

Hay muchas razones para calificar al actual proceso de reformas a nuestro sistema de justicia criminal como profundamente innovador. Sin dudas las que han sido más destacadas, y objeto de los análisis más acabados, son las que se refieren a los cambios sustantivos que se propone introducir y a la forma cómo estos impactan en el desenvolvimiento de la institucionalidad política del país. En otros términos, la discusión se ha centrado en las ventajas e inconvenientes de sustituir un modelo de justicia penal inquisitivo y escrito por uno acusatorio y oral y en las consecuencias que apareja la “redistribución del poder” político que éste último implica, dada la creación de nuevos órganos, como el Ministerio Público, y el cercenamiento de las facultades investigativas que hoy poseen, al menos en teoría, los tribunales.

Pero hay otras perspectivas o contribuciones que estas iniciativas entregan que no han sido objeto de similar atención. La primera de ellas dice relación con la forma de gestar y llevar adelante el propio proceso de reforma, que ha sido en muchos conceptos inédito. El sector judicial tradicionalmente se ha caracterizado por su casi inmutabilidad, donde los escasos cambios que ha experimentado han obedecido a necesidades y estrategias de corto plazo, habiendo sido ideados y llevados a cabo fundamentalmente por abogados y, las más de las veces, en función de sus propios intereses. Tales transformaciones, por lo demás, han sido escasamente participativas y con un muy reducido o nulo impacto público. En este contexto emerge una reforma con pretensiones refundacionales, sostenida en apoyos que exceden con mucho al gremio de abogados e incluso al propio estado -debe recordarse que su génesis fue obra de instituciones privadas- y que ha alcanzado una fuerte presencia en los medios de comunicación social.

La segunda contribución relevante de este proceso de reforma que no ha sido siempre destacada reside en la incorporación en ella de objetivos de corte eficientistas y la utilización de un conjunto de instrumentos tecnocráticos en su diseño. Tales objetivos se relacionan con una mejor utilización de los recursos asignados al sistema, no debiendo entonces confundirse con una mayor eficacia en la fase represiva del mismo, que es sólo uno de los factores a tomar en cuenta.

Son precisamente estas dos características nuevas las que convierten a este proceso de reforma en una auténtica intervención con perspectiva de política pública. Pero, en lo que sigue nos concentraremos tan sólo en el segundo de los aspectos apuntados y, especialmente, sobre la congruencia que ellos tienen con la forma como la teoría económica explica el comportamiento humano y lo modela. Trataremos entonces de explicitar ciertos criterios que aunque no siempre se hayan formalizado así han estado tras esta reforma desde sus inicios. Específicamente, veremos cómo –en términos generales- la reforma reconoce el principio económico básico de la escasez, al establecer lo que genéricamente se conoce como el principio de oportunidad,

---

\* Abogado y Magister en Gestión y Políticas Públicas. Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Revista Apuntes de Derecho - Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales

abandonado el de legalidad que hoy nos rige. Nos referiremos a los incentivos diseñados para que haya interés en que este nuevo principio opere en la práctica. Analizaremos luego la forma cómo se ha justificado es más eficiente invertir en el nuevo modelo que en el antiguo. Apreciaremos también la mejor conceptualización del tipo de bien que es la justicia criminal: bien público o privado. Para, finalmente, analizar los cambios organizacionales que acompañan a la reforma. No nos podremos referir a otras modificaciones que ella integra, a las cuales también se les puede dar una lectura económica, como la competencia entre órganos o la mayor publicidad y transparencia, para no extender excesivamente este artículo.

La perspectiva asumida creemos no sólo permite dar cuenta con mayor claridad de algunos de los objetivos perseguidos con los cambios, sino también explica la razón de que ellos hayan concitado apoyos en sectores que tradicionalmente no le han asignado mayor importancia al sistema judicial, para quienes invertir en justicia es casi como botar la plata.

Parece conveniente comenzar este análisis precisamente a partir de dicha idea. Ella da cuenta de un principio básico en la economía, aquél denominado de la escasez, que implica el reconocimiento de que ante necesidades ilimitadas sólo contamos con recursos restringidos. Ello obliga a utilizar con eficiencia y racionalidad tales recursos, destinándolos a su mejor uso alternativo. Sólo entendiendo tal noción básica es posible comprender la del costo de oportunidad del dinero. Es decir, que la decisión de invertir recursos para algo importa privarnos de invertir esos mismos recursos para otro uso. Tal situación, obvia en nuestra vida cotidiana, reiteradamente parecemos olvidarla cuando se trata del fisco. El estado, al igual que nosotros, debe decidir en qué gasta cada peso adicional con que cuenta entre una multitud de usos alternativos. Podrá destinarlo a educación, a salud o a... justicia, dependiendo de en cuál sector tal peso extra genera la máxima rentabilidad o, en otros términos, de donde se le da el mejor uso alternativo a tales recursos.

El principio de la escasez nos obliga entonces, de partida, a reconocer que lamentablemente no estamos en condiciones de satisfacer todas nuestras necesidades, por lo que tenemos que priorizar y escoger de entre ellas a las más importantes y urgentes. Ello lo tenemos claro en materias como la de la vivienda, donde sabemos que con recursos fiscales no podemos construirle una casa a todo el mundo o, al menos, no podemos darle una casa que tenga más allá de ciertas dimensiones mínimas. Otro tanto sucede con la educación e incluso la salud, quizás los dos sectores de mayor relevancia social. Sabemos que no tenemos recursos públicos como para financiarle gratuitamente todos sus estudios a todas las personas, al igual como no podemos poner a disposición de todos ellos los últimos adelantos médicos y a veces ni siquiera lo que podrían ser los estándares mínimos en la disciplina. Tal realidad es válida tanto para un estado grande como para un pequeño, para uno eficiente como para uno negligente. El umbral podrá ser diferente, habiendo entonces distintas concepciones para definirlo, pero igual existe uno y ello es siempre necesario tenerlo presente.

Sin embargo, en el derecho, y particularmente en el derecho penal, una idea tan elemental como esa ha sido permanentemente desconocida e, incluso, combatida. Choca frontalmente contra ella el llamado principio de legalidad, en torno al cual se estructura actualmente el sistema procesal penal, según el cual el estado se compromete a investigar y sancionar todos los delitos que se cometen en el país. Ello no puede sino ser una simple declaración, desprovista de cualquier

Revista Apuntes de Derecho - Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales

posibilidad práctica de materializarse, ante la escasez de recursos a que ya nos hemos referido. Lo irreal de esta declaración se comprueba al apreciar las múltiples válvulas de escape que hoy operan en el sistema con carácter informal, es decir sin una reglamentación precisa y, lo que es más grave, sin mecanismos que permitan controlar públicamente su utilización.

No sólo la restricción presupuestaria impide llevar a la práctica esta declaración, sino también el reconocimiento de que no siempre la solución penal es la más adecuada frente a un conflicto. La bondad de una solución, en términos económicos, no puede medirse solamente en función de los beneficios que ella aparece, sino debe hacérselo en términos netos, es decir descontándole a aquellos beneficios los costos que significa implementarla. Así, por ejemplo, el beneficio social de castigar a un delincuente (el efecto intimidatorio sobre él y el resto de la sociedad, más el inhabilitador si es condenado a prisión) debe ponderarse con los costos en que hay que incurrir para ello (no sólo los costos fiscales de investigación y condena, sino los que debe incurrir la víctima e incluso el propio inculcado y su familia). Así, por ejemplo, los beneficios netos para la sociedad de una condena penal pueden ser claros tratándose de un delito grave o de un delincuente peligroso, pero ellos bien pueden ser negativos en el caso de un delincuente primerizo que comete un delito menor. Por lo tanto, lo racional en esos casos es contar con otras soluciones.

Congruentemente con la imposibilidad e inconveniencia de dar respuesta judicial a todos los delitos, el nuevo sistema que se ha propuesto en forma explícita reconoce una serie de salidas para poner término anticipado a los procesos. Tales salidas tienen como característica estar pormenorizadamente reguladas tanto respecto a sus requisitos como a sus efectos y, lo más importante, sobre los medios con los que se puede impugnar, existiendo siempre la posibilidad de reclamar de ellas, ya sea internamente dentro de la jerarquía del Ministerio Público o bien ante el Juez de Garantías. Expresamente se contempla que en algunas de ellas basta la voluntad contraria de la víctima para que el Ministerio Público se vea obligado a seguir adelante con la investigación.

Algunas de estas salidas tienen por fundamento la ausencia de información suficiente para realizar la pesquisa, como el archivo provisional de los antecedentes o el sobreseimiento. Otras, en la escasa importancia del hecho, como el principio de oportunidad en sentido estricto, o en el carácter primerizo del involucrado, como en la suspensión condicional del procedimiento. Los acuerdos reparatorios, que también ponen término al proceso, se justifican en la preeminencia del interés de la víctima sobre el estatal de castigar, en determinados tipos de delitos como los patrimoniales, cuando tal interés de la víctima es adecuadamente satisfecho por el inculcado. Finalmente, también existe la posibilidad de que el proceso aunque termine con una sentencia no lo haga a través del sistema normal del juicio oral ante un panel de jueces. Se trata del procedimiento abreviado que opera previo acuerdo del inculcado y del reconocimiento por parte de éste de los hechos en que se funda la acusación.

Para extraer los mayores beneficios de este catálogo de salidas alternativas, se ha buscado que sean adoptadas en la fase más inicial del proceso en que ello sea posible, evitándose incurrir en gastos innecesarios. Se obvia así el problema actual en que, para aparentar que todas las causas se investigan, mecánicamente se despachan órdenes de investigar en todas ellas y “se hace”

Revista Apuntes de Derecho - Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales

como que se pesquisarán, para sólo mucho más tarde, concluido el sumario, proceder a su sobreseimiento que es, por lo demás, la forma normal de término hoy en día de las causas. Para lograr ello se hace necesario jugar con otro factor muy afín a la economía: el sistema de incentivos. Se ha diseñado un conjunto de ellos que permiten motivar a las partes para acceder a cada una de estas salidas. Así el Ministerio Público tendrá interés en decretar el archivo provisional de las causas dadas las exigencias y plazos que existen para que responda frente a su demanda de trabajo. La víctima mirará con buenos ojos un acuerdo reparatorio en la medida que satisfaga adecuadamente los daños que le ocasionó el delito. Finalmente, el inculcado querrá renunciar al juicio e ir al procedimiento abreviado en la medida que obtiene un “premio” cierto en términos de calificación del hecho o de magnitud de la condena, frente al riesgo que importa el juicio.

Finalmente, se ha buscado que estas salidas no sólo pongan término a los procesos en forma rápida, a diferencia de lo que decíamos hoy en día sucede, sino que también incorporen algún tipo de respuesta frente al delito que tenga efectos intimidatorios. Así, por ejemplo, en la suspensión se le imponen una serie de condiciones al inculcado que favorecen su resocialización y se establece que en el caso de cometer un nuevo delito será juzgado tanto por éste como por aquél en que operó la suspensión. Otro tanto sucede en los acuerdos reparatorios y en el procedimiento abreviado. Medidas de tal naturaleza son imposibles en el caso del archivo provisional y en el principio de oportunidad, situaciones en que generalmente no alcanza siquiera a haber un inculcado. Pero aún en ellas, el nuevo sistema se preocupa de que la víctima al menos se encuentre informada respecto a lo que sucedió con su denuncia, situación inexistente hoy en día.

Por otra parte, la noción de costo de oportunidad nos obliga a justificar no sólo que es bueno y conveniente invertir en justicia, sino algo que es mucho más difícil aún: debemos justificar que invertir en justicia es mejor que invertir en salud, educación o vivienda. ¿Con qué parámetros se puede tomar una decisión de tal naturaleza? No hay dudas de que se trata de decisiones en última instancia políticas, no es para otra cosa que elegimos a nuestros gobernantes, pero también es cierto que hoy en día existen instrumentos o metodologías que sin alcanzar necesariamente una exactitud científica en sus conclusiones, permiten reducir el margen de discrecionalidad y facilitar así la toma de decisiones mejor informadas y, por ende, más certeras. Tales instrumentos y metodologías se utilizan desde hace tiempo para evaluar las inversiones públicas en casi todas las áreas, pero, hasta la fecha, en la de la justicia no existe un desarrollo suficiente que permita su utilización. Ello significa que las inversiones en ella se encuentran en franca inferioridad al momento de competir con otras. Resulta evidente que los puros argumentos sobre su conveniencia no tienen el mismo peso, a los ojos de un Ministro de Hacienda que es ajeno al tema, que estudios claros respecto a su rentabilidad.

Incluso ya no en competencia con otros sectores del quehacer estatal, sino internamente dentro del sistema judicial, debemos poseer argumentos suficientes para justificar que se inviertan los mayores recursos que importa la reforma en el sistema nuevo y no en el antiguo, pues alguien bien puede levantar la hipótesis de que el sistema antiguo podría ser tanto o más eficiente que el nuevo, siempre y cuando contara con los recursos y las dotaciones que se han presupuestado para éste. Tal es por lo demás la tesis que tradicionalmente se ha sostenido desde el medio jurídico

Revista Apuntes de Derecho - Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales

nacional: nuestro sistema procesal es bueno pero no cuenta con recursos suficientes para desempeñarse adecuadamente, por lo que lo único que necesita son más recursos para más tribunales, más personal y mejores remuneraciones. Tal estrategia de “más de lo mismo” es la que combate la reforma, sosteniendo que los problemas actuales no se deben sólo a falta de recursos, sino a un diseño institucional y a una definición de roles inadecuados. Pero, nuevamente, ¿estamos en condiciones de demostrar esto?

En este nivel la reforma procesal penal hace una contribución decisiva para el avance de las políticas públicas en el área, al haberse desarrollado en su apoyo un estudio de costo-beneficio.<sup>1</sup> Tal estudio mide la productividad esperada tanto del sistema nuevo como del antiguo en el supuesto que ambos funcionaran con idéntico presupuesto. Para tal efecto se calcularon los recursos que requerirá el nuevo sistema, para luego ver qué sucedería si esos mismos recursos, que son mayores a los actuales, se destinaran a mejorar al sistema vigente. En otros términos, el estudio arroja información sobre cuál destino de los nuevos recursos que se ha decidido invertir en justicia es más eficiente: en el sistema viejo o en el que se propone.

Para los efectos del estudio se dividió la reforma en cuatro temas. El Tema 1 se dedica a la racionalización de los recursos en la investigación de los delitos, en donde se analizan las implicancias de reconocer la existencia de restricciones técnicas y presupuestarias en la investigación de los delitos. En el Tema 2 se estudia el impacto de la introducción del procedimiento abreviado al sistema de justicia criminal, específicamente en cuanto evita que ciertas causas lleguen a juicio. El Tema 3 está dedicado a la producción de justicia y el costo promedio de ella en ambos sistemas, analizando el impacto económico de la distinta cantidad de “soluciones” que entregan ambos sistemas. Finalmente, en el Tema 4 se estudian las consecuencias de la racionalización en el uso de la privación de libertad, dadas las alternativas que el nuevo sistema contempla a la prisión preventiva y los nuevos límites que para ella impone.

Entre las conclusiones que arrojó el citado estudio se encuentra que, en cifras del año 1992, el nuevo sistema de justicia criminal es un 24% más barato que el sistema vigente, dado que el costo promedio de un delito investigado en el actual sistema es de U\$ 721 y de U\$ 548 en el nuevo. En términos agregados, el costo total (sumados costos públicos y privados) de investigar adecuadamente la misma cantidad de delitos es de U\$ 119 millones en el sistema nuevo y de U\$ 339 millones en el antiguo, comprobándose así la mayor eficiencia del primero.

Siguiendo con nuestra mirada económica a la reforma, ella también avanza al acotar el carácter público del bien justicia criminal. En términos económicos, la provisión estatal de un bien se justifica cuando éste, una vez generado, beneficia indistinta y al mismo tiempo a todos o a una parte importante de los sujetos de la comunidad, no existiendo formas para excluir de tal beneficio a determinados sujetos. Tales son los llamados bienes públicos, como el farol que ilumina una calle, ante los cuales los particulares carecen de incentivos para manifestar su disposición a pagar por ellos, pues esperan que otro lo haga para igual beneficiarse, como hemos dicho, con él. Ese problema, que técnicamente se denomina del free rider o del polizón, lleva, si se quiere contar con una provisión óptima del bien, a que sea el estado el que deba encargarse de ello. Es posible sostener que en tal situación se encuentran la mayoría de las causas criminales,

Revista Apuntes de Derecho - Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales

en que no sólo la víctima del delito, sino toda la sociedad, están interesados en el castigo al culpable. Siendo así, se justifica que sea el ministerio público el que, en forma gratuita e independientemente de la voluntad de la víctima, tome a su cargo la investigación. Pero hay delitos en que el interés privado en su castigo es muy superior al público, no justificándose la existencia de un acción pública ni la intervención de los fiscales. En tal categoría se encuentran los delitos de acción privada, consagrados ya en nuestro sistema actual, pero que la reforma amplía incluyendo entre ellos a delitos como el giro doloso de cheques, que anteriormente eran de acción pública.

Finalmente, parte importante de las ganancias en términos de eficiencia que se esperan con la reforma provienen de una muy distinta organización y gestión de los tribunales penales. La reforma sustituye la organización casi feudal de los tribunales actuales en que cada uno tiene su propio territorio de competencia, cuenta con su lugar físico de trabajo y sus propios tribunales. Se persigue en el futuro aprovechar economías de escala en la producción de la justicia, agrupando los tribunales en grandes unidades que con mayor flexibilidad pueden repartirse el trabajo en su interior, en donde se evite la repetición de funciones similares (por ejemplo, habrá un mesón de entrada para un conjunto de jueces) y pasa a ser económicamente viable colocar a cargo de la gestión de cada tribunal a un administrador con formación profesional para ello. Esta es una de las modificaciones más importantes, pues separa definitivamente las funciones jurisdiccionales, que quedan en manos de los jueces, de las administrativas, a cargo del administrador, desapareciendo así la figura innecesaria del secretario del tribunal.

Tanto el Ministerio Público como la nueva organización de defensa pública que se crean han sido estructuradas también con criterios modernos de gestión, lo que permitirá contar con entidades livianas y desburocratizadas. Incluso se ha propuesto que el régimen laboral de los miembros de estas organizaciones sea el de los empleados privados y, en el caso de la defensa, que parte sustantiva de los fondos públicos destinados al efecto sean ejecutados por estudios jurídicos privados.

En todo el diseño organizacional de las instituciones que intervienen en la reforma ha sido determinante la intervención de expertos en gestión de universidades y empresas consultoras, además del apoyo en técnicas novedosas, como lo fue el software de simulación que permite predecir, en tiempos reales, el comportamiento de los distintos engranajes del nuevo sistema ante diversos escenarios.

La ventaja de contar con este instrumento es que, definidos políticamente los estándares mínimos en cuanto cobertura, tiempo y calidad que se le pedirán al nuevo sistema, deben entonces aceptarse los datos que con toda certeza entrega este modelo de simulación respecto al número de fiscales, jueces y defensores y sus respectivos funcionarios, que se requieren para obtenerlos. Tal antecedente, unido a los diseños organizacionales y al análisis de costo-beneficio, son herramientas de gran poder en la negociación con el Ministerio de Hacienda para el financiamiento de los cambios. Igualmente útiles son en la discusión parlamentaria, pues ellos permiten apreciar, también con precisión, los efectos que en términos de eficiencia y de costos tendrían las distintas modificaciones que se van proponiendo a los proyectos, las que anteriormente se aceptaban o rechazaban sin medirse sus consecuencias.