

Modernización del Estado y de la sociedad chilena. El caso de la reforma de la justicia penal en Chile(*)

Loreto Hoecker

Presentación

El proceso de modernización del Estado y la sociedad chilena experimentado en las últimas décadas en nuestro país, ha traído consigo transformaciones del sistema judicial; dentro de estos cambios debemos destacar la reforma del sistema de enjuiciamiento penal. Se trata de un proceso de gran significación en tanto constituye una readecuación del marco que regula las relaciones del Estado y los ciudadanos en el plano del resguardo de los valores considerados prioritarios y del uso de la fuerza legítima frente a las transgresiones de la ley. Dichas normas y su vigencia afectan la vida cotidiana de las personas y, en la medida que logran instalarse ampliamente, tienen un impacto social y cultural de largo alcance, “naturalizando” la realidad que el derecho hace operante; es decir, actúan como un mecanismo de producción y reproducción del poder.

Las características de las transformaciones modernizadoras del Estado, que resultan de los procesos experimentados en el país como expresión particular de los cambios sociales implicados en la globalización, se revelan claramente en el transcurso de la reforma de la justicia penal. En la determinación de los cambios de esta

(*) El presente artículo y los que siguen recogen parte de las intervenciones y debates desarrollados en las 8 sesiones del taller “Modernización de la justicia en Chile. El caso de la reforma procesal penal”, efectuado en el marco de las actividades del Núcleo de Estudios sobre Control Social y Reforma Procesal Penal de la Escuela de Sociología de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, entre agosto 2003 y mayo 2004. La realización del mencionado taller contó con un invitado en cada sesión y un equipo estable conformado por profesores, egresados y alumnos de las escuelas de derecho, antropología y sociología de esta universidad. Participaron como invitados: Eduardo Sepúlveda, abogado y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile; Andrés Domínguez, abogado y Asesor de la Dirección de la Policía de Investigaciones; Marcos Lizama, abogado jefe del Departamento Jurídico de Gendarmería de Chile; Roberto Celedón, abogado defensor de causas Mapuches en la IX Región; Pablo Andueza, abogado y antropólogo, profesor y coordinador de la Maestría en Psicología Jurídica de la Universidad de Valparaíso; Gonzalo Berríos, abogado jefe de gabinete del Defensor Nacional y Luis Emilio Rojas, Coordinador División Nacional Atención de víctimas y testigos del Ministerio Público. El equipo estable contó con la participación de los profesores Luis Campos, antropólogo; Francisco Vergara, antropólogo; Fernando Escobar, abogado; Mauricio Salinas, abogado; Svenka Arensburg, psicóloga, Alejandro Tsukame, sociólogo y Loreto Hoecker, socióloga. También participaron de manera estable los sociólogos Marco Antonio Cevallos y Nicolás Gómez; los egresados de esta misma escuela, Javier Agüero, Juan Pablo Espinoza, Graciela Díaz y Pamela Quezada; el egresado de antropología, Sebastián Ramírez; y los alumnos ayudantes Pablo Acuña y Jorge Bozo. La autora agradece especialmente la colaboración del egresado de sociología Javier Agüero, quien aportó valioso material recogido para la tesis de grado que está realizando.

estructura del Estado —crucial en su función simbólica respecto de la regulación de los conflictos y el uso de la violencia legítima—, junto al Ejecutivo (ministerio de Justicia), Legislativo (por tanto, los partidos políticos), Ministerio Público, Defensoría, y Corte Suprema (los órganos del Estado atingentes a este proceso), están incorporados de manera directa ciertos sectores de influencia provenientes de grupos e instituciones privadas, no sólo en el inicio de las innovaciones sino en todo el proceso de seguimiento, evaluación e impulso de reajustes al modelo.

La instalación de la definición que el sistema penal estaba en crisis dio inicio a un proceso de reforma del sistema de enjuiciamiento criminal que tensiona el campo jurídico en una disputa por definir la orientación y concreción de las transformaciones y cuyos resultados son relevantes respecto de la sociedad que se construye a través de estos cambios. Dicha reforma se ha aplicado de manera paulatina en el país a partir del año 2000; la Región Metropolitana es la última zona en entrar en este proceso de cambios, a partir de mediados del año 2005, lo que significa incorporar un significativo porcentaje de la población afectada por el sistema¹.

Dada su relevancia entregamos a través de este artículo una visión sinóptica de la reforma y algunas reflexiones respecto del significado del proceso en curso, que constituye una pieza crucial en la modernización del control social y la política criminal, así como algunos problemas que inciden en su desarrollo y posibles resultados.

Antecedentes. La gestación del proceso de reforma, confluencias y divergencias

El sistema judicial constituyó uno de los ámbitos del Estado que no fue sometido al proceso general de modernización que afectó a otras de sus áreas en el gobierno militar. A partir del proceso de transición democrática, la modernización del Estado tomó nuevos bríos y esta vez se incorporó la justicia como uno de sus objetivos. Entre otros cambios, se requería modernizar el sistema penal introduciendo las garantías procesales contempladas en los tratados internacionales; cuestión imprescindible al modelo de desarrollo implementado en el país y su proyección en un mundo globalizado.²

Impulsar la reforma implicaba una tarea de gran envergadura, no sólo por las instituciones involucradas sino también por el peso de la larga tradición jurídica y

1 En el año 2002 las denuncias que registra Carabineros en la Región Metropolitana representan el 37% del total del país; y en el mismo año el sistema penitenciario de la Región Metropolitana atendía el 34,8% del total de la población penal. Fuentes: INE, Anuario de estadísticas policiales, Carabineros de Chile, 2002; y Gendarmería de Chile, Compendio estadístico, 2002.

2 “...el crecimiento de nuestra economía, y su constante tendencia a la liberalización abierta y competitiva, ha dejado en claro el obstáculo que representa para este modelo las debilidades institucionales; fundamentalmente, las trabas que implica un sistema judicial lento y antiguo, el que es visto como el principal culpable de la inestabilidad en las relaciones jurídicas, y por ende del aumento en los costos de transacción. En segundo lugar, el desarrollo económico supone la incorporación de nuevos actores a la vida económica formal de los países, los que al mismo tiempo realizan demandas judiciales que el sistema, tal como es entendido hoy, es incapaz de satisfacer”. Vargas, Juan Enrique, en “Política Judicial en Chile”, *Cuadernos de Análisis jurídico* N° 2, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1992.

cultural de corte inquisitivo existente en la sociedad chilena desde su conformación como república.

Herencia de la colonización española, el sistema inquisitivo vigente en el país desconoce las garantías procesales modernas. Toda la estructura del sistema relacional involucrado en el enjuiciamiento criminal inquisitivo refleja principalmente una lógica acorde al Estado Absoluto en que tal sistema tuvo origen, enmarcando en concordancia las interacciones y el sentido de ellas. “En este sistema el interés represivo del Estado se encuentra por sobre los derechos de los individuos” ... “El sistema inquisitivo se caracteriza por la centralidad de una etapa de investigación secreta, realizada por el juez de instrucción, en donde la defensa queda casi totalmente fuera del proceso. Es entonces en la investigación y no en el juicio en donde se generan las pruebas y se toman las decisiones que finalmente van a condenar o absolver al acusado”.³ La concentración de las funciones de investigar, juzgar y sancionar en la sola figura del juez —lo que pone en cuestión la imparcialidad del juzgamiento— y el secreto de toda la investigación, así como la carencia de un sistema de defensoría eficaz y el carácter discriminatorio del sistema, dejan al inculpado —especialmente a quienes tienen menos recursos— en una situación de plena desventaja; unido a ello su carácter escriturado y la propia orientación hacia un objetivo de confirmación de la norma jurídica, más que de resolución del conflicto planteado entre las partes, que supone investigar obligatoriamente toda trasgresión a las leyes penales, se traducen en un sistema no sólo injusto sino también recargado, lento, costoso, ineficaz, poco transparente y a menudo corrupto. “Como resultado de las muchas tareas que debe cumplir el juez, y el enorme aumento de casos desde que asume como tal, los sistemas latinoamericanos han construido ciertas prácticas de facto que les han permitido seguir funcionando. Estas prácticas aparecen en su medida como contrarias a la ley; no obstante se encuentran tan arraigadas en los procedimientos que parecen formar parte integrante del sistema, son conocidos y utilizados por las autoridades, así como por los demás órganos del Estado: una de estas prácticas es la delegación de funciones en los empleados subalternos del tribunal”.⁴ Asimismo la víctima de los delitos en el sistema inquisitivo se encontraba en una situación desmejorada; la acción penal la excluía, ubicándola en una función subalterna y pasiva, “sin un catálogo de derechos”, siendo objeto de desinterés y/o maltrato y abuso funcionario (es lo que se le conoce como victimización secundaria).

Frente a este sistema de enjuiciamiento inquisitivo se propuso transformarlo para hacerlo más eficiente y resguardar las garantías procesales. Estas constituyen definiciones fundamentales de la constitución moderna de ciudadanía, debiendo regular la aplicación de la justicia criminal en términos que reconozcan la autonomía y libertad de los sujetos, particularmente frente a la capacidad restrictiva y punitiva de dicha institución; definiciones implicadas en la concepción liberal democrática del Estado, sobre cuya base se fundamentan jurídica, ideológica y políticamente tanto los derechos y la responsabilidad social y legal de las personas frente al mismo, como la restricción de tales derechos y libertades y punición de

3 Riego, Cristián. *La Reforma Procesal Penal en Chile*, Escuela de Derecho UDP, Santiago 1998.

4 Riego, Cristián, *ibidem*.

las trasgresiones, en determinadas circunstancias y a través de determinados procedimientos.

Entre estas garantías resulta primordial el llamado principio de presunción de inocencia: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”⁵. Se trata de una cuestión fundamental en la desigual relación entre el ciudadano y los poderosos recursos del Estado, inexistente en el sistema inquisitivo. Este principio tiene un conjunto de connotaciones para quienes son sometidos a un proceso penal y trae consigo una serie de consecuencias jurídicas que le protegen; entre ellas, es destacable la exigencia de ser tratado como inocente, es decir, reduciendo las limitaciones o detrimentos de sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines de la investigación judicial. En tanto teórica y empíricamente está demostrado el carácter selectivo y discriminatorio del sistema penal, la vigencia de tal principio tendría implicancias significativas para los grupos que ocupan posiciones sociales desventajosas. Es decir, se relaciona directamente con la construcción de una sociedad más o menos democrática.

Las garantías también presuponen la aplicación de una serie de principios y mecanismos respecto del enjuiciamiento penal que apuntan a su mayor transparencia y a una mayor igualación de las distintas partes en conflicto. Así, el principio *del derecho a un juicio previo y público*⁶. La *publicidad de todo el proceso penal* es considerada una garantía fundamental consagrada en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que “constituye un fuerte control para el respeto de todos los derechos establecidos en la Carta Fundamental”⁷. En relación a la publicidad es central la oralidad de los juicios como forma de comunicación rápida, directa y menos expuesta a la manipulación y dilación (por contraposición a la modalidad escriturada del sistema inquisitivo). El carácter público y oral del juicio apunta a transparentar el ejercicio de la justicia y por tanto a dotarle de legitimidad ante la ciudadanía. Por otro lado, el juicio debe tener un carácter contradictorio y concentrado, es decir debe contar con la presencia permanente de todos los actores involucrados, pudiendo examinar y contraexaminar las pruebas rendidas en el juicio, teniendo cada uno la posibilidad de presentar directamente sus argumentos y pruebas y recusar la de sus adversarios, sin posibilidad de mediaciones o delegaciones que favorezcan las presiones y corrupción, resolviendo directamente en el juicio mismo sin postergaciones y dilaciones.

De este modo los fundamentos del cambio del sistema de enjuiciamiento criminal implicarían un derecho sustentado sobre nuevas bases, acorde al ideal moderno de autonomía de las personas y orientado a limitar el ejercicio de la capacidad punitiva del Estado. La reforma supondría una transformación de la estructura relacional que organiza las interacciones sociales entre los distintos participantes en el pro-

5 Artículo 11, párrafo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

6 La culpabilidad debe ser acreditada en un juicio, es decir, la determinación de la culpabilidad o inocencia mediante un tribunal imparcial que aprecia las pruebas y la defensa; muy al contrario de la práctica mediática en que la condena pública deriva inmediatamente de la información policial-mediática.

7 Riego, Cristián: “El proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos”, Aspectos Jurídicos, Cuadernos de Análisis Jurídico, Volumen I, Serie de Publicaciones Especiales, N° 4, Diciembre 1994, U. Diego Portales.

ceso de enjuiciamiento penal y del significado y orientación de la acción social que allí se desarrolla.

El peso de la cultura inquisitiva en las instituciones de justicia y en la sociedad chilena, en que tampoco ha habido históricamente un desarrollo pleno de la noción de ciudadano con derechos frente a la intervención punitiva del Estado, al menos en lo relativo al control del delito, implicaba que su cambio requeriría la gestación de un acuerdo que abarcara un amplio espectro socio-político y cultural.

El sistema de enjuiciamiento existente empieza a ser transformado a partir del año 2000, al iniciarse la aplicación de la reforma procesal penal en Chile. Este resulta de la confluencia (conflicto y negociación de por medio), de grupos y sectores de diverso origen y orientaciones jurídico/políticas, los que concordaron en un diagnóstico que daba cuenta de las graves falencias del sistema de enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo existente en el país, en su necesidad de reforma, en los contenidos de tal reforma —traducidos en un nuevo modelo del sistema de enjuiciamiento criminal—, en sus objetivos —estructurar un sistema garantista y eficiente en la persecución penal—, y en la manera de llevarla a efecto.⁸

Este proceso de reforma y su modelo no es original de nuestro país sino es expresión de un movimiento que recorre América Latina, desarrollándose al mismo tiempo en varios países; es el caso de El Salvador, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela. El marco más amplio en que adquiere sentido esta transformación está constituido por los procesos de democratización en el subcontinente. “El saldo en materia de violación a los derechos humanos que dejaron las dictaduras en la región, ha propugnado la necesidad de replantearse los mecanismos internos de control a la actividad del Estado y sustancialmente al papel que se le otorga al poder judicial para desenvolverse en la materia”... “Otro factor importante al momento de entender la reforma como un proceso no específico, sino más bien transversal a América Latina, ha sido la unificación de criterios en torno a las materias jurídicas. A este respecto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha desarrollado un trabajo esencial. Fruto del trabajo de los académicos de este instituto, se ha logrado traer a nuestros países visiones modernas acerca del proceso penal, y han llegado a consenso en materias como los Códigos Procesal Civil y Penal modelos para Ibero-América. Finalmente, uno de los factores relevantes en el impulso a estas reformas debe adjudicarse a las entidades internacionales (USAID, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, la Unión Europea entre otras). Estas han manifestado un creciente interés por involucrarse en el desarrollo que la justicia ha tenido en América Latina. Una tarea en común que han desarrollado todos estos organismos ha sido fortalecer los esfuerzos específicos de cada país por oralizar los procesos penales”.⁹

En nuestro país la iniciativa reformista estuvo ligada por un lado a sectores vinculados a la defensa de los derechos humanos en el período del gobierno militar

8 Ver: Riego, C. *La Reforma Procesal Penal en Chile*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1998.

9 Vargas, Juan Enrique. *La reforma a la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1998.

y a otras instituciones y actores vinculados al proceso de democratización en curso, los que plantearon la necesidad de hacer congruente el sistema de enjuiciamiento vigente con el conjunto de normas internacionales en materia de derechos humanos incorporadas al ordenamiento jurídico chileno. “Estas normas se presentan incompatibles con el sistema penal vigente, por lo que se hace necesario adecuar las leyes para dar cumplimiento a los compromisos internacionales. Además los abusos en materia de derechos humanos practicados durante el régimen militar dejaron al descubierto delitos como la tortura, la prisión sin juicio, y otros que hasta ese momento no eran considerados como prioridades políticas”¹⁰. Un grupo de ONG, junto a algunos grupos académicos y jueces, desarrollaron una crítica del sistema judicial y expresaron su preocupación por la violación sistemática de las garantías procesales en el ámbito penal, afectando fuertemente a la consabida clientela del sistema, vale decir, los sectores más pobres y estigmatizados de la sociedad. Algunos de ellos se planteaban en un marco más amplio; en el convencimiento que en una sociedad democrática las mayores amenazas a los derechos ciudadanos pueden provenir del sistema penal, así como de su carácter selectivo y discriminatorio —cuestión corroborada ampliamente por la información empírica—, plantearon la necesidad de reducir la respuesta penal, preferenciando respuestas no punitivas a los conflictos y dejando a este sólo para las situaciones más graves (mínima *ratio*). Estos planteamientos minimalistas se introdujeron al debate reformista desde sus inicios¹¹. Se desarrolló una fuerte crítica a la ausencia de un sistema de defensa idóneo para quienes carecen de recursos que les permitan acceder privadamente a un abogado y a la ineficacia del sistema público de defensoría, al carácter inquisitivo del sistema —con todas sus implicancias, en especial la ausencia del principio de inocencia— y a su ineficacia, traducido en el uso generalizado de la prisión preventiva, con largos períodos de encarcelamiento, muchas veces injustificados, en una gran cantidad

10 Vargas, Juan Enrique, op. cit.

11 Estos planteamientos y la relevancia atribuida a las garantías procesales desde la perspectiva de los defensores de los derechos humanos, se inscriben en el debate acerca del Derecho penal como uno de los instrumentos de la política criminal (en nuestra sociedad, el instrumento central). El “minimalismo” ha puesto en cuestión su carácter punitivo y discriminatorio, proponiendo otras formas de resolución de los conflictos que aborda el derecho penal; sin embargo reconociendo el carácter esencialmente punitivo del Estado, más aun en el contexto social y político actual en que la centralidad del castigo es un dato de la realidad, lo que se propone es asegurar las garantías que significan una regulación y limitación de esta potestad del Estado. Como dice Juan Bustos: “... de lo que se trata es de impedir que la pena se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana (...) Si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello el tejido social. La alternativa no es nunca otra pena o una pena diferente, sino la no existencia de la pena; pero mientras ello no sea posible, la legitimación y la fundamentación de la pena sólo pueden provenir desde su limitación, esto es profundizando las garantías (materiales y formales) para la libertad y la dignidad de la persona humana” (Ver *Prevención y teoría de la pena*, Ferrajoli, Luigi y Bustos Ramírez, Juan. Santiago, Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1995). O como dice L. Ferrajoli: “la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos sino también los injustos castigos” (Ver Ferrajoli, Luigi. “El Derecho Penal Mínimo”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, 1992).

de juicios que no llegaban a resultados, así como al uso abusivo de la detención policial y de las sanciones carcelarias.¹²

Otro grupo interesado en modernizar dicho sistema provino de quienes estaban planteando la necesidad de transformar el aparato de control a fin de hacerlo más eficiente. Vinculados históricamente al gobierno militar, su concurrencia al impulso del proceso de reforma procesal penal estuvo asociado principalmente a su preocupación por la “inseguridad ciudadana” y su diagnóstico en el sentido que ello obedecía a la incapacidad del sistema para prevenir policialmente el delito y para darle eficacia a la persecución penal, permitiendo una alta tasa de impunidad. El sistema inquisitivo existente resultaba anacrónico, ineficiente y costoso.

Por otro lado, dentro del interés gubernamental por modernizar el Estado haciéndolo más eficiente y eficaz en el marco de una sociedad democrática, también encontraba acogida la preocupación por la ineficacia del sistema penal y el malgasto de recursos, así como por la falta de garantías en el procedimiento penal y el retraso normativo respecto de las exigencias del derecho internacional, concordando, por tanto, en la necesidad de reformar la justicia criminal. De este modo el Ministerio de Justicia convocó a un amplio grupo de “expertos” que constituyeron la comisión que dio origen al acuerdo de un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, el que fue sometido al Congreso y transformado en un conjunto de leyes, luego de lo cual se concordó la asignación de recursos para la nueva institucionalidad.

La reforma se inició como resultado de la confluencia y negociación de estas distintas tendencias y actores nacionales e internacionales, procediéndose a su instalación paulatina en las distintas regiones del país, faltando sólo la Región Metropolitana, proceso que se iniciará en el año 2005 y que ya está en preparación.

Los cambios al sistema de instrucción penal significaron una separación de las distintas funciones de investigar y juzgar, además de incorporar al sistema la función de defensoría, lo que implicó la estructuración de una nueva institucionalidad y la reforma orgánica de los tribunales del crimen.¹³ Las normas para el procedimiento reformado se establecen en el nuevo código procesal penal. “La separación de las funciones de investigar y de juzgar pretende que aumente la eficiencia y dinamismo del sistema en razón de la especialización de los fiscales y que los tribunales sean una instancia imparcial al no estar comprometida en el

¹² En el sistema vigente pre reforma, la defensa pública, a cargo de la Corporación de Asistencia Judicial, contaba con escasos recursos, debiendo trabajar con abogados egresados de las escuelas de derecho, los que están obligados a trabajar gratuitamente para el sistema para poder obtener sus títulos. “Esta debilidad del sistema es coherente con la estructura del proceso, puesto que el rol de la defensa aparece como secundario. Durante el sumario el abogado defensor sólo puede apelar a que su defendido sea puesto en libertad o para que se realicen diligencias que podrían favorecerlo en algún momento, y todo esto sin acceso al expediente que por regla general es secreto. Así las cosas, el trabajo del defensor consiste básicamente en responder a la acusación”.

¹³ Ver Vargas, Juan Enrique: “Política judicial en Chile”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 2, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1992; Riego, Cristián: *La reforma Procesal en Chile*. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1998.

éxito o fracaso de la investigación, además de que se realice un juicio transparente, acorde a las garantías del debido proceso”¹⁴.

En cuanto a la función de investigar —en tanto se ha eliminado el sumario judicial—, para la preparación del juicio se crea una nueva institución en el país, el Ministerio Público, cuyos fiscales quedan a cargo de conducir la investigación y recolección de pruebas, con la colaboración de las policías, y deben ejercer la acción penal pública (acusar) cuando sea necesario.

El nuevo código entrega al fiscal una serie de herramientas que flexibilizan sus posibilidades de actuación. Desde luego el reconocimiento del principio de inocencia se traduce en definir la detención preventiva como un recurso extremo, el que es regulado para limitar su uso y se incorpora un abanico de otras medidas precautorias para asegurar la comparecencia del imputado. Por otro lado, el objetivo de limitar el uso del recurso penal para ser utilizado en situaciones más graves, buscando otras salidas al conflicto planteado a la justicia, se une al propósito de racionalizar el procedimiento, lo que lleva a establecer que “no resulta eficiente ni posible investigar y castigar todos los delitos que ocurren en el país”; a partir del principio de oportunidad los fiscales pueden no iniciar una investigación o abandonar una ya iniciada cuando los hechos resulten insignificantes no afectando seriamente el interés público, de forma tal que pueda concentrarse, en los casos de mayor importancia y en los cuales exista mayor probabilidad de tener éxito; asimismo, puede promover acuerdos reparatorios entre las partes; puede, en ciertos casos de delitos menores realizados por imputados primerizos, aplicar la suspensión condicional del proceso. Además, el fiscal tiene alternativas para resoluciones más expeditas a través del procedimiento abreviado, para los casos en los cuales el acusado se declare culpable.

Por otra parte el código establece el derecho de los imputados a contar con defensa durante todas las etapas del procedimiento, establece el principio de inocencia y fija un conjunto de normas que resguardan sus derechos y su indemnidad personal frente a la actuación policial y penitenciaria en el caso de los detenidos. Así, junto al Ministerio Público, se crea la Defensoría Penal, institución que debe cumplir su papel como contrapeso del poder del Estado representado por los fiscales a través de todo el proceso.

Al mismo tiempo se incorpora la participación de la víctima, la que puede oponerse a ciertas decisiones del fiscal (promover una salida del conflicto a través de acuerdos reparatorios, no presentar acusación) y establece que las fiscalías deben cumplir una función de protección y atención de las víctimas.

Asimismo, se crea la figura del Juez de Garantía, quien supervisa la legalidad de los procedimientos durante la fase de la investigación (por tanto la actuación de las policías, de las fiscalías y del sistema penitenciario), lo que implica la creación de los tribunales de garantía. La función de juzgamiento queda a cargo de un tribunal penal compuesto por tres jueces. El juicio será oral y público, reconocien-

14 Ver el nuevo Código Procesal Penal. Resulta muy relevante la fundamentación que precede a la nueva normativa y que da las orientaciones generales para su interpretación, siendo el eje la protección de las garantías y derechos de las personas, víctimas e imputados, objetivos a los cuales deberían supeditarse otras consideraciones.

do con ello un derecho del acusado considerado básico, ante un tribunal que no ha tenido participación en las etapas anteriores, por lo que se espera que sea realmente árbitro entre las partes en conflicto.

Pese a existir consenso en una evaluación positiva del logro de los objetivos de la reforma en la fase de implementación, sin embargo el desarrollo de este proceso de modernización es aún incierto; se trata de un campo en disputa y, en términos sistémicos, esta incertidumbre es especialmente cierta respecto de sus objetivos garantistas.

Como dice Binder, el sistema penal puede ser entendido como el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y del castigo estatal.¹⁵ Dicho sistema está constituido por tres momentos: creación de las normas penales (momento legislativo), aplicación (policías y tribunales, cuya actuación es definida normativamente por el derecho procesal penal) y ejecución (sistema penitenciario). Asimismo, el sistema penal no sólo está constituido por las normas jurídico-penales. Existe un nivel distinto que implica definiciones de orden filosófico, político, ético y socio-cultural, y ciertos supuestos respecto al problema del delito y su posible control; definiciones que configuran la política criminal, es decir, la estrategia del Estado para enfrentar el delito, dentro de la cual el sistema penal es una pieza central (control social formal). Política criminal que expresará las luchas, negociaciones políticas, acuerdos y hegemonía de ciertos actores, cuestión propia de todos los procesos de configuración de las políticas del Estado; como resultado de ello, no tendrá una dirección única o un sentido único.

Así, el resultado de esta crucial transformación en el ámbito de las funciones punitivas del Estado se relaciona no solamente con la consagración normativa inicial de los cambios introducidos, sino con toda su implementación y sucesivas readecuaciones, según las evaluaciones de los problemas que se aprecian en su implementación, vinculadas a las diferentes visiones de los distintos actores de la reforma y en relación a su articulación con el conjunto del sistema penal; todo lo cual se relaciona con las diferentes políticas criminales que se pretenden impulsar. Se trata pues de un proceso de transformaciones y no de un solo momento de cambio, el que excede ampliamente la cuestión jurídica propiamente tal, y cuyas implicancias comprometen al conjunto de la sociedad chilena. Vale decir, la reforma procesal requiere ser analizada también en relación al sistema penal del cual es parte y en el contexto socio-cultural y político más amplio en que se da este proceso de modernización del control social.

Las tendencias del control en el marco socio-político y cultural

La preocupación post segunda guerra mundial por los derechos fundamentales de las personas conduce a su incorporación en el derecho internacional; la consagración de las garantías de los ciudadanos frente a la justicia penal y los esfuerzos para promover su expansión es expresión de este proceso más general (la creación del Tribunal Penal Internacional constituye una pieza muy importante de tal proceso). Sin embargo esta tendencia encuentra obstáculos para su desarrollo en la

15 Binder, A. "Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica", en *Reformas Procesales en América Latina*, CPU, Santiago 1993.

presencia en la sociedad de otras tendencias diferentes y contradictorias que acompañan los procesos de modernización de los últimos decenios.

Por un lado, en los países centrales de Europa en que el sistema oral y el conjunto de garantías fueron introducidas hace más de un siglo, la problemática del terrorismo en los años 70', el desarrollo del delito organizado en el contexto de la globalización, la extensión de la problemática de la droga y el incremento de las tasas de delitos, generaron preocupación en la ciudadanía, la que se asociaba a las campañas de inseguridad; en el marco de la precarización y problemática integración social. La inseguridad se instala y las políticas de "ley y orden" encontraron condiciones propicias para ser acogidas. Junto a lo anterior, la actual cuestión del terrorismo derivado del conflicto entre EE.UU e Iraq y la posición de Estados Unidos respecto del Tribunal Internacional, contribuye también a poner en entredicho el desarrollo de la tendencia garantista y la protección de los derechos de las personas a nivel internacional.

Por otro lado en América Latina los gobiernos militares de los años 70, fundados en la Doctrina de la Seguridad Nacional amenazada por el "enemigo interno", suspendieron todas las garantías ciudadanas e instalaron el uso masivo de legislaciones especiales. La ley antiterrorista permanecerá vigente luego de los procesos de democratización de los '90, y su aplicación frente a determinados conflictos transcurrirá de manera paralela a la reforma procesal y a los esfuerzos de restricción de la capacidad punitiva del Estado. Asimismo en los '90, junto a la suscripción de Chile a los tratados internacionales en materia de derechos humanos o de la exigencia del cumplimiento de los tratados que ya habían sido suscritos, llega a nuestro continente la problemática de la "inseguridad ciudadana", generándose un extendido temor al delito y una tendencia punitiva y de control asociada. El drástico desmontaje del Estado de Compromiso y la transformación del Estado Benefactor en un Estado subsidiario —con la consiguiente reducción y transformación de sus funciones sociales redistributivas e integrativas— se acompaña, además de una creciente percepción de inseguridad y del incremento del temor al delito, de una comprensión reductora de los problemas sociales y los conflictos asociados frente a los cuales la respuesta es simple: su judicialización y su criminalización, vale decir, se despolitizan, pasan a resolverse en el espacio judicial y tienden a ser penalizados.¹⁶

Otro aspecto relevante en nuestro país es la cultura inquisitiva instalada históricamente no sólo en el aparato de justicia sino en la sociedad chilena y el escaso desarrollo de una cultura de resolución de conflictos en la propia comunidad o a través de mecanismos reparatorios o de conciliación; tradicionalmente se ha tendido a confiar en la aplicación de la ley y el castigo para resolver los conflictos. Tampoco ha habido históricamente una noción desarrollada de ciudadanía, con derechos frente a la intervención punitiva del Estado, al menos en lo relativo al control del delito común. Además que nuestra sociedad parece salir del período de dictadura impregnada en patrones culturales autoritarios e intolerantes respecto de las conductas diversas o disruptivas o que no se atienen a las normas predo-

¹⁶ Principalmente los conflictos generados por la pobreza y la desigualdad así como la inseguridad que le produce al resto esa pobreza extrema, sumado al conflicto indígena y la dificultad de nuestra sociedad política para pluralizar los marcos del derecho, reconociendo el carácter multicultural del Estado chileno.

minantes, lo que nos rigidiza y hace más difícil el cambio de la justicia que se busca.

Este marco implica un contexto favorable al objetivo de dotar de una mayor eficiencia y eficacia al sistema de persecución penal, pero resulta contradictorio con los objetivos garantista y minimalista de alguno de sus impulsores. Cada uno de estos aspectos se traduce en discursos jurídicos, políticos y mediáticos y en prácticas de la operatoria del control que tensionan la orientación de la reforma penal.

En este sentido juega un importante papel el proceso de construcción de sentido que acompañe la reforma en curso; plano en el cual la hegemonía discursiva pública se ha centrado en los objetivos eficientistas que renuncian a la articulación de un discurso garantista. Así, pese a que relevantes impulsores de la reforma, en el marco de su perspectiva minimalista planteaban que “un proceso penal empleado para combatir el delito está destinado a fracasar”¹⁷, y pese a la clara definición de los fundamentos garantistas del proyecto de ley de nuevo código penal elaborado por el gobierno, la difusión de la reforma en la opinión pública se fundamentó casi absolutamente en que ésta respondía a la demanda de mayor control del delito (“seguridad ciudadana”), para lo cual se modernizaría la justicia, que estaba colapsada, y se evitaría la impunidad. No es el discurso moderno de la autonomía, libertad y derechos de las personas —violentados por el sistema inquisitivo— el que da sentido público a la reforma, sino el discurso de la mayor eficacia de la persecución penal que se lograría con este proceso.

En términos del conocimiento sobre la realidad judicial, en el proceso de reforma se proclama como un gran avance la alianza entre el derecho y la economía, relacionado principalmente con las cuestiones de gestión y “producción” de justicia. Pero la participación de las ciencias sociales es escasa, cuando no ausente. No ha habido estudios sistemáticos ni una reflexión interdisciplinaria de lo que son las diversas manifestaciones de la cultura inquisitiva, de sus consecuencias y de su peso en la sociedad chilena, así como de los efectos que puede tener sobre el proceso de reforma penal —dentro del cual la reforma procesal es un paso—, pudiendo incidir en el cambio que debería producirse en el sistema penal al primar una política criminal orientada hacia otros objetivos. El reconocimiento de la necesidad de un análisis interdisciplinario de la cultura inquisitiva en nuestra sociedad plantea la cuestión del tratamiento social del delito y el diseño de las categorías de análisis y comprensión de este fenómeno, y por tanto de su abordaje y control. Cuestión fundamental en relación a las definiciones de política criminal que resultan hegemónicas. Se aprecia sin duda una carencia conceptual que fomenta la mantención de estructuras analíticas reduccionistas que hoy día parecen bastante consolidadas. Por otro lado, en cuanto a los aspectos comunicacionales y los objetivos de transformación de sentido en relación a la modernización de la justicia penal, la preocupación desarrollada hasta la fecha se centra principalmente en la observación y análisis de las inercias inquisitorias producidas en la nueva estructura procesal penal, en el establecimiento adecuado de los roles de los nuevos actores del sistema y en la eficacia investigativa, pero está muy poco desarrollado el análisis del proceso más amplio de construcción de sentido y la preocupación por los aspectos comunicacionales vinculados a dicho proceso.

17 Maier, Julio, en “Desafíos de la reforma procesal penal”, *Boletín Jurídico* N° 2 – 3, año 1, Diciembre 2002, Ministerio de Justicia, Chile.

Es quizás sobre estos aspectos socio-culturales y comunicacionales y en la incorporación de categorías de otros marcos analíticos del fenómeno del delito y de la justicia donde las ciencias sociales —particularmente la sociología y antropología— podrían aportar más respecto de este proceso de cambio, cuyo debate por el momento está centrado principalmente en aspectos jurídicos, en cuestiones de costos, de eficacia, de gestión y de desburocratización del sistema, es decir, en su “productividad”; materias muy importantes pero insuficientes para el seguimiento de sus objetivos más sustanciales y la comprensión de las características que efectivamente instala en nuestra convivencia la modernización de la justicia penal.

El carácter parcial del cambio, un nudo problemático del proceso de reforma en el contexto actual

En tanto el sistema de enjuiciamiento constituye uno de los eslabones del sistema de justicia penal, su concepción y los principios que le dan su fundamento, su orientación, sus características, su funcionamiento y operatoria, así como sus instituciones, requieren ser articulados y concordantes con los demás componentes del sistema. De hecho la fundamentación de la ley que da origen al nuevo código procesal penal establece que se trata del inicio de un proceso de reforma que deberá abarcar al conjunto del sistema penal.

La reforma procesal penal implicó modificar completamente la estructura del sistema judicial (excepto la justicia militar), se implementaron algunas reformas legales de ajuste tanto en la regulación del actuar de las policías como de algunas leyes penales sustantivas y se estableció una adecuación de la normativa que regula la situación de los menores en conflicto con la justicia.¹⁸ No obstante, el cambio introducido tiene un carácter parcial sin que se haya modificado la estructura institucional y jurídica del conjunto del sistema penal, acorde al espíritu de quienes impulsaron la reforma originalmente, aunque sin duda lo ha tensionado, ha traído cambios importantes y ha puesto sobre el tapete la ampliación de la reforma a su conjunto. De este modo, el carácter no sistémico de la reforma plantea algunos nudos problemáticos, ampliando el campo en disputa acorde a las distintas visiones existentes y cuya resolución incidirá en el proceso de configuración del sistema reformado.

La articulación con cada uno de los eslabones del sistema presenta problemas específicos, algunos de los cuales analizaremos en seguida.

La reforma y las policías

La regulación de la actuación policial tiene un importante papel en el resguardo de las garantías ciudadanas. Como dice Cristián Riego, “los principales problemas que se manifiestan en la actividad policíaca son dos: primero, el uso masivo de detenciones predelictuales (por sospecha) aplicada a infracciones menores. Segundo, es el uso de la tortura y de otros abusos, relacionado con delitos más

¹⁸ Ver Decap, Mauricio. “Comentarios a la ley N° 19.806, de Normas Adecuatorias a la Reforma procesal Penal”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Santiago 2002.

serios” ... “En el modelo inquisitivo la policía está bajo la autoridad del juez, el que en realidad no tiene posibilidades efectivas de control de su actuación y en cambio depende de la efectividad de su labor para el logro de su función de persecución penal”. Además, “los delitos que pueden cometer los agentes policiales de carabineros en el ejercicio de sus funciones no son conocidos por el juez del crimen sino por la justicia militar”.¹⁹

Acorde a las nuevas orientaciones, se requerirían cambios en los distintos aspectos que inciden en la posibilidad de ajustar la actuación policial a los objetivos de la reforma. Por un lado, en lograr la eficiencia y eficacia investigativa necesaria al objetivo de mejorar la capacidad de persecución penal; por otro lado, en asegurar el resguardo de las garantías en el actuar policial respecto de los ciudadanos involucrados, tanto de los posibles infractores (en especial de quienes provienen de grupos altamente estigmatizados, pobres, jóvenes, indígenas, ciertos extranjeros) como de las víctimas y denunciantes; y en el manejo del pequeño delito, la faltas y el desorden público.

De este modo la reforma procesal tensionó las policías a partir de sus requerimientos²⁰:

- Necesidad de adecuación de la orgánica a su misión institucional en democracia, coherencia de sus estructuras y modernización de la gestión en relación a su eficacia y eficiencia.
- Reconversión cultural, lo que implica transformación de las tradiciones que orientan las prácticas institucionales, de la cultura inquisitiva y los prejuicios que fundamentan la discriminación en el actuar, reorientándose hacia una cultura institucional acorde a los modernos principios garantistas.
- Adecuación de los métodos de investigación (policía científica).
- Articulación y regulación de las funciones investigativas de ambas policías del Estado y regulación de las policías privadas; también abrió la discusión respecto de las policías municipales (funciones, financiamiento, control).²¹
- Readecuación de la atención de las víctimas y denunciantes (evitar la victimización secundaria, apoyar a las víctimas) y cambio de la relación con niños y jóvenes.

Desde luego, la conducción de la investigación queda a cargo del fiscal, lo que afecta la autonomía operativa con que contaban en el sistema antiguo. Asimismo, el nuevo Código Procesal estableció las condiciones de la detención, y el control de su cumplimiento quedó en manos de los jueces de garantía. Esto puso en cuestión las prácticas policiales que significan aplicación indebida de violencia o “tratos crueles y degradantes” (torturas). También se cuestionó la detención por sospecha, procedimiento aplicado al margen de la autoridad jurisdiccional y utili-

19 Riego, Cristián: *La Reforma Procesal en Chile*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1998.

20 Ver en esta revista: Andrés Domínguez, “Reforma procesal penal y modernización de las policías”.

21 Aunque la función de investigación policial corresponde primordialmente a la Policía de Investigaciones, en la práctica la contribución de Carabineros es fundamental, en particular porque la dotación de la primera es extremadamente reducida, en cambio Carabineros cuenta con personal e infraestructura en todo el país. Esto pone la cuestión de la articulación entre esta función y la misión de Carabineros, orientada al orden público y la prevención.

zado masivamente como forma de control de los grupos conflictivos o estigmatizados (particularmente los jóvenes). La detención por sospecha, que había sido motivo de diversos debates y demandada su derogación, especialmente por actores vinculados a la problemática juvenil, fue eliminada de la legislación a mediados de 1998 “por ser incompatible con un Estado de derecho”.

La finalidad de articular la actuación policial al nuevo sistema impulsó procesos de modernización de la gestión de ambas policías, aun cuando de distinto carácter y evolución. En el caso de la Policía de Investigaciones se dio curso a una transformación institucional y un esfuerzo de readecuación al nuevo contexto²². En cuanto a Carabineros, la normativa se aplicó sobre una institución que no había experimentado la misma preparación para los cambios y que, además de su larga práctica y cultura asociada al sistema inquisitivo, su vinculación con la dictadura militar había sido más protagónica que la de Investigaciones y su proceso de desvinculación, mucho más lento, habiendo logrado además una gran autonomía institucional por lo que resultaba más difícil hacerle permeable a las nuevas orientaciones.

De hecho, la aplicación de la reforma procesal significó que los jueces de garantía sometieran a investigación, sanción y/o anotaciones en la hoja de vida de algunos policías. La reacción a estos cambios no se hizo esperar. Carabineros consideró que se limitaba su capacidad operativa tanto por la eliminación de la detención por sospecha como por la aplicación de estas sanciones a su actuación. La nueva realidad implicaba un cuestionamiento a su autonomía y a su práctica histórica — el *now how* institucional— respecto del cumplimiento de sus tareas de control del orden público, prevención e investigación policial. De este modo se realizó un cierto boicot por parte de esta institución en algunas regiones o localidades donde se aplicaba la nueva reforma, lo que planteó un problema al proceso de cambios, llevando a una modificación del código procesal reformado que devuelve a esta institución una mayor capacidad de actuación preventiva a través de la figura del control de identidad. Pese a estos cambios se ha mantenido la presión por otorgar a Carabineros mayores facultades y discrecionalidad, reposicionando la detención por sospecha como mecanismo idóneo para el cumplimiento eficiente de su función de control policial preventivo. Este conflicto se mantiene e incide en la efectividad de la labor investigativa.

Por otro lado, la aplicación del principio de oportunidad significa en la práctica que las faltas y los delitos menores o considerados de poca monta quedan excluidos de la investigación judicial, pese a que afectan a la gran mayoría de la población, sin que esto vaya acompañado de un sistema reparatorio alternativo a la persecución penal. Las definiciones de cuáles denuncias deben ser desechadas y cuáles investigadas tienen que ver con los criterios que aplican los fiscales. Para la población más pobre, esto puede significar que “la justicia no hace nada” frente al daño experimentado, en tanto es considerado como irrelevante por la fiscalía. Poco sabemos lo que esto ha implicado; cabe preguntarse si no podría conducir a una demanda de mayor control policial o legitimación en estos sectores de policización del control del delito pequeño (en la lógica de la tolerancia cero).

22 Domínguez, Andrés, “Reforma procesal penal y modernización de los policías” op. cit.

En cuanto a la reestructuración orgánica y dependencia de las policías, no se han producido cambios aunque el debate público se ha conducido en función de la demanda de mayor “seguridad ciudadana” (entendido como control del delito) más que enmarcarlo en relación a los objetivos de la reforma penal.

Pese a las dificultades señaladas, los cambios producidos en relación a las policías son relevantes, reflejando sin duda el impacto de las exigencias garantistas y de mayor eficiencia que ha traído consigo la reforma. Pero existe una tensión evidente en la sociedad chilena y su evolución posterior es sin duda una importante cuestión en relación a los resultados que finalmente logre dicha reforma.

La reforma procesal y el derecho penal sustantivo

Pese a que la reforma procesal tensiona el derecho penal y el sistema de penas, un primer problema para realizar una reforma en este plano es la falta de acuerdos valóricos que la sustenten, tanto para definir qué conductas deben mantenerse o ser criminalizadas, cuáles deben ser descriminalizadas, cuáles son las prioridades; y respecto de las sanciones, su proporcionalidad y el sistema de penas: cuáles transgresiones significarán soluciones alternativas o no penales, cuáles pueden acceder a medidas alternativas a la sanción de cárcel —y bajo qué modalidad (¿estructuradas en base a una orientación reparadora?; ¿de reinserción?; ¿de tecno control?)— y cuáles recibirán irreductiblemente penas carcelarias.

Por otro lado, el contexto dificulta hacer coherente la reforma del código penal con una perspectiva garantista por la tendencia expansiva del derecho penal y de las respuestas coercitivas a los conflictos sociales y políticos, pudiendo frustrarse los objetivos garantistas de la reforma, vía:

- Un endurecimiento del derecho penal sustantivo y ampliación de su uso en una función configuradora del abordaje de los problemas derivados de los procesos de modernización en curso. Esto se aprecia en la tendencia a:
 - La ampliación de la cantidad de delitos o las presiones en esta dirección.
 - La creciente judicialización y criminalización de la expresión de conflictos sociales y políticos.²³
 - Las exigencias políticas de mayor endurecimiento de las penas.
 - El uso de las medidas alternativas como mecanismo de extensión del aparato de control y no de sustitución del uso de la pena de prisión²⁴.
- Sobrepasar subrepticamente las garantías procesales por la vía de leyes de excepción, justificando su permanencia y uso en la necesidad de ser más efi-

23 El caso paradigmático es el tratamiento del conflicto mapuche en la IX Región.

24 Las penas alternativas surgen justamente con la finalidad de sustituir la pena de prisión o de reducirla significativamente, preferenciando sanciones que favorezcan la reinserción social. No obstante los hechos han mostrado que la tendencia predominante en todos los países en que se les aplica es que se constituye en una respuesta que se agrega a la pena de cárcel, la que de todos modos se sigue extendiendo, con lo que se amplía la capacidad de control del sistema penal. Es también el caso de Chile. La extensión de ambos sistema de penas se ha traducido en un enorme incremento de la población penal. Año 1995: Población sistemas cerrado (recluidos): 166 c/100.000 habitantes; Medio libre: 188 c/100.000 h; total personas atendidas por Gendarmería: 384 c/100.000 h.. Ya en el año 2002, población recluida: 224 c/100.000 h; población penal sistema abierto: 211 c/100.000 hab.; total: 435 cada 100.000 habitantes. Fuente: Compendio estadístico, Gendarmería de Chile.

cientes en relación a cierto tipo de delitos (terrorismo, narcotráfico, pedofilia) y a los grupos estigmatizados.²⁵

Reforma procesal penal y sistema de ejecución de penas

El proceso de reforma procesal penal ha traído consigo un conjunto de definiciones y la incorporación de nuevos actores que han puesto en tensión el sistema penitenciario, promoviendo un proceso de cambios relevantes cuya resolución es trascendente para el logro efectivo de los fines garantistas de la reforma penal.

Por un lado, ha significado transformaciones en el contexto en que se desenvuelve cotidianamente la labor del sistema penitenciario. Algunas autoridades de Gendarmería plantean que se han producido cambios en la actitud de la población penal que reflejarían una mayor conciencia y por tanto mayores exigencias de sus derechos frente a la institución²⁶. Esto se relaciona con la generación de nuevos actores sociales vinculados a la problemática penitenciaria, los que rompen con la invisibilidad de la situación del sistema penitenciario —acostumbrado históricamente a que sus prácticas fueran ignoradas fuera de sus fronteras institucionales (incluso por el propio sistema judicial)— y que buscan incidir en el resguardo de las garantías y derechos de la población penal.²⁷

Por otro lado, también se ha producido un cambio en la actitud de los tribunales de justicia, los que ahora están menos dispuestos a resolver recursos de protección solamente en base a los informes de Gendarmería²⁸.

No obstante, junto a ello, los medios de comunicación ejercen presión sobre el sistema penitenciario desde ópticas contradictorias que reflejan las tendencias generales en disputa: por un lado exigencia de castigo, centrada en criticar la aplicación de libertad provisional y los beneficios o cualquier medida favorable a los imputados o a los condenados, así como demandando altos estándares de seguridad; por otro lado la preocupación por la reinserción social y las condiciones de vida en las cárceles.

Acorde a la reforma, la incorporación del principio de inocencia implica que el imputado privado de libertad no puede sufrir detrimento de sus derechos individuales, en tanto estos no se vean afectados por la imposición de una pena. Esto supone establecer procedimientos que le aseguren un trato digno acorde a su calidad de persona titular de derechos —“quienes están privados de libertad tienen derecho a su honra y dignidad” y “dignidad significa autonomía ética e in-

25 También resulta paradigmático el caso de los Mapuches enjuiciados a los cuales se les ha aplicado la ley antiterrorista, dando tal carácter a uno de los conflictos más claramente políticos del Chile actual. Esto ha significado incluso la presencia en el juicio de testigos encapuchados.

26 Ponencia de Marcos Lizama, abogado jefe del Departamento Jurídico de GENCHI, en el mencionado taller “Modernización de la Justicia. El caso de la reforma procesal penal en Chile”.

27 Así, la agrupación de familiares de presos comunes y grupos e instituciones de la Iglesia Católica; también se hace presente la labor de observación, seguimiento y denuncia respecto de la situación en la cárceles desarrollada por la Universidad Diego Portales y por instituciones de defensa de los derechos humanos (Amnistía Internacional).

28 Lizama, Marcos, *ibidem*.

demnidad personal”²⁹, principios que se ponen a prueba en el tratamiento que la institución penitenciaria otorgue al imputado sometido a prisión preventiva. Esto exige poner en práctica los instrumentos internacionales a este fin, traducido en las “reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad” que fija Naciones Unidas. El derecho a la integralidad corporal que se establece en tales reglas mínimas prohíbe la aplicación de sanciones disciplinarias que consistan en penas corporales, encierro en celda oscura, o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Definiciones que son recogidas en el nuevo código procesal (“no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”) y en la ley 19.567, de 1998: “el que decretare o prolongare indebidamente la incomunicación de una persona privada de libertad o usare de ella con un rigor innecesario”; estas normativas regulan y sancionan de manera precisa y completa el delito de tortura o apremios ilegítimos, sea físico o mental.

A su vez, el resguardo de tales derechos de los imputados queda a cargo del juez de garantía, quien es competente para supervisar la ejecución en las causas que él conozca y conocer las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida; de este modo el nuevo código procesal ha establecido un conjunto de controles judiciales respecto de la prisión preventiva por medio de audiencias orales con presencia del imputado y su defensor. Vale decir, la situación de los imputados sometidos a prisión preventiva ha salido del solo marco de la esfera administrativa del servicio de Gendarmería para entrar en la esfera jurisdiccional.

La nueva regulación jurídica entra en conflicto con las atribuciones históricas de la autoridad de Gendarmería, con su cultura y práctica institucional y con el derecho penitenciario vigente³⁰.

Así por ejemplo, el nuevo código procesal penal contempla la segregación de los imputados sometidos a prisión preventiva no reincidentes y jóvenes, los que deben ser separados de reincidentes y de condenados. De acuerdo a la Ley orgánica de Gendarmería, es atribución del director del servicio determinar el lugar donde las personas van a cumplir las condenas o la prisión preventiva (atribución que puede delegar en los directores regionales)³¹. No obstante, las nuevas disposiciones del código procesal penal significan que estas decisiones pueden ser impugnadas por los jueces de garantía y por los imputados, en la medida que afecten los derechos de este último. Las posibilidades de cumplimiento de las disposiciones de segregación que contempla al código procesal topa además con la problemática del hacinamiento. Pese a que esto se pretende resolver por la vía de la incorporación del sector

29 De acuerdo a J. Bustos el principio de inocencia implica que el imputado es una parte durante todo el proceso, con todos los derechos procesales correspondientes a esa calidad; el procesado no está bajo la sujeción administrativa del sistema penitenciario en tanto no pertenece a él, es algo distinto de la administración misma; por tanto cualquier afectación de sus derechos es una cuestión jurisdiccional, de debate judicial y no meramente administrativo, es decir, debe desaparecer la tutela administrativa de los derechos individuales del sujeto privado de libertad. Garantizar su indemnidad significa que la prisión no debe afectar los demás derechos de la persona. (ver Mera, Jorge y Duce, Mauricio: *Introducción al sistema penal*, Universidad Diego Portales, 1996.

30 Establecido en normativas tales como Ley Orgánica de Gendarmería, el Reglamento Penitenciario o la Ley N° 19.216 que regula las Medidas alternativas a la cárcel.

31 Atribución que algunos juristas consideran inconstitucional.

privado —cuestión que plantea además la necesidad de nuevas definiciones y regulaciones jurídicas del sistema penitenciario y que cambia profundamente el significado del castigo en nuestra sociedad (transforma el ejercicio de la potestad punitiva del Estado)—, la tendencia a la expansión penal hace insoluble el problema; es decir, el cumplimiento de estas garantías encuentra una imposibilidad práctica en la tendencia expansiva del sistema penal, cuestión que choca con las exigencias de los jueces de garantía. Esta contradicción tensiona fuertemente a la institución penitenciaria internamente y en su relación con los jueces de garantía.

Esto es válido también para otras disposiciones que contempla el Reglamento Penitenciario, tales como la posibilidad de intervenir o restringir por razones de seguridad las comunicaciones orales o escritas, restringir el derecho de información, etc., que afectan derechos consagrados por la constitución, lo que sólo puede hacerse con el acuerdo del Juez de Garantía.

Más relevante aun es lo relativo al régimen disciplinario. El reglamento penitenciario regula las sanciones disciplinarias que restringen los derechos de que gozan los internos, las que se aplican para mantener el orden interno y la seguridad en las cárceles; no obstante, acorde al nuevo código procesal, la autoridad penitenciaria debe comunicar sus medidas al Juez de Garantía y fundamentar su decisión, la que puede ser impugnada por este, considerándola ilegal o abusiva, incluso puede convocar a una audiencia oral para examinar dicha ilegalidad o arbitrariedad. La vigencia de estas normas constituye pues un aspecto central del cambio de paradigma de la prisión en el país.

No obstante, aun cuando se han introducido algunos ajustes al reglamento penitenciario, persisten los problemas de incongruencias legales e inconstitucionalidad de algunas normas de dicho reglamento y, sobre todo, no hay una reforma amplia del sistema penitenciario que regule su actuación, de modo de darle una orientación general a las autoridades del servicio acorde a los cambios. Ello plantea, además, un conflicto derivado de la diversidad de criterios entre los jueces de garantía, lo que genera para los funcionarios confusión y contribuye a incrementar la incertidumbre que ha provocado el cuestionamiento de sus prácticas históricas de manejo de la institución.

Esta transformación del rol del gendarme ha puesto sobre el tapete la necesidad de recapacitación del personal penitenciario, tarea que plantea problemas prácticos por un largo período: "... son cárceles y la gran mayoría de ellas, alrededor del 95% están dirigidas por uniformados, oficiales formados en el antiguo sistema, quienes tienen una mentalidad y una forma de entender su función que es difícil de cambiar"³². Por supuesto se plantea también el carácter del servicio, hoy día estructurado acorde a una lógica militar³³.

Asimismo, el nuevo Código Procesal ha rediseñado las medidas destinadas a asegurar la comparecencia del encausado, otra aplicación del principio de inocencia, haciendo una opción explícita en el sentido de la excepcionalidad de la detención

32 Lizama, Marcos, *ibidem*.

33 Tanto la actual estructura como la formación de los oficiales superiores surge en el gobierno militar; período en el cual dicha institución no sólo fue reestructurada sino también fue intervenida por el Ejército y luego por Carabineros, siendo efectivamente militarizada.

preventiva y su subordinación a los objetivos del procedimiento; para ello establece limitaciones de tiempo para su uso, define una serie de casos en que no se usa y contempla una amplia batería de otras medidas cautelares alternativas a la prisión (arresto domiciliario, sujeción a la vigilancia de una persona o autoridad, restricciones al libre desplazamiento). Esto ha significado otro tipo de exigencias para Gendarmería por cuanto se le ha entregado la custodia del arresto domiciliario. Además, la falta de definiciones abre incógnitas respecto de la realización de tales funciones; “el arresto domiciliario es una medida que se cumple en libertad pero ¿cómo debe aplicarse?; ¿eso implica que la persona no debe salir de su casa? Si es eso yo no puedo mandar a un asistente social, debo enviar un gendarme; pero se olvida que la formación del gendarme es para ejercer la custodia intramuros y por la práctica que tiene de evitar que las personas quebranten la medida, va a hacer lo que se le enseñó, es decir, aplicar la fuerza física”³⁴.

El sistema penitenciario como conjunto, y no sólo el subsistema carcelario, ha sido afectado por la reforma procesal penal; esto implica importantes efectos sobre el subsistema de medidas alternativas³⁵. Por un lado, por la aplicación de medidas cautelares. Por otro lado, debido a que, por la carencia de organismos especializados, tanto el Ministerio Público como la Defensoría Penal solicitan informes periciales que fundamenten una decisión respecto de la posible libertad de los imputados, los que deben ser emitidos por los profesionales vinculados a la ejecución de las medidas alternativas. Esto significa una desnaturalización de sus funciones e interfiere su labor, que se relaciona con personas cumpliendo penas principalmente en el medio libre. Incluso en la disputa entre el Fiscal y el Defensor el funcionario se ve obligado a actuar como testigo y a defender su informe.

El impacto del nuevo código procesal sobre el sistema de ejecución de penas va más allá de las garantías de quienes se encuentran encausados. Ante la ausencia de una ley de ejecución de penas y de la figura del Juez de Ejecución que supervise su cumplimiento y resuelva las situaciones conflictivas que afectan a la población de condenados, el nuevo Código Procesal Penal otorga estas atribuciones al Juez de Garantía; lo que nuevamente es contradictorio con la ley orgánica de Gendarmería y que da lugar a situaciones tensionantes y que parecen confusas para el personal directivo de esta institución: “en el fondo lo que ha hecho el código es anticipar o darle atribuciones a un juez que está encargado de velar por el control de las garantías del imputado, darles facultades para ocuparse de la ejecución de una condena. Se podría decir que es una disposición bastante clara, pero no lo es en absoluto por cuanto la ley orgánica nuestra, que está vigente, indica que corresponde al Director Nacional de Gendarmería definir el lugar donde van las personas a cumplir sus condenas y, en el caso de las personas privadas de libertad, dónde van a permanecer mientras tengan esa calidad” ... “cuando uno se encuentra con un Juez de Garantía y se le consulta cuál es su opinión respecto de esta norma y me dice: bueno yo dicto sentencia y ustedes cumplen y sigan haciendo como lo hacían siempre, y luego consulto a otro Juez de Garantía mucho más joven y me dice: bueno yo me puedo meter en absolutamente todo lo que

34 Lizama, Marcos, *ibidem*.

35 Las medidas alternativas apuntan a evitar o disminuir el uso de la prisión aplicando sanciones que se cumplen en libertad. Actualmente en Chile estas son: remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada, y su ejecución está a cargo de profesionales del ámbito de las ciencias sociales.

se relaciona con la sanción de la pena, yo le digo: bueno, defíname que es todo: ¿quiere decir que usted va a determinar el tratamiento, el lugar de reclusión, las medidas disciplinarias?; ¿quién tiene que ver todo esto y quién no tiene que verlo?³⁶

De este modo, la innovación en la legislación procesal ha significado exigencias y conflictos para Gendarmería de Chile en el plano operativo, normativo, del ejercicio de sus atribuciones y del propio sentido de la misión y de las funciones que cumple esta institución. Está planteada la necesidad de redefinir y precisar el rol de Gendarmería acorde a estos cambios; lo que supondría modificar la ley orgánica del servicio, explicitando de manera acorde a la reforma, la misión institucional y las funciones legalmente asignadas a este, y examinar la adecuación de la definición actual de la institución como “jerarquizada, uniformada, disciplinada y obediente”. Pero además, las normas del nuevo Código Procesal que se inmiscuyen en el resguardo de la situación de la población penal, requieren cambios orientados a regular la aplicación de las penas y la situación de los condenados, los que están en preparación: una ley de ejecución de penas y la creación de la figura del Juez de Ejecución de Penas, además de la readecuación de las penas alternativas y de los beneficios penitenciarios. Proceso que acompaña la preparación de la reforma del Código Penal que está en preparación³⁷.

En suma, la reforma procesal penal ha iniciado un proceso que afecta y tensiona al conjunto del sistema penal. Las situaciones surgidas requieren que la reforma abarque al sistema como tal; no obstante, se trata de un campo en disputa, proceso que hoy transcurre en un contexto poco favorable para acuerdos respecto de objetivos garantistas y minimalistas en el ámbito policial, penal sustantivo y penitenciario; por el contrario, existen importantes dificultades para lograr el mismo nivel de consenso respecto de la extensión y consolidación de tales objetivos, incluso las dificultades pueden significar presiones que en el mediano plazo incidan en un proceso de contrarreforma.

Tendencias observables en el desarrollo del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal

En cuanto a los actores, además de las nuevas instituciones del sistema, la implementación de la reforma significó la creación de una instancia especializada en el Ministerio de Justicia. Asimismo, casi al año de iniciada la aplicación de los cambios, dicho ministerio conformó una comisión evaluadora del proceso. La constitución de dicha comisión incluyó una parte de los “expertos” que participaron en el impulso, elaboración y negociación inicial de la reforma. Su actuación significó una primera evaluación del Estado respecto de su propia transformación, así como una serie de propuestas de cambios en la interpretación de la nueva normativa, modificación de algunas disposiciones del código reformado y correcciones en el plano de la estructura orgánica de los tribunales, administración institucional y organización de los procesos de trabajo. Sus propuestas sirvieron

36 Lizama, Marcos, *ibidem*.

37 Desde hace más de dos años se encuentra en funcionamiento la Comisión de Reforma Penal, del Ministerio de Justicia, en la que participa un grupo representativo de expertos.

de base a un proyecto de ley que fue presentado al Congreso y finalmente aprobado, introduciendo cambios a la institucionalidad reformada.

Más adelante, previo a la instalación de la reforma en la Región Metropolitana, el Ministerio de Justicia realizó nuevamente una evaluación de la reforma vigente ya en la mayor parte del país y aseguró la participación de estos grupos de influencia constituyendo una “comisión de expertos”, la que realizó una segunda evaluación y desarrolló un nuevo conjunto de propuestas, también relativa tanto a cuestiones jurídicas como de gestión. Traducido en un nuevo proyecto de ley destinado a reorientar el modelo aplicado, se dio curso al debate legislativo.

En suma, estas comisiones mixtas —público/privado— configuran un espacio privilegiado en el que se constituye el campo jurídico y se desarrollan las disputas y negociaciones.

El seguimiento del proceso y sus resultados se ha centrado tanto en los aspectos relativos al cumplimiento de las garantías y del debido proceso como en la productividad del sistema, vinculada a la eficiencia en la persecución penal y la gestión de los recursos.

Las evaluaciones efectuadas por los actores de la reforma respecto del proceso en su fase inicial han sido ampliamente positivas, tanto por la rápida instalación y funcionamiento de la institucionalidad reformada y su plena adecuación al modelo, como por los evidentes logros en materia de garantías y mayor eficiencia: notable disminución de los abusos policiales, baja ostensible del uso del recurso carcelario, mayor resguardo de los derechos de víctimas e imputados, acentuada disminución de los tiempos de duración de tramitación de los procesos, efectiva realización del derecho de defensa, mayor número de causas terminadas, mejor capacidad de lograr soluciones, mayor transparencia por la publicidad en los procesos y virtual desaparición de la corrupción al interior de los tribunales, adecuada atención del público y satisfacción de los usuarios de la justicia, mejor gestión de los recursos. Cuestiones que fueron valoradas no sólo respecto de los objetivos iniciales de la propia reforma sino especialmente en términos comparativos: “la experiencia latinoamericana muestra fracasos y problemas agudos en este nivel de la implementación”.³⁸

Junto a estas valoraciones positivas la comisión de expertos planteó problemas respecto de los cuales propuso una serie de cambios. Estos se refieren tanto a mejorar la capacidad de persecución penal como a la gestión y productividad del

³⁸ Ver evaluaciones acerca de la implementación de la Reforma Procesal Penal, a saber: Ritter, Andrés, y Hammer, Detlev. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la Perspectiva del Sistema Alemán*. Héctor Hernández Editor, publicado por la Sociedad Alemana de Cooperación Técnica/GTZ, Santiago 2003”; Baytelman, Andrés, *Evaluación de la reforma procesal chilena*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, y Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho U. de Chile; Baytelman, Andrés, y Duce, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2004; Comisión de expertos: *Informe Comisión de Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, octubre 2001, “Reforma Procesal Penal. Acerca de los juzgados de garantía”, en *Cuadernos Judiciales N° 5*, noviembre 2001, Santiago de Chile; “La implementación del nuevo proceso penal”, en *Desafíos de la reforma procesal penal*, Boletín Jurídico N° 2 - 3, año 1, diciembre 2002; *Comisión de expertos: Documento de la comisión nombrada para revisar y evaluar la marcha y funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal*, Ministerio de Justicia, diciembre 2003.

nuevo sistema. Las propuestas de los distintos actores de ambas comisiones de expertos —de modificación del rumbo de ciertas prácticas y cambios de la nueva normativa— y los discursos que sirven de fundamentación, así como la participación de algunos de ellos en la negociación de estos cambios en el Congreso, revelan la tensión permanente de las tendencias contradictorias existentes en el contexto más amplio del país, que se relacionan con una disputa respecto de la política criminal que da sustento a la orientación de los cambios y a su valoración. El fantasma de la “inseguridad ciudadana” enmarca el debate.

Respecto de la eficacia en la persecución penal, la evaluación de la comisión de expertos plantea problemas a partir de un diagnóstico de deficiencias en el rol de los fiscales en relación a la necesidad de contribuir a la seguridad pública. Ello no obstante que una voz disidente y la propia comisión dejan establecido que no se ha logrado establecer en ninguna fase del proceso una relación entre la implementación de la reforma y cambios en la percepción de in/seguridad o el temor al delito, ni una tendencia hacia un incremento del delito (tampoco a su baja).³⁹

La crítica debate acerca del rol tanto del Ministerio público como de las policías; también ponen en cuestión la política criminal aplicada por el Ministerio Público respecto a la aplicación del principio de oportunidad, lo que estaría produciendo situaciones de impunidad respecto de ciertos delitos menos graves (cuya exclusión constituye un propósito explícito del nuevo código procesal penal); esto tendría un impacto negativo en la opinión pública; incidiendo en una mayor inseguridad ciudadana. Tras este debate subyacen implícitamente ciertas concepciones y categorías de análisis respecto del delito y su control, sobre las cuales se sustentan las proposiciones.

Los discursos más críticos atribuyen al sistema de enjuiciamiento un rol preponderante en el control de la delincuencia, cumpliendo funciones tanto de investigación de los hechos delictuales como en su prevención, especialmente a nivel local; es decir, tendría un papel central en la política criminal, por tanto su mayor o menor eficiencia incidiría fuertemente en los resultados de tal política. Planteamiento que es puesto en contradicción con el de la Fiscalía Nacional.

Esto se revela claramente en los discursos del informe de la actual comisión de expertos⁴⁰: “El Ministerio Público ha defendido repetidamente la idea de que el control del delito o la disminución del temor no son asuntos que le competen de manera sustancial y directa, y que, por lo mismo, ellos no deben representar criterios para su operación, sus decisiones respecto de las causas y su rol en el debate público. Esta definición de rol vincula dos ideas: por una parte la idea de que la seguridad pública es un tema complejo cuyo enfrentamiento involucra políticas públicas de diversa índole y que, en consecuencia, trasciende con mucho al sistema penal; por otra parte, la idea de que el Ministerio público no es abogado de las víctimas. Una de las manifestaciones más evidentes de esta acti-

39 Ver Documentos de las comisiones 2001 y 2003, nombradas para revisar y evaluar la marcha y funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, Santiago 2001 - 2003.

40 Documento de la comisión nombrada para revisar y evaluar la marcha y funcionamiento del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal”, Ministerio de Justicia, diciembre 2003.

tud dice relación con la reticencia del Ministerio Público a participar de los comités comunales de seguridad ciudadana”. “... la experiencia comparada indica que una bien orientada asociación Ministerio Público-policía es el factor de mayor peso específico en la disuasión del delito, en la medida que el aparato de persecución marca una fuerte presencia en la comunidad local y logra intervenir los problemas delictuales concretos del barrio de manera rápida y efectiva. En la parte en que la persecución penal tiene un rol en las estrategias antidelictuales es completamente exigible al Ministerio Público que ofrezca una persecución eficaz en la que el control de la delincuencia y la disminución del temor representen criterios de actuación relevantes”; “... la separación entre “prevención y represión del delito se ha diluido crecientemente en la medida que las estrategias antidelictuales exitosas están compuestas poderosamente por la integración de una persecución eficaz y estrategias preventivas fuertemente apoyadas por la amenaza de la persecución penal, lideradas y conducidas por el Ministerio Público”.

Esto supone, además de que el control policial-penal (el castigo y la amenaza de su aplicación efectiva) constituye una herramienta central para el control del delito, que la inseguridad objetiva frente al delito y la percepción subjetiva son procesos claramente asociados; por lo tanto su funcionamiento eficiente se expresará en una baja tanto de la tasa de delitos como de la percepción de inseguridad.

El cuestionamiento se hace sobre la base de las exigencias al nuevo sistema de lograr una alta productividad, en tanto la sociedad ha decidido realizar una fuerte inversión de recursos a fin de lograr un mejoramiento sustancial de la justicia. La evaluación de ese avance no se plantea sólo en relación a los logros obtenidos en materia de investigación de las causas sometidas a esta instancias, sino muy fuertemente en la disputa por lograr el castigo del delito y en su prevención situacional, a través de una actuación vinculada y visible para la comunidad; es decir, la Justicia criminal tendría un rol no sólo en la persecución y aplicación adecuada del castigo, sino además se amplía su papel incorporando a su rol funciones en las tareas de prevención situacional: “... El Ministerio Público en cambio no es neutral ante los conflictos que envuelven la infracción a la ley criminal, sino que su cometido es la persecución de los potenciales responsables, lo que exige que inste en estrados por su castigo” ... “Este nuevo paradigma en la forma de organizar la persecución penal está compuesto por: (1) preocupación por la reducción del delito; (2) participación en los planes de prevención del delito; (3) aunque la atención a los delitos más graves sigue vigente, el interés por algunos delitos menores, especialmente aquellos que generan sensación de inseguridad, emerge como una muy importante preocupación del aparato de persecución; (4) vinculación con la comunidad, tanto para fijar las prioridades de la persecución como para obtener la colaboración de esta en la identificación, prevención y persecución del delito; (5) una aproximación, tanto a las estrategias de prevención como de persecución orientada a la resolución de los problemas concretos y locales; (6) alguna forma de rendición de cuentas de la fiscalía a la comunidad local.

Los críticos entienden estas visiones diferentes respecto del rol de los fiscales como una incompreensión de éstos respecto de su verdadero rol; de ahí ponen en cuestión su autonomía y el sistema de generación de sus autoridades, impugnando la participación del Poder Judicial, que estaría incidiendo en su actitud “neutra” e insuficientemente comprometida con el logro de su función.

Junto a lo anterior, la preocupación por incrementar la eficacia en la persecución penal se traduce también en una serie de propuestas de modificación de las normas contenidas en el código, referidas a la suspensión condicional del procedimiento, al procedimiento simplificado, al procedimiento abreviado y a las restricciones al uso de la prisión preventiva en el caso de las faltas y delitos menores. Las medidas no se fundamentan en una mejor resolución de los conflictos presentados a la justicia penal sino como respuesta a los niveles de inseguridad percibidos por la población, lo que requeriría promover una respuesta más dura frente al delito: “... el conjunto de las medidas propuestas están orientadas a dar respuestas muy concretas al problema de la generación de espacios de impunidad o de respuestas demasiado suaves frente a delitos de baja gravedad pero que contribuyen muy fuertemente al aumento de la sensación de inseguridad en algunos sectores de la población”⁴¹.

En el ámbito de las medidas cautelares la cuestión central se refiere a eliminar o suavizar algunas de las restricciones a la utilización de la prisión preventiva frente a delitos menores o faltas. Las voces disidentes de algunos expertos se hacen más fuertes respecto de este planteamiento hegemónico en la comisión, mostrando el alejamiento y distorsión de las medidas propuestas respecto del sentido original de la reforma de dar plena protección al principio de inocencia y evitar la utilización del recurso carcelario.

Por otro lado, a través de todo el período que lleva el proceso de instalación y funcionamiento de la reforma algunos analistas y actores de dicho proceso han expresado su preocupación por las limitaciones establecidas a la actuación policial en tanto incidiría en mayores niveles de inseguridad ciudadana.

El debate respecto de las limitaciones a la actuación policial dio lugar a modificaciones que ampliaron algunas facultades de la policía. En las nuevas propuestas de la comisión de expertos se incorporaron otros cambios normativos tendientes a precisar sus facultades para actuar con más decisión, y otras orientaciones relativas a su mejor vinculación con el Ministerio Público en todos los niveles —lo que supone descentralización de las policías para favorecer su actuación a nivel local—, a su conducción hacia un desempeño más flexible y menos burocratizado —implica una reingeniería total de sus procedimientos operativos— y especialmente la necesidad de un plan global para su capacitación, orientado a favorecer una comprensión de su rol en el nuevo procedimiento y para la adquisición de las nuevas destrezas.

En el análisis del desempeño de los tribunales penales el énfasis crítico ha sido puesto en los aspectos de gestión, enfatizando la productividad de esta institución y la necesidad de un mejor uso de los recursos. En una primera etapa ello condujo a proponer una nueva reestructuración orgánica de los tribunales, agrupando en ellos tanto las funciones de los jueces de garantía como la de los tribunales orales. Luego, el centro del análisis es la división de funciones judiciales y administrativas y la organización del proceso de trabajo, cuya organización quedaría claramente a cargo de los administradores, debiendo supeditarse a ello los jueces.

41 Informe de la Comisión de expertos 2003, op. cit.

Por último, la Defensoría es criticada también desde la perspectiva de su gestión. Desde sus inicios se estipuló la racionalización de los procesos de trabajo mediante la canalización de las demandas de defensa a través de la generación de un mercado vía subvenciones del Estado. No obstante los procedimientos aplicados no se han logrado ajustar adecuadamente a esta lógica, lo que se ha traducido en una baja participación de abogados privados en las licitaciones de las defensas.

En suma, la preocupación central expresada en las evaluaciones de los actores-expertos más influyentes de la reforma se orienta a dar mayor eficacia a la persecución penal con el menor gasto de recursos penales. A partir del objetivo de incrementar la percepción de seguridad, se ponen en entredicho algunas garantías, la finalidad de la persecución penal, y ciertos supuestos de la política criminal que sustentan originalmente la reforma; ello, a fin de dotar de legitimidad al sistema. Como dice *El Mercurio*: "... la reforma sufre la crítica de ser garantista en demasía, lo que estaría favoreciendo la comisión de delitos, elevando la percepción de inseguridad de la gente. Este problema, incluso, estaría moviendo a algunos círculos a considerar un nuevo retraso en la aplicación del sistema en la Región Metropolitana, pensando en el efecto que podría tener en las elecciones presidenciales y parlamentarias que se avecinan".⁴²

Esto revela que para estos expertos la reforma no tiende a poner en cuestión el uso del castigo en nuestra sociedad y estimular respuestas alternativas para resolver nuestros conflictos, sino a su aplicación eficiente y en términos más legítimos.

Junto a estas evaluaciones de las comisiones de "expertos de la reforma", analistas externos vinculados desde sus inicios a este proceso también han puesto en cuestión la comprensión del rol de los fiscales, así como de su autonomía en el cumplimiento de su papel. En especial, la estructura muy jerarquizada del Ministerio Público debilitaría la capacidad de los fiscales locales y regionales tanto para actuar acorde a su realidad como para observar los problemas más globales de la institución⁴³. Por otra parte, se critica que las Unidades Especializadas, en su intención de apoyar al Fiscal local en sus indagaciones, realizan labores centrales que son el núcleo de la actividad propia del Fiscal, las que no pueden ni deben serle arrebatadas.⁴⁴ "Es tarea privativa del fiscal la conducción de la investigación, y con mi experiencia de más de 20 años de fiscal no logro representarme cómo se le podría apoyar razonablemente en esta tarea desde la Fiscalía Nacional, la que, por lo demás, se encuentra por regla general a gran distancia del asiento del Fiscal".⁴⁵

42 Editorial de *El Mercurio*", domingo 15 agosto 2004.

43 Ritter, Andrés, Achhammer, Detlev. "Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la Perspectiva del Sistema Alemán", op. cit.

44 Entre ellas se encuentran; Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Unidad Especializada de Delitos Económicos y Funcionarios, Unidad Especializada de Lavado de Dinero y Crimen Organizado.

45 Achhammer, Detlev, op. cit. Cabe agregar que históricamente existe la experiencia en el país de cómo la jerarquización del poder judicial ha incidido en la autonomía de los jueces frente a la autoridad superior, produciendo distorsiones en el ejercicio de su función.

Este análisis de las instituciones de la reforma —que critica su carácter excesivamente jerarquizado, lo que se traduce en falta de flexibilidad, limitaciones para la innovación, creatividad, iniciativa y responsabilización de los funcionarios que realizan las tareas directas con el público y, en general, rigidez y burocratismo— es compartido por todos los analistas, quienes proponen reestructuraciones orgánicas tendientes a una mayor descentralización y reingeniería de procesos de trabajo.

En suma, se trata de planteamientos similares a la orientación general de los demás procesos de modernización del Estado.

En contraposición a los miembros de la comisión de expertos, es destacable la crítica de estos evaluadores en el sentido que los fiscales no han logrado encontrar una posición clara dentro del nuevo procedimiento penal, puesto que “en la práctica el fiscal parece ser más que una figura imparcial, el abogado de la víctima”.

Junto a los problemas enunciados, existen otros aspectos que tienen gran relevancia, los que no son abordados en el debate de los actores de la reforma en la medida que tampoco hay consenso para ello. Por un lado, las implicancias de la mantención de la justicia militar, cuyo ámbito de acción, resabio del período de gobierno militar, y su estructura y lógica autoritaria, resulta incompatible con el proceso de modernización del Estado de derecho o Estado democrático.

Por otro lado, no se han analizado ni debatido suficientemente las implicancias de la existencia simultánea del sistema reformado junto con el antiguo sistema inquisitivo vigente en la Región Metropolitana y en todo el país, para aquellos procesados y condenados antes de la reforma. Esto significa dificultades no sólo por su inconstitucionalidad, no hay igualdad ante la ley, sino también por la superposición de situaciones, lo que plantea problemas a los jueces y al sistema de ejecución de penas por mucho tiempo, coexistiendo prácticas contradictorias cuyos basamentos difieren notablemente. Cuestión que ha sido ignorada en las evaluaciones realizadas.

A modo de conclusión

La implantación de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana pondrá a prueba sus orientaciones y el éxito de sus objetivos, entrando en juego las problemáticas planteadas. Como ya se preguntaba Binder, ¿será posible por fin poner término a ese monstruoso sistema judicial inquisitivo, ese poderoso dispositivo, que ha resistido todos los cambios y procesos modernizadores experimentados en nuestro continente, con enormes implicancias para nuestra sociedad y un costo inmenso para los sectores más pobres y excluidos? ¿Permanecerán las normas garantistas? ¿Cuál será la distancia entre esa estructura normativa y la fase ejecutiva del sistema?

El desarrollo de la reforma procesal penal y sus éxitos y fracasos, así como la dirección preponderante que logre, constituirá el marco sobre el cual se iniciará e instalará en el año 2005 el proceso de reforma del sistema de menores, cuyo nuevo diseño involucra una redefinición de la relación que nuestra sociedad está

dispuesta a establecer con la infancia y sus derechos, incidiendo en la vida de miles de jóvenes en el país.

No cabe duda que el seguimiento y análisis de estas transformaciones constituye un valioso e interesante desafío para juristas y científicos sociales. Estos cambios erigen un verdadero laboratorio para la observación del proceso de modernización de nuestro país. Y, al mismo tiempo, representan un ámbito muy relevante para quienes están preocupados de los derechos humanos en nuestra sociedad.