

IUS ET PRAXIS

DERECHO EN LA REGIÓN

UNIVERSIDAD DE TALCA · FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Rector Universidad de Talca
Álvaro Rojas Marín

Representante Legal
Álvaro Rojas Marín

Director Responsable
Humberto Nogueira Alcalá

Subdirector
Juan Robertson Herrera

Consejo Editorial
Javier Pinedo Castro
Sergio Politoff Lifschitz
Irene Rojas Miño
Ricardo Sánchez Venegas
Christian Suárez Crothers

Secretaria
María Soledad Ramírez Ramírez

Dirección
2 Norte 685 - Talca

Diseño Gráfico
Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos
María Cecilia Tapia Castro

Impresión
Impresora Contacto - Talca

La revista *Ius et Praxis* es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

SISTEMA INQUISITIVO VERSUS ADVERSARIAL; CULTURA LEGAL Y PERSPECTIVAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE

Rodrigo de la Barra (*)

INTRODUCCIÓN

Después de diecisiete años de gobierno militar, los noventa se iniciaron en Chile con un espíritu fundacional. El sólido y profundo ánimo de reforma reflejaba la necesidad de revisar y reconstruir, en parte, importantes sectores del Estado, entre ellos el Poder Judicial.¹

Este movimiento de reforma surgió como una reacción al traumático abuso de derechos humanos ocurrido durante los 70' y los 80'. En este período el sistema de administración de justicia penal en su integridad se mostró incapaz de dar respuesta a las demandas de protección de los derechos básicos que estaban siendo afectados por los agentes de seguridad del régimen militar.²

(*) Abogado, Master en Instituciones legales Universidad de Wisconsin-Madison.

Texto original en Inglés publicado en el *Journal of Law and Trade in The Americas*, Southwestern University of California, a quien se agradece su autorización para traducir y publicar.

Comentarios email: delab@manquehue.net

¹ Hacia el inicio de la transición a la democracia, uno de los principales tópicos del programa de gobierno del candidato concertacionista Patricio Aylwin era la modificación del Poder Judicial. Las propuestas se dirigían a temas diversos como la creación de un Consejo Superior de la Magistratura, la modificación del Tribunal Constitucional y la modificación de la Corte Suprema. El principal objetivo era el restablecimiento de los equilibrios entre los poderes y la sociedad en un sistema democrático. Estas orientaciones tenderían a fortalecer la institucionalidad y el resguardo de los derechos de las personas frente a la acción del Estado, tal como lo señalare la Subsecretaría de Justicia Martita Woerner en su discurso del Seminario "Reformas Procesales en América Latina" publicado *Corporación de Promoción Universitaria*, 1993, p. 19.

² La información en este sentido está disponible y documentada por el Informe Rettig resultado de una comisión nombrada por el Gobierno de Patricio Aylwin para la búsqueda de información relativa a las violaciones de derechos humanos durante el régimen militar. Este reporte se hizo público en febrero de 1991, para mayor información ver entre otros TRANSITIONAL JUSTICE: HOW EMERGING DEMOCRACIES RECKON WITH FORMER REGIMES 454 (Neil Kritz eds., United States Institute of Peace Press 1995).

La idea central del movimiento reformador se centró en lo que ha sido denominado como “modernización” del Poder Judicial buscando la apertura de sus estructuras al nuevo momento institucional.³ Esta revisión se presenta como el primer paso en la estrategia dirigida hacia la renovación del Poder Judicial, órgano del Estado llamado a desarrollar un rol central en el devenir político nacional debido a las importantes atribuciones establecidas para la Corte Suprema en la Constitución Política, aprobada en el año 1980.⁴

Al impulso interno a favor de la reforma, se sumaron los ecos formulados por el movimiento regional hacia el cambio de las estructuras legales en toda América latina. Este movimiento que se conoce como del “*rule of law*” (o hacia el gobierno o imperio de la ley), recibió el importante apoyo de agencias internacionales, habiéndose producido cambios mayores en la legislación de un importante número de países latinoamericanos, especialmente en el área del procedimiento penal.⁵

El actual Procedimiento Criminal Chileno es el producto del sistema inquisitivo heredado de España durante la Colonia. El procedimiento concentra roles, funciones y poder en las manos de un mismo juez. El juez como titular monopólico de la instrucción está cargo de producir toda la prueba sea dirigida a apoyar o a desestimar

³ Los distintos comentaristas se refieren al actual momento histórico post gobierno militar de distintas maneras, desde “democracia plena”, “transición a la democracia”, “democracia protegida”, entre otras, sin embargo la idea de transición ha ido ganando terreno en el ámbito académico para describir este periodo. Ver *Id.* p. 454.

⁴ Este llamado a la reforma del sistema de administración de justicia era, sin duda, uno de los aspectos más articulados de la agenda del primer gobierno de la concertación. Los principios inspiradores de este “espíritu iluminado” son fácilmente ubicables en su inicio en el movimiento de derechos humanos y la lucha por la democracia. Bajo estas grandes directrices, es posible agrupar dos tipos de proyectos o líneas de reforma. El primero aquel que se dirigía a ver el Poder Judicial como un órgano del Estado encargado de la prestación del servicio de justicia. En este sentido la retórica de las reformas se dirigían, básicamente, al tema del acceso a la justicia, y la mejora de los procedimientos. El segundo grupo tenía una mirada más institucional y política coherente con una visión del Judicial como órgano de decisión política con amplias atribuciones en el escenario político de la Constitución de 1980, en donde el objetivo se dirigía hacia la introducción de las cortes al escenario post-régimen militar, en este grupo los objetivos se dirigían básicamente al tema de la independencia judicial y a la generación de los miembros de los tribunales superiores y la generación de las principales líneas de política judicial. Discurso inaugural Subsecretario de Justicia Martita Woerner en Seminario “*Reformas Procesales en America Latina*” publicado *Corporación de Promoción Universitaria 1993*, p. 19.

⁵ Tal como lo ha descrito Riego.

“La Reforma Chilena debe ser vista como parte de un esfuerzo extensivo de reforma en las estructuras judiciales de toda Latinoamérica y como resultado de los recientes desarrollos democráticos. Con muy pocas excepciones mucho de los países hispanoparlantes de Latinoamérica mantienen versiones de sistemas inquisitivos en lo procesal penal. En décadas recientes coincidentes con las transiciones a la democracia casi el total de los países han iniciado reformas de sus sistemas procesales penales y algunos de ellos ya los han implementado”.

Cristian Riego, *The Chilean Criminal Procedure Reform* (1997). Tesis no publicada para acceder al grado de L.L.M. en la Universidad de Wisconsin Escuela de Derecho.

la eventual condena, formular los cargos, dirigir la investigación, condenar al inculpa-
do, etc. dejando un limitado rol a la defensa.⁶

El Proceso se divide en dos partes. La primera es el sumario, que es secreto y que tiene por objeto la recolección de las pruebas que permitan determinar si el crimen ha sido verdaderamente cometido y de ser así, establecer quién es su autor. Aquí el juez juega un claro rol investigativo y la intervención de la defensa está limitada. La segunda fase del proceso es un juicio público donde las pruebas recolectadas por el tribunal deberán ser impugnadas por la defensa. Al igual que en otros sistemas de tipo inquisitivo y tal como lo describe Pizzi en relación con el Proceso Penal Italiano, la investigación criminal en Chile “creció a expensas del juicio que llegó a ser un mero ejercicio formal”.⁷

Los problemas acarreados por este esquema son diversos y difíciles de describir, pero la mayoría de ellos se relacionan con los siguientes aspectos:

- Ausencia de juez imparcial al tiempo de juzgar para contrarrestar prejuicios durante la etapa de investigación.
- Limitaciones en la capacidad investigativa del sistema lo que produce un alto índice de sobreseimientos por falta de evidencia.
- Dilación y retardo judicial.
- Bajos estándares de protección para la defensa.
- Delegación de importantes funciones judiciales en la policía y en los actuarios judiciales.
- Ausencia de controles judiciales al interior del sistema, especialmente respecto de la policía y actuarios judiciales.

Éstos y otros elementos ligados a la historia reciente del sistema penal en Chile fueron obrando en la pérdida de la confianza de la población respecto del sistema de justicia en cuanto a garante de las libertades de las personas. El escepticismo y desconfianza de la población hacia el sistema judicial quedó reflejado en varios estudios de opinión realizados a inicio de la década de los noventa.⁸

⁶ Ver Riego en *Id.* pp. 4 y siguientes.

⁷ William T. Pizzi & Luca Marafioti, *The New Italian Code of Criminal Procedure: The difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*, 17 *YALE J. INTL.L.* 1, 4 (1992).

⁸ Durante los años 1990 a 1993, diversos estudios de opinión y encuestas revelaron una importante falta de confianza del público en el sistema judicial. Ver **JUSTICIA Y MARGINALIDAD, PERCEPCIÓN DE LOS POBRES**, (Jorge Correa y Luis Barros eds., Departamento de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile, 1993).

El primer gobierno electo después del gobierno militar, introdujo algunas reformas para mejorar la situación del inculpado y aumentar los estándares de protección dentro del sistema criminal, mediante las denominadas Leyes Cumplido.⁹ Sin embargo, los principales problemas son de tipo estructural y diferentes estudios empíricos fueron evidenciando la necesidad de una vasta reforma al sistema.¹⁰ Hacia inicios de los noventa un nuevo frente de crítica se abre para el sistema penal. En efecto, el tema de la seguridad pública o ciudadana se posiciona en los tres primeros años del gobierno postmilitar como la principal preocupación de la opinión pública, impulso que fue canalizado políticamente principalmente por la oposición al nuevo gobierno.¹¹ Ahora las críticas vinieron a cuestionar la eficiencia del sistema en sus funciones de detención y castigo de los actores de la actividad criminal. En este estado de cosas, la reforma del procedimiento criminal encontró terreno común entre dos impulsos diversos. Primero, el espíritu fundacional de democratización y mejoramiento de los estándares en materia de derechos humanos y protección; y segundo, la idea arraigada en la nueva oposición al gobierno de orden y seguridad pública en miras a la eficiencia en el sistema procesal penal. Esta extraña mixtura de orientaciones no es característica exclusiva del proceso de reforma chileno, sino que está también presente en otros casos, tal como lo han demostrado recientes estudios comparados sobre la materia.¹²

La naturaleza altamente controvertida y política, derivada del juego de estas dos fuerzas gestoras del cambio, fue deliberadamente o no, encauzada hacia la estrategia reformadora que ha sido denominada como “*routine policy making*”.¹³ Esta estrategia se basa en la presentación de la reforma como un mero desarrollo técnico o natural del ámbito jurídico en cuestión, o si se quiere como mero reconocimiento de modernas tendencias legales. La estrategia se desarrolla a través de expertos que substraen la cuestión del debate público, trabajando en base a borradores bien acabados para ser presentados a la autoridad competente una vez que ya se ha comprado la idea matriz,

⁹ Estas leyes modificaron el Código de Procedimiento Penal introduciendo algunas mejoras a nivel de los derechos del imputado.

¹⁰ Ver MARIA ANGÉLICA JIMÉNEZ, **EL PROCESO PENAL CHILENO Y LOS DERECHOS HUMANOS** (UNIVERSIDAD Diego Portales Escuela de Derecho, 1994).

¹¹ Los estudios de opinión fueron mostrando cómo una ola de asaltos y robos a bancos, secuestros y la reparación de actividad terrorista pusieron el tema de la seguridad pública a la cabeza de las preocupaciones de la población, tal como quedó reflejado en diversos estudios de opinión de la época. Ver nota 8.

¹² Esta mezcla entre la elevación de los estándares de protección y el mejoramiento de la eficacia en la persecución está presente en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988 y en el caso de Colombia en 1992, entre otros.

¹³ Jacob Herbert, *Silent Revolution*, en **LAW AND SOCIETY: READINGS ON THE SOCIAL STUDY OF LAW** 312, 312-337 (Stewart Macaulay et al. eds., 1995).@

esto es básicamente la necesidad de cambio. En Chile, esta modalidad de trabajo dio lugar a que variados aspectos en controversia se dieran por garantizados quedando fuera del debate. Aspectos tales como la habilidad real del sistema de justicia criminal para resolver el tema de la seguridad pública, la relación entre el modelo de procedimiento acusatorio y las tendencias más adversariales y una efectiva protección de los derechos de la defensa, entre otras, se constituyeron en paradigmas indubitados en el debate público generando grandes expectativas.¹⁴ Esta orientación facilitó inicialmente un amplio consenso para proceder vagamente hacia una indiscutida necesidad de cambio.

Como resultado de este exitoso proceso, el Congreso Nacional promulgó una reforma constitucional en diciembre de 1997 creando el Ministerio Público, uno de los principales actores del nuevo procedimiento. Actualmente, el Congreso está trabajando y revisando un proyecto de Nuevo Código (en adelante, el proyecto), el cual se espera reemplace el actual procedimiento penal hacia el año 2001. Si bien este cambio puede ser visto como una mera reforma retardada dirigida a modernizar una importante parte del aparato del Estado¹⁵, considerando la historia y cultura legal en Chile es mucho más que eso. Desde una perspectiva cultural, en un país de tradición jurídica continental el tránsito desde un sistema procesal penal de impulso judicial a uno centrado en el impulso procesal de partes, constituye en sí un cambio revolucionario. En este sentido y tal como lo ha expresado Pizzi respecto de la reforma italiana, en un modelo legal profundamente arraigado “el cambio puede llegar a ser tan dramático como la dramática injusticia y la asombrosa ineficiencia del sistema que se pretende reformar.”¹⁶

Bajo la tensión entre los conceptos de eficiencia y protección como desafíos básicos de la reforma, este trabajo analizará los diferentes aspectos, actores e instituciones envueltos en el nuevo procedimiento penal. En esa dirección procuraremos analizar las principales complejidades que pueden surgir en la implementación de un cambio de naturaleza estructural. En esta dirección el Capítulo I trata acerca de las principales dificultades relacionadas con la cultura legal y las aptitudes que son requeridas a la hora de construir un sistema de corte más adversarial en una fundación inquisitiva. El Capítulo II analiza los actores del nuevo sistema, principalmente la figura del fiscal, dada su importancia y complejidad. Finalmente, el Capítulo III

¹⁴ En Chile, dos ONG, la Fundación Paz Ciudadana, y la Corporación de Promoción Universitaria con el apoyo de la Universidad Diego Portales produjeron el principal borrador del proyecto de Nuevo Código.

¹⁵ Una parte importante de la argumentación hacia la reforma se centró en la modernización del aparato estatal y en la necesidad de modificar instituciones pre-modernas que subsisten al interior del Estado.

¹⁶ Ver *supra* nota 7 p. 6.

examina algunos aspectos relativos a los nuevos requerimientos de administración que conlleva la reforma, terminando en un intento por sistematizar conclusiones relativas a los posibles resultados de este importante cambio en la estructura legal chilena.

II. CONSTRUYENDO HACIA UN SISTEMA ADVERSARIAL DESDE UNA CULTURA INQUISITIVA

Como ya hemos adelantado, es posible sostener que el nuevo procedimiento criminal busca dos objetivos principales. El primero es el de la eficiencia, la que incluye administración, disminución de carga de trabajo de los juzgados del crimen y reducción del número de causas que terminan sin algún tipo de adjudicación penal. El segundo objetivo es la protección, concepto que incluye básicamente el mejoramiento de los estándares del debido proceso criminal, tales como el derecho a un juicio, la revisión judicial, el derecho a defensa y el derecho a un juez imparcial. Cada uno de ellos puede ser conectado con funciones y objetivos específicos, tal como se demuestra en el siguiente cuadro que presenta comparativamente el antiguo sistema y el sistema proyectado:

Objetivo	Proyecto Nvo. Cód.	Antiguo Cód.
- Eficiencia	<ul style="list-style-type: none"> - Fiscales a cargo de la investigación - Fiscal posee autoridad discrecional para rechazar casos determinados antes del juicio dentro del marco legal. - Procedimientos abreviados - Límites a la revisión judicial jerárquica 	<ul style="list-style-type: none"> - Juez dirige toda la investigación - Principio de persecución absoluta, todos los casos dan inicio a un proceso. - Todo proceso supone investigación completa - Revisión judicial jerárquica amplia
- Protección	<ul style="list-style-type: none"> - Revisión Judicial de la investigación fiscal - Juicio oral y público - Tribunal de tres jueces juzga. - Investigación abierta con excepciones limitadas 	<ul style="list-style-type: none"> - Juez investiga y revisión jerárquica de la investigación. - Juicio escrito - Juez investigador y juzgador. - Secreto durante la instrucción por lo general.

Las relaciones entre los principales aspectos de la reforma y el antiguo sistema son fáciles de detectar, representando mejoramientos importantes a la luz de la doctrina procesal moderna, sin embargo, un sentido mínimo de realismo jurídico nos enseña que cuando lidiamos con cambios legales la mera reforma estatutaria no es suficiente para asegurar el resultado. El real problema está en la evaluación de cada cambio en particular en el logro de los objetivos planteados a la hora de sobrepasar la actualmente arraigada cultura procesal inquisitiva. Las comparaciones suelen ser útiles en este punto. En el caso de Italia, país que realizó un tránsito similar hacia finales de los 80, uno de los principales desafíos planteados por el Código de 1988 era el logro de eficiencia y la potenciación del rol de los fiscales otorgándoles facultades más amplias para llevar a cabo la investigación criminal.¹⁷ Sin embargo, a poco andar el nuevo sistema ha demostrado las dificultades del proceso de ajuste de los nuevos y antiguos actores. Por ejemplo, la pobre actuación de los fiscales en sus habilidades de litigación en el marco de la oralidad ha llevado a los jueces a reasumir la actividad investigativa examinando testigos o requiriendo evidencia en pro de mejorar las investigaciones y proteger al imputado.¹⁸ Desde otro punto de vista, también en Italia, la introducción de procedimientos abreviados por sí sola no se tradujo en un primer momento en la disminución de la carga de trabajo de los tribunales. Los procedimientos especiales requieren condiciones específicas de tiempo y oportunidad, además del diseño de incentivos para que la defensa se sienta motivada a utilizarlos como alternativas reales al juicio. En Italia, por ejemplo, la ausencia de límites de tiempo para los acuerdos entre fiscal e imputado permite a la defensa pedir al juez la posibilidad de negociar un acuerdo hasta el mismo día del juicio, sin necesidad del consentimiento del fiscal. En esta situación, donde los recursos de investigación ya han sido empleados y la investigación ha terminado no hay eficiencia que pueda ser obtenida ya no se produce el “ahorro” de tiempo judicial.¹⁹

La situación se ve agravada cuando consideramos la posición del abogado de la defensa. Para la defensa presentar el caso a juicio oral presenta paradójicamente un mayor incentivo económico. El mero hecho de llevar el caso a juicio oral, le permite obtener mayores honorarios sin perder ninguna oportunidad para lograr acuerdos prejudiciales.²⁰ Con esas restricciones algunos autores argumentan que los procedi-

¹⁷ Ver en general Marco W. Fabri, *Commentary*, 40 ST. LOUIS U. L. J. 1045 (1996).

¹⁸ Marco W. Fabri, *Theory Versus Practice of the Italian Criminal Justice Reform*, 77 JUDICATURE 211, 215 (1994) (describiendo el movimiento e interacción entre ambos sistemas).

¹⁹ *Id.* p. 216.

²⁰ En la dirección opuesta, los sobrecargados defensores públicos van a tener más incentivos para usar los procedimientos abreviados sin reparar en el mérito de la causa sólo a objeto de alivianar su carga de trabajo.

mientos abreviados en Italia son limitados sólo a casos de crímenes flagrantes o cuando el sujeto se encuentra en prisión preventiva.²¹ La mayoría de estas complejidades yacen no en las disposiciones legales, sino que en la cultura legal, la que a grandes rasgos es común dentro de los ordenamientos del sistema continental.

Como vemos la cultura inquisitiva acarrea altos riesgos para los desafíos de la reforma, haciendo confusos los límites en las diversas funciones y en la interacción de los diferentes actores. En Chile, la interacción más compleja que se puede llegar a vislumbrar durante el período de implementación del sistema, es la relación entre los nuevos fiscales y los jueces. Entre las razones para tal pronóstico se encuentra la falta de compromiso y apoyo a la reforma de parte del Poder Judicial, aún debiendo ser los jueces el principal elemento catalizador del cambio al interior de todo sistema de administración de justicia.²² Desde un comienzo, los miembros del Poder Judicial percibieron la reforma como una disminución drástica en su poder investigativo y acusador. Sin un manejo adecuado, esta resistencia puede convertirse en peligrosa oposición. En el centro del paradigma adversarial se encuentran las dos partes “adversarias” en el conflicto, y un tercero independiente, el juez. Si el juez toma una postura adversarial asistiendo los intereses de una de las partes el modelo falla. En Chile existe un alto riesgo de generación de situaciones adversariales entre jueces y fiscales, no sólo por la permanente oposición judicial a la reforma, sino también por la debilidad que siempre ha existido en el rol de la defensa en los modelos inquisitivos. Este problema de rivalidad representa una eventual distorsión que puede tender a duplicar los esfuerzos de investigación del fiscal en contra la posición de la defensa por una parte, o bien generar distorsiones a favorecer la defensa en contra de la pretensión del fiscal, ambas situaciones se originan en la deformación profesional derivada del doble rol jugado en el modelo inquisitivo. En efecto, si el juez compite con el fiscal en la búsqueda de la evidencia, en lugar de guiar y limitar la investigación, sin duda que pueden llegar a producirse resultados a lo menos frustrantes para la defensa.²³ Más aún, bajo esta hipótesis el desarrollo de una rivalidad en el escenario planteado en el actual momento y durante todo el proceso de implementación favorece la posición del juez.

En efecto, el nuevo modelo claramente requiere que los fiscales desempeñen las más difíciles tareas. Ellos serán los llamados a desarrollar las habilidades orales necesarias para las audiencias, la comprensión y manejo de técnicas investigativas y

²¹ Ver Fabri, *supra* nota 18, p. 214.

²² Ver Riego, *supra* nota 5, p. 23.

²³ Carlo Guarneri, *Justice and Politics: The Italian Case in a Comparative Perspective*, 4 *IND. INTL' & COMP.L.REV.* 241, 256 (1994).

relaciones con la policía que son actualmente familiares a los jueces, serán ellos los que deberán responder ante la opinión pública acerca del tema de la seguridad pública o ciudadana exponiéndose como blanco de las más duras presiones y críticas. Al encarar estas complejidades derivadas de su rol, los fiscales tendrán que optar entre dos alternativas. Primero, pueden asumir el desafío y trabajar duro para desarrollar las habilidades y capacidades necesarias para formar parte fundamental y activa en el juego del sistema acusatorio o bien, y esta es la segunda alternativa, los fiscales apelarán a la cultura inquisitiva tomando como fuente la única referencia disponible; el Poder Judicial. En este escenario es dable pensar que los jueces, acostumbrados a la duplicidad o multiplicidad de roles asumirán las deficiencias en el proceso y desarrollen su rol inconcluso, tal como ocurrió en Italia según Pizzi. En este segundo escenario los fiscales pasarían a construirse en una mera rama judicial para la investigación, en un simple apoyo de los procedimientos de corte inquisitivo, sin embargo ahora bajo la nueva y renovada esfera de legitimación propia de la retórica de un proceso acusatorio.

Además de estas eventuales pero muy factibles incertidumbres de tipo funcional, existen otras de corte estructural que aumentan la complejidad de la reforma en curso. Quizás la principal dificultad a este nivel arquitectónico se refiere a la ubicación institucional del Ministerio Público y sus relaciones con el Poder judicial. Los Fiscales Chilenos estarán en una cercana relación con la estructura judicial tanto en el aspecto funcional como desde una perspectiva organizacional. Este vínculo puede constituirse en una importante fuente de conflictos para el sistema en su conjunto. Sin una clara división institucional que permita el desarrollo de identidades propias, la conexión entre fiscales y jueces puede crear un desequilibrio en el sistema. En una situación donde la función de investigación se entremezcla y confunde con el control judicial, el modelo de la reforma se ve frustrado y actúa claramente en contra del objetivo de la protección.

Este riesgo de un renovado y ahora sobreexpandido modelo inquisitivo se deberá ir dimensionando de acuerdo a los cauces que tome el conflicto permanente entre los objetivos de eficiencia y de protección. Es probable que esta tensión aumente con la tendencia hacia la politización de la aplicación de la justicia criminal, tal como se observa en el modelo adversarial de los Estados Unidos. Chile no está libre de este riesgo, especialmente finalizando el período de consensos post-gobierno militar. En el contexto político actual, cada partido político trata de plantear y levantar distintos temas en el debate público asumiendo posturas determinadas. En este escenario la preocupación por el tema de la seguridad y el sistema de administración de justicia criminal parece tener todos los elementos necesarios de apelativo social y dramatismo para llenar el vacío dejado por la reducción o postergación del debate macro-ideológico.

Estas tendencias hacia la politización del sistema de enjuiciamiento criminal ordinario se inició a comienzos de los noventa, mostrando algunas de sus manifestaciones preferentemente antes de que la Reforma tomara el camino del *Routine Policy Making* antes descrito. Los titulares de revistas y diarios identificados con la oposición política levantaron las banderas de la aplicación del análisis costo-beneficio al ámbito de la criminalidad.²⁴ A grandes rasgos, estas argumentaciones se dirigían a relacionar las fallas del actual sistema penal con el aumento de la delincuencia señalando como principal vía de solución la elevación de la penas y el aumento de la eficiencia del sistema penal como la manera privilegiada de detener la actividad criminal.²⁵ La precariedad de este debate en el medio nacional y la estrategia de reforma adoptada permitió eludir las definiciones de fondo llegándose a esta especie de discurso doble de eficiencia y protección del cual hemos venido hablando, sin llegar a plantearse posiciones extremas de la Escuela del Análisis Económico que cuestionan incluso la creación de un sistema acusatorio en miras a la mayor eficiencia.²⁶ Hoy en día la situación es incierta y las contradicciones situadas al centro de la reforma necesariamente irán apareciendo mientras los nuevos actores, funciones e instituciones desarrollan sus formas y caracteres. Aun cuando la raíz de la controversia permanece escondida, el período inicial de definición de identidades y roles enmarcará la orientación del sistema de enjuiciamiento criminal en Chile. En esta etapa, los actores, como individuos específicos, serán el elemento principal en la difícil tarea de construir el nuevo sistema. Tal como lo señala Fabri, “el desafío no es siempre crear leyes más sofisticadas, sino tener personas altamente capacitadas para implementarlas”.²⁷

La sección que continúa estará abocada al análisis de los actores del nuevo procedimiento en cuanto a su estructura, roles y funciones.

III. LOS NUEVOS ACTORES Y SUS FUNCIONES

Las características establecidas por el nuevo modelo de corte más adversarial introducido por la reforma, dirigen nuestra atención a la construcción de nuevos roles

²⁴ En esta línea se inserta principalmente el trabajo del Instituto Libertad y Desarrollo y en un principio los desarrollos auspiciados bajo la Fundación Paz Ciudadana que posteriormente se abre a nuevas posturas de mayor complejidad.

²⁵ En esta línea es posible identificar una serie de Editoriales publicadas principalmente por el Diario *El Mercurio* a partir de 1994 en procura de posicionar esta interpretación del problema delictivo.

²⁶ Nicola Boari, *The Efficiency of Penal Systems: Several Lessons from the Italian Experience*. 17 INT'L REV. L. & ECON. 115, 117 (1997)

²⁷ Ver Fabri, *supra* nota 17, p. 1045.

para los diferentes actores del proceso. En muchos casos el proceso de construcción exige de nuevas conceptualizaciones en orden a cambiar el actual sistema inquisitivo y su cultura. Tal como señala Riego:

“Mientras se suprime el sistema inquisitivo, la reforma debe resultar en el establecimiento de la base para una nueva definición de roles en el sistema de justicia criminal. Esta definición puede tomar diferentes y específicas funciones, pero la sola existencia de tres diferentes actores institucionales; jueces, fiscales y defensores públicos son bases sobre las cuales es posible construir un sistema más sofisticado, capaz de desarrollar un balance entre efectividad y respeto por los derechos individuales.”²⁸

Las tendencias o rasgos adversariales suponen para su desarrollo de un ambiente que sea capaz de transformar el juicio de una mera investigación a un debate. El modelo burocrático forjado sobre las estructuras inquisitivas niega el controvertido sentido del enjuiciamiento criminal. Al mismo tiempo este modelo burocrático cubre bajo una supuesta aproximación técnica; la enorme cantidad de discrecionalidad que tiñe las acciones de los diferentes actores y niveles dentro del sistema, disminuyendo y dificultando los grados de control. Sin embargo, tal como se señaló con anterioridad, ni el más refinado concepto legal ni la más compleja teoría acerca del procedimiento criminal es apta para proveer el ímpetu necesario para el desplazamiento real desde un sistema a otro. Una revisión de los diferentes actores y roles destacará algunos de los riesgos que Chile deberá encarar. Para este propósito la experiencia adversarial americana con todas sus particularidades no deja de ser extremadamente fructífera en cuanto a paradigma o referente de determinados desarrollos o complejidades en un contexto de corte adversarial.²⁹

1. El Fiscal, un nuevo actor

En Chile, quizás uno de los aspectos más destacados de la nueva estructura es la creación del Ministerio Público y su rol como “titular privilegiado” de la acción penal pública y administrador de la investigación penal.³⁰ Durante la elaboración del

²⁸ Ver Riego, *supra* nota 5, at 34.

²⁹ *Ver en general*, William T. Pizzi, *Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: the limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform*, 54 OHIO ST. L.J. 1325, 1328, 1336-1342 (1993). El rol del modelo estadounidense puede ser un poco desorientador por las importantes diferencias a nivel de la cultura legal. En todo caso, la idea es proveer de elementos que están presentes en un debate muy sofisticado y que nos lleva mucho más allá del debate meramente normativo o dogmático característico de los desarrollos de la temática en el derecho continental.

³⁰ *Diario Oficial de la República de Chile* [Constitución] Ley num. 19.159, art. 80A.

proyecto, el diseño y creación de los fiscales respondió tanto a las preocupaciones existentes en materia de eficiencia como a las provenientes del objetivo de protección. Desafortunadamente esta duplicidad de objetivos y orientaciones sobre el rol del fiscal puede ser interpretado y no equivocadamente como la creación de una figura ambigua. En efecto, incluso en el sistema adversarial de los EE.UU., la función del fiscal es descrita como el producto de una compleja zona gris donde el Estado juega aquel esquizofrénico rol de tratar de perseguir y proteger al inculpaado al mismo tiempo.³¹

En el más amplio sentido, podemos describir al fiscal como un oficial público, en oposición de la noción de persecución privada, llamada a intervenir en el proceso criminal en defensa de la sociedad en su conjunto. El fiscal es uno de los tres pilares descritos como elementos fundamentales de la corte de acuerdo con los estándares para la justicia criminal establecidos por la American Bar Association (Colegio de Abogados).³² Esta caracterización de los fiscales nos confiere una muy extraña definición al definir el rol como el de un “ministro de justicia ocupando una posición cuasi judicial”.³³ Esta posición cuasi judicial, puede resultar engañosa en consideración de la arraigada noción del impulso de partes en el modelo adversarial, sin embargo en un esfuerzo de coherencia, creemos que este vínculo judicial debe ser explicado e interpretado como una vía dirigida a enfatizar la amplia discrecionalidad con que cuenta y su rol central y poderoso dentro del sistema en los Estados Unidos. De esta manera esta posición cuasi judicial debiera operar como una herramienta retórica dirigida a destacar los altos grados de responsabilidad a los que está sujeto frente a la marcha del proceso y además a la necesidad de contar con estándares de control más exigentes que los necesarios para su adversario, la defensa.

³¹ Ver Robert L. Misner, *Recasting Prosecutorial Discretion*, 88 J. CRIM LAW & CRIMINOLOGY 717, 718-722 (1996) (en este texto el autor describe como en los EE.UU. un largo debate se ha desarrollado en torno al sistema acusatorio y el rol del fiscal en cuanto a buscador de la verdad, al igual que en torno a la definición de una estrategia eficaz de persecución penal. En igual sentido ver *The New Prosecutors*, 53 U. PITT. L. REV. 393, 393-396 (1992).

³² “El fiscal juega un rol crítico en el sistema de justicia criminal. Todos los casos serios requieren la participación de tres entidades: el juez (y el jurado), abogado de la acusación y abogado de la defensa. Faltando cualquiera de estas entidades (y sin mediar una renuncia válida de la defensa) la Corte está incompleta. En una palabra, una “Corte” debe ser vista como una estructura con tres pies o pilares, requiriendo el soporte de cada una de ellas.

A pesar de que los fiscales operan en el sistema adversarial, es fundamental que la obligación del fiscal de proteger al inocente es igual de poderosa que la de acusar al culpable y como asimismo reforzar los derechos del acusado como los del público. En consecuencia, el fiscal ha sido en ocasiones descrito como un ministro de justicia u ocupando una posición cuasi-judicial”

ABA Standards for Criminal Justice Standard 3-1.2 (1993).

³³ Ver *id.*@

El nuevo procedimiento criminal chileno considera la introducción del Ministerio Público a un nivel Constitucional, con facultades para investigar y presentar cargos en las causas penales. La sección siguiente revisará algunos de los más importantes aspectos de esta controvertida función, como también algunas de las opciones políticas que deberán ser realizadas al construir la nueva institución.

1.1 Construyendo el Ministerio Público

Preocupaciones Básicas:

Quizás el más grande y difícil desafío para la reforma procesal chilena será cambiar la cultura legal de manera tal que básicamente los mismos actores sean capaces de jugar nuevos roles, tal como lo describe Pahl al referirse a la Reforma Colombiana, el desafío es cómo “enseñar a perros viejos, trucos nuevos”.³⁴ En efecto, el carácter profundo y trascendental de los cambios que supone la Reforma se constituye en un desafío cultural que trasciende la mera redacción legal.

Todos los actores del sistema legal, sean jueces, abogados, fiscales y defensores, policía, gendarmería y demás servicios auxiliares se verán en serios trastornos y alteraciones de sus rutinas laborales. En relación a los jueces esta inquietud resulta especialmente preocupante y fundada debido al cambio de roles que se producen con la reforma. En teoría el modelo acusatorio requiere la estructura de tres pilares antes mencionada, si cualquiera de ellas desempeña un doble rol, el sistema se desmorona y el objetivo final falla.

En Chile al menos tres categorías o grupos de razones demuestran los riesgos que surgen al incorporar la figura del fiscal en el actual esquema. Primero, el factor que podríamos llamar la “mera sustitución tecnológica”, segundo, el “factor jerárquico”, y tercero que podríamos caracterizar como factor el “peso adversarial”. Con excepción del primero, el que está referido a los aspectos operacionales y de implementación, las otras dos categorías están relacionadas estrechamente a la cultura legal. Veamos cada una de ellas.

a. Factor de mera sustitución tecnológica

Esta categoría nos conduce a considerar el diagnóstico actual del sistema penal en Chile. La carencia de habilidades investigativas o al menos de familiaridad con el

³⁴ Michael R. Pahl, *Wanted: Criminal Justice, Colombia's Adoption of a Prosecutorial System of Criminal Procedure*, 16 *FORDHAM INT'L L.J.* 608, 625 (1993)@

trabajo policial, si se quiere, fuera de la rama judicial probablemente causará la tentación de incentivar una masiva migración de los actuales jueces a la nueva institución. La ventaja de esta opción descansa no sólo en su viabilidad política-judicial, al evitar impactos mayores en las políticas de personal, sino además en su viabilidad desde el punto de vista del capital humano disponible. En efecto, dada las limitaciones de personal familiarizado con las grandes líneas de la reforma y el corto tiempo establecido para la implementación del sistema (tres años), el diseño de incentivos para la creación de los fiscales a partir de los actuales jueces se presenta como la opción más sencilla dentro de este complejo proceso.

Ahora bien, sin perjuicio de algunas ventajas, esta estrategia presenta problemas cuando la consideramos desde los paradigmas fundacionales del modelo del cambio propuesto por la reforma. En efecto, un proceso de “mera sustitución tecnológica” derivado de un éxodo masivo de jueces a los cargos de fiscales puede presentar conflictos con aquellos desafíos específicos y declarados de la reforma, particularmente en cuanto a los estándares de protección se refiere. Como se estableció anteriormente, el debido proceso y los derechos de la defensa fueron los principales puntos de atención que impulsaron originalmente la reforma, aquí el principal blanco de las críticas fue, fundada o infundadamente, la judicatura.³⁵ En este sentido, la decisión por la mera “sustitución tecnológica” no será simple y sus consecuencias pueden colocar una marca indeleble en los nuevos fiscales. De escogerse este camino la reforma debiera focalizar sus esfuerzos en el entrenamiento y la designación de los nuevos jueces, de modo de crear un balance a nivel del control judicial. Siempre conscientes, eso sí, de las limitaciones propias de los procesos de educación en esquemas culturales arraigados.

La lógica activa y omnicomprendensiva que ilumina la acción judicial en el actual proceso de corte inquisitivo, sin duda, reviste una alteración de las dinámicas que se busca implementar con la reforma. Alteraciones que se resumen en la idea de cercanía, no sólo institucional como ya veremos, sino también y muy especialmente funcional entre controlador (juez de garantía o de control) y controlado (fiscal). En efecto, una historia común, lazos laborales y culturales entre los ahora fiscales y los jueces pueden afectar el modelo de tres pilares sobre el cual hemos trabajado. Estas alteraciones presentan el posible riesgo de fusión o confusión de funciones entre ambos, rompiendo aquel precario y problemático equilibrio sobre el cual se fundamenta la independencia del juzgador en el modelo paradigmático. Cabe aquí señalar, que este tipo de problemática no es privativa de los procesos de transición como el que Chile va a enfrentar, sino que es una dinámica permanente aún en sistemas adversariales arraigados como el de los EEUU. Esto resulta especialmente cierto si consideramos

³⁵ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 16. @

que un proceso inverso, dado por el hecho de que muchos de los jueces provienen de las fiscalías constituye la “carrera fiscal” en una de las vías principales de ingreso a la judicatura en este país. De esta manera, el factor que aquí hemos denominado “sustitución tecnológica” puede tener origen no sólo en los procesos de transición de un sistema inquisitivo a uno más adversarial como en el caso chileno, sino también en las dinámicas políticas derivadas de los procesos de selección, como en los EE.UU. Ahora bien, este factor se ve aumentado en nuestro caso por el diseño arquitectónico-institucional de las fiscalías, este aspecto nos lleva a considerar el segundo factor o elemento de riesgo, cual es el factor jerárquico.

b. Factor jerárquico

Como figura creada por la Constitución, los fiscales están situados al más alto nivel del Sistema Legal Chileno. Sin embargo la particular configuración de la institución permite establecer la reproducción de algunos factores propios de la actual institucionalidad judicial en la estructura emergente. En efecto, aún situado al máximo nivel del ordenamiento jurídico nacional el Ministerio Público mantiene relaciones muy estrechas con la Corte Suprema. Tal vínculo, común en la mayoría de los países del sistema continental³⁶ puede llegar a ser una pesada carga para la operatoria de un modelo de corte más adversarial.

No es difícil imaginar la tremenda influencia de la Corte Suprema en el esquema diseñado, la cual puede actuar en diferentes aspectos y niveles. En primer lugar, la Corte Suprema juega un importante rol en el procedimiento de nombramientos al interior de las fiscalías. La Constitución deja a cargo de la Corte Suprema la facultad de proponer una lista con cinco nombres para la designación del Fiscal Nacional.³⁷ De esa lista, el Presidente de la República, con el acuerdo del Senado elige al Fiscal Nacional, quien encabezará la institución.³⁸ El Fiscal Nacional, a su vez elige a cada Fiscal Regional de una lista elaborada por la Corte de Apelaciones de la región correspondiente.³⁹ En segundo lugar y ya a un nivel procedimental u operativo la Corte Suprema mantiene además el poder de remover al Fiscal Nacional y a los Fiscales Regionales. La conjunción de ambos poderes nos da, en otras palabras, que en la Corte Suprema reside

³⁶ Francia, Italia y Alemania a modo de ejemplos en la llamada tradición del derecho continental.

³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, art. 80 G. Ley 19.159, DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

³⁸ Ver *id.*

³⁹ Ver *id.*

el poder tanto para contratar como para despedir a las máximas autoridades de la nueva institución.⁴⁰ De esta forma, siendo posible dibujar una línea vertical desde abajo hacia arriba terminando en la Corte Suprema, es también posible imaginar la amplia gama de situaciones en donde las intervenciones podrían afectar el modelo de tres pilares usado en nuestro análisis generando escenarios de fusión entre controlador y controlado, entre investigador y decisor, en definitiva una tendencia de un modelo tridimensional a operar en base a dos pilares. Esta raíz común entre la judicatura y los fiscales abre una puerta a la creación de una gran variedad de situaciones que pueden considerarse como excepciones o limitaciones del sistema acusatorio en primer lugar y sin duda respecto de un sistema adversarial.

Desde otra perspectiva el análisis del factor jerárquico tienen además una bajada más compleja y profunda. Siguiendo a Mirjan Damaska, la jerarquía es una característica de los procedimientos burocráticos de los sistemas del Derecho Continental.⁴¹ De acuerdo con él, en estos sistemas el principal desafío del procedimiento no es resolver conflictos sino implementar políticas. En su opinión la certeza del proceso de decisión es el objetivo primordial, y la revisión jerárquica actúa como garantía de que se cumplan estos macro-fines. Opuesto a este modelo, según Damaska encontramos el modelo de coordinación propio del sistema angloamericano. Aquí, el objetivo principal consiste en la resolución de conflictos y no en la elaboración de políticas.⁴² El modelo confía más en el método caso a caso que en reglas generales y abstractas.⁴³ De esta forma, no es erróneo plantear que situándose a la cabeza del sistema, la Corte Suprema sería capaz de generar políticas a ser implementadas por las Fiscalías, no por la vía de la resolución de casos, sino por la mera vía jerárquica, esto es fuera del debate generado en un proceso judicial. En efecto, el factor jerárquico puede operar en el delineamiento de los criterios de aplicación del principio de oportunidad, selección de cargos, etc., limitando de alguna manera la independencia funcional del Ministerio Público fuera del ámbito jurisdiccional propiamente tal.

⁴⁰ *Ver Id.*

⁴¹ Mattias Reimann, *Mirjans Damaska's: The Faces of Justice and State Authority*, 82 AM. J. INT'L L. 166, 203 (1988) (book review).@

⁴² *Ver Id.*

⁴³ Ver Carlo Guarnieri, *Justice and Politics: The Italian Case in a Comparative Perspective*, 4 IND. INT'L & COMP. L. REV. 241, 243-244 (1993). Este elemento jerárquico ha sido descrito como parte de los modelos burocráticos de administración de justicia en los sistemas continentales. En un sistema jerárquico, todas las referencias se encuentran al interior del grupo y de la organización. La formación y la capacitación modelan los valores del sujeto con aquellos valores del sistema político, eventualmente transformando los aspectos políticos en una influencia indirecta. En esta línea, la reacción entre las Cortes y los fiscales debiera expandir y exportar este elemento jerárquico a la nueva agencia.

Más allá de la distinción efectuada por Damaska entre elaboración de políticas y resolución de conflictos, esta estructura resulta útil al enfatizar la importancia de la cultura legal al momento de evaluar el posible impacto de las reformas. En este sentido y elaborando sobre Damaska, Inga Markovitz destaca que toda forma de procedimiento legal tiene por finalidad la resolución de un conflicto, por lo que las diferencias debieran buscarse a otro nivel.⁴⁴ De acuerdo a este último, más allá de la diferenciación de fines la distinción entre los sistemas continentales y los modelos de coordinación, debe ser buscada en el grado de negociación o rango de discrecionalidad aceptado por la cultura legal específica.⁴⁵ En esta línea, el factor jerárquico de los sistemas continentales tiende a contrarrestar los más bajos niveles de discreción que se esperan tengan presencia bajo las premisas adversariales, limitando las posibilidades de negociación. En otras palabras el factor jerárquico puede llegar a “tragar” los poderes de negociación con que cuenta el fiscal, frustrando por lo tanto, principalmente, el objetivo de eficiencia y optimización de los procesos.

c. La pesada carga de la adversarialidad

Este concepto pretende describir las complejas tareas que la reforma conlleva, especialmente en lo que a habilidades y destrezas individuales de los actores en el nuevo modelo se refiere. La pesada carga adversarial afecta a todos los actores pero muy especialmente a fiscales, defensores públicos y abogados particulares. En este escenario los fiscales y defensores públicos debieran recibir entrenamiento especial para reducir el impacto, sin embargo la situación es más crítica para los abogados particulares, especialmente debido a que bajo el actual sistema unipersonal y manejado por un juez, los abogados son liberados de una serie de responsabilidades al ser comparados por funciones con sus colegas de los sistemas más adversariales.

La pesada carga para la profesión considerada como un todo, puede derivar en el cambio de largas, profundas y arraigadas prácticas tales como la extensiva delegación de funciones y la carencia de técnicas de investigación por parte de los abogados.⁴⁶ Además, la publicidad y la argumentación oral traerá al procedimiento una apertura sin precedentes. Actualmente bajo la ritualidad y secreto de los expedientes escritos, el

⁴⁴ Ver Inga Markovits, *Playing the Opposites game: On Mirjan Damaska's the Faces of Justices and State Authority*, 41 STAN. L. REV. 1313 (1989).@

⁴⁵ Ver *Id.*@

⁴⁶ Ver Riego, *supra* nota 5, pp. 4-6. El procedimiento escrito y la centralización en la recolección de evidencia por parte del juez da paso a una amplia gama de posibilidades de delegación de importantes funciones en los actuarios y personal de la Corte.

público, especialmente los clientes, se han mantenido en un estado de “conveniente” ignorancia que facilita altos grados de irresponsabilidad profesional de los abogados.⁴⁷

La apertura del proceso penal en el juicio oral y público supone una mayor visibilidad de los operadores del sistema en todos sus niveles. Desde el acto mismo de fundamentación de la sentencia hasta el análisis y escrutinio de las acciones policiales y principalmente de los fiscales será necesario un gran esfuerzo de diseño y clarificación de los estándares de aplicación de la ley. Este desafío promete afectar no sólo la retórica misma del proceso sino, mucho más que eso, a las alambicadas estructuras legales propias de los sistemas positivistas del derecho continental.

1.2. Bases para la estructura

Teniendo en mente las preocupaciones básicas del establecimiento del Ministerio Público, el próximo paso es el análisis de las posibles bases para esta nueva institución. El siguiente apartado contiene una caracterización a modo de guía de modelación de lo que debería ser el Ministerio Público. Los principales elementos son: delimitación de roles con la judicatura, perfil de alto prestigio para la institución, énfasis en raíces locales y desarrollo de estructuras administrativas y procedimientos internos para el manejo de casos y control discrecional.

a. Delimitación clara de roles con la judicatura

Sin entrar a inquirir acerca de la conveniencia o inconveniencia de la creación de los fiscales como rama independiente de la judicatura en el actual panorama de la administración de justicia penal en Chile, el objetivo de establecer una clara delimitación funcional con el Poder Judicial puede ser una de las tareas más difíciles de abordar dadas las actuales circunstancias existentes para la reforma como ya hemos visto. Sin embargo, teniendo que encarar el asunto, el primer paso a seguir en esta dirección debiera ser la creación de programas de entrenamiento separados, de manera de reforzar la importancia tanto teórica como práctica de los diferentes actores y roles de un ambiente de tendencia más adversarial que el actual. Este paso será importante en la definición de una fuerte identidad institucional para asumir los nuevos desafíos. Aun cuando la experiencia comparada en otros sistemas de derecho continental no apoya las

⁴⁷ En relación a los valores simbólicos de la Reforma ver en general Rodrigo de la Barra Cousiño, *La Reforma Procesal Penal en Chile; En Rescate de los Valores Retóricos de la Justicia*, en Anuario de la Universidad Internacional SEK, Santiago de Chile, 1999.

estructuras de entrenamiento separado, recientes desarrollos indican progresos en esta dirección.⁴⁸

Aparte de una identidad institucional, el énfasis en los contenidos del entrenamiento tiende a fortalecer la opción por el entrenamiento separado. Por ejemplo, si el rol investigativo va a ser considerado seriamente, los fiscales deben recibir un fuerte entrenamiento en investigación criminal, criminología, elaboración de políticas públicas, administración de casos, técnicas de interrogación, bases de datos, técnicas forenses, medicina legal, estadísticas, etc.⁴⁹ Estos conocimientos deben ser necesariamente entregados a los fiscales, no así a los jueces. La falta o carencia de entrenamiento en estas áreas pueden contribuir a facilitar la concentración judicial en los aspectos procesales y de debido proceso en lugar de entrar a realizar análisis sustantivos y de mérito en torno a las acusaciones o diligencias en particular. Tal como se discutió a propósito del factor jerárquico, la diferenciación de la judicatura por parte del ministerio público no es una mera preocupación de puridad adversarial, sino una cuestión básica de discreción y control. El entrenamiento separado, pareciera ser parte de la respuesta, pero como ha sido enfatizado por Pahl al referirse a la reforma colombiana “poner a los fiscales bajo la jerarquía del Poder Judicial puede estar en violación de uno de los principios fundamentales en un sistema acusatorio, a saber la separación de la función de investigar, de la de juzgar”.⁵⁰

b. Perfil de alto prestigio de la Institución

La necesidad de un perfil de alto prestigio para la Institución es un factor obvio, sin embargo, la razón para el énfasis es subrayar la importancia de dar nacimiento a esta institución en un ambiente adecuado para proyectar un desarrollo posterior. El enjuiciamiento criminal requiere de una institución con la capacidad de atraer personas habilitadas y con altos estándares éticos.

⁴⁸ Ver CONSEJO DE EUROPA, *THE TRAINING OF JUDGES AND PUBLIC PROSECUTORS IN EUROPE: MULTILATERAL MEETING ORGANISED BY THE COUNCIL OF EUROPE IN CONJUNCTION WITH THE CENTRE FOR JUDICIAL STUDIES*, LISBON (Council of Europe Publishing 1995). En la mayoría de los países europeos el entrenamiento básico para los jueces y fiscales es el mismo, admitiendo en algunos países cierta separación y especificidad hacia el final del entrenamiento. Siguiendo este modelo encontramos los casos de Holanda, Portugal, Alemania y Bélgica. Sin embargo algunos países europeos han demostrado recientemente su interés por un entrenamiento separado. Actualmente sólo España y Polonia cuentan con programas claramente diferenciados.

⁴⁹ Ver NATIONAL ASSOCIATION OF PUBLIC PROSECUTORS COORDINATORS, *AN ANALYSIS OF TRAINING COORDINATORS FUNCTIONS: A COMPARATIVE SURVEY* (1976) (Este documento entrega estadísticas resultantes de una investigación de dos años realizada en 39 Estados de los EE.UU. a través de las oficinas de Coordinación).

⁵⁰ Michael R. Pahl, *Wanted: Criminal Justice – Colombia’s Adoption of a Prosecutorial System of Criminal Procedure*, 16 *FORDHAM INT’L L. J.* 608, 630 (1993).@

Asociado al objetivo de un perfil de alto prestigio se encuentra la capacidad institucional de desarrollar un programa de educación inicial y continua. Como se discutió anteriormente, un entrenamiento específico ayudará a crear una identidad institucional y asentar un nivel mínimo de estándares a la hora de ejercer las funciones correspondientes. La aproximación científica a la profesión legal en la tradición del Derecho Continental debiera ayudar a construir la matriz de una concepción sistemática de condiciones que serán requeridas para entrar en posición de los cargos. Este ejercicio proveerá además de elementos dirigidos a crear un lenguaje común y las prácticas que darán forma a la nueva cultura legal en el Procedimiento Penal, generando así las reglas no escritas para actuar dentro del sistema. Más aún, el estándar de alto perfil de la institución debiera incluir una estructura organizacional que provea diferentes niveles de organización interna en materias tales como administración de casos, control y responsabilidades como veremos más adelante.

c. Raíces Locales

La necesidad de raíces locales o arraigo local para los organismos de investigación abre paso a una amplia gama de temas que se relacionan principalmente a las funciones de los fiscales en cuanto a ejecutores de políticas públicas en materia de persecución. Entre los más destacados, es posible relacionar directamente dos aspectos: 1) El localismo como fuente de control discrecional y 2) El localismo como factor de legitimación de la actividad del fiscal en materia de seguridad pública.

La definición legal del Ministerio Público coloca un importante desafío para la estructura centralizada de la tradicional administración de justicia criminal y la tradición jerárquica en Chile. Aun cuando este fenómeno de centralización trasciende por mucho el sistema judicial reflejando una más amplia y compleja centralización del modelo político del Estado chileno, nuevamente, confiando en el carácter fundacional de la reforma, se hace aquí un llamado en orden a descentralizar el sistema de enjuiciamiento penal.

La tendencia a la localización es un punto importante y debe considerarse en estrecha relación con la preocupación por la legitimidad del accionar de los fiscales, en especial en lo referido al control discrecional y la eficiencia del Ministerio Público en sus funciones relativas a la seguridad pública. En relación a la eficiencia en la persecución penal, una adecuada sintonía entre las demandas de la comunidad específica, usuaria del servicio público, se dirige a establecer canales de interacción que permitan a los usuarios influir en la asignación de los recursos, cada vez más limitados, de manera de focalizarlos a aquellas necesidades más sentidas de seguridad y justicia.

Esta focalización se relaciona estrechamente al tema del control discrecional de la actividad fiscal el cual es desarrollado a continuación.

1.3. El Problema de la Discreción

El poder de discrecionalidad fiscal en el modelo de los Estados Unidos, sin duda es un elemento controvertido y plantea una serie de desafíos al emplearlo como modelo de análisis de las posibilidades de un desarrollo de tipo adversarial en Chile. Numerosos aspectos deben ser considerados antes de usar el modelo americano como referencia. Como sugiere Pizzi debemos evitar el simplismo de las asunciones envueltas en los trasplantes legales.⁵¹ El fuerte vínculo entre el *Common Law*, el modelo adversarial y la ideología política puede en algunos casos crear una barrera infranqueable aún antes de introducir características adversariales en una fundación de diseño continental, muchos de los ladrillos de esta barrera dicen relación con el rol de los fiscales y el tema de la discrecionalidad.⁵² Tal es la centralidad y la controversia que rodea este tema que ha llegado a constituirse en una fuente inagotable del debate académico en los Estados Unidos, presentándose además como uno de los más difíciles y complejos en las reformas procesal-penales de otros países.⁵³

El punto de partida de este tema, es sin duda el reconocimiento que la discreción, tal como sugiere Breitel, es tanto “deseable como inevitable en una sociedad democrática”.⁵⁴ Así la cuestión ya no es cómo eliminar la discreción, sino cómo controlarla y evitar un uso desigual, arbitrario y discriminatorio”.⁵⁵

En los países del derecho continental, una importante gama de postulados y principios legales contribuyen a esconder el real ejercicio de discreción. Principios tales como la aplicación plena y absoluta de toda norma criminal, las antiguas nociones acerca del juez como la mera voz de la ley escrita en una función meramente ministerial, han creado ya una distancia peligrosa entre las leyes contenidas en los códigos y las situaciones que actualmente ocurren al interior de las cortes, unidades

⁵¹ Ver Pizzi, *supra* nota 27, at 1327.@

⁵² Ver p. 1330 (Muchos factores deben ser considerados al comparar el rol de los fiscales en ambos sistemas. Algunos de ellos se refieren a la ideología política, los valores protegidos por el sistema, la función judicial y la naturaleza de los procesos.

⁵³ Ver en general Pahl (respecto del caso colombiano); en general Fabri, *supra* nota 17 (en relación al caso italiano); en general Pizzi and Marafioti, *supra* nota 7 (respecto del caso italiano).

⁵⁴ Ver en general Charles D. Breitel, *Controls in Criminal Law Enforcement*, 27 U. CHI. L. REV. 427 (1960).

⁵⁵ Ver *Id.*

policiales y recintos penitenciarios. Los actores del sistema penal bajo esta fachada de legalidad ganan poder en la sombra de una regulación legal donde la discreción opera en silencio. En este sentido el desafío es en primer lugar reconocer la discreción. Una vez que ésta es asumida se podrán estudiar los mecanismos para su dirección y control. Desde este punto en adelante el problema del control se transforma en preocupación real, en palabras de Breitel, “la discreción sin suelo o techo es un mecanismo de abuso y opresión”.⁵⁶

La cuestión de límites y controles varía ampliamente en ambas tradiciones legales. En el *common law* parece fácil aceptar elementos de discrecionalidad en cuanto dan flexibilidad y dinamizan toda la estructura del precedente o *stare decisis*, en tanto que en una fundación de derecho continental, el razonamiento orientado por principios concentra atención en una variada gama de valores protegidos en lugar de dirigir la atención en los reales resultados de la aplicación de las normas. Esta importante distinción llama a especificar las diferentes aproximaciones al asunto de la discrecionalidad en las distintas tradiciones jurídicas, en especial en la continental.

a. Fronteras de la discreción en la experiencia del derecho continental

La introducción de tendencias adversariales en una tradición de derecho continental debe ser revisada bajo ciertas premisas que varían el alcance del análisis y el entendimiento de la función de investigación desde la perspectiva del *common law*. La mayoría de los comentarios provenientes de autores anglosajones acerca de esta función en los sistemas del derecho continental enfatizan la idea de un fiscal débil y limitado con un estrecho rol como parte en juicio y bajo un fuerte control judicial.⁵⁷ Sin embargo, la mayoría de esos análisis se refieren al problema de manera superficial. Una correcta aproximación debe considerar los diferentes roles jugados por los actores, los valores protegidos por el sistema, las nociones legales, y finalmente, las premisas filosóficas y políticas que destacan en cada tradición jurídica.

En un sistema de derecho continental, la noción tradicional acerca del procedimiento criminal nos presenta una serie de normas encargadas de definir los diferentes roles y funciones, dirigidas a conseguir un objetivo muy simple, éste es, encontrar la verdad de los hechos, una vez fijadas se hace aplicable un tipo penal que deriva una consecuencia para lo ocurrido. Las detalladas normas son partes de un Código que se

⁵⁶ *Id.* p. 430.

⁵⁷ Estos esfuerzos para distinguir ambos sistemas y tradiciones legales en algunos casos ha alcanzado extremos al plantear la oposición completa entre los sistemas adversariales y los modelos no democráticos. Ver Guarneri, *supra* nota 23, p. 243.

erige como autoridad dominante de regulación de los procedimientos. El fiscal es un servidor público de carrera, en teoría aislado de lo político, con una función claramente limitada por las mismas reglas que le confieren su autoridad.⁵⁸ Los límites de su discrecionalidad como asimismo su autoridad comienza con la decisión de formular cargos en contra del inculpado en virtud de la aplicación absoluta de la ley penal, finalizando en la revisión judicial de casi todas las decisiones que pueda adoptar en el procedimiento. Más aún el Código establece un complejo sistema de recursos judiciales dirigidos a revisar el resultado del proceso.⁵⁹

En esta breve descripción de los límites que fuerzan al fiscal en un escenario de derecho continental, la discreción aparece delimitada por la propia ley. No obstante, el vacío estructural entre teoría y práctica propio de esta tradición, ha llevado al sistema a la construcción de algunas excepciones para administrar las realidades debido, principalmente, a los problemas de eficiencia derivados de una excesiva demanda. En esta línea, en la Alemania de principios de siglo se creó el llamado “principio de oportunidad” por el cual el fiscal está autorizado para rechazar la persecución de ciertos casos basados en criterios específicamente establecidos en la ley, dando base legal al ejercicio, hasta entonces “ilegal” de la discrecionalidad.⁶⁰ En esta misma dirección numerosos países del sistema continental han introducido acuerdos entre el fiscal y la defensa tendientes a simplificar el procedimiento (procedimientos abreviados), como también mediante otro tipo de acuerdos entre la defensa y la víctima bajo un criterio de reparación.⁶¹ Estos procesos, que podríamos denominar como de “evolución legal forzada” suponen en parte el reconocimiento del abismo existente entre la realidad y la norma, los límites de una persecución penal absoluta y la necesidad de algún grado de negociación que permita descomprimir el sistema, abren el espacio a las complejidades del control discrecional en un sistema de derecho continental. La introducción de estas figuras se encuentra, en ocasiones, en manifiesta oposición con los principios⁶² generando pugnas entre valores centrales al sistema y las condicionantes derivadas de la masificación del servicio público de justicia, sólo en esta línea, es posible explicar cómo principios tales como la igualdad ante la ley y la certeza o seguridad jurídica ceden

⁵⁸ Ver Pizzi & Marafioti, *supra* nota 7, p. 31.

⁵⁹ Ver en general Pizzi, *supra* nota 47. @

⁶⁰ El principio de oportunidad fue introducido mediante una ley de emergencia la Ley Emminger como una forma de prevenir de manera al menos temporal el colapso político y financiero del sistema del Estado Alemán durante la severa crisis de 1923. Ver Markus Dirk Dubber, *American plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, 49 STAN. L. REV. 547, 575 (1997).

⁶¹ Por ejemplo, Alemania e Italia en Europa, y en la mayoría de los países Latinoamericanos. Ver Riego, *supra* nota 5, p. 2.

⁶² Ver Dubber, *supra* nota 57 p. 577. Por ejemplo en Alemania los académicos aún no aceptan por completo el uso del principio de oportunidad u otros medios de dirigir el procedimiento de manera más eficiente.

paso ante la eficiencia, y como la visión meramente legalista debe seguir la advertencia de Breitel de reconocer y regular los diferentes niveles de discreción.⁶³

El Proyecto Chileno considera el principio de oportunidad como una excepción a la persecución absoluta aceptando además un limitado rango de acuerdos para los procedimientos abreviados.⁶⁴ Al incorporar tales mecanismos, la decisión de presentar cargos se convierte en un tema legal abierto en lugar de un proceso cubierto de negociación durante el enjuiciamiento criminal. En efecto, bajo el actual procedimiento criminal, el ejercicio de la discreción ocurre bajo el secreto de la fase investigativa y depende mayormente de la policía, de los jueces y actuarios, como también de las relaciones y habilidades del abogado ante cada una de estas instancias.

En el Proyecto, no sólo se reconoce la discreción sino que su titularidad varía en parte de jueces a fiscales. El principal ejemplo de este cambio se evidencia en la facultad de presentar los cargos. En este punto, el proyecto establece que el poder de formular cargos, o acusar, estará bajo la discrecionalidad del fiscal, limitado por una ajustada revisión judicial.⁶⁵ A pesar de esta limitación en los poderes discrecionales, un nuevo y completo marco de control será requerido a un nivel tanto interno como externo, tema que abordaremos a continuación.

b. El Problema del Control

bi) Control interno

El tema del control interno de un sistema de persecución penal coincide en muchos aspectos con el problema de la administración interna, por lo que ambos conceptos debieran considerarse conjuntamente. En este sentido y para caso chileno podemos sostener que el problema de control interno ofrece una ventaja estratégica en su regulación debido a las limitaciones adversariales de tipo estructural que hemos revisado, específicamente la ubicación institucional y la continua revisión judicial de la discrecionalidad fiscal en el marco del proceso. A cierto nivel, esta estrecha relación con la judicatura puede crear una fusión o al menos confusión o superposición entre el control interno y el externo proveniente de las cortes, riesgo que ya hemos adelantado. En nuestro medio el recurrente argumento acerca de la separación de poderes, muy fuerte en el debate anglosajón,⁶⁶ no debiera plantear un gran problema, toda vez que la

⁶³ Ver Breitel, *supra* nota 50, p. 432.

⁶⁴ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 17.

⁶⁵ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 16.

⁶⁶ Ver Pizzi in *supra* nota 27, pp. 1351-2.

supuesta autonomía del Ministerio Público está fuertemente determinada por la intervención judicial. A través del desarrollo de fuertes y claras líneas de responsabilidad interna y de revisión, los fiscales debieran ganar prestigio y consecuentemente independencia de la judicatura. El próspero desarrollo de la función de persecución en los Estados Unidos muestra diferentes opciones para conseguir un adecuado control interno. Sin embargo, la mayoría de éstas son variaciones de una estrategia básica, cual es el desarrollo de directrices administrativas o estándares internos de control y chequeo de la discrecionalidad. Como señala Breitel, la norma penal es sólo una parte de la regulación de la actividad criminal,⁶⁷ el resto de las herramientas proviene mayoritariamente del Derecho Administrativo en cuyo desarrollo la discrecionalidad se caracteriza por la flexibilidad. Siguiendo esta línea, la promulgación de directrices para la actividad de persecución ha sido presentada como un importante mecanismo de control de la discrecionalidad fiscal.⁶⁸

En el desarrollo de esas directrices dos orientaciones pueden distinguirse claramente; una general y otra particular. Los estándares generales implican la promulgación de reglas abstractas para el ejercicio de la discreción del fiscal en forma de código modelo de conducta basado en situaciones hipotéticas. Los estándares particularizados permiten la creación de reglas que controlan la aplicación de la discreción para cada delito en particular.⁶⁹ En ambos casos, pero mayormente en el segundo, la discreción no está sólo limitada a proteger al ciudadano sino también opera como herramienta de control administrativo interno del proceso de selección de casos.⁷⁰ Más aún, el énfasis en este rol administrativo que cumplen las directrices puede servir de importante argumento retórico en el caso chileno. El debate no resuelto sobre los equilibrios entre los objetivos de protección y eficiencia que plantea la reforma, sumado a las fuertes presiones en torno a la idea de eficiencia pueden ser evitadas o evadidas en cierto grado, presentando las directrices administrativas como un mero instrumento de administración y control de gestión, disciplinas y conceptos altamente valorados en la actual retórica economicista de la gestión pública nacional. En esta línea, debiera favorecerse la fijación de directrices y estándares internos para el control de la gestión generando a su vez algún tipo de “efecto incidental” de protección de los ciudadanos frente a posibles abusos de discreción, si se quiere a modo de “externalidad”.⁷¹

⁶⁷ Ver Breitel, *supra* nota 50, p. 428. @

⁶⁸ Ver *Id*; y también Misner, *supra* nota 29; además Gershman, *supra* nota 29.

⁶⁹ Ver *e.g.*, NOLAN L. BROWN, **A PROSECUTION STANDARDS FIRST JUDICIAL DISTRICT** (1978).

⁷⁰ David C. James, *The Prosecutor's Discretionary Screening and Charging Authority*, *THE PROSECUTOR*, 22, 22-29 (1995).

⁷¹ Mark Tushnet & Jennifer Jaff, *Critical legal Studies and Criminal Procedure*, 35 *CATH. U. L. REV.* 361, 378 (1986).

Aparte del control discrecional, varias otras razones fundamentales apoyan la promulgación de directrices internas. Dentro de éstas se han señalado:⁷² 1) Ayuda en el entrenamiento de los nuevos miembros y en el establecimiento de políticas de control de personal consistentes; 2) Mayor solidez en la revisión judicial sobre la decisión de acusar; 3) Las directrices contribuyen a dar visibilidad a los desafíos políticos que enfrenta el Ministerio Público ante la ciudadanía; 4) Las directrices complementan la legislación proveyendo conocimiento acerca de la real ley penal que está siendo aplicada, conduciendo a una política criminal más realista; 5) Las directrices pueden además jugar un rol simbólico, útil en la percepción pública acerca de la obligatoriedad de la ley, presentando abiertamente los énfasis políticos en la persecución; 6) Finalmente, las directrices otorgan certeza al público acerca de eventuales descriminalizaciones de facto. Esto es, cuando determinadas conductas no están siendo perseguidas por diferentes razones, como por ejemplo la falta de recursos, sean éstos materiales o humanos, a nivel policial o de las fiscalías.

Desde otra perspectiva, los argumentos clásicos en contra de las directrices de control, concentran la atención en las rigideces que pueden afectar la eficiencia del sistema y en el perverso efecto de ocultar el ejercicio de una inevitable discreción.⁷³ Para Chile ambos argumentos parecen ser riesgos menores en cuanto estaríamos recién abandonando un sistema de rigidez declarada y absoluta. En efecto, los formales y *per se* rígidos procedimientos continentales debieran dar forma a estructuras del control interno altamente regulados y pormenorizados emulando en mayor o menor medida la dinámica de construcción legislativa que se aprecia en el ámbito sustantivo penal. En relación con la segunda gran crítica a las directrices internas de servir de velo para ocultar una discreción inevitable, en nuestro caso el permanente control judicial y la habilidad de la parte afectada de perseguir cargos judicialmente objetando la decisión del fiscal debiera ayudar a mantener el ejercicio discrecional más visible.

Aceptadas las directrices como un instrumento útil de control interno, cabe plantear el problema de su implementación. La simple revisión jerárquica dentro de la agencia de persecución es el mecanismo más común. Antecedentes disponibles dan cuenta que más de un 25% de las oficinas de fiscales en Estados Unidos utilizan esta clase de supervisión como el único medio de control de las negociaciones iniciadas por los fiscales.⁷⁴

⁷² LA FAVE & ISRAEL, **MODEL CODE OF PREARRANGEMENT PROCEDURE**, §10.3 (1975).

⁷³ Tushnet & Jaffm *supra* nota 68, at 377.

⁷⁴ Ver Misner, *supra* nota 28, p. 735.

Varios elementos deben contemplarse en orden a conseguir eficiencia en el control de supervisión. Richard Frase en un estudio cuantitativo acerca de las decisiones de entablar cargos federales, subrayó algunas de esas condiciones de eficiencia en la supervisión interna.⁷⁵ La estructura básica es un sistema con reglas y factores objetivos para manejar los casos. Por ejemplo en relación a un rechazo por parte del fiscal para presentar cargos, un simple reporte escrito de las razones tenidas en cuenta para tal decisión permite al supervisor entrar a debatir ésta y a la vez unificar el criterio bajo las políticas de la oficina. Otra manera de conseguir este objetivo es usando al público para lo cual se entrega a las víctimas copias de los informes y la oportunidad de discutir el caso con el fiscal supervisor.⁷⁶ Este tipo de acceso puede tener variadas ventajas. Por un lado es una buena manera de mantener relaciones con la comunidad y por el otro colabora a ahorrar recursos humanos de control, reemplazándolos por las propias víctimas o afectados. Al mismo tiempo, se estaría otorgando un reconocimiento concreto a los, tan declarados e igualmente poco implementados, derechos de las víctimas en el procedimiento penal en una instancia previa a la vía judicial del reclamo ante el juez de garantías.⁷⁷ Claramente para un efecto pleno de las ventajas señaladas por La Fave e Israel se requiere de la mayor apertura posible. Esta apertura y transparencia no es un tema pacífico, especialmente para las agencias de control, actualizando en este punto el recurrente debate acerca de los énfasis de la reforma. En efecto, de abrirse la persecución penal a través de directrices abiertas y públicas en pos de la protección se podría estar afectando la eficiencia en la persecución. Nuevamente la compleja y delicada dialéctica entre protección y eficiencia debe proveer las respuestas dependiendo del crimen en particular, los valores comunitarios y las raíces locales.

bii) Control externo

El control externo de los fiscales proviene desde el Poder Legislativo y del Judicial. En Chile dada la particular ubicación institucional de los fiscales y de sus estrechos vínculos con la judicatura, esta división puede parecer incierta y debe ser minuciosamente examinada. En relación con el Poder Legislativo sus atribuciones emanan de la propia Constitución la cual faculta a la Cámara de Diputados para acusar constitucionalmente al Fiscal Nacional y además iniciar procedimientos especiales

⁷⁵ Richard, S. Frase, *The Decision to File Federal Criminal Charges: A Quantitative Study of Prosecutorial Discretion*, 47 U. CHI. L. REV. 293 (1980).

⁷⁶ *Ver Id.*

⁷⁷ *Ver Id.*

para remover a los fiscales regionales.⁷⁸ Más allá de esta vía, el legislador cuenta con el potencial para crear importantes mecanismos de control mediante requerimientos legales en orden a la promulgación de directrices de control político, administrativo y disciplinario interno antes mencionadas.

En lo demás, el tradicional proceso legislativo producirá una serie compleja de interacciones entre las dos instituciones generalmente en un nivel meramente abstracto, lejano de la aplicación legal cotidiana. Quizás la única excepción a esto será la administración presupuestaria. En este sentido un desarrollo interesante ha sido presentado en los Estados Unidos mediante la proposición de un vínculo entre el poder discrecional y los recursos correccionales o penitenciarios disponibles en una comunidad determinada y en un período dado.⁷⁹ Esta vinculación permitiría, por un lado el incremento de la responsabilidad pública del fiscal, destacando el valor y la complejidad de una mera aproximación sancionatoria, y por el otro debiera potenciar el desarrollo de las disposiciones alternativas. En efecto, la conciencia pública de los dramáticos costos que están asumiendo los sistemas penales en el mundo debiera promover la discusión y, por qué no, la superación de los enfoques meramente represivos y penitenciarios en la dinámica social. La ampliación del acceso a este tipo información por parte de la población en general y la vinculación de la discrecionalidad fiscal a estos aspectos parecen un interesante desarrollo de auspiciosos resultados.⁸⁰

Otro aspecto importante del control legislativo de la discreción fiscal es la expansión del Derecho Penal. La tendencia legal moderna de hacer un crimen de todo aquello que la gente está en contra sin consideración a sus posibilidades de aplicación ni a las valoraciones sociales predominantes,⁸¹ ayuda a dejar un espacio abierto para tipos legales redundantes y disposiciones coincidentes⁸² aumentando la discrecionalidad en el ejercicio de la selección de cargos.

⁷⁸ POLITICAL CONSTITUTION OF THE CHILEAN REPUBLIC [Constitution], art. 80 G. Ley 19.159 DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. @

⁷⁹ Ver Misner, *supra* nota 29, p. 721. @

⁸⁰ En este sentido, recientemente un gran debate público se ha desarrollado a partir de los elevados presupuestos públicos para prisiones los cuales en algunos estados ya están superando a las cifras invertidas en educación. También en igual dirección se están desarrollando modelos computacionales que relacionan los recursos correccionales disponibles con las disposiciones de las Cortes y Fiscalías entregando información actual acerca de los costos de determinados énfasis en la persecución y sanción.

⁸¹ Ver *Id.* nota 78 p. 745 (citando a LAFAVE). @

⁸² En el procedimiento penal chileno, estas situaciones producen lo que la doctrina ha denominado “Concursos de Leyes Penales”.

En lo que a control judicial se refiere, bajo el nuevo procedimiento se presenta un amplio rango de complejidades y riesgos parcialmente analizados en la parte II de este trabajo. En nuestro caso, contrariamente a la frecuentemente criticada estrategia judicial de no entrometerse en las resoluciones de los fiscales en los Estados Unidos,⁸³ la reforma chilena apunta a una clara política de entrometimiento, debido principalmente a la cultura legal inquisitiva y a la introducción explícita del juez de control con facultades para revisar la mayoría de las decisiones del fiscal. En la construcción del nuevo sistema en Chile el desafío será limitar al juez a un punto que ha sido descrito por Doran como de “pasividad relativa”.⁸⁴

Ahora bien, aparte del control de discrecionalidad garantizado por el proyecto a través de la figura del juez de garantías, los jueces pueden desarrollar otros mecanismos de control a través de su poder de revisión de las decisiones de formulación de cargos, de los acuerdos entre la defensa y el fiscal, y la mantención de algún grado de control investigativo.⁸⁵ A este respecto el respaldo judicial de las directrices internas de las fiscalías puede ser una importante fuente de control entre otras que serán discutidas más adelante cuando examinemos al juez como actor en el nuevo proceso.

biii) Control Intermedio

El control intermedio incluye una serie de mecanismos que actúan a diferentes niveles pero que al ser combinados pueden jugar un rol fundamental en el control de la discrecionalidad fiscal. Estas propuestas de mecanismos incluyen: 1) Fuertes componentes éticos para los programas especiales de entrenamiento; 2) Sofisticados métodos de contratación; 3) Comisiones encargadas de la conducta de los fiscales⁸⁶; 4) Relacionar las estrategias de los fiscales con las de otros actores en la aplicación de la ley, por ejemplo considerar la disponibilidad de los recursos de penitenciarios.⁸⁷ 5) Finalmente lo que ha sido denominada “fertilización cruzada” entre fiscales y defensores públicos en las etapas de formación y entrenamiento y durante sus funciones en orden a motivar todo tipo de intercambio de experiencias e información dirigidos a

⁸³ Ver Misner, *supra* nota 29, p. 736.@

⁸⁴ Sean Doran et al., *Rethinking Adversariness in Non-Jury Criminal Trials*, 23 AM. J. CRIM. L. 1, 41 (1995). Esta “pasividad relativa” ha sido empleada para describir el correcto rol de los jueces en un esquema de juicio no por jurados.

⁸⁵ Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Chile Libro II Título 1.@

⁸⁶ Ver Gershman, *supra* nota 29, p. 452.@

⁸⁷ Ver Misner, *supra* nota 29, p. 766.@

mejorar la susceptibilidad de los fiscales a los efectos de su ejercicio discrecional.⁸⁸

La mayoría de estas propuestas no constituyen un mecanismo directo de control, teniendo así la ventaja de una implementación fácil a un nivel organizacional sin apoyo legal o reglamentario. Su indirecta y a veces disimulada acción les otorga un importante potencial cuando consideramos las complejidades de monitorear la discreción en el ambiente altamente especializado y profesional de las agencias fiscales.⁸⁹

c. El fiscal y su rol en materia de seguridad pública

La relación entre la justicia criminal y la seguridad pública ha recibido gran atención en el último tiempo. Sin embargo, el desencuentro entre ambos temas parece ser la conclusión más plausible en el actual debate. Desde los “obstáculos naturales” mencionados por Zeisel,⁹⁰ a la ganancia social incompatible” de la tendencia de criminalización presentada por Packer⁹¹, la ley penal y el sistema de justicia parecen tener un impacto menor en los elementos que protegen la seguridad pública.⁹²

La seguridad pública se presenta como un concepto vago, que sólo muestra una tendencia o dirección a ciertos parámetros o referencias en lugar de conceptualizar una idea clara y determinada, siendo de esta forma un concepto que podríamos denominar como tendencial o indirecto. No obstante ello dos elementos o factores pueden ser descritos como actuando en un estado de seguridad. El primer elemento es objetivo, y se relaciona a la posibilidad concreta de ser víctima de un delito, y además a la eventual posibilidad de que el sistema será capaz de castigar a su autor. El segundo elemento es subjetivo y se relaciona con el temor público de ser víctima de un delito y a la confianza que se tiene en la eficacia del sistema de prevenir que ello ocurra.⁹³

Los estándares tradicionales derivados de las estadísticas criminales y otras

⁸⁸ Ver Gershman, *supra* nota 29, p. 456 (al sugerir el intercambio entre los fiscales locales y las defensorías públicas por determinados periodos de tiempo de manera de lograr una fertilización-cruzada, aumentando de esta manera el ethos proteccional en el lado de la acusación).

⁸⁹ Ver CARTER, LIEF H., *THE LIMITS OF ORDER* (1974) (describiendo las dificultades de controlar el proceso de selección de casos en una oficina de fiscales de California)

⁹⁰ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 44.

⁹¹ *Ver Id.*

⁹² *Ver Id.*

⁹³ Michael E. Smith & Walter J. Dickey, *What if Corrections Were Serious About Public Safety* 8 (1996) (documento no publicado próximo a aparecer en el *Journal de Corrections Management*)

herramientas convencionales para evaluar la actuación del sistema penal, como por ejemplo; el número de arrestos, procesamientos, reincidencias, etc., sólo pueden acceder a la medición de los componentes del elemento objetivo. Sin embargo, al abordar el factor o componente subjetivo la tarea se vuelve más compleja y las herramientas tradicionales se hacen claramente insuficientes como veremos.⁹⁴ Ahora bien, sólo en cuanto a los elementos o componentes objetivos y en relación al proyecto de reforma tal como ha sido señalado por Riego, los más altos estándares relativos al derecho de defensa que son introducidos por la reforma debieran disminuir la efectividad del sistema en el envío de gente a prisión.⁹⁵ Sin embargo, esta simple relación en el contexto de la reforma chilena es dudosa. Las tensiones entre las dos fuerzas que dirigen la reforma, eficiencia y protección generarán una dialéctica y conflicto de intereses fuerzas. En el actual panorama político, la salida a este conflicto parece dirigirse en sentido contrario a la protección, esto es, hacia un énfasis de las perspectivas sancionatorias y un aumento de las tasas de encarcelamiento.

La nueva y repotenciada estructura de enjuiciamiento criminal dada por la introducción del fiscal y las interacciones de nuevos y diversos roles dentro del sistema genera un ambiente apto para una renovada política de “guerra a la criminalidad”. De tomarse este camino las falencias estructurales del sistema antes revisadas, especialmente la cercanía histórica e institucional entre jueces y fiscales puede generar una delicada asociación que anule rápidamente los nuevos estándares de protección. De acuerdo a Riego la situación podría resultar en una completa frustración o reversión de los propósitos de la reforma⁹⁶ o digamos lo que él considera como los propósitos principales de la reforma. Cualesquiera sean los riesgos y límites, deberán trazarse líneas para una positiva intervención de los fiscales en el área de la seguridad pública. El optimismo de Riego radica, principalmente, y podríamos sostener casi exclusivamente, en el carácter fundacional del nuevo procedimiento y en la confianza que los nuevos actores, especialmente el Ministerio Público traerá soluciones más realistas y complejas, nuevos desarrollos en orden a evitar la tradicional y simple respuesta penal.

En efecto, el fiscal puede y debe desempeñar un rol en materia de seguridad pública tanto a nivel subjetivo como objetivo. A un nivel objetivo, el fiscal puede incrementar la capacidad investigativa del sistema al presentar mejores casos a las cortes e idealmente produciendo una disminución en los sobreseimientos por problemas de

⁹⁴ En este sentido, ver H. Goldstein en relación a la policía en *Policing a Free Society*, University of Wisconsin Law School, 1990 p. 168.

⁹⁵ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 42.

⁹⁶ *Id* p. 45.@

prueba. Por otra parte, la discreción garantizada al fiscal debiera producir una más eficiente selección de casos, reducir la cantidad contribuyendo así a que los jueces produzcan sentencias más acertadas. Los fiscales debieran colaborar también, a que la policía concentre sus recursos en producir mejor evidencia para condenar y en desarrollar técnicas de investigación más sofisticadas y dotadas de una mayor juridicidad. Teniendo una específica agencia de persecución debiera contribuir en el desarrollo de vías alternativas en el tratamiento de ofensas menores produciendo por tanto una disminución en las tasas de encarcelamiento por ofensas menores debido a la aplicación del principio de oportunidad.

A nivel subjetivo, la introducción de la figura del fiscal puede tener un impacto positivo en el desarrollo de estrategias especiales relativas al tratamiento de las víctimas. El tema de las víctimas se refiere no sólo a la consideración de la pérdida específica que ella sufre, sino también a la importancia de la experiencia de la víctima en el sistema en general.⁹⁷ Fuera de la relación criminal limitada por el actor y la víctima, los fiscales pueden desarrollar una amplia gama de actividades en orden a educar a la comunidad a lidiar con el temor. En esta dirección, las nuevas aproximaciones derivadas de las nociones de policía comunitaria y de la nueva prevención ofrecen una variedad de renovadas y multidisciplinarias perspectivas que van más allá de la tradicional respuesta penal.⁹⁸ En este escenario, el fiscal puede constituirse en el vínculo entre el sistema criminal y los actores sociales y organizaciones comunitarias en orden a promover un continuo diálogo que busque soluciones hechas a la medida de problemas específicos.⁹⁹ Este contacto permanente debiera producir información valiosa a servir de base o materia prima de para la elaboración de decisiones de las políticas de la fiscalía. Los siguientes son ejemplos de esfuerzos de persecución en el área de la seguridad pública que muestran posibles e interesantes desarrollos concretos, que se presentan aquí a modo de propuestas.

* *Control focalizado sobre criminales de carrera.* Un estudio desarrollado por McGuire concluyó que un 6% del total de los agresores cometen un 28% de los crímenes y delitos en Nueva York.¹⁰⁰ Esta información surge de la interacción entre la

⁹⁷ Ver *Id.*@

⁹⁸ Ver Goldstein, *supra* nota 90.@

⁹⁹ Ver en general Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: the New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477 (1997).@

¹⁰⁰ Ver Robert J. McGuire, *Symposium on the Attorney General's task Force on Violent Crime: Crime Control in New York: Two Strategies*, 73 J. CRIM. L. AND CRIMINOLOGY 985, 986 (1992).@

policía y los fiscales, permitiendo generación de información que permite la focalización de recursos de manera más eficiente.

* *Persecución basada en la comunidad.* Bajo este amplio concepto descansa la idea de organizar la oficina del fiscal en estricta relación con las necesidades locales y representar la diversidad de los actores locales. Esta estrategia permitirá a la oficina entender y considerar la cultura comunitaria en sus decisiones generando instancias de respeto e igual tratamiento para las víctimas e imputados lo que se traduce en un mejor servicio y una mayor responsividad para con los beneficiarios del servicio¹⁰¹.

* *Iniciativas relativas al derecho de las víctimas.* En este aspecto cuyos principales desarrollos se han verificado en relación a los delitos sexuales, la fiscalía debiera crear unidades especiales dedicadas a recibir y procesar quejas en virtud del mal comportamiento policial u otros asuntos relacionados con la actuación selectiva y el trato degradante a los afectados.¹⁰²

* *Esfuerzos de Educación y Rehabilitación.* Los fiscales debieran además desarrollar una línea de programas de prevención trabajando en conjunto con el sistema educativo local, especialmente en comunidades más pobres. La privilegiada posición del fiscal en relación a la acción de la ley penal puede ser usada para expandir las actitudes de respeto hacia la ley dentro de la comunidad reforzando el conocimiento de la misma y la comprensión de las consecuencias sociales y personales de la actividad delictual. A este respecto, el informe de Hynes contiene un interesante programa de interacción específica entre las fiscalías locales y las instituciones educacionales de la respectiva jurisdicción en Nueva York (*adopt a school program*).¹⁰³

2. El Abogado defensor: un nuevo actor

El sistema inquisitivo al centrarse en el juez en cuanto titular del impulso procesal, deja un espacio muy reducido para el tradicional concepto de abogado defensor en un sistema adversarial.¹⁰⁴ En este sentido, la mera introducción de las limitadas características adversariales en la reforma debiera tener un gran impacto en el rol de la defensa, el cual debe ser considerado.¹⁰⁵ Aún en los sistemas adversariales más arraigados, el rol

¹⁰¹ Ver Charles J Hynes, *The Urban Criminal Justice System Can Be Fair*, 20 *FORDHAM URB. L. J.* 419, 427 (1993).@

¹⁰² *Id.* p. 428.@

¹⁰³ *Id.* p. 428-9.@

¹⁰⁴ Ver Pizzi & Marafioti, *supra* nota 7, p. 7.

¹⁰⁵ Ver Riego, *supra* nota 5, p. 34.@

de la defensa ha sido cuestionado bajo la premisa del supuesto equilibrio entre las partes.¹⁰⁶ Las críticas van desde lo más general a lo particular, centrándose en un primer momento en el contexto social en el cual el sistema criminal desarrolla su poder. Desde la desigual distribución social del poder para etiquetar ciertas conductas como crímenes a la persecución y acusación selectiva y de ahí al fallo y la sentencia se ha sostenido - y con razón- que el contexto social o al menos el ambiente en que se originan los procesos de selección del sistema penal generan un complejo contexto que tiende a poner una mayor carga a la defensa al momento de interactuar en la arena adversarial del proceso.¹⁰⁷

Otro factor general en contra del equilibrio es la contradicción entre el nivel retórico y el nivel fáctico o de la ley en acción. En efecto, la retórica legal declara favorecer la protección de ciertas condiciones básicas y derechos en orden a producir un justo resultado en pos de proteger al individuo frente al actuar del Estado. Sin embargo, en la realidad este nivel abstracto de la retórica legal parece operar sólo en orden a la legitimación política del sistema sin llegar a plasmarse en el accionar de sus instituciones, ambas situaciones comunes a todos los sistemas procesal-penales sin distinción. Tal como señala Nunn, el rol de la defensa se encuentra bajo el ataque de diversos y complejos factores.¹⁰⁸ Entre éstos: la desigual distribución social del poder para definir los crímenes, la perjudicada y sobresimplificada cobertura periodística del asunto criminal, la persecución selectiva que efectúa la policía, el limitado acceso a defensa que poseen las personas de escasos recursos, y las extensas ventajas de persecución en las herramientas y recursos investigativos con que cuenta el acusador. Todos estos factores confluyentes por lo general, de una forma u otra favorecen al fiscal.¹⁰⁹

Por otra parte, la noción misma del acto de sentenciar exige una evaluación abstracta acerca de la situación fáctica o concreta, valoración que se concreta no sólo bajo los parámetros legales sino que además y fundamentalmente en base a la autoimagen y noción moral de los actores, (una especie de super yo o un yo socialmente percibido) especialmente fiscales y jueces. El propio contexto del juicio tiende a que la reconstrucción de imágenes y símbolos se realice bajo una serie de valores preestablecidos y no cuestionados. Estos valores no son neutrales y favorecen una

¹⁰⁶ Kenneth B. Nunn, *The Trial as a Text: Allegory, Myth and Symbol in the Adversarial Criminal Process- A Critique of the Role of the Public Defender and a Proposal for Reform*, 32 AM. CRIM. L. REV. 743, 752 (1995).

¹⁰⁷ *Id.* p. 757. @

¹⁰⁸ *Id.* p. 761. @

¹⁰⁹ *Id.* p. 787. @

aproximación conservadora, en cuanto reflejan las estructuras de pretensión monolítica de un Estado que actúa en una realidad dinámica y en continuo cambio. Es en este contexto en donde el juzgador está llamado a ejercer su autoridad, proceso decisorio que al igual que cualquier proceso de esta naturaleza es angustiante y sesgado a favor de las pretensiones de un statu quo que no existe en los hechos pero que se reconstruye sólo en base a la retórica legal. Los defensores no son solamente llamados a transar y negociar con todos estos factores sino que además se les impone la cuasi-imposible misión de superarlos todos, cuando su pretensión es verdadera. En esta misión sus únicas herramientas son una serie de palabras y constructos retóricos contenidos en Códigos y Leyes.

En Chile en el nivel retórico, el Proyecto sin duda eleva los estándares para la protección del inculpado. La presunción de inocencia, el derecho a juicio, el derecho a defensa, la revisión judicial, entre otras son explícitamente reconocidas y constituyen una importante fuente de legitimidad y mejoramiento. El mayor desafío en la reconstrucción de la defensoría pública, será el establecimiento de condiciones mínimas que permitan a los defensores conducir estos avances retóricos a la realidad. Aquí, la tradición inquisitiva puede jugar un importante rol si es administrada en la dirección correcta. Los activos jueces del sistema inquisitivo debieran reajustar su capacidad en orden a ser guardianes de los estándares mínimos para la defensa en el juicio.¹¹⁰ Esta intervención judicial requiere ser precisada y entendida como un llamado limitado a los jueces a constituirse en elemento activo para la superación del negativo contexto social en que se produce la defensa en juicio. Por otra parte, este activismo judicial no debe representar una excepción a las limitadas premisas adversariales del proyecto y parece ser altamente compatible con el rol del juez de control¹¹¹ y con la llamada a jueces más activos en las cortes en los Estados Unidos.¹¹² Como vemos nuevamente un equilibrio precario y complejo entre los objetivos de protección y eficiencia.

En lo estructural, tres son los sistemas que organizan a la defensoría pública. Primero, las agencias de defensoría pública, en el mismo modelo aplicado para los fiscales pueden ser organizadas en forma de agencia burocrática con fondos públicos y un conjunto de personal permanente para atender y representar a los clientes. El segundo modelo, es el de la designación de la defensa por las Cortes recurriendo a abogados privados disponibles en virtud de una lista que los tribunales poseen en orden

¹¹⁰ FRANK J. REMINGTON ET AL., **THE ROLE OF THE STATE TRIAL JUDGE IN CRIMINAL CASES- THE NEED FOR CHANGE** 99 (U. Wis. L. Sch. Continuing Educ. & Outreach ed. 1995).

¹¹¹ Cód. Proc. Pen. Chile 85. @

¹¹² Ver Remington, *supra* nota 106. @

a proveer defensa. El tercer modelo es el sistema de convenio en virtud del cual se suscribe un acuerdo contractual entre una firma de abogados y una entidad pública que tiene la tarea legal de proveer defensa, generalmente el Estado. En Chile los primeros dos sistemas están disponibles bajo el sistema actual.¹¹³ La introducción de un sistema contractual está siendo debatida en el Congreso y puede reemplazar o complementar en un futuro cercano el sistema de asignación por las cortes. Independientemente del sistema elegido, algunos aspectos generales son importantes al tiempo de fijar los contenidos mínimos de un sistema de defensa. Bajo el nuevo modelo muchas de estas ideas se dirigen a garantizar un marco adversarial básico para la defensa.

En los Estados Unidos, la crítica en contra de las actuales condiciones para la defensoría pública da cuenta de su disminuida posición al tiempo de ser comparados con sus adversarios los fiscales.¹¹⁴ El alcance de distinciones documentadas varía desde la situación económica y presupuestaria,¹¹⁵ a la ausencia de estructuras institucionales a nivel federal para apoyar y proveer de un entrenamiento mínimo, fijar directrices y promover el desarrollo de las agencias locales.¹¹⁶ Estos déficit producen, según los críticos, sobrecargados defensores que proveen una pobre defensa a sus clientes poniendo en seria amenaza el derecho constitucional a la defensa en juicio. Las consecuencias de las disparidades, en lo que aspectos materiales se refiere, inciden en presentar una carrera poco atractiva para los postulantes, un exceso de causas y una mala calidad de la defensa debido a la falta de tiempo para investigar, dificultad para mantener a los abogados por el tiempo necesario para desarrollar habilidades al interior de las agencias y falta de personal de apoyo especializado y de condiciones físicas para el desarrollo de la labor.¹¹⁷

Desde otra perspectiva, los defensores públicos están llamados a lidiar con un problema mayor que se encuentra en estricta relación con el rol principal del procedimiento criminal. La percepción del público acerca del rol que desempeñan crea un ambiente hostil en torno a su función. Como dice Ogletree, los defensores públicos son

¹¹³ *Ver en general* Riego, *supra* nota 5, p. 9. La defensa pública es proveída por la Corporación de Asistencia Judicial, institución estatal bajo el control del Ministerio de Justicia. El sistema de asignación por la Corte se denomina Turno y todo abogado acreditado está sujeto a selección.

¹¹⁴ *Ver* Nunn, *supra* nota 102, p. 816. @

¹¹⁵ Por ejemplo, de la información aportada por Nunn de la Oficina Federal de Estadísticas de los EE.UU. (Bureau of Justice Statistics, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* 1993) en 1993 muestra que en 1990 las oficinas de fiscales recibieron 3 veces más que las de defensa pública, *id.* p. 810. @

¹¹⁶ Charles J. Ogletree Jr, *An Essay on the New Public Defender for the 21st Century*, 58 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 81 (1995). @

¹¹⁷ *Ver* Nunn, *supra* nota 102, p. 804. @

criticados tanto por cumplir bien con su trabajo como por desempeñarlo pobremente”.¹¹⁸ Aun dentro de la relación profesional entre el cliente y el abogado, el defensor público tiene más obstáculos y sobrecargas, y sus limitaciones a menudo produce la desconfianza de los clientes quienes los perciben como parte de un sistema que está en su contra.¹¹⁹ El número de complejidades y limitaciones que los defensores deben encarar dentro y fuera del juicio colocan una carga psicológica pesada en los individuos, llevándolos frecuentemente a cambiar de trabajo o a desarrollar una aproximación cínica o desilusionada acerca de sí mismos y su función.¹²⁰

Estos aspectos, sin duda, inciden en las dinámicas organizacionales y deben ser considerados al reconstruir la estructura de defensoría pública en Chile, especialmente si tomamos en cuenta que la magnitud de sus funciones bajo las nuevas premisas adversariales es tanto o más importante que las funciones del fiscal. Nuevamente el modelo de tres pilares exige de equilibrio no sólo a nivel retórico, sino también en la implementación.

En esta línea y siguiendo el modelo del Ministerio Público, los defensores deben contar con una oficina institucional central con un perfil de alto prestigio similar a los fiscales. Esta organización central debe ser capaz de representar los intereses del Estado en orden a proveer defensa legal de manera correcta. Una agencia de alto nivel debe reflejar lo que Nunn llama el reconocimiento del rol dual del Estado en la búsqueda de justicia¹²¹ y proveer de directrices y estándares para el ejercicio de la defensa. La institución debe ser capaz de representar la visión de la defensa ante la opinión pública, educar acerca de la importancia de su rol dentro del sistema, centralizar y recolectar información acerca de problemas específicos y generar y formar opinión de cuerpo para darles una voz en la arena política. Para este propósito, la independencia y la autonomía son elementos cruciales. La tendencia de politización en la persecución criminal pone en serio riesgo el correcto ejercicio de la defensa por el abogado defensor. Una clara independencia financiera representa una condición mínima para las premisas adversariales que serán construidas en Chile. Esta independencia actuará como garante frente a un eventual énfasis de persecutorio políticamente motivado que pudiera afectar la asignación de recursos para este tipo de programas.

Aparte del marco institucional, los defensores públicos deben estar provistos de

¹¹⁸ Ogletree *supra* nota 112, p. 87.@

¹¹⁹ *Ver id.*@

¹²⁰ *Ver id.* p.s 88-89.@

¹²¹ *Ver Nunn, supra* nota 112, p. 90-91.@

programas de entrenamiento específicos y detallados con el objeto de desarrollar las habilidades requeridas para investigar y defender en juicio.¹²² A nivel organizacional, los defensores públicos deben desarrollar una especial cultura organizacional e institucional basada en el rol adversarial que se espera bajo la reforma.¹²³ El desarrollo de esta cultura debiera crear una identidad fuerte capaz de superar las desventajas que tienen el rol de los defensores públicos en el nuevo modelo. La importancia de reconstruir una defensoría pública fuerte y capaz de realizar las expectativas que el sistema adversarial coloca en las partes puede ser la vía más importante para asegurar el objetivo de protección de la reforma, un fin que el sistema adversarial por sí mismo parece incapaz de asegurar por sí solo como enseña la experiencia estadounidense aquí presentada.

3. Los Jueces y su nuevo rol

Desde el inicio de las discusiones y estudios relativos a la Reforma, uno de los principales argumentos en la discusión relativa al rol judicial fue la eventual recuperación por parte de las cortes del rol juzgar, elemento esencial y natural de la judicatura. Los reformadores quisieron presentar el proyecto como la reedición y rescate de la “real” función de resolver conflictos, permitiendo una especie de elevación del juez por sobre el conflicto penal y la investigación. Este argumento si bien es cierto es parcial, ya que es claro que el cambio desde un modelo orientado por el juez a uno más adversarial, desplazará prerrogativas judiciales hacia los fiscales y la defensa. Sin embargo, la introducción de variados controles judiciales sobre los fiscales, tal como lo considera el Proyecto provee interesantes oportunidades para un real mejoramiento de la función judicial. Bajo la reforma, este mejoramiento debiera provenir ya no bajo los estándares del poder discrecional de acusar e investigar sino bajo el desarrollo de estándares de protección para el control de la investigación y el juicio.

Si bien para algunos el desafío principal para la reforma chilena es constreñir a los jueces, no es menos cierto que un sistema de tendencias más adversariales exige un rol fundamental de los jueces. La difícil tarea es la de “reciclar” al juez que ha controlado enteramente la producción de la evidencia, su presentación y posterior evaluación, transformando de esta forma la sola fuente de discreción dentro del procedimiento en un “árbitro independiente”¹²⁴, o “examinador en jefe” tal como ha sido descrito por parte de la doctrina anglosajona.¹²⁵

¹²² Ver Ogletree, *supra* nota 112, p. 90-91. @

¹²³ Ver *id* p. 92. @

¹²⁴ Ver Remington & Schultz, *supra* nota 106, p. 23. @

¹²⁵ Craig M. Bradley & Joseph L. Hoffmann, *People v Simpson: Perspectives on the Implications for the Criminal Justice System: Public Perception, Justice and the Search for Truth in Criminal Cases*, 69 S CAL L. REV. 1267, 1290 (1996) (quoting JOHN H. LANGBEIN, *COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE: GERMANY* 62 (1997)). @

Para un abogado de la tradición del derecho continental, la interpretación del juez como un recurso subutilizado en la doctrina estadounidense¹²⁶ y el debate acerca del mejoramiento de la función judicial en el procedimiento aparece contradictoria con la tradicional noción acerca del juez fuerte del *common law*.¹²⁷ Desde lo que Doran llama “pasividad relativa”,¹²⁸ hasta el denominado supervisor activo o árbitro en Remington y Schultz¹²⁹, el modelo adversarial de justicia criminal por sí mismo pareciera carecer de la capacidad, de asegurar un juicio justo de sólo basarse en la absoluta pasividad judicial. Las razones para este fracaso, son complejas y van más allá del campo meramente procedimental apuntando a condiciones sustantivas y sociales que se encuentran detrás del equilibrio roto en la aplicación del derecho penal.¹³⁰ Este desequilibrio producto de una situación de desigual compromiso estatal -o quizás social- para con la defensa y la acusación alimentan y motivan un llamado a la intervención judicial incluso en los sistemas adversariales extremos con el sistema de los EE.UU.¹³¹

En este punto, los movimientos hacia la reforma encuentran un terreno común tanto en el derecho anglosajón como en las tradiciones de derecho continental. En Chile el centro de la reforma es desplazar parte de la discreción a nuevos actores, mientras en los Estados Unidos, el llamado a la intervención judicial es la recuperación de algún grado de discrecionalidad por parte de la judicatura.¹³² La concentración del poder, el enemigo común en el campo del derecho penal, refleja la profunda preocupación que descansa al centro del Estado Moderno. La división funcional y la relación entre fiscales y jueces es sólo un síntoma del bien conocido debate sobre controles y balances, o pesos y contrapesos,¹³³ sin embargo la falta de acuerdos en torno a este asunto y el desencuentro generalizado entorno al rol del juez puede ser un síntoma de un debate más profundo relativo a la necesidad de un nuevo marco que justifique la intervención del Estado en la investigación criminal. Comentaristas han erguido sus voces advirtiendo acerca de las tendencias de privatización en el área del procedimiento criminal, una

¹²⁶ *Id* p. 1291.@

¹²⁷ Ver JOHN HENRY MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION* 34 (2nd Ed. 1985).@

¹²⁸ Ver Doran, *supra* nota 80, p. 42 y texto.

¹²⁹ Remington and Schultz, *supra* nota 106, p. 27.@

¹³⁰ *Ver id.*@

¹³¹ *Ver id.*@.

¹³² *Id.* p. 119.@

¹³³ *Ver State v. Unnamed Defendant*, 441 NW 2d 696 (Wis. 1989).

llamado que debe alertar a los reformadores y que deberá ser asumido directamente en el futuro cercano.¹³⁴

3.1. Mejoramiento de la función judicial bajo premisas adversariales

Mientras el desafío para los fiscales deriva en primer lugar desde el objetivo de eficiencia propuesto por la reforma, el desafío para la función judicial en el nuevo escenario debiera ser definido en torno al objetivo de protección, en especial en relación a un compromiso judicial a un juicio justo y al cumplimiento de los estándares del debido proceso introducidos por la reforma. El juez del Derecho Continental más lejano a preocupaciones electorales que sus colegas estadounidenses, debe jugar un rol de catalizador al interior del proceso,¹³⁵ enfatizando el razonamiento orientado por principios bajo los estándares del nuevo proceso. El desafío es permitirle a los jueces ubicarse frente a las partes de manera de asegurarles que las reglas del juego serán respetadas. Este desarrollo debe motivar a los jueces para tomar un rol más activo en ciertas áreas que aparecen como especialmente sensibles en un contexto más adversarial, tal como lo demuestra la experiencia estadounidense.

Con un propósito meramente analítico, estos aspectos pueden ser organizados en tres áreas en donde la intervención judicial puede desempeñar un rol fundamental: primero, el control judicial sobre la actividad investigativa del fiscal; segundo, la revisión judicial sobre disposiciones del fiscal y por último control judicial en juicio. Las primeras dos áreas pueden ser más controvertidas bajo el antiguo debate acerca de la separación de funciones en torno a la intervención judicial, sin embargo, dadas las limitaciones de las premisas adversariales introducidas por la reforma en Chile y la, a veces, abismal realidad de desigualdad de armas entre las partes del juicio criminal, la disquisición teórica sobre el punto será dejada de lado.

a. Control judicial sobre la investigación del fiscal

El proyecto chileno crea la figura del juez de control o de garantía.¹³⁶ Sobre él recae la función de proteger los derechos del imputado al interior del proceso, como también los de las otras partes en el juicio. El juez presidirá la audiencia y resolverá los conflictos que puedan surgir durante la investigación, cumpliendo además con el resto de las

¹³⁴ *Ver supra* nota 57, p. 604. Este salto desde los paradigmas tradicionales en el enjuiciamiento criminal ha sido anunciado por Dubber, citando a Lumudersén Klaus.

¹³⁵ BEN KEMPINEN, *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS: THE PROSECUTION FUNCTION, SELECTED MATERIALS ON THE PROSECUTION FUNCTION* 62 (Univ. of Wis. 1998).

¹³⁶ Proyecto de Código Procesal Penal, art. 85 (Chile).

tareas establecidas por ley.¹³⁷ Durante la fase investigativa, el juez de garantía cumple un rol importante en determinar los estándares mínimos de protección para las investigaciones criminales. El proyecto establece una regla general requiriendo autorización judicial en todos los trámites investigativos del fiscal que puedan afectar los derechos constitucionales del inculpaado.¹³⁸

Dada la vaguedad del estatuto, las cortes tendrán que desarrollar un tipo de regla exclusión para los casos de trámites investigativos que se realicen sin autorización judicial o con infracción de ley, este desarrollo promete ser una nueva e importante área en el procedimiento criminal chileno estrechamente relacionado a la teoría de la prueba. Bajo el tradicional procedimiento controlado por el juez, el hecho de que el propio juez reuniera la prueba y dirigiera el juicio, hacía de la exclusión de pruebas algo muy excepcional, ocurriendo casi exclusivamente en la segunda instancia. En Chile el camino para las exclusiones puede ser desarrollado bajo el denominado sistema nulidades procesales, sin embargo el Proyecto no otorga especial atención a estos casos, siendo la norma que el procedimiento defectuoso puede ser anulado sólo si en virtud de éste se ha causado daño a las partes.¹³⁹ En este sentido corresponderá a las cortes decidir varias cuestiones previas, tales como; qué actividad investigativa es considerada dentro del procedimiento, cuándo ha ocurrido perjuicio a las partes, quiénes son partes en el procedimiento, si debe considerarse a la víctima como parte, entre otras.

Durante la fase investigativa, la fusión potencial entre fiscales y jueces a la que nos hemos referido presenta el más grave riesgo para el nuevo sistema. Si los jueces asumen un rol pasivo, permitiendo por omisión el desarrollo de una discreción indiscriminada por parte de los fiscales durante la investigación, o autolimitan su control a una revisión posterior o post-facto de énfasis meramente ritual o clerical dirigida a estampar legitimidad a la actividad del fiscal¹⁴⁰ se vería fácilmente frustrado el avance retórico a nivel de los estándares de protección. En este escenario el costo de este vuelco o cambio de titularidad en la discreción será alto ya que se estaría perdiendo la única figura neutral dentro del procedimiento.¹⁴¹ Para evitar esta situación, varias propuestas están disponibles y se dirigen al mejoramiento de la función judicial sin afectar el delicado equilibrio de las dinámicas adversariales definidas por la Reforma.

¹³⁷ *Ver id.*

¹³⁸ *Ver Id.* art. 267.

¹³⁹ *Id.* art. 192.

¹⁴⁰ *Ver* JONATHAN CASPER, **AMERICAN CRIMINAL JUSTICE: THE DEFENDANT'S PERSPECTIVE** (1962).@

¹⁴¹ Remington & Schultz, *supra* nota 106, p. 4.@

Primero, la judicatura debe asumir, desde el principio, el liderazgo en la aplicación de los estándares del nuevo proceso. Es en sede judicial donde deben generarse la definición y extensión de esos estándares a la fase investigativa, convirtiéndose en el primer objetivo de las cortes en orden a prevenir prácticas arbitrarias por parte del fiscal. Esto resulta especialmente delicado si consideramos el probable desarrollo de modalidades de persecución dirigidas a la espectacularidad amparados por motivaciones simplistas de eficiencia y seguridad pública. En este sentido, el nuevo Código tendrá bases legales claras¹⁴² para una acción judicial decidida, basada en la interpretación histórica y la intención original del legislador en este sentido.¹⁴³

Una segunda área de desarrollo puede provenir de la actividad judicial dirigida a la producción de una justicia pronta y equitativa.¹⁴⁴ La posición del juez dentro del sistema es única y privilegiada al tener una completa visión de las actuaciones de las partes y a la vez la distancia necesaria para apreciarlas en su conjunto. El juez está mejor posicionado para marcar el paso y los límites, el suelo y el techo en los términos de Breitell, de la legalidad en la investigación penal. Haciendo esto él o ella deberá tratar de reunir a las partes, oírlos y asumir un rol activo en buscar soluciones específicas que tiendan a asegurar el ejercicio de los derechos de cada una de ellas en el proceso.¹⁴⁵

El concepto de “*both parties discovery*” o “descubrimiento de pruebas por ambas partes” usado en el sistema de los EE.UU., permite sintetizar la tercera área de desarrollo.¹⁴⁶ En general, durante la fase investigativa, el proyecto garantiza a la defensa el acceso a los antecedentes de la investigación, a menos que la fiscalía decida mantener ciertas áreas en secreto. Esta facultad de secreto está limitada en el tiempo pudiendo decretarse por un plazo máximo de cuarenta días, conservando el inculpado en todo caso el derecho a requerir al juez su terminación.¹⁴⁷ Ahora bien, el descubrimiento por ambas partes supone un juez activo que genere las condiciones para que los antecedentes probatorios sean puestos en conocimiento de la otra parte, asegurando de esta forma un juicio justo.

¹⁴² Proyecto de Código de Procedimiento Penal. art. 9. @

¹⁴³ Ver Mensaje Presidencial al Proyecto de Código de Procedimiento Penal, pp. 1 a 35-

¹⁴⁴ Remington & Schultz, *supra* nota 106, p. 9. @

¹⁴⁵ Ver Kempinen, *supra* nota 131, p. 62. Kempinen describe estas orientaciones hacia la revisión judicial, especialmente en el ámbito de las ofensas menores. Sin embargo, estos objetivos van más allá y se presentan como orientaciones generales del procedimiento penal en su conjunto.

¹⁴⁶ Ver Bradley & Hoffmann, *supra* nota 121, p. 1282. @

¹⁴⁷ Proyecto de CÓDIGO PROCESAL PENAL art. 262.

A pesar de que la idea de descubrimiento por ambas partes pareciera ser razonable, su implementación sin duda conlleva dificultades. La necesidad de autorización judicial para decretar el secreto puede conducir a los fiscales y a la policía al desarrollo de investigaciones paralelas dirigidas sólo a la recolección de evidencia “no oficial” o no presentable en juicio a objeto de ser usada sólo durante el proceso de negociación prejudicial dirigido a la simplificación del procedimiento o a la aplicación de medidas alternativas. Aplicando las reglas de acceso a la investigación, los jueces tendrán que ser cautelosos en discernir nuevamente entre la protección legal del juicio justo y una investigación eficiente.

La cuarta área abierta a estos desarrollos, concierne a la aplicación de directrices internas creadas por la oficina del fiscal, tal como se mencionó anteriormente en la sección sobre controles externos del fiscal. Al reforzar y hacer valer estas directrices internas los jueces extenderán la supervisión del debido proceso a lo que tradicionalmente es la zona más oscura del procedimiento criminal.¹⁴⁸ En el desarrollo de esta supervisión, los jueces de la primera etapa de transición de la reforma debieran superar la acción fiscal debido a su experiencia y conocimiento de la investigación criminal por una parte, y por la otra a su larga y estrecha relación con la policía. En este sentido, los jueces deberán estar conscientes de las áreas más sensibles y de los atajos que el sistema criminal utiliza para procesar los casos, sacrificando a menudo los valores declarados como su propio sustento. Sin duda una tarea mayor en donde radica un gran potencial de desarrollo para la función judicial.

b. La revisión judicial de las disposiciones del fiscal

La segunda fase de envergadura en donde la actividad judicial puede asegurar un mejor juicio se relaciona con el control judicial sobre las disposiciones del fiscal. Esta tarea encaja claramente bajo el diseño del juez de control o garantías contenidas en el Proyecto.¹⁴⁹ En este aspecto el problema radica en cómo hacer que estas prerrogativas del juez de garantía funcionen proveyendo de controles adecuados sin afectar el centro o esencia de las tendencias adversariales. El proyecto establece que los fiscales tienen el poder de registrar denuncias criminales sin iniciar procedimientos si en su criterio no existen caminos para continuar una investigación.¹⁵⁰ En estos casos, el fiscal puede decidir no acusar sólo si considera que los hechos no constituyen actividad criminal o la responsabilidad criminal se encuentra extinguida.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Ver en general* Dubber, *supra* nota 57, p. 597 (sugiriendo que la revisión judicial no debe ser confundida con la participación judicial)

¹⁴⁹ Proyecto de CÓDIGO PROCESAL PENAL art. 243.

¹⁵⁰ *Ver Id.* art. 241. @

¹⁵¹ *Ver Id.* art. 242. @

Aun cuando ambos casos se encuentran fuera del alcance judicial, en nuestro modelo paradójicamente las víctimas pueden invocar la revisión judicial de la decisión del fiscal, esto por el sólo ministerio de la ley sin siquiera requerir del juez la consideración del mérito de la decisión del fiscal.¹⁵² Por otra parte, el Proyecto introduce el principio de oportunidad frente a delitos menores, en donde el fiscal puede decidir no iniciar investigación cuando la pena que pudiera llegar a aplicarse es menor a un año. Esta decisión debe ser notificada al tribunal el cual puede invalidar la decisión de oficio o a requerimiento de la víctima.¹⁵³ Como vemos, en todos estos casos las facultades del fiscal se ven seriamente limitadas por el chequeo judicial afectando elementos paradigmáticos de un sistema adversarial. Sin embargo creemos que en estas situaciones y a modo de paliar posibles efectos perversos, es menester exigir decisiones fundadas a objeto de mejorar las posibilidades de revisión de un tribunal superior, enfatizando así los estándares de protección y no sólo eventuales competencias o luchas de poder entre jueces y fiscales.

Un modelo similar de revisión judicial está disponible frente a otras herramientas introducidas por la reforma. Por ejemplo en el procedimiento abreviado, el juez retiene el poder de decidir la conveniencia del procedimiento y su decisión no está sujeta a revisión.¹⁵⁴ Igual cosa ocurre en la suspensión condicional del procedimiento y para los acuerdos reparatorios.¹⁵⁵ Dada la disponibilidad de importantes herramientas legales de revisión de la discreción del fiscal a objeto de proveer un juicio justo, la pregunta que persiste es cómo hacerlas operar de una manera sustantiva. Kempinen sugiere para estos efectos que el involucramiento judicial en las primeras etapas del proceso, idealmente la primera aparición del imputado, representa un elemento importante en la promoción, no sólo de rapidez sino también de equidad al juicio.¹⁵⁶

La intervención judicial puede ser fundamental en orden a informarse acerca de las declaraciones tomadas por el fiscal y por medio de la confrontación de los hechos alegados con los inculpados. Esto es particularmente importante cuando se está en presencia de un juicio inmediato o de un procedimiento abreviado, en estos casos la intervención judicial es la única fuente de control del poder discrecional del fiscal, especialmente si consideramos que no es clara, ni deseable la facultad del juez de

¹⁵² *Id.* art. 243. @

¹⁵³ *Id.* art. 244. @

¹⁵⁴ *Id.* art. 310. @

¹⁵⁵ *Id.* arts. 310-15. @

¹⁵⁶ *See* Kempinen, *supra* nota 106, p. 59. @

modificar o revisar los cargos o acusaciones elegidas por el fiscal. En este escenario ¿cuál sería el rol del juez.?

En este sentido, interesantes desarrollos se observan en la doctrina y práctica judicial estadounidense. Por ejemplo la introducción de las llamadas versiones extendidas de las conferencias pre-cargo (*precharging conference*)¹⁵⁷ con intervención judicial meramente consultiva o presencial. Esto es antes de la selección de los cargos o acusaciones, el juez de garantía puede participar en una especie de proceso de negociación, común en el caso de arbitrajes comerciales, en donde sin entrar a pronunciarse del fondo puede anticipar algunas líneas que favorezcan una selección adecuada de los cargos.

El nuevo procedimiento provee de esta oportunidad durante la llamada audiencia de formalización de la instrucción, aquí el fiscal anuncia los cargos al juez y al inculpado. Un activo y bien motivado juez podría hacer uso de esta audiencia para buscar alternativas al sistema criminal tales como acuerdos de restitución entre la defensa y la víctima cuando esto sea posible, proveer información al inculpado acerca de sus derechos, informarse acerca de la comprensión del inculpado respecto a la renuncia de sus derechos bajo los procedimientos abreviados, sobre una posible falta o deficiencia en la representación o sólo proveer de la oportunidad para aclarar una serie de asuntos previos bajo su autoridad judicial.¹⁵⁸ En el caso chileno la preocupación por la imparcialidad que pueda afectar a un juez cuando está presente en las audiencias previas al juicio, desaparece bajo la intervención activa garantizada legal y expresamente durante la investigación al juez de garantía y gracias a la existencia de un tribunal compuesto por tres miembros, el que conducirá el eventual juicio oral.

Esta intervención judicial que implica algún grado de cambio desde las preocupaciones de supervisión a las de operación y manejo administrativo y de procedimientos judiciales pueden ser clarificados dadas las siguientes propuestas que tienden a mejorar el rol judicial sin afectar una esencia adversarial.¹⁵⁹

Por ejemplo, de manera de asegurar una decisión clara y libre por parte del imputado respecto a la renuncia de ciertos derechos en los procedimientos abreviados,

¹⁵⁷ WALTER J. DICKEY ET AL., *CRIMINAL JUSTICE ADMINISTRATION, MATERIALS AND CASES* VOL. I. 308 (University of Wisconsin 1997).

¹⁵⁸ Remington & Shultz, *supra* nota 106, p. 65 (documenta al importancia de un eficiente empleo de la audiencias y la cantidad de factores que pueden ser aclarados antes del juicio tan solo mediante la intervención motivada del juez)

¹⁵⁹ *Id.* pp. 91-5.

los jueces podrán jugar un rol de verificación respecto al desempeño de la función del abogado defensor. Este rol de verificación puede consistir en confrontar al abogado defensor con el imputado en torno a las explicaciones y la cabal comprensión de los alcances de las renunciaciones de derechos que conllevan los procedimientos abreviados, por ejemplo. Sin perjuicio de esto, es posible realizar otro tipo de intervenciones judiciales de grado menor relativas a explicaciones de los procedimientos, penas y situación procesal específica. También en relación con la cabal comprensión que el inculcado posea acerca de su situación procesal y las posibles disposiciones, los jueces pueden jugar un rol fundamental tan solo procurando el uso de lenguaje simple, claro o profano, instando a la fiscalía y la defensa a hacer lo mismo.¹⁶⁰

Respecto a los procedimientos abreviados, los jueces debieran explicar al inculcado que ellos poseen la autoridad legal para denegar esta posibilidad y ofrecer la posibilidad de reconsiderar el acuerdo bajo la autorización de su investidura. Los jueces además debieran desempeñar una importante función relativa al acceso a la información que el abogado defensor debe tener durante la fase investigativa y sobre la cual se están tomando las decisiones.

c. Control judicial en juicio

En la fase o período de juicio oral los controles judiciales se enmarcan en la perspectiva tradicional del juez en el modelo adversarial. Como una manera de mantener la imparcialidad e independencia de la corte, el tribunal que propone la reforma es colegiado y compuesto por tres miembros, ninguno de ellos es el juez de control o de garantías que tuvo contacto con el proceso durante la fase investigativa.¹⁶¹

En la etapa del juicio, el control judicial debiera estar principalmente orientado a chequear el desempeño de los diferentes actores en relación con los estándares propios de un juicio oral y se enmarca dentro de las potestades de dirección y disciplina. Sin embargo la definición legal del rol de la corte va más allá de eso, garantizando poderes específicos para tomar una posición activa en relación con la recolección de pruebas, siendo una manifestación más de las limitaciones adversariales del modelo de reforma. En efecto, el tribunal colegiado representado por su presidente puede requerir explicaciones o complementos de las declaraciones, confrontación de testigos y la comparecencia bajo apremio de testigos rebeldes o peritos, sin perjuicio de lo anterior el tribunal no aparece facultado expresamente para la recolección de pruebas por iniciativa propia.

¹⁶⁰ *Id.* p. 93.

¹⁶¹ Proyecto de CÓDIGO PROCESAL PENAL art. 365, 366. @

El control judicial sobre los estándares de la defensa en juicio es otra área pendiente por desarrollar. En Chile un porcentaje importante de los procesados en materia penal es representado por el sistema de defensa penal pública. Claramente esta representación es insuficiente, en parte porque el carácter inquisitivo del proceso permite una especie de delegación de la defensa en el juez en su rol de buscador de la verdad. Desde este punto de partida el desafío será la creación de un juez “árbitro o garante”, que sea capaz de asegurar que las reglas son seguidas en juicio, tanto desde una perspectiva formal, como desde una sustantiva.¹⁶² Sin embargo, este llamado a la intervención judicial bajo una modalidad de supervisión, debe ser interpretado en estricta correlación con los actuales desequilibrios y disparidades entre las partes existentes bajo la actual tendencia de politización de la justicia criminal. Esta situación ha sido descrita de forma dramática en los Estados Unidos en donde el juez aparece como el único actor responsable de imprimir los objetivos trascendentales de equidad y eficiencia a todo el proceso en un ambiente cargado al abuso discrecional de los fiscales.^{163 164}

En orden a supervisar los estándares de la defensa en el juicio, el juez puede jugar un rol directo o indirecto dependiendo del grado de incompetencia detectado. Desde el extremo de recomendar el reemplazo del abogado defensor hasta la mera sugerencia de específicas líneas de investigación, el juez puede afectar un resultado simplemente mostrando su presencia. En esta línea las audiencias preliminares y los escritos prejudiciales son mecanismos interesantes que pueden colaborar a hacer esta supervisión más concreta,¹⁶⁵ sin embargo con altos riesgos de formalización y rutinización.

El último paso para mejorar el rol judicial bajo el nuevo procedimiento es asegurar una adecuada revisión judicial por medio del requerimiento de decisiones precisas y fundadas en todas las fases importantes del proceso. Este método pretende el mejoramiento de la revisión jerárquica de mérito, lo que debe ser complementada con un sabio uso judicial de las actas del juicio oral; uso que implique el reconocimiento de sus limitaciones de esta forma de acceder al conocimiento del juicio por una parte, y enfatizando por la otra los aspectos que pudieran afectar la decisión si es recurrida.¹⁶⁶ El desafío no es fomentar o favorecer la revisión jerárquica, sino permitir un correcto examen posterior al juicio en caso de ser requerido.

¹⁶² Ver Remington & Schultz, *supra* nota 106, p. xii. @

¹⁶³ Ver Casper, *supra* nota 136. @

¹⁶⁴ Ver Remington & Schultz, *supra* nota 106, pp. 99-114. @

¹⁶⁵ *Id.* p. 101. @

¹⁶⁶ *Id.* p. 103. @

4. La Víctima

El Proyecto introduce a la víctima como uno de los actores en el proceso,¹⁶⁷ sin embargo el rol que se le adjudica es muy limitado. Bajo el actual Código de Procedimiento Penal, como también en la reforma, la víctima o quienes lo representen puede entablar la acción civil dentro del procedimiento criminal por lo cual la mayoría del desarrollo de los derechos de la víctima continúa ligado estrictamente con la responsabilidad civil asociada al delito.¹⁶⁸

En cuanto a la responsabilidad penal se permite a las víctimas denunciar, deducir una querrela criminal en juicio o bien adherir a la actividad del fiscal. Sin embargo, esta titularidad se extiende más allá estándole permitido incluso desafiar las decisiones del fiscal ante el juez de garantías en caso de procedimientos abreviados, o de no acusar por operar el principio de la oportunidad, ambas facultades pueden llegar a afectar seriamente los énfasis de la persecución penal definida por el órgano fiscal como agente de la política criminal del Estado, facultad que le compete al Ministerio Público según las intenciones declaradas en su estatuto de creación.

Quizás el desarrollo más importante, en lo que a incorporación de la víctima como sujeto procesal se refiere, dice relación con los acuerdos de restitución. El proyecto contiene la posibilidad de negociar acuerdos entre el inculpado y la víctima en los delitos contra la propiedad y otras infracciones de carácter culposos que no causan muerte o daño permanente. Sin embargo, en este punto el proyecto es vago y no dispone de la participación judicial concreta, ni establece otras instancias de participación para que generen el impulso de proceso mediador, tampoco señala instancias de encuentro para la generación de los acuerdos, dejando el asunto abierto sólo a la iniciativa fiscal. Este vacío en una cultura procedimental no acostumbrada a aceptar la idea de negociar dentro del procedimiento penal, permite predecir la subutilización de este recurso.

Por otra parte, tampoco se han incorporado consideraciones acerca de problemas no económicos que pudieran afectar a las víctimas, tales como el deseo de enfrentar al inculpado y expresarle su rabia o simplemente requerirle sus explicaciones o que exprese arrepentimiento.¹⁶⁹ Tampoco se asume el tema de la igual protección bajo la ley en lo que se refiere a la desigualdad producida por la posibilidad de agresores que puedan lograr extinguir su responsabilidad penal por el mero hecho de pagar dinero a

¹⁶⁷ Ver Proyecto de Código de Procedimiento Penal, art. 135. @

¹⁶⁸ Ver *id.* art. 315. @

¹⁶⁹ Ver Nunn, *supra* nota 104. @

las víctimas, situación que le estaría vedada a los imputados de menores recursos. Es fácil imaginar casos de ciertos delitos culposos en los cuales los padres adinerados de un joven logren acuerdos con la víctima o quien lo represente en orden a extinguir su responsabilidad por esta vía, mientras las víctimas no tan acomodadas no tienen otra opción sino aceptar el acuerdo en vez de esperar los resultados del juicio.

IV. LA REFORMA Y LOS DESAFÍOS DE ADMINISTRACIÓN

El movimiento hacia un sistema de corte más adversarial no sólo introduce una pesada carga a los actores del sistema en lo relativo a sus habilidades profesionales y legales, sino que también en sus capacidades administrativas. En efecto la reforma, mediante la introducción de nuevos actores, nuevos estándares de protección y nuevas formas de disposición de los casos, presenta diversas complejidades respecto a una forma sobresimplificada de resolución judicial en manos de un sólo hombre o mujer. La experiencia comparada muestra que el tema de la administración se torna crucial durante la implementación de los cambios, tal como señala Fabri, el llamado a una aproximación más pragmática y orientada hacia objetivos” (en lugar de principios), pareciera ser el verdadero desafío a los actores que aún consideran al procedimiento criminal como resultado de un esfuerzo intelectual, deductivo y abstracto, más que una herramienta organizacional de importancia.”¹⁷⁰

Al hablar de aspectos administrativos nos referimos a aquellos que se dirigen a regular la interacción de los distintos actores y figuras introducidas por la reforma. Esta revisión sólo captura algunos puntos específicos, a modo de ejemplar de las eventuales complejidades y desafíos en el diseño y desarrollo del nuevo marco estructural de administración de los flujos de información e interacciones institucionales que se promueven a partir de los cambios.

El manejo de los nuevos flujos de información y de casos requerirá de la coordinación de los actores participantes en orden a lograr los objetivos tanto de protección como de eficiencia propuestos por la reforma. En efecto, el problema de la administración se refiere no sólo al objetivo de eficiencia sino también a los objetivos de protección esto por cuanto la incertidumbre y la demora desincentiva la prontitud en los abogados y fomenta el desarrollo de tácticas dilatorias por fiscales y defensores, haciendo más difícil el objetivo de obtener justicia.¹⁷¹

¹⁷⁰ Ver Fabri, *supra* nota 18, p. 216. @

¹⁷¹ Ver American Judicature Society, *Criminal Case-Flow Management, Chester County Pennsylvania*, American Judicature Society 1 (1976). @

Ahora bien en cuanto al actor mejor posicionado para abogar por la correcta administración en el procedimiento criminal, creemos que debe optarse por el juez. La posición pivotal de la corte, su liderazgo y sobre todo la visión panorámica de las diferentes fases del proceso (desde la denuncia hasta la sentencia) hacen a esta institución el actor primario y responsable para marcar el ritmo del proceso. En este sentido el abandono por parte de los jueces de esta tarea, sin duda afectaría el balance adversarial, favoreciendo generalmente a los fiscales como lo ha señalado la experiencia estadounidense de gran desarrollo en esta materia.¹⁷²

Sólo a modo de ejemplo y prevención a continuación se señalan casos que demuestran la importancia de los aspectos administrativos y del manejo de la complejidad de los flujos de información entre los diferentes actores en este tipo de sistemas. Con este objetivo se enuncian algunos aspectos que la experiencia comparada en este tipo de reformas enseña.

**Inicio de causas:* Como una forma de reforzar el monopolio del fiscal sobre la investigación criminal, el proyecto establece que la policía debe presentar la denuncia dentro de las 24 horas de recibida la noticia acerca de la eventual comisión de un delito.¹⁷³ La misma regla fue introducida por el Código Italiano en 1988, sin embargo con un plazo de 48 horas. Cuando el Código entró en vigencia, la policía envió miles de denuncias que habían sido guardadas por años, sobrecargando las fiscalías imposibilitando su procesamiento.¹⁷⁴ Luego de tres años de problemas, el límite de 48 horas fue cambiado y se modificó la norma señalando la obligación de la policía de transmitir el informe “sin demora alguna”, permitiendo de esta forma un ajuste entre el flujo de informes entre policía y fiscalía.¹⁷⁵

**Actividad investigativa:* La introducción de los fiscales como administradores de la investigación criminal puede producir algunos problemas. En Italia por ejemplo, la policía en los inicios se encontraba insegura acerca de su capacidad de iniciar investigaciones por sí misma. La confusión condujo en algunos casos a la inactividad policial deliberada y a la pérdida de importante evidencia que podría haber sido recogida inmediatamente después del crimen.¹⁷⁶ Además de esto los conflictos entre

¹⁷² Ver *id.*@

¹⁷³ Proyecto de Código de Procedimiento Penal, art. 249.@

¹⁷⁴ Ver Fabri, *supra* nota 18, p. 212.@

¹⁷⁵ Ver *id.*@

¹⁷⁶ Ver *id.*@

fiscales y policía fueron frecuentes, y la policía se quejaba a menudo sobre las capacidades investigativas de los fiscales, generando roces permanentes.¹⁷⁷

* *Límite de tiempo de la investigación* - A objeto de evitar investigaciones criminales eternas, el proyecto establece que los fiscales tienen un plazo de dos años para terminar la investigación, contados desde el comienzo de ésta. El Código Italiano contiene la misma regla, pero establece el plazo de un año. Consecuentemente, los fiscales acostumbraron demorar la formulación de cargos y así poder contar con más tiempo, o requirieron el cierre de una investigación poco antes de cumplirse el plazo pero comenzaron una nueva investigación sobre los mismos hechos con pequeñas variaciones.¹⁷⁸

* *Calendario de la Corte*- La administración del calendario de la corte es otro factor importante de considerar. La coordinación entre las cortes, los fiscales y los defensores es un tema fundamental para la implementación de la reforma. La experiencia italiana muestra en forma dramática los casos en donde la falta de coordinación entre esos tres actores se tradujo en una mayor ineficiencia y confusión. Por ejemplo, la designación arbitraria de los jueces de control y de las cortes de juicio, produjo en Italia situaciones donde un fiscal podía tener más de un caso en un mismo día en diferentes cortes, en estos casos la causa debía ser reasignada a otro fiscal quien no tenía conocimiento previo acerca de los hechos del caso, viéndose obligado a presentarla en la corte sin contar con mayores antecedentes ni tiempo para familiarizarse con los hechos.¹⁷⁹

* *El problema de las actas de audiencia oral*.- La arraigada tradición escrita puede conducir a los nuevos actores a ignorar la importancia de este problema. Nuevamente en la experiencia italiana, la falta de un sistema unificado de grabación y actas, sumado a la falta de personal especializado en taquigrafía, condujo a serios inconvenientes durante la revisión judicial de los procedimientos orales, generando al poco andar regulaciones internas en orden a unificar el sistema de registro.¹⁸⁰

Estos ejemplos demuestran como una reforma legal que contiene nuevas y más refinadas normas no asegura un mejoramiento sustancial de los resultados de no considerarse los sistemas en toda su complejidad. Estos aspectos toman especial interés

¹⁷⁷ *Id.*@

¹⁷⁸ *Id.* p. 213.@

¹⁷⁹ *Id.* p. 215.@

¹⁸⁰ *Ver Id.* pp. 215-16.@

cuando reflexionamos acerca de la importancia de los valores comprometidos en el procedimiento penal. Los aspectos administrativos de la reforma no deben ser subestimados, sin embargo desafortunadamente el énfasis en la orientación de principios que caracteriza a la educación legal en los sistemas continentales representan un grave riesgo en este sentido. La reforma implica un desafío a los operadores jurídicos de abandonar la mera aproximación legalista para adentrarse a las interacciones concretas de los actores.

V. CONCLUSIONES: HACIA UNA NUEVA JUSTICIA CRIMINAL

El procedimiento criminal es un asunto que tiene la habilidad de dirigir nuestra atención a los más complejos aspectos relativos a la organización del poder y su distribución dentro de la sociedad. Como todo tópico controvertido, la actual reforma en Chile es sólo una pálida imagen de las fuerzas que actúan en procesos sociales de este tipo. Para el análisis de estas dinámicas sociales e institucionales la dicotomía entre protección y eficiencia parecen ser referentes útiles al analizar las fuerzas y tendencias que explican los cambios normativos específicos y sus eventuales consecuencias y problemas.

Siendo el procedimiento criminal una de las principales herramientas del Estado en la organización del poder para administrar y distribuir el castigo, una amplia gama de componentes estructurales, simbólicos y funcionales se encuentran en permanente interacción con conocimientos y prácticas firmemente arraigadas en cada sociedad y cultura legal. En este sentido, el cambio desde una cultura inquisitiva a una orientada hacia un modelo más adversarial puede ser explicado desde diferentes puntos de vista. Desde las argumentaciones que enfatizan la tendencia hacia el individualismo producto de la sociedad de consumo hasta la preocupación por la eficiencia derivada de una creciente demanda social por servicios públicos en un contexto de Estado cada vez más participativo y de mayor acceso a la justicia.

Argumentaciones como éstas se insertan y reflejan en parte las actuales hegemonías en el contexto global cuyo análisis permite en último término explicar los cambios y contradicciones quizás desde la perspectiva histórica. Ahora bien, cualquiera sea la razón de los cambios, la Reforma de la justicia criminal chilena promete ser por mucho el mayor cambio legal del siglo. En este proceso de reconstrucción del sistema de enjuiciamiento criminal, los choques de visiones y de las fuerzas pujantes parece ser inevitable. En este sentido, la actual atmósfera y clima de beligerancia respecto del delito implica un nuevo obstáculo para un análisis más racional y técnico. De persistir estas tendencias, el diagnóstico para los cambios aparece oscuro y limitado a mejora-

mientos de tipo meramente retórico, distantes de las premisas del ideal adversarial en acción.

Si el problema de la eficiencia en materia penal, exige el abandono y distancia de los requerimientos constitucionales, el Estado deberá hacerlo explícito, pagando los costos políticos de desarrollar un nuevo marco estructural sin el soporte retórico que no es más ni menos que su fuente de legitimación. Por otra parte, si la complejidad agregada al sistema ayuda a proveer una aproximación más racional y técnica, partiendo desde el fondo en la búsqueda de soluciones individualizadas, la reforma puede ser el primer paso en el camino angustioso, pero prometedor, a una mejor administración del castigo penal. Sin embargo, el desencuentro y la frustración en la experiencia adversarial en los EE.UU. puede ser el indicio de una situación más compleja, en la que la crisis de la vieja estructura de legitimación del sistema judicial penal evidencia su declinar dando nacimiento a nuevas tendencias hacia la privatización del sistema de enjuiciamiento criminal. En este sentido, la reforma chilena puede ser vista como el último recurso o esfuerzo en la búsqueda de soluciones colectivas para el conflicto social penal en el contexto de una sociedad neoliberal en la cual el Estado parece ser sólo artífice de su propia autodestrucción.