

LA REFORMA AL PROCESO PENAL CHILENO Y EL JUEZ DE GARANTIA

Resumen: La reforma del proceso penal chileno fue un proceso estructural complejo que se diseñó e implementó a partir de un amplio consenso político. La estructura del proceso se corresponde con un modelo acusatorio y adversarial trifásico. En ese contexto, la función del juez de garantía en las fases preliminares constituye un componente decisivo para el aseguramiento de la legalidad del procedimiento y la efectiva tutela de los derechos fundamentales. La figura del juez de garantía permite, estructuralmente, una diferenciación entre la etapa investigativa y el juicio oral.

Palabras claves: Proceso penal, acusatorio, adversarial, juez de garantía, etapa de investigación, juicio oral.

Abstract: The Chilean reform of the criminal procedure was a complex structural process, designed and implemented under a broad consensus. The procedural structure is three phase accusatorial and adversarial model. In that context, the warranty judge's role in the preliminary stages is a decisive component for the assurance of the legality of the proceedings and the effective tutelage of fundamental rights. The warranty judge enables, structurally, a differentiation between the investigative stage and the oral trial.

Keywords: Criminal procedure, accusatorial, adversarial, warranty judge, investigative stage, oral trial.

Data: 30/04/2020

Autor: Eduardo Gallardo Frías

Cuestiones Preliminares

El propósito de estas líneas apunta a mostrar un panorama de la reforma al del proceso penal chileno, centrada en la función del juez de garantía. No pretendemos hacer una descripción detallada de las reglas procedimentales específicas adscritas a la función del juez de garantía, sino más bien intentar justificar su existencia a la luz de la imparcialidad estructural que debe tener un juez penal. Aspiramos a contribuir con argumentos para defender con entusiasmo la incorporación del juez de garantía en Brasil.

Sin embargo, nos parece importante realizar dos advertencias preliminares que consideramos relevantes para abordar el tema que nos ocupa.

La *primera* cuestión radica en la idea de que el proceso penal se inserta en un fenómeno mucho más amplio y complejo como lo es el sistema de justicia criminal, en el cual convergen y coexisten muchos otros elementos de carácter normativo, culturales, institucionales, etc. El proceso penal existe en un sistema que comprende a las policías, al

derecho penal sustantivo, la cultura y estructura institucional de la judicatura y otros actores, las orientaciones político - criminales, sólo por citar algunos ejemplos. Y esto no es menor, pues la transición de un modelo inquisitivo a uno de corte acusatorio – como en el caso chileno - sin duda conlleva avances civilizatorios trascendentales para cualquier sociedad democrática, tales como la reconfiguración institucional y cultural del papel del juez como un tercero imparcial garante de derechos fundamentales; pero ese avance, por muy sustantivo que sea, es sólo una parte de una lucha mucho más extendida en pos de la humanización del sistema penal. De hecho, pese al relevante avance que hemos tenido en muchos países latinoamericanos con las reformas al proceso penal de las últimas décadas, paralelamente en esos mismos países se han venido promoviendo agendas político criminales que de manera inequívoca se orientan en la dirección opuesta al ideal del derecho penal mínimo y liberal. En pocas palabras, la implantación del sistema acusatorio es un gran paso civilizatorio, pero está lejos de constituir *per se* la panacea.

El caso Chileno en esto es bastante ilustrativo, pues no deja de llamar la atención que pese al revolucionario cambio estructural de nuestro proceso penal, en Chile seguimos conviviendo con un Código Penal decimonónico de 1874, lo que sin duda revela una contradicción evidente. Por otro lado, nuestras policías muestran importantes deficiencias con relación a las exigencias de sofisticación operativa que impone nuestro actual sistema de instrucción criminal, en que la investigación dirigida por fiscales está sometida a un intenso control jurisdiccional por parte del juez de garantía; control ejercido la mayoría de las veces en el contexto de audiencias públicas, orales y contradictorias. La cuestión descrita no es menor, pues coloca de relieve uno de los grandes desafíos (y deudas) de los procesos de reforma en la región: la reforma estructural a las policías. Hoy en Chile, recién se está produciendo – en buena hora un consenso transversal en la clase política que apunta a una profunda transformación estructural de la policía centrada en la modernización operativa, el respeto a los derechos humanos y la transparencia. Esto revela que la realidad nunca es inequívoca, pues está llena de contradicciones, tensiones y expectativas e intereses contrapuestos en lucha.

Es pertinente destacar que la reforma procesal penal chilena nace de sectores de la sociedad civil como una exigencia de organizaciones y académicos de mayor protección a los derechos humanos, tras la experiencia traumática de la dictadura de Pinochet. Lo interesante es que ese impulso - que forma parte de la llamada “justicia transicional”- a la larga se articuló como una política de estado al alero de la cual se configuró un delicado consenso entre esos sectores más preocupados de los derechos fundamentales y otros sectores más conservadores preocupados por la eficiencia persecutoria penal en un país cuya principal agenda – en la década del noventa- era la de emprender un proceso modernizador a tono con la globalización de los mercados en línea con el “consenso de Washington” y las exigencias del Fondo Monetario Internacional. Con todo, la viabilidad y concreción de la puesta en marcha del proceso penal acusatorio en Chile hace poco más de

veinte años se explica fundamentalmente por un amplio acuerdo político y social. Lo dicho queda en evidencia si se tiene en cuenta que desde la tramitación legislativa hasta la última etapa de su efectiva implementación, se sucedieron tres gobiernos, a saber: Eduardo Frei (1994-2000), Ricardo Lagos (2000-2006) y Michelle Bachelet (2006-2010). Es decir, se trató en rigor de lo que genuinamente solemos denominar “Política de Estado”.

Una *segunda* advertencia deriva del hecho de que si bien los sistemas procesales penales no aparecen en la realidad fáctica como modelos puros, lo cierto es que tratándose del modelo acusatorio hay ciertos rasgos distintivos que se repiten tanto en la literatura procesal penal como en la concreción histórica de los sistemas de justicia criminal. Por consiguiente, el hecho de que en el contexto de un modelo inequívocamente acusatorio podamos encontrar manifestaciones normativas o en algunos casos prácticas reñidas con dicho sistema no debe llamarnos la atención.

Por lo mismo, aquello que comúnmente llamamos modelo acusatorio en contraposición al modelo inquisitorial, no está exento de algunos matices. Sin embargo, cuando hablamos de “modelos” en el mundo real nos estamos refiriendo a sistemas que se articulan en base a ciertos elementos preponderantes que permiten clasificarlos en esas categorías analíticas. Es bien sabido que contemporáneamente existe una especie de convergencia promiscua entre elementos del modelo inquisitivo y el acusatorio. No en vano, en los Estados Unidos de Norteamérica, probablemente el paradigma contemporáneo del modelo acusatorio en el imaginario colectivo, el profesor John Langbein en su trabajo “*Torture and Plea Bargaining*”, ha descrito como la práctica extendida del *plea bargain*, muestra semejanzas asombrosas con la tortura del sistema medieval de Europa continental.[\[1\]](#)

Mirjan Damsaka, a propósito de la contraposición entre sistema inquisitivo y sistema acusatorio, anota que “Solo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto. El modelo procesal ‘adversarial’ surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso entre dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modo no adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia. Más allá del significado esencial, comienzan las incertidumbres. No está claro hasta qué punto el proceso adversarial depende de los deseos de las partes (‘¿Cuán pasivo puede ser un juez?’) y cuán omnipresente es el control oficial en el modo inquisitivo (‘¿Cuán activos pueden ser los administradores de justicia?’). Cada concepto está dotado de rasgos diferentes cuando la discusión se centra en casos criminales, litigios civiles, o en la administración de justicia en general. En particular confunde el hábito de incorporar en los dos modelos de procedimientos diversos rasgos cuya relación con la oposición de las ideas de contienda o investigación son, en el mejor de los casos, tenues”.[\[2\]](#)

Lo que si resulta relevante es comprender que hay principios fundamentales que son irrenunciables: primero, separación estricta entre acusador y juzgador; segunda, la consagración del principio de congruencia entre la acusación y la condena, y tercero, privar al juez de poderes de dirección en la producción de pruebas o información, lo cual compete exclusivamente a las partes.

Generalidades

Para comprender en toda su dimensión la magnitud de la reforma al proceso penal chileno es ineludible enfatizar que se tuvo la convicción de que la transformación debía ser algo radical y profundo, pues nuestro viejo proceso penal que venía del Código de Procedimiento Penal de 1906 era una de las versiones más puras y ortodoxas que contemporáneamente se haya conocido del modelo inquisitivo en el concierto de las democracias occidentales. Todo el procedimiento, desde la fase de investigación preliminar, era dirigido por un juez penal que actuaba de oficio, decretaba medidas cautelares, producía pruebas, procesaba, acusaba y juzgaba. Además, el juez administraba y gerenciaba el tribunal, ocupándose hasta de las cuestiones más domésticas. No está demás decir que en ese contexto se producía en los hechos una extendida delegación de potestades en funcionarios subalternos, algo típico de los sistemas escritos sin una praxis cultural de audiencias contradictorias. El abuso policial era bastante extendido y en los hechos la única forma de tutelar derechos fundamentales era por medio del *habeas corpus*, que en el contexto descrito no operaba como un remedio institucionalmente efectivo para cautelar las garantías de los ciudadanos. Por lo mismo, quienes impulsaron la reforma desde un principio estaban conscientes que no se trataba de una simple modificación legal, pues lo que debía hacerse era una transformación cultural, institucional y normativa muy profunda. Había que enterrar el sistema inquisitivo.

Lo antes dicho revela una exigencia fundamental para cualquier país que quiera emprender con relativo éxito un proceso de la magnitud referida: el mayor desafío radica en modificar la cultura inquisitiva. Si una reforma al proceso penal no asume como desafío principal que la transformación cultural es lo más importante, cualquier reforma legal por muy profunda que sea estará destinada al más absoluto fracaso, pues la cultura inquisitiva tarde o temprano termina imponiendo sus prácticas milenarias.

Se crearon dos tipos de jueces penales: los jueces de garantía y los jueces orales, actuando los primeros en la fase de investigación y en la etapa intermedia (fase de control de la acusación y legalidad de las evidencias) y los segundos como panel colegiado en el juicio oral. Es relevante destacar que el juez de garantías que interviene en la fase de investigación jamás puede participar en el juzgamiento durante el juicio oral. Y los jueces orales por su parte no tienen ningún contacto con la información y las cuestiones debatidas y resueltas en la fase de investigación. Ni siquiera tienen acceso físico a los registros o

“autos” de la etapa previa. Es decir, epistémicamente son absolutamente “ignorantes” al momento de iniciarse el juzgamiento.

La estructura básica del procedimiento está dividida en tres fases: *i*, La fase de investigación, donde interviene el juez de garantía a través de la función cautelar y de control de legalidad de las actuaciones del Ministerio Público y las policías; *ii*, la etapa intermedia, en donde ante el juez de garantía se verifica el control de admisibilidad de las pruebas del Ministerio Público contenidas en la acusación y las de la defensa, y; *iii*, el juicio oral, ante tres jueces que no actuaron en las etapas previas.

¿Por qué el Juez de Garantía?

Hecho este panorama general, explicaremos algunas cuestiones acerca de la función que compete al juez de garantía en el contexto de la fase preliminar de investigación y, más precisamente, justificar la necesidad de su existencia como condición *sine qua non* de un proceso penal acorde con las exigencias de un estado democrático de derecho.

Como cuestión previa que facilita el entendimiento acerca de la importancia de este acto procesal, me parece importante destacar que la denominación de “juez de garantía” funcionalmente se refiere a la idea de un juez de control de investigación, es decir, aquel juez cuyo rol esencial radica en controlar y limitar el ejercicio de las actividades de persecución penal encomendadas al Ministerio Público y a la policía, tutelando la efectividad de los límites que a la averiguación de la verdad derivan de un estado democrático de derecho.

En esta materia es importante enfatizar que mero ejercicio de la persecución penal envuelve una afectación de derechos fundamentales cuya legitimidad se sustenta en el respeto a los límites constitucionales. Y eso exige la figura institucional de un juez imparcial que no tenga ningún compromiso con el éxito de la investigación. Por lo mismo, es siempre bueno recordar que la función garantista de la jurisdicción no constituye una fuente de “impunidad” como suele repetirse desde el populismo penal. Por el contrario, la función cautelar y garantista mas bien cumple una función legitimadora del *ius puniendi* estatal. Como sostiene Binder, “Tampoco es imaginable un sistema procesal concreto que consista en puras garantías y resguardos. Ellas, por su misma definición, se oponen a las normas que instrumentan la aplicación de la coerción procesal y buscan su mayor eficiencia”.^[3]

Lo afirmado no solo exige separar las funciones de persecución y juzgamiento, sino también las de control de investigación y las de juzgamiento, esto es, demanda la abolición de la prevención de la competencia, conocida en Brasil como el “juiz prevento”. El juez de garantía que interviene en la fase de investigación no puede luego participar en el juicio oral, pues ello resulta estructuralmente incompatible con el principio de imparcialidad.

En esto no hay dos lecturas posibles: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio. Supongamos que un juez en la etapa de investigación decretó una prisión preventiva, un levantamiento del sigilo bancario, interceptaciones de comunicaciones privadas, leyó informes policiales para adoptar decisiones, conoció las circunstancias de una detención flagrante, etc. ¿Cómo puede ese mismo juez después sacar todo eso de su cabeza y por arte de magia, en una especie de “auto lobotomía epistémica”, decidir en un juicio oral donde se supone que solo se debe resolver en base a las pruebas producidas por las partes en esa audiencia? La respuesta es demasiado evidente. La prevención de la competencia impide concretizar los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia, desde que no hay forma de excluir la información reunida en la fase preliminar de investigación, pues el propio juzgador ya la conoce. En el fondo en ese esquema la fase de investigación pierde en los hechos su naturaleza preliminar o preparatoria y pasa a constituir el núcleo central de la información en base a la cual se adopta la decisión de absolución o condena en el juicio.

Desde otro ángulo, si quien actúa en la fase de investigación sabe que luego deberá juzgar al investigado (el juez provento), ¿cómo hacemos para garantizar que sus decisiones en esa fase preliminar de investigación no sean condicionadas por la natural inclinación humana de intentar contar con la mayor cantidad de información de calidad para una decisión que deberá adoptarse en el futuro? La sola pregunta revela que la institución del juez de prevención compromete también la imparcialidad de ese mismo juez durante la etapa de investigación y lo que es más grave se generan incentivos que sin duda pueden inclinarlo a producir información o fomentar líneas investigativas destinadas a corroborar sus propios prejuicios e hipótesis. Ello explica que en los modelos con prevención de la competencia se producen fuertes síntomas de injerencia y dirección judicial en la tarea del Ministerio Público.

La negación de este problema esencial y que subyace al núcleo del rol del juez de garantía, solo puede sostenerse en una suerte de fe casi religiosa en la superioridad epistémica del juez profesional, o sea, en una adscripción consciente o inconsciente al modo de ser, actuar y pensar del sistema inquisitivo.

En relación a este punto, una revisión de la literatura más allá de las complejidades en torno a la distinción contemporánea entre sistema inquisitivo y acusatorio, lleva a la conclusión de que la no producción judicial de evidencias es bastante pacífica a nivel teórico. Así, Julio Maier al ocuparse del principio de imparcialidad de los jueces, afirma de manera tajante: “Pero el juez – a quien las reglas del proceder lo empujan fuertemente a lograr determinados fines, incluso en forma de deberes establecidos para cumplir correctamente su función, como, por ejemplo, el de conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar ex officio, “ofrecer” el mismo medios de prueba para averiguar la verdad, interrogar a los órganos de prueba)-, parte de una posición que no favorece la

imparcialidad, sino que, antes bien, la imposibilita en origen, pues la ley lo obliga adoptar una posición de parte en el procedimiento, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento desde algún punto de vista (la ‘verdad histórica objetiva’), base de su decisión, o no condenar a un inocente o no condenarlo más allá de su merecimiento o necesidad, pese a la torpeza de su actividad defensiva). Incluso se puede decir que, frente a la solución dilemática –relativa- que hoy gobierna nuestro orden jurídico en materia de decisión judicial (condena o absolución), coincida o no coincida el juez que lleva a cabo esta actividad –extraña en sí a su concepto y función- con los intereses de los protagonistas del asunto, siempre favorecerá con su acción el interés básico de alguna de las ‘partes’ o intervinientes en el procedimiento”.^[4] El autor citado, al caracterizar el modelo acusatorio enfatiza la idea de que el papel del juzgador está acotado a los términos de la controversia planteada por el acusador y la resistencia del acusado, apareciendo el tribunal como un “árbitro” entre dos partes.^[5] Ferrajoli a su turno afirma que “si son típicamente característicos del sistema inquisitivo la iniciativa del juez en el ámbito probatorio (...)”^[6] Luego, refiriéndose a la contraposición entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo, el autor italiano afirma que dicha dicotomía “es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba (...)”^[7]

Las ideas que hemos venido desarrollando dan cuenta de una cuestión central y que podría decirse constituye la piedra angular del rol del juez de garantía. La misión de este actor procesal durante la etapa de investigación se vincula directamente con el problema de la ponderación que debe efectuar, “caso a caso, entre la eficiencia y fines legítimos de la persecución penal y la protección de las garantías individuales de los ciudadanos imputados. En una sociedad civilizada todos aspiramos a vivir seguros y a que el Estado nos proteja de quienes atentan contra los bienes más esenciales en que se funda nuestra convivencia colectiva. Sin embargo, al mismo tiempo le exigimos a ese Estado que respete nuestros derechos básicos cuando persigue delitos a fin de sancionar a los responsables. No queremos que ese estado encarcele inocentes, (más no sea para que los verdaderos culpables no permanezcan impunes); le exigimos que a los imputados de algún delito –por muy grave que sea, se les respete su dignidad y se les pruebe su culpabilidad en un juicio oral y público; así como no estamos dispuestos a tolerar que otros ciudadanos entren impunemente a robar a nuestras casas, tampoco estamos dispuestos a livianamente aceptar que el Estado pueda invadir nuestra intimidad y entrar en nuestras casas o dormitorios con agentes policiales armados, sin que un juez lo autorice mediante resolución fundada”.^[8]

Conclusión

Hemos pretendido explicar la relevancia del juez de garantía para el debido proceso, subrayando la importancia que tiene no sólo la separación funcional entre acusador y juzgador, sino también la separación entre la función de control de la investigación y la función de juzgamiento en el juicio oral propiamente tal.

Pensando ya en el cambio transcendental que se avecina en la justicia penal brasileña, la tarea prioritaria será la transformación cultural sin la cual cualquier reforma legal, por muy profunda que sea, no tendrá éxito. Ello exigirá un fuerte compromiso de los futuros jueces de garantía.

En un estado de derecho al juez no tiene un compromiso con las políticas de seguridad pública de las agencias de persecución penal ni de los gobernantes de turno. Los jueces penales solo miran a los hechos del caso y al derecho aplicable, no a la "calle" ni a las mayorías que claman "justicia". Es relevante comprender que los casos penales, por muy relevantes que sean, jamás pueden ser instrumentalizados por la judicatura para propósitos o "luchas" – por muy nobles que sean- que excedan la única finalidad que justifica la existencia de la jurisdicción en un estado democrático de derecho: decidir el caso conforme a las reglas jurídicas aplicables.

Sin vinculación a la ley, la independencia judicial termina por convertirse en una peligrosa forma de tiranía en la cual el "*gobierno de las leyes*" termina siendo desplazado por el "*gobierno de los jueces*". Cuando un magistrado abandona esa premisa esencial, habrá dejado de ser juez o jueza, para convertirse en activista o en parte, corrompiendo con ello el estado democrático de derecho.

Notas de rodapé

[1]<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.cl/&httpsredir=1&article=4154&context=uclev>

[2]Mirjan R. Damaska, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pags. 13-14.

[3] Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2000, pag. 59.

[4] Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 1999, pag. 740.

[5] Ver Julio Maier, ob. cit., pags. 444-445-

[6] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal. Editorial Trotta, 2001, pag. 563.

[7] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 2001, Madrid, pag. 564.

[8] Gallardo Frías, Eduardo: “Los Jueces de Garantía y la Seguridad Ciudadana en el Contexto de la Independencia Judicial concebida como Sujeción a la Ley”, Revista Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis, Santiago-Chile, no. 45, 2006, pag 13.

Eduardo Gallardo Frías

Abogado, master en derecho (LLM), juez de garantía de Santiago.