

# **La Corrupción y el Sistema de Justicia**

**Por Felipe Marín Verdugo\***

## **I. Presentación:**

En nuestra región, el problema de la corrupción de los sistemas de justicia contribuye fuertemente a poner en una situación aún más precaria a nuestras ya vapuleadas instituciones democráticas. Frente a los casos de corrupción de los órganos políticos, administrativos o de otras esferas de la acción estatal, los ciudadanos esperamos una respuesta de las instituciones democráticas. Podemos perder la confianza en el funcionario corrupto, eventualmente en un órgano estatal determinado, pero si la respuesta institucional existe, no necesariamente perdemos la confianza en el sistema completo. Por excelencia, aunque paralelamente a otras iniciativas, el encargado de dar esta respuesta será nuestro sistema de justicia. Él es el que da la última palabra y constituye nuestra última barrera de protección contra el abuso. Si este sistema institucional, que está a cargo de procesar y resolver los conflictos sociales más relevantes, dentro de los cuales se encuentra claramente la corrupción, actúa también corruptamente, ya se pierde toda esperanza ciudadana frente a la fuerza de la impunidad. En definitiva, no hay Estado de Derecho (por lo menos respecto de los poderosos) y la democracia es percibida sólo como un velo de legitimidad formal para justificar abusos.

Por esto, sin minimizar la importancia de luchar contra la corrupción en las demás agencias estatales, el tema de la corrupción en el sistema de justicia es estratégicamente clave. Un sistema de justicia que no puede hacerse cargo eficientemente de los casos de corrupción o que es, él mismo, objeto de corrupción, se convierte en un factor de inestabilidad social que limita las posibilidades de desarrollo de nuestros países. En este trabajo, entonces, se pretende exponer algunas de las ideas que explican, por lo menos en parte, las razones que han facilitado en nuestro continente que nuestros sistemas de justicia no hayan logrado ser un verdadero aporte en el trabajo contra la corrupción.

Para precisar el ámbito de este trabajo, es necesario hacer algunas acotaciones previas. En primer lugar, sólo se analizará el sistema de justicia desde el punto de vista de uno de sus subsistemas, el de la justicia criminal, que es el encargado de resolver los delitos relacionados con la corrupción. En segundo lugar, dentro del subsistema de justicia criminal, se pondrá énfasis en uno de sus actores: el Poder Judicial. Son los jueces quienes toman decisiones finales en el sistema de justicia y, por lo mismo, son el factor decisivo al momento de dar respuesta a los casos de corrupción. Esto no significa que las descripciones y críticas realizadas respecto de ellos no sean también aplicables a otros órganos del sistema de justicia, como el Ministerio Público. Por último, el Poder Judicial será analizado desde una doble perspectiva: como órgano institucional a cargo de resolver los conflictos que suscita la corrupción (delitos) y como objeto de corrupción.

---

\* Consultor del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile.

## **II. El Poder Judicial como órgano de control de la corrupción.**

Los sistemas judiciales de nuestros países, especialmente en el área criminal, han estado en la última década sujetos a un fuerte proceso de reforma. El sistema heredado por nosotros de la colonia española (sistema inquisitivo) presentaba problemas desde diversas perspectivas, en particular respecto de la incompatibilidad de su diseño con los sistemas republicanos democráticos, su bajo respeto por los derechos individuales y su falta de eficiencia para enfrentar el fenómeno delictivo. Este último aspecto es el relevante respecto de la corrupción. Nuestros sistemas tradicionales no estaban diseñados para actuar eficientemente en la persecución de los delitos y, menos aún, para aquellos que, como la corrupción, presentan características que los hacen especialmente difíciles y complejos de esclarecer. Esta falta de eficiencia, entre otras razones, es la que ha llevado a nuestra región a involucrarse en este proceso reformista. Algunas de las causas de la falta de eficiencia del sistema tradicional y las propuestas planteadas para superarla se exponen en lo que sigue.

### **1. Concentración de funciones:**

El sistema heredado por nuestros países se caracterizó por concentrar diversas funciones en un solo actor del proceso (el juez), quien debía, al mismo tiempo, cumplir la función de dirigir la investigación de los delitos y controlar que esa investigación se hiciera conforme a la ley<sup>1</sup>. En algunos casos, como en el chileno, esta concentración de funciones era aún mayor: el juez dirigía la investigación, controlaba su legalidad, acusaba y luego estaba a cargo del juzgamiento.

Aunque en principio parezca sorprendente, esta concentración de poder es una de las causas de la baja capacidad que tenía el sistema de justicia para perseguir delitos eficientemente. Tendemos a pensar que si tenemos más poder, podemos hacer con menos trabas lo que queremos. Sin embargo, como se explicará a continuación, en la práctica esto no funcionaba de esta manera.

Los jueces en materia penal están organizados en lo que podríamos denominar “clave de garantía”. Esto significa que, debido a su función de “juzgar”, los jueces deben estar dotados de ciertas características que los hagan independientes e imparciales en orden a tener un proceso legítimo. En otras palabras, como los jueces son los que deciden, les exigimos que nos den ciertas garantías. Esto lleva a que, en un sistema en que los jueces también están a cargo de investigar, pero que deben mantener al mismo tiempo sus características de juez (incluso en el sistema inquisitivo), la investigación se haga extremadamente rígida, lenta y burocrática.

Aquí hay algunos ejemplos de la ineficiencia estructural asociada al juez investigador. Por la “clave de garantía”, los jueces son nombrados a cargo de un territorio jurisdiccional determinado sobre el cual ejercen su competencia (juez natural), evitando de esta manera la existencia de comisiones especiales formadas sólo para juzgar a determinadas personas por

---

<sup>1</sup> Los jueces que agrupan estas funciones son denominados tradicionalmente como “juez instructor” o “juez de instrucción”.

determinados delitos. Este arraigo en un territorio determinado implica también que los jueces son esencialmente sedentarios y que cualquier actuación que deban realizar fuera de su territorio sea hecha con la autorización o a través del juez encargado de ese otro sector. Así, como ocurría en el caso chileno, si un juez investigador pretendía realizar una diligencia de investigación en una zona fuera de su competencia territorial, debía, antes que todo, enviar un “exhorto” al juez del lugar donde se realizaría la actuación, solicitándole que éste último la ejecutara. El exhorto era un documento escrito que se enviaba por correo y que debía contar con las firmas y formas que la ley mandaba. De acuerdo a su importancia, el juez que lo recibía podía darle cumplimiento rápido o demorarlo de acuerdo a sus propias necesidades. A su vez, ese otro juez no contaba con el conocimiento del caso para poder realizar la gestión eficientemente frente a cualquier cambio de escenario. Imaginemos que en este mismo caso se requería de cierta experiencia especial, por ejemplo, en un sofisticado caso de tráfico de drogas. Las reglas de competencia, de sedentariedad y territorialidad no harían posible contar para este caso en particular con el juez investigador con mayor experiencia en el país, pues el juez del territorio donde se cometió el delito es el único habilitado para llevar el caso. Imaginemos ahora que en este mismo caso complejo parecía conveniente contar con más de un investigador. Las mismas reglas de competencia y territorialidad no posibilitarían formar equipos de trabajo porque sólo puede haber un juez a cargo de cada caso y no equipos de jueces.

En definitiva, esta forma de organización en “clave de garantía” atenta contra una investigación eficiente porque las características de un buen investigador son exactamente las contrarias a las de un buen juez. Dicho en palabras de Vargas, “las características que hacen a un buen juez son la serenidad, la ponderación, la capacidad de reflexionar y de no actuar precipitadamente, en fin, lo que más vagamente llamamos ser justo (...) las características que pedimos reúna un buen investigador son bastante distintas: debe ser una persona ágil, dinámica, con mucha capacidad de trabajo en equipo, para adoptar resoluciones rápidas y actuar en escenarios diversos”<sup>2</sup>.

Como se puede apreciar, un sistema como el que heredamos de la colonia no está correctamente preparado para realizar una investigación eficiente, y menos cuando se trata de investigar delitos complejos, como generalmente es el caso de la corrupción. Todo cambio cosmético que pretendiera hacerse sobre él para mejorar esta situación llevaría a empeorar otra: cada paso dado hacía convertir al juez en mejor investigador, nos aleja dos pasos de la posibilidad de tener un buen juez. Se trata de una dinámica en que la única alternativa de resultado es perder algo.

La pregunta, entonces, fue cómo tener un mejor juez y, al mismo tiempo, un mejor investigador. La respuesta, que ha llevado a las consecuentes reformas en nuestro continente, es la del modelo de Ministerio Público investigador. Según este diseño, se separan las facultades de investigar y de controlar la legalidad de la investigación en dos órganos distintos. Los jueces, por una parte, recuperan su labor estrictamente jurisdiccional: resolver conflictos. Son ellos los que controlan que la investigación se realice de acuerdo a la legalidad. El Ministerio Público, por otra, investiga los hechos constitutivos de delito y

---

<sup>2</sup> Vargas, Juan Enrique, “La contribución de la Reforma Procesal Penal en la lucha contra la corrupción”, documento inédito en poder del autor, pág. 3.

sustenta la acción penal en juicio. Los jueces, por ser quienes deciden, se organizan en “clave de garantía”. Los fiscales del Ministerio Público, por ser quienes investigan, se organizan en “clave de eficiencia”. No se menoscaba ningún valor del sistema cuando, frente a un caso complejo, el Ministerio Público decide llevar a su mejor experto a la región más remota del país y ponerlo al mando de un grupo de fiscales investigadores especialmente reunido para el efecto. El juez que estará a cargo de velar por el correcto desarrollo de esa investigación será aquel que la ley haya determinado con anterioridad, cumpliendo con los requisitos de sedentariedad, territorialidad y competencia. El juez puede ser juez y el investigador puede ser investigador.

Apoyar y sustentar la incorporación del Ministerio Público investigador en las reformas de los procesos penales en nuestra región constituye, entonces, una necesidad para potenciar la capacidad investigativa del sistema y, por consiguiente, para combatir cualquier forma delictiva, incluida la corrupción. Sin embargo, no basta con la incorporación del modelo.

En primer lugar, es necesario, además, desterrar la cultura inquisitiva en la forma de investigar. Si el nuevo Ministerio Público replica las formalidades y burocracia del antiguo sistema, no se gana en eficiencia. Así parece estar ocurriendo en la región. Según el segundo estudio de seguimiento de los procesos de reforma en América Latina realizado por CEJA durante el año 2002, “los informes de los diversos países muestran una tendencia general que se traduce en una limitada capacidad de innovación de los Ministerios Públicos en relación con sus nuevas facultades. La tendencia generalizada parece ser la de reproducir los métodos de trabajo del sistema inquisitivo. Esto significa, básicamente, que el trabajo se asigna de modo individual a cada fiscal de acuerdo con algún mecanismo de turno o territorial, que cada fiscal toma autónomamente las decisiones en cada caso, y que su método de trabajo consiste en la acumulación de información en un expediente relativamente formalizado y rutinizado en cuanto a la secuencia de trámites con los que se va completando”<sup>3</sup>.

En segundo lugar, el modelo de Ministerio Público investigador debe mantener el principio de acuerdo al cual los “jueces deciden” y el Ministerio Público “investiga y acusa”, sin confundir funciones. Este es el diseño que permite potenciar paralelamente la función de investigar y la de controlar. Cuando en algunos modelos reformados en nuestra región hacia el Ministerio Público investigador se le entregan funciones jurisdiccionales a los fiscales, como por ejemplo la facultad de decretar la prisión preventiva o cualquier otra decisión que importe vulnerar derechos individuales, se está volviendo a fallas del antiguo sistema, pero con disfraz de reforma. No queremos que el juez sea investigador y tampoco queremos que el fiscal sea juez. El problema de entregar funciones jurisdiccionales a los fiscales no consiste tanto en el riesgo de afectar la “investigación eficiente”, sino que principalmente en no tener un “control eficiente” respecto de decisiones que afectan garantías individuales. La facultad que permite a los fiscales tomar estas decisiones evidentemente debilita el control que se puede tener sobre ellas (no hay control si éste no lo

---

<sup>3</sup> Riego, Cristián, “Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina: Segundo Informe Comparativo”, en revista Sistemas Judiciales, año III, N°5, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), versión revisada 2003, pág. 38.

realiza un tercero) y, como ya sabemos, la falta de control es un gran incentivo para la arbitrariedad y, finalmente, para la corrupción.

## 2. Flexibilidad institucional.

Como ya se ha dicho, una de las características del Poder Judicial es su organización en “clave de garantía”. Esto lleva a la garantía del Juez Natural, a la sedentariedad, reglas estrictas de competencia e imparcialidad. Esto lleva también a una falta de flexibilidad en el uso de sus distintos recursos. El Poder Judicial no puede disponer que sus integrantes sean trasladados rápidamente de un lugar a otro (generalmente se requieren varias autorizaciones, incluso de otros órganos estatales), no puede formar equipos, ni modificar competencias sin previa reforma legal. Así, por ejemplo, el Poder Judicial no podría, al menos sin previa autorización legislativa, crear jueces con competencia exclusiva en delitos de corrupción.

En cambio, el Ministerio Público tiene esta flexibilidad. Al no tener que cumplir con los estándares de garantía del Poder Judicial, puede ser diseñado de una manera que permita su rápida adecuación a las diversas realidades que presente el delito. Si en un área determinada del país se producen más delitos, el Ministerio Público puede designar ahí a más fiscales. Si en esa área se producen más delitos sólo en ciertas épocas del año (imaginémonos un balneario popular en temporada alta), puede trasladar personal a ese lugar sólo por el periodo necesario. Si, como en el caso del Ministerio Público chileno, se entiende que algunos delitos son particularmente relevantes para la sociedad, se pueden formar equipos especiales de fiscales que se dediquen exclusivamente a esos temas independientemente del lugar del país en que ocurran. Si se requieren habilidades distintas para las diferentes etapas de un proceso penal, se puede nombrar fiscales para estar a cargo de cada una de esas etapas: un fiscal puede estar a cargo de la dirección de la investigación, otro a cargo de llevar el caso a juicio y otro a cargo de alegar los recursos ante las Cortes superiores. Con todo esto no se está planteando que una u otra de las opciones planteadas sea la mejor dentro de las disponibles, sino sólo se intenta graficar las inmensas posibilidades de gestión que puede tener el Ministerio Público con sus recursos en comparación con el Poder Judicial.

## 3. Relación con la policía.

Un segundo problema para la investigación eficiente de los delitos es el relativo a la dirección del trabajo de la policía. Tanto en el sistema inquisitivo (juez instructor) como en el sistema de Ministerio Público investigador, la agencia estatal encargada de ejecutar materialmente la investigación es la policía. En ambos modelos, los jueces o fiscales dirigen la investigación, pero no la ejecutan directamente.

Para que una investigación policial sea efectiva, debe poder traducirse en condenas dictadas por el órgano judicial. Sin embargo, no es extraño encontrarse con casos que están “policialmente resueltos”, pero que no tienen mérito suficiente para obtener condenas en un tribunal. Esto se debe, entre otras cosas, a la falta de guía, comunicación y coordinación

entre la policía y el encargado de dirigir la investigación. La policía no sabe cuáles son los estándares exigidos en un tribunal para obtener un resultado positivo.

Para lograr que una investigación policial sea judicialmente exitosa se requiere de un órgano que guíe de cerca el actuar policial. Se trata de un ente que viva en ambos mundos: el policial y el judicial. Se debe tratar de una institución que conozca de la investigación y del derecho. Un traductor que convierta la investigación policial al lenguaje judicial y viceversa.

Esta tarea de dirección del accionar policial es incompatible con la labor jurisdiccional, principalmente debido a que ésta guía requiere de un trabajo “coordinado hacia un objetivo común (con la policía), lo que no es posible que suceda con los jueces, pues la función de éstos no es la de reprimir el delito, sino la de hacer justicia. Un juez ha cumplido tan bien su misión cuando condena a un culpable como cuando absuelve a un inocente. Sin embargo, en esta última situación, como decíamos, tanto los policías como los fiscales han fracasado”<sup>4</sup>.

En los sistemas de juez instructor, existe una notable falta de dirección del trabajo policial. Los jueces, al intentar ser jueces, no se sienten parte de esa labor, por lo que sus intervenciones en ella por regla general son menores (salvo, quizás, algunos casos emblemáticos). La policía, por lo tanto, no cuenta con una guía para que su trabajo investigativo sea eficiente jurídicamente. Esto podía tener dos conclusiones diferentes: el producto de la investigación policial era desechado judicialmente, por ejemplo, por haber sido obtenida ilegalmente, o era admitida en la instancia judicial, dándole la señal a la policía de que no era necesario que realizara su actividad legalmente. En cualquiera de las dos conclusiones estamos frente a un problema: en uno, de falta de eficiencia, y en otro, de violación de garantías.

En cambio, en los sistemas de Ministerio Público investigador, los fiscales sí pueden y deben tener un mismo objetivo que la policía: ambos son órganos persecutores. Los policías son las manos del fiscal en la calle o, visto desde la perspectiva de la policía, los fiscales son la cara de la policía en los tribunales de justicia. Ambos son complementarios.

Vargas ve también la necesidad de tener al Ministerio Público a cargo de la dirección de la investigación cuando señala que “Es la ausencia del Ministerio Público, integrado por Fiscales que puedan hacer de bisagras entre el mundo policial y el judicial, de traductores entre el lenguaje de los policías y el complejo idioma del derecho, lo que explica en buena medida esta disociación (...) resultará más difícil (con la intervención de los fiscales) que se presenten casos que para la policía estén absolutamente aclarados y que para los tribunales resulten no probados”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Vargas, Juan Enrique, “La contribución de la Reforma Procesal Penal en la lucha contra la corrupción”, documento inédito en poder del autor, pág. 3.

<sup>5</sup> Idem.

De esta manera, la reforma en nuestra región para instalar el Ministerio Público investigador, constituye otro impulso correcto para tener investigaciones más dinámicas y eficientes, dotando al aparato estatal de mejores herramientas para combatir los delitos en general, y la corrupción en particular, aunque, nuevamente, este objetivo sólo es posible si el Ministerio Público es implementado de una forma que incentive el trabajo dinámico y cercano a la policía en lugar del tradicional trabajo formal y burocrático del sistema inquisitivo.

### **III. El Poder Judicial como ente corruptible.**

Así como una correcta definición del rol del Poder Judicial dentro del sistema puede ayudar a lograr una mejor persecución de los delitos, un correcto diseño de la forma en que se realizan los procesos judiciales y se organiza este poder estatal puede ayudar a limitar la posibilidad que se cometan actos de corrupción en su interior.

Las noticias sobre actos de corrupción dentro de los sistemas de justicia de nuestros países son cotidianas. Estos involucran a funcionarios de las distintas instituciones del sistema: jueces de instancia, funcionarios administrativos de tribunales, ministros de cortes superiores, fiscales, etc. La percepción de la ciudadanía al respecto es coherente con esa realidad: hay muy poca confianza en las instituciones de la justicia.

Las autoridades, intentando revertir esta situación, han tomado una y otra vez la decisión de hacer “limpiezas” dentro de esos organismos. Hace poco, apareció en los medios de comunicación la noticia sobre uno de estos procesos de limpieza en la Fiscalía de Colombia<sup>6</sup>. Esta limpieza consistió en someter a la prueba del detector de mentiras (polígrafo) a un grupo importante de funcionarios de esa repartición con el objeto de detectar a los poco honestos para “arrancar de raíz el problema de la corrupción”. Un vocero de la fiscalía dijo que “si los resultados de los funcionarios en el polígrafo son graves, ya el fiscal (general) evaluará sobre su continuidad o no”.

Esta ha sido la tónica de las medidas tomadas contra la corrupción. Se han centrado en creer que ella tiene su único origen en sujetos corruptos que lograron colarse dentro de las filas de los órganos jurisdiccionales. Esa sería “la raíz” del problema. Vargas, describiendo esta situación, dice que “los frecuentes problemas éticos y de corrupción que padecen los Poderes Judiciales en Latinoamérica han sido atribuidos exclusivamente a conductas desviadas de sus integrantes. La idea constante es que tenemos Poderes Judiciales corruptos fundamentalmente porque tenemos jueces corruptos”. Así, si éste es el diagnóstico del problema, parece que lo más razonable es concentrar nuestros esfuerzos en detectar y excluir a los jueces corruptos, para reemplazarlos por buenos jueces moralmente idóneos para desempeñar tan relevante función. Lamentablemente, esto no ha funcionado. Con el tiempo, los nuevos jueces, intachables y limpios, han vuelto una y otra vez a funcionar en la misma dinámica corrupta. Después de una y otra limpieza, en diversas

---

<sup>6</sup> “Fiscalía de Colombia: Funcionarios judiciales fallan en la prueba del polígrafo”, diario El Mercurio, Chile, 13 de abril 2004, pág. A4. Fuente: BBC edición en español.

escalas, sigue habiendo corrupción. Y, aunque este es el resultado observable, “no ha llevado a ningún replanteamiento serio y profundo de las estrategias de reforma que les dieron inicio”<sup>7</sup>.

Que esta estrategia no haya tenido buenos resultados, no implica que haya que abandonar la alternativa de expulsar a los jueces corruptos, pero sí nos debe hacer ver que ése no es el mecanismo idóneo para enfrentar correctamente el problema, por lo menos cuando se usa como la única o principal forma de combatirla.

El elemento de esta política que impide enfrentar de manera adecuada este conflicto se encuentra en la premisa sobre la cual se funda el diagnóstico: el problema está en los jueces. Jueces corruptos, sistemas judiciales corruptos. En otras palabras, el problema está en los actores, sin tomar en consideración otro factor en extremo relevante y decisivo: el escenario en que esos actores desarrollan sus papeles. Entonces, tras décadas de intentos fallidos, o con éxitos parciales sólo de corto plazo, se ha propuesto cambiar de punto de vista: hay que poner atención en el escenario.

Los sistemas, sean los que sean, están orientados a obtener ciertas metas o productos esperados. Cuando se diseña un sistema, éste debe ser estructurado de manera tal que el factor humano tenga la menor incidencia posible en esos resultados esperados. En otras palabras, una buena institución es aquella que, a pesar de las personas, puede lograr un funcionamiento mínimo adecuado. Así se logra estabilidad. El factor humano puede hacer que la institución logre resultados excelentes o mediocres, pero siempre sobre la línea mínima de flotación. La falta de estabilidad en nuestro continente tiene como causa, entre otras cosas, que nuestras instituciones no son fuertes por sí mismas, si no que dependen muy significativamente en las personas de turno que estén a cargo. Todo buen diseño de una institución debe estar construido sobre la base de que personas corrientes –con ciertos requisitos mínimos dentro del área requerida- puedan lograr los objetivos perseguidos por la institución. Y, para que ello ocurra, los incentivos deben estar bien puestos.

El asunto es que la estructura de los sistemas de justicia de nuestro continente tiene un diseño que genera incentivos negativos. Frente a esto, hemos reaccionado excluyendo a algunas personas, sin cambiar el diseño que las incentivó o facilitó actuar contra los fines del sistema.

Los jueces son personas corrientes, seres humanos con habilidades que, cualquier persona normal, podría haber obtenido si hubiese asistido a una escuela de derecho y hubiese optado por la carrera judicial. No son Dioses, ni sujetos especialmente dotados. El sistema, por lo tanto, no puede diseñarse sobre la base de que sus integrantes sean moral o técnicamente excepcionales. Son, como todos nosotros, personas que reaccionan a su entorno. Es en este entorno sobre el cual hay que fijar la atención para “conducir a personas

---

<sup>7</sup> Vargas, Juan Enrique, “Poder Judicial, Políticas Judiciales y Corrupción”, texto presentado en la Novena Conferencia Mundial Anti-Corrupción, Durban, Sudáfrica, octubre 1999. Publicado como documento de trabajo del Departamento Legal del Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, febrero 2000, pág. 2.



con habilidades y valores normales (a que) maximicen sus potenciales”<sup>8</sup> de forma armónica con los objetivos propuestos por el sistema.

## 1. Los malos incentivos en la labor jurisdiccional.

La forma en que nuestros procesos jurisdiccionales están diseñados facilita o, por lo menos no dificulta, la realización de actos de corrupción en su interior. En nuestra región, el intento por modificar esta situación se ha materializado en las reformas que implican cambiar nuestro tradicional sistema inquisitivo por uno de corte acusatorio, el que presenta, como se verá, un diseño que pone incentivos contra la corrupción<sup>9</sup>. A continuación se exponen algunos de los defectos del antiguo sistema en relación con la corrupción, los cambios propuestos por la reforma y algunas consideraciones sobre el efecto que han tenido en la práctica.

### 1.1. Secreto y escrituración.

Nuestros poderes judiciales se han caracterizado por su poca transparencia. Existe en su interior la cultura del secreto. Esta cultura está directamente ligada a la forma en que los mismos procedimientos están diseñados. Procedimientos escritos, con etapas secretas para las partes, poco contradictorios y con resoluciones poco fundamentadas dan un muy amplio espacio de discrecionalidad a los jueces. El control que puedan tener de las Cortes Superiores no ayuda mucho, ya que funcionan en la misma lógica. Hoy sabemos que la oscuridad, la falta de rendición de cuentas, es el mejor caldo de cultivo para la corrupción.

La escrituración es aquí uno de los elementos más temibles. La escrituración permite aumentar el secreto: ya sea porque la misma ley lo dispone (basta con guardar el expediente) o porque un juez quiere entorpecer el conocimiento del proceso a alguna de las partes (es común en los tribunales escuchar de un funcionario que no encontró el expediente y que “por favor, vuelva mañana”). Los escritos presentados por las partes pueden “perdersé”. No hay un contacto directo de los jueces con los abogados ni con las personas en juicio. De hecho, es la escrituración la que permite también que los jueces no sean quienes realmente estén a cargo de los juicios, pues las partes no pueden controlar quién es el que está tomando realmente las decisiones. Es común, en la práctica de los sistemas escritos, que los jueces deleguen su función en funcionarios administrativos del tribunal, con lo que se abre una nueva veta para la corrupción.

---

<sup>8</sup> Vargas, Juan Enrique, ídem.

<sup>9</sup> Así lo expone Riego cuando habla de algunos de los fines perseguidos por el proceso de reformas: “Es claro que uno de los principales propósitos de las reformas fue el de superar uno de los aspectos más criticados de los sistemas inquisitivos como era la existencia de un método de trabajo altamente burocratizado y al que se atribuían gran parte de los problemas de ineficacia del sistema así como una marcada tendencia a la corrupción”. Ver Cristián Riego, “Seguimiento de los Procesos de Reforma en América Latina: Segundo Informe Comparativo”, en revista *Sistemas Judiciales*, año III, N°5, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), versión revisada 2003, pág. 37

La oralidad, entonces, se ha transformado en una de las herramientas para dar transparencia al sistema y, por lo mismo, para dar incentivos para actuar correctamente. La oralidad permite que los demás actores del sistema controlen directamente qué es lo que hacen los jueces y que ellos personalmente lo estén haciendo. Permite el control horizontal entre todos los que intervienen: el juez controla a los abogados, los abogados al juez, los abogados entre ellos, los clientes a los abogados, el público a todos ellos. Todos presentes en la misma audiencia pueden presenciar y, por ende, controlar el actuar del resto. Esto, evidentemente, implica que el sistema oral, por audiencias, debe tener carácter público, que es justamente lo que un sistema escrito no permite (niveles altos de publicidad y control).

En nuestro continente, por lo menos en el sistema de justicia criminal, se ha avanzado en el último tiempo hacia sistemas con juicios orales. Siendo esta la etapa central del proceso, implica un gran avance en transparencia. Sin embargo, la falta aún en la mayoría de nuestros países de un sistema de audiencias orales y públicas incorporadas también en la etapa de investigación o instrucción, hace que se mantenga un manto oscuro sobre buena parte del procedimiento, favoreciendo actos corruptos. Incluso, en varios casos de países latinoamericanos que han incluido la oralidad durante la etapa de instrucción, ésta se ha visto degradada y se encuentra virtualmente “en vías de desaparecer del todo. Sólo en los casos de Chile y de El Salvador, las audiencias orales en la etapa de preparación se han tendido a consolidar como una característica central de los nuevos sistemas”<sup>10</sup>.

La falta de audiencias orales y públicas durante la etapa de investigación mantiene vivos algunos malos incentivos del antiguo sistema. En esta parte, queda aún pendiente una mejora en el diseño del sistema. Según Riego, “Desde el punto de vista de los usuarios, el sistema sigue siendo masivamente oscuro, las decisiones siguen siendo lejanas y su percepción del sistema judicial no cambia sustancialmente porque unos pocos juicios (orales y públicos) tengan lugar. La experiencia diaria con el sistema sigue siendo muy similar a la que se tenía con el sistema antiguo. Pareciera que, si es que se quiere que efectivamente el sistema cambie su cara frente al público, es necesario que su lógica de funcionamiento se altere de modo radical, que en el funcionamiento normal del sistema se perciba su carácter abierto y transparente, para lo cual parece necesario hacer vigentes los principios de oralidad y publicidad en las actuaciones de los jueces de garantía o de control que son los que manejan los conflictos más cotidianos”<sup>11</sup>.

## 1.2. Concentración de funciones.

Así como la concentración de funciones es disfuncional con una eficiente persecución de los delitos, también es disfuncional con incentivos correctos para evitar actos de corrupción por parte de los jueces. Concentrar funciones es concentrar poder, y mucho poder en una misma persona es, per se, fuente de posibles arbitrariedades. Entre la arbitrariedad y la corrupción, no hay muchos pasos de distancia. Esto es especialmente peligroso cuando las funciones que se concentran en el juez son las de investigar y controlar esa misma actividad. En definitiva, no hay nadie quien controle. Tenemos aquí

---

<sup>10</sup> Riego, Cristián, ob. cit., pág. 42.

<sup>11</sup> Idem.

uno de los peores escenarios: concentración de poder y falta de control. Dos malos incentivos.

El sistema de Ministerio Público investigador, propio del sistema acusatorio, ha pretendido con las reformas resolver este problema. Como ya se dijo, se separan las funciones en dos órganos distintos, dejando a los jueces su función natural de resolver conflictos jurídicos y, al Ministerio Público, la de investigar.

Lamentablemente, este proceso de reforma no ha sido muy exitoso, tanto por problemas de diseño normativo, como por problemas de implementación. El sentido de separar las funciones, entre otras cosas, es el de poder facilitar el control recíproco entre los intervinientes, especialmente el control del juez respecto de la actividad del fiscal y de todos respecto del juez. Pero para realizar el control eficientemente, se requiere de oralidad (la audiencia es el escenario ideal). Sin embargo, como se señaló, en muchos de nuestros países se mantuvo una etapa de investigación escrita (sin audiencias orales y públicas) y en muchos otros que dispusieron audiencias orales, principalmente por problemas de implementación posterior a la reforma legal, “el sistema tiende a seguir funcionando sobre la base de audiencias que sólo existen en el papel, porque, a veces, no comparece el fiscal, en otras, el defensor y en otras, el juez. El hecho de que no sean públicas (las audiencias) permite acuerdos tácitos entre los funcionarios para su validación a pesar de estos graves defectos”<sup>12</sup>.

### 1.3. Delegación de funciones.

En nuestra región, los jueces no gozan de legitimidad democrática, como ocurre en otros lugares del mundo. Su elección como jueces proviene del cumplimiento de ciertos requisitos técnicos y no de la elección popular. Los jueces, por lo tanto, están legitimados porque tienen una preparación para realizar su función.

Cada vez que un juez delega su función en un empleado de su tribunal, aunque la ley lo permita, está dejando patente que algo está funcionando mal. El sistema inquisitivo permitía la delegación de funciones y era usada en la práctica de forma habitual. La escrituración de los procedimientos facilitaba esta actuación: todo era hecho por el funcionario y, luego, en el mejor de los casos, revisado por el juez o sólo firmado por él.

El problema de esto es que la delegación de funciones ha sido una de las mayores fuentes de arbitrariedad y corrupción en nuestros sistemas de justicia. Un funcionario no preparado ni legitimado para actuar se encuentra con un poder significativo para tomar decisiones importantes sin tener, al mismo tiempo, los grados de responsabilidad ni control del que formalmente debiera tomar tales decisiones.

Una de las vías usadas por la reforma para terminar con la delegación es la oralidad. Como ya se ha indicado, no puede haber una audiencia oral y pública sin que los demás intervinientes dejen de controlar que el juez personalmente se encuentre dirigiendo la

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 41.

audiencia. Sin embargo, no todos los países de la región han modificado la forma de llevar la etapa de instrucción y, la mayoría de los que lo han hecho, no han logrado implantar la oralidad y la publicidad.

Otra de las vías usadas ha sido la de separar las funciones jurisdiccionales de las administrativas. Así, los funcionarios sólo debieran estar dedicados a tareas administrativas y los jueces a resolver conflictos. Sin embargo, esto sólo tiene posibilidades de una aplicación real cuando las decisiones judiciales son tomadas en audiencias orales y públicas, ya que es la única forma de controlar que efectivamente se esté respetando tal división.

#### 1.4. La desconfianza en los jueces.

Nuestro sistema legal ha estado vinculado desde la colonia a la tradición Europeo Continental. De ella se nos transfirió el diseño institucional provocado por su desconfianza en los jueces luego de la revolución francesa. Uno de los productos de esta desconfianza se tradujo en el efecto relativo de las sentencias, según el cual, cada vez que un juez dicta una sentencia, lo hace sólo con efecto respecto de las partes de ese juicio en particular. Esto, evidentemente, se opone al efecto que se les da a las sentencias en el sistema del Common Law, donde existe el precedente vinculante u obligatorio.

El efecto relativo de las sentencias tiene algunas consecuencias perjudiciales en la función jurisdiccional. Además de hacer perder a los jueces el sentido general que tiene su función en la comunidad, no ayuda a hacer las sentencias predecibles. Cada juez puede tener una interpretación distinta de la ley y, aunque los tribunales superiores hayan ejercido su rol de uniformar criterios a través de la casación, los inferiores no quedan obligados por esos criterios.

La predictibilidad de las sentencias tiene varias externalidades positivas, entre las cuales se encuentran la seguridad jurídica y la posibilidad de evitar arbitrariedades. El espacio que queda abierto cada vez que un juez falla casos con hechos análogos de manera distinta puede dar paso a la arbitrariedad y, también, a la corrupción. Si un juez puede fallar un caso de una forma y, tiempo después, con hechos análogos, fallar de una forma distinta, no se facilita el control respecto de las razones de ese cambio. Si a esto, según Vargas, “se une la común ausencia de fundamentos en las sentencias judiciales, tenemos que en los hechos los jueces pueden fallar los asuntos sin mayores restricciones según sea su parecer en cada caso concreto. Ello, obviamente, se transforma en fuente de grandes arbitrariedades”<sup>13</sup>.

Respecto de esto, el proceso de reforma no ha planteado ningún cambio. Si se ha hecho, por lo menos en el caso chileno, un mayor control en la fundamentación de las sentencias, lo que ha derivado en que una cantidad importante de los juicios orales anulados a través del recurso de nulidad lo haya sido por la falta en la sentencia definitiva de una “exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por

---

<sup>13</sup> Vargas, Juan Enrique, ob. cit., pág. 16.

probados (...) y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones”<sup>14</sup>.

#### **IV. Ideas finales**

El proceso de reformas generalizado al que han estado sometidos nuestros sistemas de justicia, especialmente en lo relativo al subsistema de justicia criminal, pasando de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, constituye un paso adelante para transparentar nuestros sistemas y hacerlos más eficientes en la persecución de los delitos, ambas cuestiones positivas a la hora de enfrentar el problema de la corrupción.

Sin embargo, los cambios positivos de diseño no pueden quedar sólo sobre el papel. Uno de los defectos de nuestros procesos de reforma, y esto no es sólo aplicable a los cambios del sistema de justicia criminal, sino que en general respecto de todas nuestras políticas públicas, es la falta de seguimiento sobre su implementación concreta. No basta con aprobar las leyes para que los cambios se produzcan. Es necesario realizar evaluaciones permanentes, monitorear el cumplimiento de los objetivos, detectar las fallas concretas de funcionamiento y proponer los ajustes necesarios. Para Riego, prácticamente en todos los países de la región “es posible observar una dinámica similar de acuerdo con la cual, una vez concluido el proceso de aprobación legislativa de los nuevos sistemas procesales, el debate acerca del proceso de reforma tiende a perder dinamismo y, en consecuencia, el efecto de control que este debate cumplía se aminora, dejando espacio para un decaimiento de los esfuerzos de implementación”<sup>15</sup> y, por esta razón, “aspectos tan importantes como la capacitación de nuevos actores, la gestión de los órganos del sistema, la gestión del propio proceso de reforma y, en general, la capacidad de identificar y resolver problemas nuevos o no previstos, ha resultado deficitaria”<sup>16</sup>. Nuestro próximo desafío consiste, entonces, en identificar los problemas de implementación en nuestros países y “a partir de allí será posible la generación de una agenda regional que convoque a los actores a un proceso de análisis de los problemas y, sobre todo, de identificación y proposición de respuestas”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal chileno.

<sup>15</sup> Riego, Cristián, ob. cit., pág. 36.

<sup>16</sup> Ibidem, pág. 37.

<sup>17</sup> Idem.