chile, hasta el día de hoy, de la prisión por deudas en el caso del giro doloso de cheques.

13 En general el sistema judicial no puede tampoco rechazar otorgar sus servicios a quien lo solicite. El artículo 10, inciso 2°, del Código Orgánico de Tribunales dispone sobre la judicatura que: “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 sometida a su decisión.”

educación o la vivienda) jamás se ha pretendido que el Estado asuma todos los problemas y los solucione. Incluso en otros temas vinculados al uso de la fuerza, como la guerra, la respuesta armada del Estado está 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 serán investigados y perseguidos por un sistema público diseñado para tal efecto, impide que explícitamente se concentren los recursos en aquéllos que socialmente se consideran de menor valor. Ello provoca que los mecanismos de selección, que necesariamente deben existir ante tan utópica y tan poco realista declaración, sean oscuros y casi siempre poco eficientes

Dicha 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 proceso).¹⁴

Otro aspecto relevante es que las decisiones sobre la continuidad, o no, de uno de estos asuntos muchas veces es delegada a funcionarios de menor jerarquía.

No sólo por el costo de oportunidad asociado a esta acción estatal (el costo de dejar de invertir los recursos en otros destinos más productivos) se cuestiona la pertinencia del llamado principio de legalidad, sino también por el creciente convencimiento de que es inconveniente que el Estado actúe en esta materia en forma generalizada y sin excepciones, ya que su intervención genera costos y efectos indeseados, los que deben ser sopesados antes de decidir su conveniencia. El uso de la violencia que significa la pena estatal genera una serie de consecuencias nocivas que aconsejan su reducción.

Tal perspectiva ha dado lugar a lo que en derecho penal se conoce como “diversión”, 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 incorporar la voluntad de los protagonistas, incluyendo la del propio Estado, y buscar la resolución de 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 estaría alcanzando una suerte de “privatización del Derecho penal” (Maier, 1993: 39).

14 Ello es lo que sucede con los llamados “partes de mesón” en Chile.

En esta dirección avanza la reforma procesal penal chilena, mediante la introducción de importantes cambios o limitaciones al rol tradicional asignado al Estado en la materia. Antes de analizar desde esta perspectiva con más detalles los cambios concretos que se han propuesto, quiero detenerme con mayor profundidad en el estudio de las justificaciones tanto jurídicas como políticas, y fundamentalmente económicas, para la intervención estatal en la resolución de los conflictos, centrándome en aquéllos de índole penal.

Delimitación del ámbito de acción estatal en la materia

Desde una perspectiva económica la justificación para la intervención del Estado en la provisión de servicios judiciales penales reside en que éstos constituirían un bien público, porque no es posible (o deseable) la exclusión de los consumidores de los beneficios que se obtienen con él y porque el costo marginal de suministrar el bien a una persona adicional es nulo (Stiglitz, 1992: V; Frank, 1992: XX). 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 si éste se produce se beneficiarán con él. Esta es la razón por la cual la única forma para lograr una provisión eficiente del mismo es que sea asumida por el Estado, quien la financia a través de impuestos. En otras palabras, los bienes públicos son un caso extremo de externalidades tecnológicas positivas. Como no son internalizados por los mecanismos de mercado (precios), sus beneficios individuales en materia de proporcionar el bien son muy bajos o inexistentes, en circunstancias que sí existen beneficios sociales asociados al mismo. Por ello la provisión privada será subóptima. Es el típico caso donde falla del mercado, lo que justifica una intervención estatal correctiva siempre y cuando los costos de la misma no superen sus beneficios.

El supuesto básico, en este caso, 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 la sociedad toda. Ésta, con la asignación de la pena, ve restablecido el orden quebrantado por el delito (lo que en derecho se denomina retribución), permitida la resocialización del delincuente y evitada la ocurrencia de otros delitos posteriores (prevención especial y general).

La reforma procesal penal cuestiona la atribución de tal calidad a toda la justicia criminal, acotando los márgenes donde efectivamente sucede. De este modo da cabida, en el área restante, a los intereses de los sujetos comprometidos y llega a soluciones más parecidas a las de mercado y más eficientes.

Cuando decimos que la justicia es un bien público, sostenemos que los beneficios de cada proceso no alcanzan solamente a quien lo inicia o aparece como actor en él, sino que se transmiten a toda la sociedad. En otros términos, afirmamos que si el resultado de un proceso penal es el castigo de un delincuente,¹⁵ se benefician de dicho castigo no sólo la víctima del delito (que vería satisfecho su deseo de venganza o resguardada su seguridad futura) sino también la sociedad en general, ya sea por la vía de la prevención especial o general. Como la víctima no internaliza todos esos beneficios sociales al momento de interponer una querrela (el gasto en ellas), si se entregara totalmente a su voluntad, el resultado sería socialmente subóptimo. Ello justificaría la creación de una institución pública, el Ministerio Público, para asumir tal función. De este modo, el costo de un proceso beneficia a un conjunto de otros sujetos, distintos a la víctima, sin necesidad de que ellos incurran en costos marginales adicionales. Así también, esos otros sujetos se benefician de los resultados de la acción criminal sin que exista la posibilidad de ser excluidos de tal beneficio, produciéndose entonces el ya mencionado problema del “polizón” que caracteriza a los bienes públicos.

La discusión no debe situarse en el análisis de los costos marginales asociados a la función judicial como un todo, sino en la existencia o no de las externalidades aducidas en cada caso criminal. De tal forma, si concurren dichas externalidades y tienen tal carácter que alcancen a la generalidad de la colectividad, nos encontraremos efectivamente ante un bien público que debe necesariamente ser proveído por el Estado, porque en ese caso falla el mercado como mecanismo asignador de recursos. Si tales externalidades concurren, pero son sólo débiles y puede identificarse claramente a los sujetos beneficiados, el Estado sólo debería corregir las imperfecciones que se provocan, pero sin asumir absolutamente el rol asignador. En el otro extremo, si tales externalidades no existen, nada justificaría (al menos por este concepto) la intervención estatal.

Por lo pronto deberá tenerse en cuenta que desde siempre nuestra legislación procesal penal ha dado cuenta de la existencia de los llamados delitos de acción privada, en los cuales claramente el Estado reconoce que el interés de la víctima es el único relevante o es muy superior al social. En estos delitos, como los de injuria o el adulterio en nuestra legislación, no existe como en los restantes una acción pública.¹⁶ Solamente pueden ser iniciados por la

15 Debemos tomar en cuenta que también se produce este beneficio cuando el inculpado resulta absuelto, porque toda la sociedad se beneficia cuando una persona inocente no es castigada.

16 Los delitos de acción pública son aquellos en que cualquier sujeto, aunque no sea la víctima del mismo, puede denunciarlos dando inicio al proceso penal. En ellos, las causas judiciales deben también iniciarse de oficio por las autoridades del sistema.

víctima o sus representantes (Código de Procedimiento Penal: art. 18). El proceso se desarrolla a instancia de parte y no de oficio (Código de Procedimiento Penal: art. 587) y puede concluir por el desistimiento de la parte querellante (Código de Procedimiento Penal: art. 32). Aún en los casos de los delitos de acción pública, es posible sostener que los hay aquellos que afectan bienes jurídicos disponibles, donde la voluntad de la víctima debiera tener un rol preponderante incluso por sobre el interés estatal en el castigo.

Pero más allá de estos delitos de acción privada, en la totalidad del derecho procesal penal moderno ha comenzado a ganar terreno una visión nueva respecto al rol de la víctima¹⁷, 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. Sus propios intereses resultan un objetivo propio y relevante de la acción punitiva estatal.

De acuerdo a esta visión, el fin del proceso penal no es simplemente castigar al culpable de un delito sino resolver un conflicto, lo que lleva a desandar en algo el camino recorrido tras la llamada expropiación del conflicto para volver a una visión micro del mismo.

La ventaja de esa visión es su capacidad para cambiar el paradigma jurídico tradicional, que ve a la justicia como la encarnación de fines trascendentes que necesariamente deben ser aplicados por la magnitud de los valores involucrados. Dicha perspectiva, en cierta forma “metahumana”, ha impedido entender a los sistemas judiciales como servicios, donde la gente recurre en búsqueda de la resolución de un problema muy concreto y puntual. Aun en materia penal, las víctimas raramente buscan solamente la sanción del delincuente, generalmente sus intereses son más complejos: desean seguridad, reparación o, incluso en muchos casos cuando les unen vínculos con el victimario, lo que buscan es poder restablecer una relación en términos normales con él.¹⁸

La concepción tradicional no sólo no recibe estos intereses, sino que muchas veces actúa en contra de ellos, produciendo con el propio proceso penal el fenómeno de la “doble victimización”. Sus consecuencias son mayores perjuicios emocionales y económicos para las víctimas, inseguridad y hasta un alejamiento total con el ofensor, en circunstancias que, como se decía, se puede desear lo contrario.

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

¹⁷ Véase Riego y Duce, 1996: 41 y siguientes.

¹⁸ 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.

Derecho penal → Castigo → Uso de la fuerza → Bien público → Monopolio estatal
Se convierte en:

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 radicar exclusivamente en la entidad del bien jurídico afectado por la conducta que se estima necesario sancionar. Además debe realizarse una ponderación entre el bien social comprometido y el individual de la víctima que, como he dicho, no necesariamente coinciden. Tal ponderación debe hacerse recurriendo tanto a argumentos morales como eficientistas, y bien puede concluir con que el último bien es superior al primero, por lo que deben primar los intereses de la víctima por sobre los sociales. Tal conclusión no debe extrañar en tiempos en que la afirmación de derechos y libertades individuales por sobre el Estado ha pasado a constituir un elemento clave para la propia convivencia social.

Otra entrada a este tema está relacionada con los costos de la acción estatal. Comúnmente se señala que no es suficiente la constatación de una falla de mercado para que inmediatamente surja un espacio para la acción pública, pues ésta debe rendir una prueba adicional de eficiencia: los males que produce deben ser inferiores a los bienes que entrega (Stiglitz, 1992). Claro que a lo anterior puede oponerse que las lógicas de la intervención pública no obedecen solamente a criterios eficientistas (como lo señalaría una perspectiva utilitarista) y que bien pueden provenir de motivaciones distributivas, las que pueden llevar a soluciones que aunque no sean las más óptimas, socialmente se consideren las más adecuadas.¹⁹

Estos costos pueden resultar especialmente significativos en el caso de la utilización del máximo mecanismo represivo estatal, como lo es el derecho penal. De tal forma, no debemos pensar solamente en los altos desembolsos directos que significa el funcionamiento de un sistema de justicia criminal: policías, jueces, fiscales, defensores, prisiones, etc.²⁰ También debemos pensar en el costo social que significa tener personas recluidas, los perjuicios que significan los nada excepcionales errores judiciales, el efecto de “etiquetamiento” que significa

¹⁹ Como se sabe, una situación es óptima cuando no es posible ninguna mejora sin perjudicar al menos a un individuo. En tal situación, acciones distributivas sin lugar a dudas perjudican a algunos en beneficio de otros.

²⁰ Las cifras pueden resultar pavorosas ante la extensión incontenible de las ideologías más represivas. En los EE UU, el presupuesto para la represión del narcotráfico se incrementó desde 1.200 millones de dólares, en 1991, a 10 mil millones de dólares en 1990 (Wisotsky, 1991: 2; citado por Del Olmo, 199: 113)

al transformar en “clientes” del sistema represivo estatal a ciertas personas ²¹ y la afirmación con la cárcel de carreras criminales sólo incipientes (Duce, 1997), entre otras muy graves consecuencias.²²

Especialmente significativos pueden resultar estos costos, al punto de superar con mucho los presuntos beneficios en los llamados delitos de bagatela, caracterizados por su mínima daño social (Bustos, 1996).

En tales casos es posible sostener que el bien social no se obtiene con el castigo, sino al contrario con la renuncia a él, puesto que ésta permite precisamente la resocialización del inculpado (Duce, 1997) o la satisfacción de los intereses de las víctimas.

Particularmente importante, a la hora de analizar los costos de la intervención estatal en esta materia, es el exacerbado problema de agencia que se crea (Eyzaguirre, 1995). Como se sabe, este problema se produce por las asimetrías de información existentes entre un agente y un principal, fruto de las cuales éste último no está en condiciones de monitorear la conducta del primero para saber si está actuando en función de los intereses para los que lo contrató o de los suyos propios. Este problema se produce frecuentemente en la función pública, producto de que los principales se presentan múltiples y dispersos (autoridades superiores y ciudadanía en general), lo que dificulta el monitoreo (así como por la vaguedad de los objetivos que persigan las agencias estatales). Además el problema de agencia se ve fuertemente potenciado en el caso de un organismo como el judicial que brinda un servicio bajo condiciones de absoluta yal menos en teoría independencia. La posibilidad de monitorear y establecer incentivos que conduzcan a estos agentes (los jueces) a cumplir el mandato del principal (la ciudadanía), a fin de resolver los conflictos eficientemente de acuerdo a los principios del estado de derecho, es sumamente difícil o casi imposible. Los mecanismos para disciplinar a

21 Véase Vargas, 1992: 111 y siguientes.

22 Rosa del Olmo enumera los siguientes costos que se adjudican a la actual guerra contra las drogas:

- a) Triplicación de los gastos gubernamentales para la represión en detrimento de los gastos sociales.
- b) Surgen conexiones entre drogas y criminalidad y se consolida la criminalidad organizada.
- c) El mercado, por ser ilegal, genera una violencia incontrolable.
- d) Estigmatización a millones de consumidores, que se someten al riesgo de una sanción penal.
- e) Se obliga a los consumidores a relacionarse con traficantes para poder comprar drogas de procedencia desconocida, lo cual da lugar al incremento de muertes por sobredosis o envenenamiento.
- f) A su vez, se incrementa la difusión del SIDA.
- g) Extensión del consumo por parte de consumidores forzados a convertirse en pequeños traficantes para así conseguir dinero y poder satisfacer su consumo.
- h) La policía tiene que depender de operaciones encubiertas, espionaje electrónico, denuncias, y recurrir muchas veces a testigos de dudosa trayectoria, con lo cual pierde credibilidad.
- i) Hacinaamiento del sistema judicial con más leyes e indicados que los que permiten los recursos disponibles.
- j) Incremento de la corrupción de los funcionarios que aplican la ley y el poder económico y político de los responsables del negocio.
- k) Legitimación de estereotipos que sirven para perpetuar los prejuicios raciales y clasistas de la administración de justicia.
- l) Se socavan los derechos civiles en nombre de la aplicación de la ley.
- m) Tergiversación de las relaciones Norte-Sur. (Del Olmo, 199: 119)

estos agentes en el ejercicio monopólico de sus funciones son consecuentemente débiles, pues no hay con quien comparar sus resultados. Esto constituye un argumento adicional para acotar los márgenes de su actuar exclusivo y excluyente.

Quizás el problema más agudo del sistema judicial, en términos económicos y de gestión, es la imposibilidad de determinar óptimos en la oferta de tutela jurídica (Peña, 1996). Ante la inexistencia de preferencias reveladas, de un mercado que pueda regular oferta y demanda para llegar a un equilibrio, 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 ella pone a disposición de la comunidad, lo que se traduce en una oferta sumamente rígida. Por el lado de la demanda, la gratuidad del servicio genera obviamente incentivos para la sobre explotación del mismo, lo que necesariamente conduce a la congestión. En tal sentido, el problema que se produce es asimilable al denominado "la tragedia de los comunes", en los cuales el óptimo individual no coincide con el social, lo que inevitablemente lleva a la sobre explotación y a soluciones poco eficientes.²³

Si no existe un precio que ajuste oferta y demanda, los elementos que regula el "mercado judicial" son de naturaleza distinta y se relacionan con otros costos indirectos asociados al litigio, básicamente vinculados al tiempo, pero también determinados por las angustias y hasta los malos ratos que puede implicar acercarse a los tribunales.

Debemos tener presente que la demanda por los servicios judiciales penales no obedece, como en los supuestos de la teoría clásica, a una decisión voluntaria del consumidor. Este es un mercado muy especial, donde la demanda es definida exógenamente por el legislador. En virtud del principio de legalidad antes descrito, ésta implica la obligatoriedad del Estado de actuar persiguiendo tales delitos, los que así pasan a engrosar el número de causas que ingresan al sistema.

Por otra parte, los usuarios de este servicio no son solamente el Estado y las víctimas que demandan el castigo (o la reparación en su caso). En una correcta concepción del rol judicial, es tan usuario como ellos el propio inculpado, la persona a la que se le imputa el delito y quien está interesado en que un órgano imparcial (distinto a sus acusadores) decida sobre su presunta culpabilidad. Esta idea, tan cara al estado de derecho (indisolublemente asociada a la presunción de inocencia), es la que comúnmente se olvida al tratar al sistema judicial

23 Siguiendo tal razonamiento, Hugo Eyzaguirre, concluye en 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 que estos derechos son monopólicos o cuasi-monopólicos (Dey, 1989; Jagannathan, 1986). Una solución, entonces, es promover la competencia en estas funciones.* (Eyzaguirre, 1995: 15).

penal simplemente como un engranaje más del sistema represivo penal estatal, pues si su función fuera simplemente la de aplicar castigos (y en la medida que lo hiciera se midiera su éxito) realmente no lo necesitaríamos, nos bastaría la labor que realiza la policía.

El éxito de la función judicial se mide tanto con una sentencia condenatoria dada en un proceso justo, como con una sentencia absolutoria.

La demanda por servicios judiciales

¿Podemos hablar de “demanda por servicios judiciales” cuando no nos enfrentamos a decisiones voluntarias de un individuo? Todo ello se contrapone frontalmente a la construcción “eficientista” de la economía clásica, que descansa precisamente en decisiones libres, informadas y en su propio interés, que son adoptadas por un individuo racional. En estas condiciones la demanda impuesta por el mercado político e interés por litigar sólo restringido por costos indirectos, cualquier decisión de aumentar la cobertura judicial (ya sea a través de nuevos tribunales, mejoras en la tecnología o en la gestión) sólo implica soluciones momentáneas pues prontamente el sistema vuelve a sus niveles históricos de congestión. Los nuevos tribunales implican la posibilidad de procesar casos que, pese a ser æen teoríaæ obligatorio su ingreso al sistema, no lo eran por la escasez de recursos; también induce a aquéllos que por la valoración de su costo de oportunidad no estaban dispuestos a acudir al sistema judicial, a hacerlo (Peña, 1996: 102).

La experiencia chilena comprueba estas afirmaciones referentes a la congestión. Si tomamos el período transcurrido entre los años 1980 y 1987, donde hubo un fuerte aumento en el número de los tribunales de primera instancia en el país (de 192 se pasó a 262), es posible advertir que si bien la relación de número de habitantes por juzgados mejoró en un 16 por ciento (de 56.861 personas por juzgados, como promedio nacional, se pasó a 47.849); 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)²⁴. Otros antecedentes que resultan relevantes son los datos entregados por un estudio acerca de la duración de los procesos civiles en Santiago, que fue realizado por Carlos Cerda. Él detectó que, entre los años 1982 y 1992 (período en que los tribunales civiles en la ciudad se cuadruplicaron), los procesos ordinarios civiles (en promedio) aumentaron su duración de 805,59 días a 1.009 y los sumarios civiles, de 324,78 a 513 días (Cerda, 1992a y 1993b).

²⁴ Estos datos fueron extraídos de Vrsalovic, 1991.

La rápida saturación de los nuevos servicios judiciales puede considerarse como una demanda latente que, por razones de marginalidad jurídica, no era cubierta. Pero también puede significar decisiones poco eficientes, en que conflictos que podrían haber tenido otras formas más adecuadas de solución extrajudicial, pasan a ingresar al sistema. Debemos tener claro lo anterior, pues no requerimos un sistema que de cabida a todos los conflictos, sino de uno que sea capaz de discriminar y que deje pasar sólo a aquéllos que por su naturaleza, relevancia o imposibilidad de llegar a un arreglo por otras vías, se estime necesario que sean jurisdiccionalmente resueltos. No queremos un sistema que solamente discrimine de manera regresiva y que deje de lado los conflictos de quienes poseen menos recursos.

B. La justicia como bien público

Retomado el tema de la justicia como bien público, es posible agregar que en éste, como en otros temas vinculados a las políticas públicas, no es posible caracterizar en término absoluto a un bien complejo en tal categoría, desde el momento en que siempre será posible, en alguna medida, detectar preferencias individuales por el bien y cierta disposición a pagar por el mismo. También será posible, en cierta forma y a costos accesibles, excluir a determinados sujetos de los beneficios de la provisión del bien.

Es posible trazar una línea en la cual, en cada extremo, se encuentran los bienes públicos puros y los privados puros. Entre ambos cabos existe un continuo de bienes públicos más o menos impuros y de privados más o menos impuros (Stiglitz, 1992). También se puede hacer esa distinción al interior de bienes complejos como la justicia, pues no es lo mismo hablar de, por ejemplo, justicia en materia civil que en materia criminal. Aparentemente (por las fuertes externalidades que genera y en virtud de los fundamentos básicos de convivencia social que están asociados a la idea de estado de derecho) cuando sea indispensable hacer uso de la fuerza para resolver el conflicto, la calidad de bien público y la necesidad de la intervención estatal aparecen como no cuestionadas. Distinta es la situación cuando no está presente directamente el poder coactivo del Estado o cuando éste se encuentra solamente como una amenaza distante que no es siquiera deseable utilizar. En tales casos, socialmente lo más conveniente es situar los beneficios y los perjuicios de la acción directamente en las personas comprometidas en la misma.

En estas situaciones estamos frente al giro del que anteriormente hablábamos: de un objetivo meramente sancionador del proceso penal a uno reparador de un conflicto circunscrito a las partes involucradas.

El caso extremo (cuando los beneficios privados lo son todo o al menos superan ampliamente a los sociales) es nuevamente 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, 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 árbitro.²⁵ De hecho, el Estado chileno renuncia de plano al conocimiento de ciertos asuntos civiles en virtud de la naturaleza de lo disputado, convirtiéndolos en materias de arbitraje forzoso.²⁶

Podemos apreciar distinciones de similar tenor en otras materias que son el objeto de políticas públicas. En la educación, que genera claramente externalidades positivas al país en su conjunto al mejorar su capital humano, sólo se entiende que debe haber una intervención directa del Estado con carácter imperativo y general al nivel de la educación primaria, no porque la enseñanza secundaria o superior carece de importancia, sino precisamente porque en ella los beneficios privados parecen ser más determinantes que los sociales. Lo mismo ocurre en salud, donde el Estado impone políticas en algunas materias, pero en forma muy puntual, como lo son las campañas de vacunación obligatoria. En ambos ejemplos la imposición que proviene del Estado va acompañada del financiamiento público de la actividad impuesta, sin perjuicio de que los sujetos puedan proveerse del mismo en forma privada.

C. La recepción de estos criterios en la reforma procesal penal

El marco conceptual anterior nos permite explicar muchas de las decisiones de política pública asumidas en la reforma, las que afectan directamente el rol que tradicionalmente se le ha asignado al Estado en la provisión de servicios judiciales en materia penal. Si el Estado se reserva la resolución de tales conflictos, sustituyendo a la voluntad de las partes, pasa a ocupar un espacio mucho más acotado en la medida en que provee un bien público; en consecuencia, a la pretensión de conocer y resolver la totalidad de los conflictos que sucedan en la comunidad.

Incorporación de los intereses privados en el proceso penal

En el proceso penal cobra creciente importancia la resolución de un conflicto en beneficio

25 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.

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

de la víctima.²⁷ Ello es especialmente claro en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos disponibles, es decir aquellos bienes en que el interés por su protección es más individual que social. Aun en los restantes delitos, es necesaria una atención especial frente a la víctima, reconociéndole la calidad de tal.

Consecuente con lo anterior, en la propuesta se señala que:

“La protección y reparación de la víctima del delito constituirán objetivos del procedimiento penal.”

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

En dicha propuesta se le conceden a las víctimas los siguientes derechos concretos:

- A intervenir en el procedimiento penal conforme lo establecido en este Código;
- A ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no hubiere intervenido en él;
- A solicitar medidas de protección frente a probables atentados futuros en contra suya o de su familia;
- A adherir a la acusación fiscal o formular acusación particular contra el imputado;
- A ejercer las acciones civiles con el objeto de perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- A ser oída por el fiscal antes de que éste solicite o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- A ser oída por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento definitivo u otra resolución que ponga término a la causa, siempre que lo solicite;
- A impugnar el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, 1995: art. 138).

La víctima también puede provocar el inicio del proceso (formulación de cargos) recurriendo al juez. Así se impone por sobre la voluntad del fiscal de archivar los antecedentes.

Aún más significativo que lo anterior es la recepción de los acuerdos reparatorios como vía para poner término al proceso penal, reconocimiento máximo de que el interés social está subordinado al privado en estos casos, los que se regulan de la siguiente manera:

“Cuando el delito que se persiga recayere sobre bienes jurídicos disponibles, o cuando se tratare de delitos culposos que no hubieren producido resultados de muerte o que afectaren

²⁷ El proyecto es innovador, pues lo común en derecho comparado es la marginación de la víctima, excluyéndose generalmente la posibilidad de que deduzca siquiera querrela y pueda tener su propio abogado en el juicio.

en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez podrá aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

El acuerdo reparatorio extingue la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existiere pluralidad de imputados y víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

El juez ordenará todas las medidas necesarias encaminadas a hacer efectiva la reparación acordada” (Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, 1995: art. 334).

Diseño de una política criminal

Una política pública en el área debe racionalizar la utilización de sus recursos, porque el sistema no es capaz de perseguir y sancionar todos los delitos. Por ello debe concentrarse en aquéllos con mayores posibilidades de éxito y socialmente más relevantes. También debe focalizar los delitos y decidir si son públicos en los sectores de menores recursos, lo que implica revisar el catálogo de figuras delictivas de manera tal de castigar y dotar de acción pública a aquéllas que realmente impliquen alto daño social.²⁸

¿Qué hace la propuesta al respecto? Con relación a la racionalización de los recursos, por primera vez se consagran dos nuevas instituciones en el 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” (Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, 1995: art. 256). 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, como se dijo anteriormente, puede imponerse la voluntad de la víctima de seguir adelante con el proceso.

En la propuesta chilena se consagra el principio de oportunidad, que es una excusa para la actividad pública en la materia fundada en el escaso daño del hecho. Lo relevante en este caso es que se autoriza, a la autoridad, a no iniciar el proceso si existe un hecho que reviste caracteres de delito menor, que no compromete gravemente el interés público. De este modo

28 Al respecto Juan Bustos opina:

“... hay otros hechos que su no incriminación también trae consecuencias perjudiciales, pues no se entiende la razón de su no punibilidad, dada su gran dañosidad social, así los delitos contra la calidad del consumo, del medio ambiente, la seguridad en el trabajo, los delitos mediante informática, etc.” (Bustos, 1996: 311 y 312).

se quiebra absolutamente la lógica del principio de legalidad (Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, 1995: art. 259).

Incorporación de criterios de gestión modernos y eficientes

Reconocer que la acción estatal implica tanto beneficios como costos, significa asumir el desafío de minimizar estos últimos con el fin de maximizar la utilidad social asociada. Lo anterior implica regular la cobertura del sistema para acercarse a un óptimo que equilibre, con todas las restricciones antes señaladas, la oferta y la demanda; y por otra parte, proporcionar un servicio en la forma más eficiente posible, lo que tiene un impacto directo en los temas de la gestión del mismo y fundamentalmente en los sistemas de incentivos que permiten reducir el problema de agencia.²⁹ En todos estos aspectos la propuesta de reforma avanza significativamente, en comparación a la situación actual. También mejora la adecuación entre oferta y demanda, el control de ingresos al sistema a través del archivo provisional, el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios. A estos se suman la suspensión condicional del procedimiento que opera frente a delincuentes primerizos declarados culpables a los que no se les emite pena de presidio, pero si reinciden se les procesa por el delito actual y el anterior³⁰ y el procedimiento abreviado, que consiste en suspender el juicio oral aceptando la acusación de una pena no superior a 5 años de presidio³¹. A estas figuras se añaden las tradicionales de sobreseimiento temporal y definitivo cuando no es procedente concluir con una sentencia.

El juicio oral y público, considerada 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 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 condenarle.³²

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, la cual permitirá una mejor y más flexible asignación de los recursos.

29 *Crecientemente la calidad de la gestión ha dejado de ser vista de forma puramente instrumental, para pasar a ser considerada un factor tan sustantivo en la operación de un sistema como el que más. En los casos de los organismos públicos ello ha llevado a resaltar los resultados por sobre los procesos y a enfocar toda la actividad hacia los usuarios. Tal es la importancia de este elemento que hoy en día se considera como uno de las medidas más eficaces para combatir la corrupción en las entidades públicas, el mejorar y modernizar su gestión (Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública, 1994).*

30 Véase Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, 1995: párr. 8, tít. I, lib. II.

31 Véase Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, 1995: tít. III, lib. IV.

32 *Los resultados del modelo de simulación computacional, elaborado para predecir el comportamiento del nuevo sistema, indican que a los 10 meses de funcionamiento del sistema, sólo el 2,8 por ciento de las causas terminarán en juicio.*

Actualmente cada juzgado del crimen es concebido como 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 5 en los tribunales más pequeños, hasta 15 en los más grandes (Vargas y Correa, 1995). 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 (61).

La mayoría son de competencia común (171), en los que se mezcla la resolución de este tipo de asuntos con otros de naturaleza civil e incluso laboral o de menores dependiendo del caso.

Se debe considerar que la independencia judicial concebida como las condiciones 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 pues las presiones pueden ser tanto o más inconvenientes si provienen de superiores jerárquicos que, aprovechándose precisamente de su poder para tomar decisiones administrativas que afectan al inferior, logran imponer sus criterios por vías distintas a las jurisdiccionales. Este es un elemento determinante para sugerir que las políticas públicas, en el sector judicial, 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 (Cerdeña, 1992a y 1993b).

Para solucionar estos problemas, en la reforma se propone la constitución de juzgados corporativos especializados en el tema penal, en los cuales se agrupen un conjunto de jueces (cuyo número depende de las características regionales) en un sólo espacio físico. En este esquema cada juez no cuenta con personal bajo su directa responsabilidad, salvo la existencia de un ayudante, pues se conforma un *pool* de empleados que los sirven. Así se centralizan las funciones más repetitivas de la organización. Estos tribunales serán construidos coordinadamente con la ubicación geográfica de las unidades del Ministerio Público, oficinas regionales de defensa pública y recintos carcelarios, de forma tal que sea mínimo el desplazamiento de los usuarios entre ambos.

Sin lugar a dudas 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 algunos 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. También permite ajustar la oferta a la demanda con mayor facilidad, pues para ello se requiere el nombramiento de jueces adicionales sin que necesariamente signifique alterar en demasía el aparato burocrático que los apoya.

Otro cambio de suma relevancia, al interior de los tribunales, es la separación (en cuanto ello sea posible) de las funciones administrativas de las jurisdiccionales, con la consiguiente especialización de las primeras. Hoy en día, el juez y en menor medida el secretario del tribunal son los responsables por la gestión del despacho judicial. Una consecuencia de ello es la sobrecarga de tareas administrativas para las cuales carecen de habilidades, lo que resta su tiempo disponible para dedicarse a lo que es su función principal: conducir los juicios y fallarlos.

Es muy difícil, en el actual esquema procesal, discernir con claridad lo que es administrativo de lo que es jurisdiccional. Ello, producto de la extendida delegación de funciones que ocurre al interior de los tribunales, por lo cual los empleados de secretaría (como he dicho) ejercen buena parte de las funciones puramente jurisdiccionales. El juez sólo tiene como función exclusiva, e incluso aquí hay excepciones, dictar las sentencias en las causas.

Tal situación deberá experimentar un cambio radical con el nuevo proceso, en el cual las funciones jurisdiccionales sólo pueden ser ejercidas por el juez. Todo el apoyo restante administrativo puede ser dirigido directamente por un profesional de la administración, el que deberá velar porque este recurso también sea asignado racionalmente de acuerdo a la carga de trabajo y las necesidades de los distintos jueces. Todo ello no debe hacernos pensar en la gestión judicial en términos de una empresa u organización común. La reforma debe apuntar a una administración que combine criterios técnicos con la misión y funciones propias de los jueces.

Los aspectos centrales son:

- Los administradores en la función judicial se constituyen no con un espacio de poder propio y autónomo sino como servidores de los jueces.
- Los jueces asumen la tarea de fijar las políticas generales en torno a las cuestiones administrativas de la institución. Están asistidos en esa tarea por los administradores y delegan en ellos la ejecución de tales políticas. Esta delegación en técnicos de la administración no podrá alcanzar a lo que atañe más directamente al trabajo

profesional de los jueces, al menos las más complejas, donde el trato debe darse entre pares; por ejemplo, la propia evaluación de los jueces (Vargas: 1997).

- Para coordinar la labor jurisdiccional con el apoyo administrativo, se crea la figura del juez presidente, quien asume tal labor como un *primus inter pares*.
- Otros cambios relevantes 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 reduzcan el problema de agencia mediante el premio a los mejores funcionarios. El tema de la información es de extrema relevancia en el caso del Poder Judicial, por ello es posible definir toda su labor como su acumulación y procesamiento.

Se pone especial énfasis en la transparencia de toda la gestión al sistema,³³ lo que incluye el acceso a toda la información relevante sobre el funcionamiento del mismo, salvo aquella que muy circunstancialmente, y en forma contingente, la ley la proteja con el secreto. De tal forma se permite el control ciudadano sobre la misma y se minimizan los riesgos de corrupción. Esto también marca una diferencia profunda con la realidad actual, donde la mayor parte de la información estadística acerca del Poder Judicial es secreta.

En términos de gestión, otros cambios se refieren a concentrar la labor de los tribunales exclusivamente en lo propio y 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, tales como las notificaciones, citaciones y eventualmente la custodia y la vigilancia.

En lo que respecta 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. Por ejemplo, el Ministerio Público se encuentra descentralizado, pues las decisiones de política se toman en el ámbito central (Fiscal General). Sin embargo aquellas relativas a los casos individuales y a la asignación de tareas específicas son adoptadas en el ámbito regional (Fiscales Regionales). Además, tanto en esta institución como en la administración del fondo de defensa pública, pese a su carácter de instituciones públicas, su personal pasa a estar regulado por las leyes laborales comunes que rigen a los particulares. Esto también implica mayor capacidad de las instituciones para adecuarse a la evolución del medio donde se desenvuelven.

³³ El juicio oral y público es el mejor mecanismo para asegurar tal transparencia.

II. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma procesal penal incide en un sector de qué hacer público crecientemente clave para el desarrollo nacional, pues las demandas por justicia son cada día mayores y cada vez más complejas. En tal contexto, el sistema judicial se ve absolutamente sobrepasado en su capacidad de respuesta, tanto en calidad como en cantidad. El proceso de ajuste de ese sector con su entorno es en extremo complejo.

Como poder público, tiene un ámbito de autonomía mayor a los otros sectores estatales. Se trata de una corporación en extremo cerrada y autorreferente, donde conceptos hoy tan extendidos en la gestión pública, como la orientación hacia el cliente o la búsqueda de mayor productividad, no sólo son desconocidos sino derechamente excluidos como objetivos válidos para la función judicial, siempre mirada como encarnadora de fines trascendentes que van más allá de los intereses concretos de los sujetos que integran la sociedad.

Estas características justifican ampliamente la elección de una estrategia de cambio fundacional, la cual plantea redefinir la misión del poder judicial, ya que los cambios parciales rápidamente son reinterpretados a partir de la antigua misión, lo que lleva a que los esfuerzos en tiempo y recursos invertidos no se traduzcan en mejoras observables a los ojos de los usuarios.

En el caso concreto de esta reforma procesal penal, las posibilidades de que fuera promovida desde del Estado eran remotas. Ello, pese a que no era un tema nuevo, pues llevaba más de un siglo rondando la agenda pública. Fue necesario que desde la sociedad civil surgiera la presión por tomar el tema para que se incorporara definitivamente a la agenda de decisión, una vez que fue evidente que los dividendos políticos superaban a los costos.³⁴

La incorporación de las instituciones privadas como actores relevantes es el sello original de la reforma procesal penal, ya que tales organizaciones intervienen en la conducción de la política, una vez que ésta ha ingresado a la agenda, en las negociaciones que permiten su aprobación y en todo el trabajo que implica la preparación de su implementación.

Al interior de aquellos cambios, que creemos se incorporarán al “estado del arte” en la materia, se encuentra una nueva aproximación que intenta conciliar los aspectos garantistas del estado de derecho con las exigencias de eficacia y eficiencia que hoy se le hacen a cualquier política pública. Parte de la fortaleza de esta reforma consiste precisamente en la apelación a los valores democráticos más esenciales. Sin embargo esa apelación no se satisface con una pura justificación garantista, también plantea importantes exigencias en términos de eficiencia,

34 También ayudó la merma de poder que han sufrido los eventuales perdedores, los funcionarios judiciales, fruto de la crisis que se vive en ese sector.

las cuales son determinantes para un Estado que aspira a ser moderno y responder a las necesidades sociales.

Tenemos la convicción que el establecimiento de las garantías que no están acompañadas de un sistema que realmente permita solucionar los problemas de la gente (como el de la seguridad pública) se transforma en un discurso vacío, superado por los hechos.

La reforma rompe el tradicional *trade off* entre garantías y eficiencia (entendido como un juego de suma cero), en que todo lo que se entrega a uno significa restárselo al otro. El nuevo sistema de justicia criminal demuestra que es posible aumentar el estándar de garantías y a la vez mejorar la focalización de los recursos y la capacidad investigativa del sistema. Con ello se obtienen mejores y más justos resultados en la represión del delito.

Más allá de todos estos aspectos, donde ya es posible adelantar análisis bastante precisos, es necesario esperar la conclusión del proceso de implementación de esta reforma para hacer una evaluación completa de la misma, extraer lecciones firmes en la materia y, sobre todo, apreciar si las estrategias y contenidos aplicados sirvieron para mejorar la justicia que reciben los ciudadanos.

III. BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1995.
- BUSTOS, JUAN. “Relaciones entre el derecho penal, procesal penal y de ejecución”, en Jorge Mera y Mauricio Duce (comp.), *Introducción al sistema penal*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- CERDA, CARLOS. *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*, Fondecyt, Santiago, 1992.
- Duración del procedimiento sumario en los juzgados de Santiago*, Fondecyt, Santiago, 1993.
- COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA. *Ética pública: probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos*, mimeo, Santiago, 1994.
- Código de Procedimiento Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- Código Orgánico de Tribunales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- DEL OLMO, ROSA. *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, 1996
- DUCE, MAURICIO. *Las salidas alternativas y la reforma procesal penal chilena*, mimeo, Santiago, 1997.
- EYZAGUIRRE, HUGO. “Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina”, ponencia en segunda conferencia sobre justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo, mimeo, 1995.
- FRANK, ROBERT. *Microeconomía y conducta*, McGraw Hill, Madrid, 1992.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. *Resultados del modelo de simulación del nuevo proceso penal*, mimeo, Santiago, 1997.
- MAIER, JULIO B. “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*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.
- RIEGO, CRISTIÁN Y MAURICIO DUCE. “Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno”, en *Introducción al sistema penal*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- ROEMER, ANDRÉS. *Introducción al análisis económico del derecho*, Instituto Tecnológico

Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, México, 1994.

PEÑA, CARLOS. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: antecedentes teóricos, empíricos y dogmáticos”, en *Estudios Sociales* 88, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1996.

STIGLITZ, JOSEPH. *La Economía del Sector Público*, A. Boseb, Barcelona, 1992.

VARGAS, JUAN ENRIQUE.

1992a “Criterios orientadores de una moderna política penitenciaria”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 21, Universidad Diego Portales, Santiago.

1997b “Particularidades de la función judicial que implican desafíos para la gestión de recursos humanos”, en *Estudios Sociales* 91. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago.

VARGAS, JUAN ENRIQUE Y JORGE CORREA. *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Centro de Desarrollo Jurídico de la Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1995.

VRSALOVIC, JUAN. “Una metodología para la distribución espacial de tribunales”, en *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial. Administración de Tribunales*, tomo II, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1991.