

RIEGO, Cristián “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”.
Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 12, pp. 1085-1105.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A12.pdf]

El procedimiento abreviado en la ley 20.931

The abbreviated procedure in Law 20.931

Cristián Riego

Magíster en Derecho por la Universidad de Wisconsin, EE. UU.

cristian.riego@udp.cl

Resumen

El Código Procesal Penal del año 2000 reguló de manera muy restrictiva la posibilidad de un acuerdo entre el fiscal y el imputado destinado a evitar el juicio. La ley 20.931 abandonó esa concepción y creó para los delitos de hurto y robo un sistema de incentivos destinado a la producción masiva de condenas basadas en acuerdos sobre la base de premios consistentes en importantes rebajas de pena. Este artículo critica la fragmentación del sistema de justicia penal chileno que esta nueva normativa produce. Además, explora hasta qué punto el nuevo subsistema destinado a favorecer los acuerdos en los robos y hurtos se hace acreedor de la crítica que se suele dirigir al sistema de los Estados Unidos en el sentido de constituir un sistema de adjudicación unilateral por parte del fiscal.

Palabras clave: procedimiento abreviado, debido proceso, juicio oral.

Abstract

The Criminal Procedure Code introduced in Chile in the year 2000 regulated the possibility of an agreement between the prosecutor and the accused that seeks to avoid trial in a very restrictive way. Law 20.931 abandoned this notion, instituting instead, for crimes of theft and robbery, a system of incentives that could produce a massive number of sentences based on agreements that prize the accused with considerable reductions in penalties. This article criticizes the fragmentation of the penal justice system that this new law creates. Furthermore, it attempts to explore the following issue: to what extent could the new subsystem, destined to favor agreements with regards to robbery and theft, be subjected to the criticism generally levelled at the United States justice system, in the sense that it constitutes a system of unilateral adjudication from the side of the prosecutor.

Key words: plea bargaining, due process, oral trial.

Introducción

El Código Procesal Penal, promulgado el año 2000, introdujo como gran innovación el juicio oral y público, que pasó a constituirse como la expresión central y paradigmática de las garantías de debido proceso.

De manera algo paradójica, ese Código estableció la posibilidad de evitar la forma de juzgamiento que el mismo proclamó por medio del establecimiento del procedimiento abreviado¹, que constituye la renuncia al juicio oral por parte del imputado y su reemplazo por una forma de juzgamiento simplificada, basada en el reconocimiento de los hechos por parte del imputado y la lectura de la carpeta de la investigación del fiscal, la que se tradujo en el llamado procedimiento abreviado para los delitos con penas de más de quinientos cuarenta días, regulado en el artículo 406 y siguientes y la aceptación de responsabilidad en procedimiento simplificado, regulada en el artículo 395, para los delitos de menor pena.

La recepción del procedimiento abreviado en el Código del año 2000 se hizo teniendo especialmente en cuenta las críticas que suelen dirigirse al modelo del *plea bargaining* en los Estados Unidos, en cuanto este favorece la práctica masiva de la renuncia al juicio y sus garantías por medio del establecimiento de fuertes incentivos, consistentes en la diferencia de penas que se arriesgan en el juicio oral frente a las reducciones que pueden obtenerse por medio de una negociación con el fiscal. Debido a esto, el procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal chileno tuvo una expresión limitada: se admitió solo para penas no superiores a cinco años, con especial cuidado de no establecer la posibilidad de diferencias de penas significativas que pudiesen constituir incentivos muy fuertes para la renuncia al juicio.

Recientemente, la ley 20.931 ha venido a modificar la situación de manera bastante radical. Dicha ley ha establecido, para un grupo limitado de delitos, aunque muy significativo en términos estadísticos, un conjunto de reglas especiales destinadas a favorecer el uso del procedimiento abreviado por medio de la generación de fuertes incentivos para que el imputado renuncie al juicio. Por medio de esas normas especiales, los fiscales están en condiciones de ofrecer a los imputados diferencias muy sustantivas en las penas. Esas ofertas pueden resultar muy difíciles de resistir y derivar en que el juicio oral pase a ser una especie de lujo que pocos podrán permitirse.

El presente trabajo pretende mostrar cuál es la dinámica del nuevo sistema de incentivos para el procedimiento abreviado que se ha creado para un segmento de los delitos y proyectar su funcionamiento futuro. Sostendremos que se trata, en realidad, de un nuevo modelo de justicia penal basado en la negociación, el cual podría derivar en un sistema de adjudicación unilateral por parte del fiscal, aplicable al segmento más vulnerable del conjunto de personas imputadas de delitos en el país.

¹ Esta paradoja parece ser una tendencia bastante generalizada en todo el mundo: “The irony of this development (towards oral and public trials), is that, with the greater ability of the defense to achieve an acquittal, or make the criminal procedure more lengthy and cumbersome, the more the system turns, informally or formally, to trial-shortening guilty pleas, confession bargaining or other consensual procedural modes.” THAMAN, Stephen, “A Typology of Consensual Criminal Procedure, An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial”, en: THAMAN, Stephen (Ed.), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 392.

En la misma línea, Langer habla del *plea bargaining* como “el caballo de troya del sistema adversarial”. LANGER, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure Trial”, en: THAMAN, Stephen (Ed.), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 46.

En una primera parte mostraremos cuáles fueron las características de procedimiento abreviado en el Código del 2000 y cómo se pretendió que este tuviera una expresión limitada para evitar la instalación de un modelo de aplicación masiva de sentencias condenatorias basadas en incentivos de rebajas de penas. En una segunda parte analizaremos la nueva regulación e intentaremos proyectar cómo debería funcionar, validando la hipótesis de que podría generarse un sistema semejante al de los Estados Unidos, en el sentido de que los incentivos, consistentes en grandes diferencias de penas, podrían reducir significativamente el acceso de los imputados al juicio. También intentaremos cuantificar el impacto del nuevo sistema mostrando que este abarca aproximadamente la mitad del conjunto del sistema de justicia penal chileno.

En una tercera sección plantearemos cómo las reformas en análisis constituyen una segmentación del sistema de justicia penal en dos subsistemas que funcionarán bajo lógicas distintas y que ofrecen a los imputados un distinto régimen de derechos. En una cuarta sección intentaremos mostrar el riesgo de que el nuevo subsistema que se estableció para los delitos contra la propiedad se transforme en lo que alguna crítica norteamericana ha caracterizado como un sistema de adjudicación unilateral por parte del fiscal, el cual resulta contrario a los principios básicos de un sistema de justicia criminal propio de un estado de derecho moderno. Finalmente plantearemos algunas conclusiones, así como la necesidad de profundizar la investigación sobre los efectos de un cambio que, nos parece, constituye una verdadera revolución del procedimiento penal chileno.

Para el análisis de los cambios que la nueva ley genera en el sistema de justicia penal chileno utilizaremos fundamentalmente conceptos extraídos de la literatura legal de los Estados Unidos, debido a que es en ese país donde existe la mayor experiencia práctica con los sistemas de justicia penal basada en acuerdos, pero sobre todo porque existe también una amplia literatura analítica y crítica de esa experiencia. Cabe clarificar que esa misma literatura norteamericana tiene como característica el hecho que, en su descripción de las instituciones y de su lógica, no se atiende exclusivamente a los aspectos estrictamente legales de la misma, sino que integra en su discurso también las prácticas, la cultura legal y la dinámica operativa del funcionamiento del sistema. Pensamos que esa característica de la literatura legal de los EE. UU. permite no solo obtener información e ideas útiles para nuestro medio, sino que nos acerca también a un método de análisis que es indispensable para comprender instituciones como la de la justicia consensual, cuyas definiciones suelen producirse por medio de una interacción compleja entre el nivel legal, por un lado, y el de las prácticas y la cultura legal, por el otro. Desde ese mismo punto de vista, nuestro planteamiento en este texto no se detendrá en un análisis exhaustivo de las diferencias legales o conceptuales que existen entre el sistema chileno y el de los EE. UU. Dichas diferencias existen y son, sin duda, muy relevantes. No obstante, lo que aquí pretendemos es mostrar cómo, aún a pesar de las diferencias en el terreno estrictamente legal, la dinámica de los sistemas, los incentivos de los actores y las expectativas respecto de su conducta pueden hacer que el sistema chileno se acerque más o menos a nociones que algunos autores reconocen en el sistema de los EE. UU. y que, pensamos, son útiles para entender la lógica operativa del sistema chileno, más allá de las solas disposiciones legales que regulan a uno u otro.

1. El procedimiento abreviado en el Código Procesal Penal²

El Código Procesal Penal, dictado en el año 2000, estableció el juicio oral como la base fundamental del sistema de garantías en Chile. Esta idea se expresa con toda claridad en su artículo primero, que proclama: “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”. No obstante, el Código también introdujo la posibilidad de evitar al Estado la necesidad de llevar adelante un juicio, permitiendo que el imputado renuncie a todos los derechos que se realizan en él y admita un juzgamiento con muchas menos garantías por la vía del procedimiento abreviado, regulado en el título III del libro cuarto, o por su correlato en el procedimiento simplificado para los casos de penas inferiores a quinientos cuarenta y un días de privación de libertad, consistente en el reconocimiento de responsabilidad regulado en el artículo 395. La base de dicha renuncia está constituida por un acuerdo entre el imputado y el fiscal, según el cual el primero acepta los hechos de la acusación y el juzgamiento basado en los antecedentes de la investigación realizada por el fiscal, y este último fija una pena que constituye el máximo de la condena que puede ser establecida por el juez.

Cuando se tomó la decisión de proceder de esta manera, se estaba siguiendo la tendencia generalizada de las legislaciones de la época³. Pero, además, se tuvo en cuenta la información disponible que llamaba la atención acerca de los riesgos involucrados en permitir la renuncia al juicio oral y sus garantías, en cuanto este camino pudiera convertirse en una fórmula extorsiva destinada a presionar a los imputados para obtener su renuncia al juicio y generar así la posibilidad de una vulneración de las garantías básicas que el Código pretendía establecer⁴.

En consecuencia, la fórmula que se utilizó estuvo destinada a permitir que el imputado que no tuviera una discrepancia sustantiva con los cargos formulados en su contra pudiera optar por una forma de juzgamiento más sencilla, obteniendo algunas ventajas limitadas, las que en ningún caso debieran constituirse en un incentivo o una presión tan fuerte como para que quienes realmente se opongan sustantivamente a la acusación se vieran motivados a renunciar al juicio y a las garantías que este le ofrece. Es claro que la intención del

² Mi conocimiento de la discusión que se produjo en torno al procedimiento abreviado proviene de mi participación como director del equipo que redactó el Proyecto de Código Procesal Penal que fue enviado por el ejecutivo al Congreso y luego como asesor del ministerio de justicia en toda la tramitación del Código. Ver, además: RIEGO, Cristián, “El procedimiento abreviado”, en: VV.AA., *Nuevo Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, pp. 205-226 y RIEGO, Cristián, “El procedimiento abreviado en Chile”, en: MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 453-475.

³ HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 503.

⁴ Un buen ejemplo de las aprehensiones que en la época del Código generaba el procedimiento abreviado la expresa Julio Maier, sin duda el autor más influyente sobre los Códigos que se dictaron en diversos países latinoamericanos en ese período: “El orgullo que sin modestia siento al observar cómo ‘prendieron’ ciertas instituciones de aquel proyecto de 1986 [...] no se reproduce en este caso. Aquí he dado pie, sin una reflexión política y de fondo, a una institución, en principio extraña a nuestra cultura jurídica, que se expande y amenaza con derribar los pilares de nuestra comprensión de la pena estatal y del procedimiento necesario para imponerla”. MAIER, Julio; BOVINO, Alberto, “Prólogo”, en: MAIER, J. y Bovino, A. (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

legislador al establecer el procedimiento abreviado fue la de permitir una forma de juzgamiento más rápida y barata con el fin de compensar los enormes costos fiscales involucrados en el establecimiento del juicio oral; no obstante, se pretendía conseguirlo sin afectar sustantivamente el derecho de cualquier persona a ser juzgada con las garantías que el propio código establecía⁵.

La limitación más importante que se estableció en el Código al procedimiento abreviado consistió en restringir su aplicación a la aplicación de sanciones relativamente bajas por medio de establecer que solo podían ser juzgadas por esta vía las acusaciones en que la pena solicitada por el fiscal no excediera los cinco años de privación de libertad. Esta limitación tiene una enorme importancia, pues en la práctica no solo restringe la posibilidad de que se establezcan penas de larga duración por la vía de la negociación, sino que favorece el uso de este procedimiento para penas sustitutivas a la privación de libertad, las cuales son de general aplicación en el sistema chileno a las penas no superiores a cinco años tratándose de personas sin condenas penales anteriores.

A pesar de que no contamos con datos precisos al efecto, no parece demasiado aventurado afirmar que, en la práctica, en nuestro sistema de justicia penal, hasta antes de la vigencia de la ley 20.931, no era común que se condenara, a través del procedimiento abreviado, a penas que se tradujeran en encarcelamientos efectivos. La gran mayoría de los condenados por esta vía lo eran a medidas alternativas a la privación de libertad. Tampoco estableció el sistema chileno premios o rebajas especiales de penas para quienes aceptaran la renuncia a juicio, fórmula que es común en otras legislaciones⁶ que se tuvieron a la vista en la elaboración del Código Procesal Penal.

En general, nos parece posible sostener que el sistema del Código Procesal Penal no estuvo orientado a incentivar la aceptación de renuncia al juicio por la vía de una negociación basada en diferencias entre la sanción que es posible establecer en el juicio y aquella que el fiscal fija como máxima en el procedimiento abreviado. Es claro que alguna diferencia puede existir, pero ella no resulta demasiado significativa, dado que los fiscales no pueden renunciar a la persecución ni a una parte de ella, de acuerdo con el principio de legalidad. En la práctica, las diferencias de penas que los fiscales pueden ofrecer, en este marco, para incentivar la renuncia al juicio, se limitan más bien a fijar las penas máximas que se ubiquen en los rangos inferiores de los marcos establecidos por la ley, a favorecer la aceptación por parte del juez de una circunstancia atenuante, a no alegar alguna circunstancia agravante o a recomendar el uso de una medida alternativa o sustitutiva a la

⁵ Un ejemplo de las múltiples aprehensiones y resistencias que en la comunidad legal chilena genera la posibilidad de una condena basada en un procedimiento consensuado en: DEL RÍO, Carlos, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*, Santiago: Editorial Librotecnia, 2009. También: HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho Procesal*, cit. nota n° 3, p. 503. Quienes además exponen algunas de las críticas más importantes a estas formas de juzgamiento provenientes de la literatura europea y de los EE. UU.

⁶ Por ejemplo, en el sistema italiano la aceptación del procedimiento abreviado por parte del imputado se premia con una rebaja de un tercio de la pena que el juez deba imponer, según el artículo 442 n.º 2 del Código de Procedimiento Penal Italiano.

privación de libertad, cuestiones que por lo demás los jueces pueden resolver autónomamente sin la petición del fiscal si es que sus fundamentos aparecen probados⁷.

Por otra parte, el diseño del procedimiento mismo también está orientado a no favorecer la negociación directa sobre el monto de la pena, dado que el juez no basa su decisión en el acuerdo entre las partes. A pesar de la aceptación de los hechos por parte del imputado, se requiere que el juez valore la prueba y dicte una sentencia, la que incluso podría ser absolutoria⁸. De este modo, la ley ha procurado evitar un modelo de justicia estrictamente consensual, en el que la condena tiene su origen directamente desde el acuerdo entre partes, reemplazándolo más bien por un modelo en que el acuerdo establece una forma distinta de juzgamiento, en la que tanto la decisión condenatoria como el monto de la pena son decisiones entregadas al juez, quien debe tomarlas con base en las pruebas allegadas y en las reglas legales.

A todas las limitaciones enumeradas anteriormente se suma la existencia de la norma del artículo 409 del Código, el cual obliga al juez a cautelar de manera específica la voluntariedad del acuerdo, pudiendo rechazarlo si es que estima que el imputado no ha actuado voluntariamente o con la adecuada información. Dicha obligación del juez aparece especialmente fortalecida según el artículo 414, inciso segundo del Código, el cual permite que el ejercicio de ese control pueda ser objeto de revisión por la vía del recurso de apelación que recae sobre la sentencia dictada en el procedimiento abreviado, es decir, una vez que el procedimiento abreviado ha concluido, probablemente con una sentencia condenatoria, todavía puede el imputado cuestionar la voluntariedad del acuerdo por el cual renunció a su derecho a un juicio.

En síntesis, nos parece posible afirmar que la recepción de la posibilidad de renuncia al juzgamiento por medio de un juicio oral y su reemplazo por un sistema simplificado basado en un acuerdo entre las partes, fue admitida en Chile de modo muy limitado, tanto en cuanto al monto de las penas susceptibles de ser impuestas por esta vía, como a la falta de un margen importante de discrecionalidad para el fiscal que favoreciera su poder negociador y, por último, en cuanto a preservar para el juez facultades importantes que le permiten controlar tanto las condiciones del pacto entre las partes como la suficiencia de la prueba de cargo y la legalidad de la pena, antes de dar lugar a una condena.

2. La nueva regulación en la ley 20.931

La ley 20.931 contiene una cantidad muy significativa de reformas específicas destinadas a mejorar la persecución penal de los delitos que, se considera, afecta de modo significativo

⁷ En un texto anterior, cercano a la vigencia del inicio del nuevo sistema procesal penal, sostuve que, si bien el Código Procesal Penal pretendió regular de modo restrictivo la posibilidad de la rebaja de penas como un incentivo a la renuncia al juicio, existían posibilidades de que, por la vía informal, los fiscales pudieran generar esos incentivos. No obstante, y aunque no conozco estudios empíricos que permitan acreditar esto de manera precisa, mi impresión es que ello ha ocurrido solo en el sentido de que en algunos casos los fiscales favorecen rebajas sustantivas, en general orientadas a alcanzar marcos penales que permitan la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad. RIEGO, “El procedimiento abreviado en Chile”, cit. nota n° 2.

⁸ FALCONE, Diego, “La Absolución en el Procedimiento Abreviado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° XXVI (2005), pp. 363-378.

la seguridad pública. El mensaje de la ley ya planteo la idea de establecer un sistema especial para un grupo de delitos, con el fin de lograr la aplicación de las penas efectivamente previstas por el legislador⁹.

La historia de la ley no da cuenta de fundamentos específicos para la distinción entre un régimen aplicable al conjunto de los delitos y otro especial para los delitos contra la propiedad. No obstante el lenguaje utilizado¹⁰ da cuenta que lo que se hace es tomar una distinción que se utilizó en las discusiones de políticas de seguridad pública, donde se ha estimado que, de la gran cantidad de delitos definidos por la ley, es solo un número limitado de ellos los que afectan de manera predominante la seguridad de la población, tanto en términos objetivos como subjetivos. Es decir, unos pocos delitos concentran una gran cantidad de hechos delictivos y estos incidentes a su vez contribuirían de manera decisiva al aumento del temor de la población. Debido a esto, las estrategias estatales destinadas a mejorar la seguridad suelen concentrarse en los delitos incluidos en esa categoría, que suele ser definida como delitos que afectan la seguridad pública o delitos de mayor connotación social¹¹.

Es a partir de una definición como la descrita que esta ley ha buscado fortalecer la persecución penal respecto de un grupo de delitos específicos¹². Se trata de los delitos contra la propiedad vinculados a lo que se conoce normalmente como la delincuencia común¹³, esto es, los delitos de hurto y las diferentes formas de robo descritas en nuestra legislación penal¹⁴.

⁹ Mensaje de 23 de enero de 2015 en sesión 122. Legislatura 362. II.1

¹⁰ Mensaje de 23 de enero de 2015 en sesión 122. Legislatura 362. II.5

¹¹ Aparentemente, uno de los primeros usos del criterio de discriminación descrita y la expresión “delitos de mayor connotación social” corresponde al documento llamado *Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile*, Ministerio del Interior, mayo de 2004, p. 19. En ese texto se plantea la necesidad de focalizar la atención en algunos delitos y, aunque no se hacen definiciones precisas, se focaliza la atención en algunos delitos contra la propiedad. Otros documentos que utilizan esta aproximación varían en cuanto a los delitos que se toman en cuenta, pero siempre con un énfasis en los delitos contra la propiedad. Por ejemplo, la encuesta de victimización Paz Ciudadana-Adimark pregunta por los delitos de robo solamente. Paz Ciudadana, en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2017/01/ipc-2016-version-conferencia-120117.pdf> [visitado el 25.04.2017].

Por su parte, la encuesta nacional de victimización ENUSC que realiza el gobierno incluía tradicionalmente los delitos de hurto, robo y lesiones, a los que, a partir del año 2015, se agregaron otras categorías de delitos como son los daños a vehículos o viviendas, algunos delitos económicos, los delitos cibernéticos, el delito de amenazas y una categoría caracterizada como incivildades y violencias en los barrios. Ministerio del Interior, en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2016/05/ENUSC-2015.pdf> [visitado el 25.04. 2017].

¹² El mensaje de la ley hace referencia al aumento en los delitos de mayor connotación social registrado por las encuestas de victimización y al hecho de que dentro de esa categoría los delitos contra la propiedad representan una proporción muy mayoritaria. Mensaje n° 1167-362 del presidente de la República a la Cámara de Diputados, Santiago, 23 de enero de 2015.

¹³ Los delitos incluidos en este nuevo régimen son los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, esto es, todos los robos y hurtos con excepción del hurto de hallazgo simple y el de apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos y con la adición del delito de receptación de bienes producto de robos y hurtos.

¹⁴ La identidad que esta ley plantea entre afectación a la seguridad pública y delitos de robo y hurto parece problemática tanto por la exclusión de ciertos delitos como por la inclusión de otros. En cuanto a la exclusión, los propios instrumentos usados para medir la victimización han ido ampliando el conjunto de situaciones que

Durante la tramitación legislativa se manifestaron algunos cuestionamientos a la decisión fundamental de regular separadamente al conjunto de delitos que se estimó afectaban preponderantemente a la seguridad pública, en general por la vía de cuestionar la afectación al principio de proporcionalidad que el aumento en las penas efectivas a ser aplicables esos delitos significará¹⁵. También existieron algunas objeciones orientadas a criticar el hecho de que el proyecto estuviera orientado a perseguir los delitos cometidos por un sector social en particular, pero en general esa crítica estuvo muy centrada en otras normas del proyecto, en especial en el llamado control de identidad preventivo¹⁶. No obstante, la decisión de avanzar en la línea propuesta por ejecutivo se impuso en todas las etapas del proceso legislativo por medio de amplias mayorías.

La modificación más sustantiva está constituida por un conjunto de cambios específicos cuya interacción simultánea genera, en nuestra opinión, un escenario completamente nuevo para el funcionamiento del procedimiento abreviado en un espacio que, como veremos más adelante, representa una porción muy significativa del total de delitos de que tiene conocimiento el sistema.

Este cambio tiene tres componentes legales principales. El primero de ellos está constituido por una modificación del sistema de determinación de las penas aplicables a los delitos de hurto y a todas las modalidades de robo establecidas en nuestro Código Penal. El sistema general de determinación de penas consiste en que el Código Penal asocia a cada tipo delictivo unas penas cuya duración está condicionada por un marco relativamente amplio de tiempo, dentro del cual el juez debe determinar la duración específica a partir de algunos criterios que la ley establece. Pero el marco de duración establecido por la ley puede cambiar según la existencia de diversas circunstancias atenuantes o agravantes, las cuales están descritas pormenorizadamente por la ley y cuya existencia debe el juez determinar de modo preciso en el fallo. De este modo, la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes puede hacer que la pena final se encuentre fuera del marco establecido por la ley para el tipo penal.

La nueva ley cambia la fórmula descrita respecto de los delitos abarcados por ella, en el sentido de impedir que las atenuantes y agravantes permitan al juez modificar el marco penal. Es decir, respecto de esos delitos, el efecto de las atenuantes o agravantes que puedan existir opera solo para permitir al juez determinar la pena al interior del marco. En el caso de tratarse de personas reincidentes, además del efecto descrito, se establece que la determinación de la pena operará solo en la mitad superior del marco penal, es decir, la

se incluyen en esta categoría por su contribución a la inseguridad, de este modo se trata de abarcar diversos hechos violentos que generan un efecto de temor en la población como las peleas con resultados de lesiones o los disparos de armas de fuego. Por otra parte, en cuanto a la inclusión, el tipo penal de hurto incluye muchos incidentes que en realidad tienen una peligrosidad baja y que difícilmente contribuyen al temor ciudadano de manera importante, como son los hurtos de cosas de poco valor en el comercio, por ejemplo.

¹⁵ Entre las objeciones más destacables se encuentran el voto de minoría de la Corte Suprema en su informe, la opinión de la Defensoría Penal Pública y del Instituto de Derechos Humanos. Primer Informe de Comisión de Constitución Senado. 23 de Noviembre de 2015. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 76. Legislatura 363.

¹⁶ Por ejemplo. Voto en contra del diputado Boric, 16 de abril de 2016 Diario de Sesión en Sesión 14. Legislatura 364.

reincidencia produce el efecto de excluir del ámbito de determinación de la pena la mitad inferior del marco¹⁷.

El segundo componente del cambio está constituido por una norma que otorga un incentivo extraordinario para que el imputado, tratándose de los mismos delitos a los que se aplican las nuevas reglas de determinación de las penas, consienta en renunciar a su derecho a un juicio oral y convenga en un procedimiento abreviado o acepte la responsabilidad en un procedimiento simplificado. El premio establecido por la ley consiste en la posibilidad de rebaja de un grado en la pena, respecto de la que corresponda a partir de la aplicación de los criterios de determinación establecidos en el componente descrito anteriormente¹⁸.

Finalmente, el tercer componente está constituido por la ampliación, solo para los delitos a los que se refiere esta nueva regulación, de la aplicabilidad del procedimiento abreviado, el que pasa de un límite de cinco años de privación de libertad como pena máxima a uno de diez años¹⁹.

El conjunto de estos tres componentes produce un efecto muy acentuado sobre el modo en que los delitos contra la propiedad son tratados por el sistema de justicia penal a partir de la vigencia de la nueva ley. En la práctica, la ley en cuestión supone un aumento muy sustantivo en las penas que efectivamente han de ser determinadas por los jueces. Por otra parte, ese aumento puede ser compensado, al menos parcialmente, por medio de la renuncia al juicio y el acuerdo en el procedimiento abreviado. El efecto descrito es especialmente intenso en los delitos que tienen una pena superior a los cinco años, debido a que bajo ese umbral existe la posibilidad de la aplicación de una medida alternativa a la pena privativa en libertad. En esos casos solía ocurrir que el juez rebajara la pena por aplicación de

¹⁷ Nuevo artículo 449: “Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”.

¹⁸ “Intercálase en el artículo 407 el siguiente inciso cuarto, nuevo, pasando el actual a ser inciso quinto: ‘Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo’. Agrégase en el artículo 395 el siguiente inciso segundo: ‘En los casos de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, el fiscal podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a y 2a del artículo 449 del mismo cuerpo legal’.

¹⁹ “Añádese, en el inciso primero del artículo 406, luego de la frase ‘no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo’, la expresión: ‘no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal’, antecedita de un punto y coma”.

atenuantes y otorgara una medida alternativa a la privación de libertad que permite evitar el encierro. De acuerdo con la nueva ley, el único camino que queda disponible al imputado que es candidato a la medida alternativa es el de acceder a la rebaja de pena por medio de la renuncia a juicio. Llevando la situación a un ejemplo concreto, supongamos que se trata de un imputado por robo con intimidación que no tiene condenas previas. La pena establecida por la ley fija un marco entre cinco años y un día a quince años. Anteriormente, dependiendo de las circunstancias específicas, esa persona podía tener la expectativa de una rebaja de pena por la atenuante de la irreprochable conducta anterior, quedando, por ejemplo, con una pena desde tres años y un día hasta cinco años. En ese rango de pena quedaba en una buena posición para obtener una medida alternativa a la privación de libertad y no ir a la cárcel. Con la nueva regulación, las atenuantes que pueda tener, incluyendo la irreprochable conducta anterior, no le permiten bajar la pena de los cinco años y un día y, por lo tanto, deberá cumplir una de privación de libertad efectiva. La única manera de evitarlo sería la de renunciar al juicio y aceptar el procedimiento abreviado. En consecuencia, el diferencial de pena y el incentivo para renunciar al juicio serían los cinco o más años de privación de libertad. Si fuera a juicio, arriesgaría una condena por ese tiempo. Si aceptara el procedimiento abreviado, podría acceder a una pena de cumplimiento alternativo, es decir, no sería privado de libertad.

En el caso de las personas que son reincidentes, el elemento que acrecienta el diferencial de pena está en la norma que suprime el grado mínimo o el *mínimum* para el cálculo de la sanción específica. Si tomamos el mismo ejemplo anterior de robo con intimidación, pero de una persona reincidente, la pena establecida en la ley abarca dos grados, de cinco años y un día a diez años y de diez años y un día a quince años. La nueva regla obliga a suprimir el grado más bajo, con lo que el sujeto podría ser condenado en juicio oral a una pena mínima de diez años y un día. Con la renuncia a juicio se puede obtener una reducción de un grado, con lo que la pena mínima que el fiscal puede ofrecer es de cinco años y un día. De nuevo, en este segundo caso, el diferencial de pena es importante y sería de cinco años de privación de libertad.

El análisis del efecto de la nueva regulación que podemos hacer a estas alturas es solo hipotético y aparece, además, muy simplificado, porque solo toma en cuenta la variable del monto de las penas que podrían ser aplicadas de acuerdo con la nueva ley. En la realidad existen varios otros factores que condicionan las negociaciones que eventualmente conducen a un procedimiento abreviado. Uno de estos factores, sin duda muy importante, es el de la prisión preventiva: el hecho de que el imputado se encuentre en prisión preventiva u otras medidas cautelares importantes puede ser un gran incentivo a la aceptación de un procedimiento abreviado, especialmente si la oferta del fiscal permite anticipar una pena susceptible de una medida alternativa a la privación de libertad. En relación con esta variable, nos parece claro que la ley 20.931 debiera jugar un papel importante en cuanto a favorecer el otorgamiento de prisión preventiva u otras cautelares intensas para los delitos a los que afecta. Lo anterior se debe especialmente a que diversas reformas legales²⁰ han condicionado cada vez más intensamente a los jueces para la dictación de esa medida en los delitos con penas altas²¹.

²⁰ En especial, el inciso cuarto del artículo 140 letra c) introducido por la ley 20.253 de 2008 que establece una especie de presunción de peligrosidad para varias hipótesis entre las que se encuentra la de tener el delito

3. El impacto cuantitativo

Como vimos anteriormente, desde el punto de vista legal el segmento de los delitos abarcados por la regulación de la nueva ley es bastante restringido. No obstante, desde el punto de vista cuantitativo se trata de una sección muy importante del conjunto de delitos de que tiene conocimiento el sistema. De acuerdo con el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público del año 2005, de un total de 1.332.238 ingresos, 494.531 correspondieron a delitos contra la propiedad, los que constituyen un 37,12% del total²². Es decir, algo más de un tercio de la carga de trabajo del Ministerio Público está relacionada con los delitos afectados por la nueva ley. Sin embargo, la participación de los delitos afectados por la nueva regulación en el encarcelamiento efectivo de imputados parece ser claramente superior. Tomando en cuenta el dato más reciente publicado, el total de las personas ingresadas en los recintos penitenciarios el día 31 de diciembre de 2014 era de 44.319²³. Ellas estaban recluidas ese día como producto de un total de 71.415 delitos que aparecen en las resoluciones de distinto tipo que justifican su encierro²⁴. De ese total de delitos invocados por los jueces, un total de 41.315²⁵ corresponde a las categorías de delitos afectados por la ley 20.931, lo que corresponde a un 57,85% del total de delitos que justifican el encarcelamiento.

Los datos presentados son aproximaciones limitadas que solo muestran visiones parciales de un sistema muy complejo, no obstante, nos parecen suficientemente ilustrativos para que el lector pueda tener una idea clara acerca que la nueva ley cubre un segmento muy relevante de nuestro sistema de justicia penal. Simplificando las cosas, nos parece que es

una pena de crimen establecida en la ley. Sobre esto: DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *La Prisión Preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

²¹ La propia ley 20.931 contiene una norma que continúa la tendencia de favorecer el uso de la prisión preventiva. Se trata de una modificación del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal. La ley 20.253 de 2008 introdujo en ese inciso una regla que estableció que, tratándose de ciertos tipos penales, la resolución del juez de garantía que no otorgara o revocara la prisión preventiva no daría lugar a la libertad del imputado mientras no fuera confirmada por la Corte de Apelaciones. Tres de esos delitos están entre los afectados por nuestro análisis, los de los artículos 433, 436y 440 del Código Penal. La ley 20.931 modifica esa regla en varios sentidos, siendo el más importante el que suprime la limitación de su aplicación a los delitos que merezcan pena de crimen. Es decir, ahora la norma se aplica a los tipos penales cualquiera sea su pena. Sin embargo, no afecta a la posibilidad del otorgamiento de la prisión preventiva en los casos que estamos analizando, dado que los tres tipos penales contra la propiedad incluidos en el inciso segundo de artículo 149 tienen todas penas de crimen.

²² El Ministerio Público presenta estos datos desagregados en tres categorías de delitos: hurtos, robos y robos no violentos. Es posible que otros delitos afectados por la legislación comentada se encuentren comprendidos en la categoría de otros delitos contra la propiedad, pero, como no podemos saberlo, la hemos excluido. *Boletín Estadístico Anual enero-diciembre 2015*, Santiago: Ministerio Público de Chile, 2016, tabla n.º 3.

²³ *Compendio Estadístico Penitenciario 2014*, Gendarmería de Chile, p. 346.

²⁴ El número total de delitos es superior al total de personas encarceladas ese día, puesto que muchas de ellas lo estaban por diversos delitos. *Compendio Estadístico Penitenciario 2014*, Gendarmería de Chile, p. 347.

²⁵ Los datos de Gendarmería consignan los delitos con la denominación en que aparecen en las resoluciones correspondientes, por lo que hay una larga lista de delitos denominados de muy diversas maneras, entre los cuales hemos seleccionado aquellos que aparentemente corresponden a los contemplados en la ley 20.931. *Compendio Estadístico Penitenciario 2014*, Gendarmería de Chile, pp. 349-358.

posible afirmar, en términos muy generales, que los delitos regulados por la ley 20.931 representan algo así como la mitad de la actividad del total del sistema de justicia penal.

4. Dos modelos de justicia penal

En un artículo muy conocido, Packer²⁶ planteó la noción de la existencia de dos modelos ideológicos en la justicia penal. Esto es, que existen dos conjuntos diferenciados y mutuamente competitivos de valores y nociones que orientan el diseño y el funcionamiento de la justicia penal y las lógicas a las que obedecen los diversos mecanismos específicos del sistema, no en la teoría sino en su realidad operativa.

El primer modelo descrito por Packer es el del debido proceso. Este se basa en la noción de que las diversas tareas que constituyen el proceso de determinación del delito y el culpable están sujetas a márgenes de error importantes y, por lo tanto, el sistema debe poner énfasis en aproximarse críticamente al resultado de las actividades policiales y de los demás órganos que producen la prueba de cargo. También enfatiza este modelo una resistencia a los componentes autoritarios e inequitativos que pueden expresarse en la persecución penal. Asimismo, plantea un fuerte escepticismo respecto de la moralidad y la utilidad de las sanciones penales. Todas estas ideas aspiran a moldear el sentido del funcionamiento de los diversos mecanismos del sistema de justicia penal.

El segundo modelo es el del control del crimen. Este modelo entiende al sistema de justicia penal poniendo énfasis en la importancia de una eficaz represión del crimen. Desde este punto de vista, el principal desafío del sistema está en la necesidad de aplicación eficiente de sanciones a un número elevado de personas, respecto de las cuales se asume que en su gran mayoría son culpables de los delitos que se les imputan. Es decir, se trata de una visión que examina las diversas actividades del sistema de justicia penal desde la perspectiva de cómo favorecen o dificultan la tarea del avance de los casos hacia un resultado que muy mayoritariamente debe ser el de la aplicación de una sanción.

Los dos modelos no son contradictorios en un sentido estricto, ya que cada uno no niega directamente los valores del otro, sino que solo enfatiza la atención a sus opciones ideológicas en cada etapa del sistema²⁷.

A partir de la distinción analítica planteada, Packer examina en detalle cómo estas dos nociones entienden a los diversos mecanismos del sistema de justicia penal, mostrando cómo en cada caso se expresa la misma dualidad de concepciones. En cuanto a la situación específica del uso de mecanismos negociados que concluyen en la aceptación de la culpabilidad por parte del imputado, estos dos modelos se plantean de manera diversa. De acuerdo con el modelo del debido proceso, estas formas de adjudicación basadas en la renuncia de sus derechos por parte del imputado deben ser desfavorecidas e incluso se cuestiona el hecho mismo de si deben ser permitidas. Las razones principales para ello es que impiden un escrutinio específico e imparcial sobre los datos que han llevado a la

²⁶ PACKER, Herbert, “Two Models of Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, n° 133 (1964), pp. 1-68.

²⁷ PACKER, “Two Models”, cit. nota n° 26, p. 5.

formulación de los cargos respecto del imputado. Por otra parte, debe evitarse cualquier tipo de presión destinada a obtener la aceptación de la responsabilidad por parte del imputado, incluidas aquellas constituidas por amenazas de penas superiores en el caso de no aceptación. En el modelo del debido proceso el juez está llamado a jugar un rol de cautela frente a la posible existencia de abusos por parte de las diversas autoridades que han intervenido en las actividades que han llevado a formular la imputación y de la posibilidad de que el acuerdo prestado por el imputado no sea plenamente voluntario²⁸.

Desde el punto de vista del modelo del control del crimen, en cambio, el propósito de los mecanismos negociados es el de resolver tempranamente un conjunto ampliamente mayoritario de los casos en que un juicio no es realmente necesario. Estas soluciones son vistas como convenientes para todos los involucrados, dado que en la mayoría de los casos se trata de personas culpables. Solo en una pequeña porción de los casos existirá una discrepancia sustancial entre las partes que requiera la realización de un juicio. En este modelo, el rol del juez en cuanto a indagar acerca del modo en que se ha alcanzado el acuerdo no está destinado a encontrar elementos que puedan invalidarlo, sino a otorgar al imputado la información de que careciere para que otorgue su consentimiento de manera debida y a depurar el procedimiento y sus actas, corrigiendo cualquier error que se hubiese producido. Asimismo, no es visto como impropio que el juez pueda enfatizar frente al imputado las ventajas que desde el punto de vista de la pena pueda generarle su renuncia al juicio. De acuerdo con este modelo, el imputado está en condiciones de juzgar lo que resulta más conveniente para él y no es rol del juez ponderar la fortaleza del caso ni identificar posibles debilidades provenientes de las etapas previas de su desarrollo²⁹.

Nos parece que la noción de modelos diferenciados planteada por Packer es útil para entender lo que está ocurriendo en Chile. La ley 20.931 ha realizado modificaciones que, sin constituir cambios estructurales aparentes a las instituciones del sistema procesal penal, representan, a lo menos en relación con un aspecto muy importante del mismo, lo que podríamos llamar un cambio de modelo. Esto es, el legislador ha establecido un conjunto de reglas que fijan nuevas condiciones y nuevos incentivos para los actores del sistema de justicia penal que muy probablemente los llevarán a una práctica muy diferente a la vigente en cuanto a la aplicación del procedimiento abreviado en los delitos contra la propiedad abarcados por ella. Todo este nuevo esquema obedece en realidad a un nuevo marco ideológico para la comprensión de la función del procedimiento abreviado en los delitos de robo y hurto.

En el segmento de delitos regulados de manera especial por la ley comentada se ha dispuesto un alza sustantiva de las penas efectivamente aplicables para los delitos de hurto y robo. No obstante, dicha alza puede compensarse al menos en parte por medio de la renuncia al juicio. Al mismo tiempo, se ha ampliado el rango de penas a las que puede aplicarse el procedimiento abreviado. En consecuencia, aquellos que demanden el ejercicio de su derecho a un juicio deberán pagar un costo muy alto en términos del riesgo de una pena mayor. Lo más probable es que, dada esta señal otorgada por la ley y los incentivos asociados, los actores amolden su conducta, generando prácticas que abandonen cualquier

²⁸ PACKER, "Two Models", cit. nota n° 26, p. 49.

²⁹ PACKER, "Two Models", cit. nota n° 26, p. 47.

desconfianza respecto del procedimiento abreviado y se orienten más bien a favorecerlo, reduciéndose por ejemplo las posibilidades de que los jueces indaguen sobre las motivaciones del acuerdo, sobre los méritos probatorios del caso y se reduzca, por lo tanto, la posibilidad de rechazo del procedimiento abreviado por parte del juez. Es probable incluso que los defensores asuman e integren a su práctica la noción de que la negociación es un camino conveniente y aún los mismos imputados, especialmente aquellos con contactos frecuentes con el sistema, entiendan que es así como este funciona y tiendan a olvidar la noción de que el juicio es la forma regular de resolución de los casos.

En consecuencia, es posible que en los próximos años podamos observar que, tratándose de los delitos no regulados por la ley 20.931, se mantenga vigente una lógica de utilización limitada del procedimiento abreviado, donde se exprese la noción original del Código Procesal Penal que lo regula de manera más bien reticente a su utilización. En cambio, en los delitos incluidos en la nueva ley, es muy probable que se genere una lógica diferente, en que el juicio tienda a disminuir su presencia y el procedimiento abreviado tienda a constituirse en la forma rutinaria de funcionamiento del sistema.

En una sociedad democrática es normal y esperable que las dos visiones descritas por Packer sobre el proceso penal coexistan y vayan ganando o perdiendo espacio a lo largo del tiempo y en las diversas actividades del sistema de justicia penal. Los cambios en las expectativas del público, en las circunstancias de la criminalidad, en las diversas opciones ideológicas de los gobernantes, son, entre otros, factores que van modificando los diversos componentes de la justicia penal en uno y otro sentido. Sin embargo, lo que es criticable es la aplicación diferenciada de una concepción ideológica de la justicia penal a solo una parte de los delitos de que tiene conocimiento el sistema, en especial cuando ellos tienden a ser cometidos por un segmento socialmente desfavorecido de la población.

Quizás el principal factor que contribuye a que las nociones ideológicas en competencia respecto a la justicia penal mantengan un cierto equilibrio en el terreno legislativo y de las definiciones de prioridades y lógicas de las instituciones esté en el hecho de que, dada la amplitud de la definición de las conductas delictivas, miembros de todos los grupos sociales pueden ser a lo menos teóricamente objeto de la persecución penal. Si bien es cierto que la persecución penal suele recaer muy mayoritariamente sobre personas de los grupos relativamente más pobres y con menos influencia política y social, existen casos en que se persigue a personas de otros grupos e incluso ocasionalmente a algunos miembros de los sectores más influyentes. Esta circunstancia permite que, cuando se toman las definiciones sobre el sistema de justicia penal, todos los grupos, y en especial los de mayor poder, se vean obligados a tomar en cuenta, aunque sea de manera tenue, las nociones que aquí hemos caracterizado como vinculadas al modelo del debido proceso. Es decir, el hecho de que todos podamos ser afectados por el sistema, aunque el riesgo sea muy diferente, contribuye a que este mantenga un cierto equilibrio básico.

En nuestra opinión, la ley 20.931, siguiendo otras reformas anteriores, aunque menos significativas en cuanto a su impacto³⁰, ha venido a establecer una segmentación en nuestro

³⁰ Existen otras modificaciones legales recientes que han introducido reglas especiales para la determinación de las penas para delitos específicos. Es el caso de la ley 20.770 relativa algunos delitos de la ley de tránsito y

sistema de justicia penal que rompe el principio de unidad del sistema y permite, en consecuencia, el desequilibrio del mismo. Es muy difícil imaginar una regulación del procedimiento abreviado como la que introduce esta ley, con los enormes incentivos para la renuncia al juicio, si es que debiera aplicarse a todos los delitos, en especial a aquellos que pueden ser cometidos por personas que forman parte de los grupos sociales más poderosos. Las ideas que hemos planteado sobre lo que hemos pretendido definir como un segmento diferenciado de nuestro sistema de justicia penal, que es el constituido por los delitos de hurto y robo después de la ley 20.931, son prospectivas e hipotéticas. La sola existencia de una regulación legal diferenciada no basta para definir que ese segmento responde a otro modelo ideológico, puesto que para ello se requeriría que las prácticas profesionales, la comprensión de los operadores y el funcionamiento rutinario del sistema se orientaran en el sentido inducido por la ley. La ocurrencia o no de un fenómeno semejante es algo que debe evaluarse en el futuro por medio de estudios empíricos y es posible encontrar razones por las cuales dicho desarrollo podría verse fuertemente atenuado. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que, frente a la necesidad de imponer penas más severas, los jueces aumenten las exigencias probatorias y tiendan a absolver una mayor proporción de casos. Eso disminuiría el poder negociador de los fiscales y, consecuentemente, no se produciría el efecto de disminución en el incentivo del imputado para pedir su derecho al juicio.

Pero, más allá de cómo se desarrolle en concreto el proceso de aplicación de la nueva ley, pensamos que esta abre una perspectiva muy problemática, que es la de que la dictación de legislación para un segmento diferenciado del sistema de justicia penal continúe a nivel legislativo. Es decir, una vez que este se encuentra definido, resulta mucho más fácil para el legislador dictar nuevas normas que, por ejemplo, corrijan cualquier resistencia que se manifieste desde los actores del sistema en cuanto a dar lugar a un sistema de sanciones rápidas mediante procedimiento abreviado para los delitos de hurto y robo.

5. Hacia un modelo de adjudicación unilateral por el fiscal

Además del problema de la segmentación del sistema, nos parece que es necesario examinar la cuestión de hasta qué punto el subsistema de aplicación del procedimiento abreviado en los delitos de robo y hurto es acreedor de las críticas que se dirigen en contra del sistema del *plea bargaining* en los Estados Unidos y que pretendieron ser evitadas por el Código Procesal Penal cuando este fue aprobado.

La aplicación generalizada de los sistemas de negociación en el proceso penal ha sido objeto de una práctica amplia en los Estados Unidos. Al mismo tiempo, dicha práctica ha sido objeto de muchas críticas desde diversas perspectivas³¹. Nos parece que la perspectiva

la 20.813 relativa a delitos de la ley de control de armas. Estas leyes son manifestaciones de la tendencia a la fragmentación de nuestro sistema de justicia penal y generan serios problemas, aunque no alcanzan el carácter estructural ni tienen en impacto cuantitativo de la ley 20.931.

³¹ Por ejemplo: SCHULHOFER, Stephen, "Plea Bargaining as Disaster", *The Yale Law Journal*, vol. 101, n° 8 (1992), Symposium: Punishment, New Haven: The Yale Law Journal Company, pp. 1979-2009. FEELEY, Malcolm, *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage Foundation, 1992. SMITH, Douglas, "The Plea Bargaining Controversy", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 77, n° 3 (1986), Evanston: Northwestern University School of Law, pp. 949-968.

crítica que mejor describe los problemas de la expansión progresiva de la práctica de la justicia basada en los acuerdos en el proceso penal es aquella que plantea la noción de que un excesivo desequilibrio en los poderes de negociación entre el fiscal y el imputado puede llegar a modificar sustantivamente la naturaleza del proceso penal, transformándolo en un verdadero sistema de adjudicación unilateral por parte del fiscal.

La adjudicación unilateral por parte del fiscal se produce cuando el fiscal está en condiciones de imponer coercitivamente al imputado la aceptación de la culpabilidad, la pena y la renuncia a sus derechos, los cuales debieran manifestarse en el juicio oral. En esa situación, el imputado acepta la “oferta” del fiscal, pero su aceptación no da cuenta de un acuerdo, sino del sometimiento a la voluntad del fiscal. Es esta última fórmula la que supone una completa distorsión del sistema y la supresión efectiva de un modelo de adjudicación consistente con los principios básicos del debido proceso.

La pregunta que es necesario responder, entonces, es la de cuándo podemos considerar que una propuesta del fiscal es coercitiva. La respuesta tradicional a esa pregunta ha sido la de considerar que hay coerción cuando la diferencia entre la pena arriesgada en el juicio oral y la ofrecida por el fiscal en el *plea bargaining* es tan importante como para hacer que la única opción racional para el imputado sea la de renunciar a sus derechos³².

Langer, en cambio³³, no critica de modo general la existencia de un sistema de justicia penal que funciona mayoritariamente por medio de decisiones basadas en acuerdos entre las partes. En su opinión, esta fórmula para determinar la responsabilidad penal es consistente con el modelo adversarial propio de los Estados Unidos, en el que se reconoce un amplio protagonismo y autonomía a las partes³⁴. El problema, según este autor, no está en lo que él llama la adjudicación bilateral mediante la negociación y el consenso, sino en la adjudicación unilateral por parte del fiscal, para la cual no basta la existencia de una diferencia de pena que deje al imputado con una sola opción racional.

Es decir, el hecho de que la opción de ir a juicio se presente como una muy riesgosa o inconveniente debido al monto de la pena arriesgado frente a una oferta de pena sustantivamente más baja, no basta para considerar la oferta como coercitiva³⁵. Si es que la alternativa a la aceptación de la oferta es el curso normal de las cosas, es decir que el sujeto vaya a juicio y pueda ser condenado a la pena establecida por la ley, entonces no hay coerción. Para que esta exista, se requiere que el fiscal altere el curso de las cosas para hacer que la opción negativa sea más gravosa de lo que resultaría normalmente; esto es, que

También LANGBEIN, John, “Tortura y plea bargaining”, en: MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 3-30.

³² Una versión bastante conocida de esta perspectiva es la de Langbein, quien incluso plantea un paralelo entre el *plea bargaining* realizado bajo esta modalidad y la tortura en los sistemas inquisitivos propios del *Ancien Régime*. LANGBEIN, “Tortura”, cit. nota n° 31, pp. 3-30.

³³ LANGER, Máximo, “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 33 (2006), Austin: University of Texas School of Law, p. 223.

³⁴ La enorme extensión de la discrecionalidad de las partes para acordar formas de solución del caso los lleva incluso fuera del marco de las penas previstas por la ley. COLQUITT, Joseph, “Ad Hoc Plea Bargaining”, *Tulane Law Review*, vol. 75 (2001), New Orleans: Tulane University Law School, p. 695.

³⁵ LANGER, “Rethinking”, cit. nota n° 33, p. 232.

genere un escenario más gravoso que el que normalmente correspondería al imputado si es que fuera a juicio. Para hacer la distinción entre ofertas coercitivas y no coercitivas, Langer toma de la filosofía moral la noción de línea de base. Esta consiste en el curso de eventos predecible o moralmente exigible. En consecuencia, si la oferta mejora la línea de base, no es coercitiva; en cambio, si la empeora sí lo es. Así, por ejemplo, si un médico cobra un elevado precio por curar a una persona de una enfermedad mortal, la oferta no es coercitiva, aunque sea la única racionalmente disponible, porque está mejorando la línea de base, que es la muerte de la persona. En cambio, cuando un asaltante amenaza con matar a una persona si no le entrega su dinero, hay coerción porque está empeorando la línea de base, ya que lo previsible y moralmente exigible es no ser asaltado³⁶.

La existencia o no de un modelo de adjudicación unilateral por parte del fiscal depende en parte del marco fijado por la ley, en especial de que esta establezca la posibilidad de diferencias muy significativas de penas que permitan al fiscal realizar ofertas que aparezcan como las únicas racionalmente aceptables³⁷, pero esa es solo la primera condición. La segunda es la disposición de los fiscales a agravar las consecuencias del rechazo al acuerdo ofrecido, lo que a su vez depende del modo en que lo fiscales conciben su propia función y de cómo vayan definiendo sus prácticas habituales³⁸.

Así, por ejemplo, si el fiscal (al realizar su oferta), planteara que la no aceptación de la misma llevaría a una acusación por un delito y una solicitud de pena que, estando establecidas en la ley, él mismo no consideraría apropiadas a la conducta realizada, estaríamos frente a una coerción, porque la consecuencia de la no aceptación no sería el curso normal de los eventos: un juicio por un delito y una pena apropiadas al hecho. La consecuencia de la no aceptación sería, en este caso, la amenaza de una consecuencia impropia creada por el fiscal a partir de una distorsión de su propia función.

La noción que plantea Langer supone que el Fiscal ejercita una cierta discrecionalidad dentro de los parámetros definidos por la ley y que este ejercicio, a pesar de enmarcarse en la ley puede ser objeto de críticas. Esto es, hay comportamientos de los fiscales que no son apropiados porque no corresponden con las decisiones que el propio fiscal tomaría si es que no estuviese pretendiendo sancionar la no aceptación de la oferta por parte del imputado.

En el caso chileno, los fiscales cuentan con un mucho menor margen de discrecionalidad que el que tienen en el sistema de los Estados Unidos y, por lo tanto, el riesgo de que nuestro sistema pueda derivar en uno que practique la adjudicación por parte del fiscal puede verse como una posibilidad lejana. No obstante, los cambios introducidos por la ley

³⁶ LANGER, “Rethinking”, cit. nota n° 33, p. 233.

³⁷ En el caso de Estados Unidos, ese diferencial de pena está dado porque, en un extremo, el fiscal cuenta con plena discrecionalidad en la persecución, es decir, puede dejar de perseguir cualquier conducta delictiva, y en el otro por la existencia de muchos tipos penales diversos que pueden cubrir una misma conducta y que pueden tener penas muy variadas en cuanto a su duración.

³⁸ Langer identifica como prácticas de los fiscales, destinadas a generar el efecto de amenazar con un resultado más gravoso, las de llevar a juicio caso débiles, las de buscar penas más altas que las apropiadas al caso y las de elevar los cargos aplicando tipos penales más graves que los que normalmente se aplicarían a los hechos. Todas estas prácticas aparecen favorecidas por características propias de la legislación penal de los EE. UU. que no necesariamente se reproducen en Chile.

20.931 avanza por un camino peligroso, pues establece las bases legales para diferencias de pena muy sustantivas entre las que se puedan obtener en juicio oral y las que deriven de un procedimiento abreviado. Sin embargo, lo más importante es que la ley comentada supone abandonar la noción de reticencia y desconfianza que el Código Procesal Penal expresaba respecto del procedimiento abreviado. La nueva ley parece entender que, en los delitos que regula, la producción rápida y barata de condenas es el modo en que debe funcionar el sistema. En ese sentido, nos parece que este es un nuevo marco ideológico según el cual se espera que el sistema funcione en el futuro.

La realidad de las diferencias de penas que la ley establece dependerán mucho del modo en que los tribunales apliquen las nuevas normas. Es decir, si las nuevas reglas que rigidizan los marcos penales son interpretadas por los jueces de garantía en el sentido de facilitar el otorgamiento de la prisión preventiva o prolongar su duración, y si los tribunales de juicio oral aplican estrictamente la nueva ley y en consecuencia elevan sustantivamente las penas aplicadas a estos delitos, entonces los fiscales estarán en condiciones de ejercer mayor presión en favor de los acuerdos. Si, por el contrario, el uso de la prisión preventiva se mantiene relativamente estable y las mayores penas hacen que los tribunales de juicio eleven las exigencias probatorias o se pongan más estrictos con la tipicidad de los delitos afectados por las nuevas normas, los fiscales no verán elevada su capacidad de presionar por la obtención de acuerdos o este aumento será menor al esperado. Es necesario centrar la atención en estos aspectos, que son los que van a determinar el curso normal de la solución de los casos.

En el supuesto probable que, luego de una práctica considerable de juicios, se produzca un alza importante en las penas efectivamente aplicadas a los delitos contra la propiedad, será entonces necesario observar el comportamiento de los fiscales. Si estos formularan ofertas consistentes en las rebajas de pena admitidas por la ley, en casos en los que el curso razonablemente esperado de los hechos consiste en la realización de un juicio y una alta probabilidad de condena, entonces podríamos decir que, más allá de la opinión que tengamos de la ley que haya generado estas circunstancias, existirán todavía las condiciones básicas de un debido proceso.

Si, en cambio los fiscales buscaran aumentar su poder negociador desarrollando prácticas tales como encuadrar en los tipos penales objeto del agravamiento de penas conductas que razonablemente no debieran incluirse en ellos, o amenazando con llevar a juicio casos con muy bajas probabilidades de condena, entonces podríamos decir que ellos están agravando artificialmente las consecuencias del rechazo a sus ofertas y, en consecuencia, estas pasarán a ser coercitivas. Dicho de otro modo, lo que determinará la existencia de un sistema unilateral de adjudicación y el uso de la coerción para la obtención de renunciaciones al juicio y el consentimiento para proceder abreviadamente estará dado por la disposición de los fiscales a amenazar con juicios cuyo resultado pueda no ser el apropiado a las características del caso, sino que sean creados por ellos con el fin de sancionar al imputado que esté dispuesto a rechazar su oferta.

Conclusiones

El Código Procesal Penal del año 2000 representó un cambio muy sustantivo en el sistema de justicia penal chileno y en general en nuestra cultura legal. Entre las muchas cosas que cambiaron, probablemente la más significativa fue el establecimiento de una noción fuerte de debido proceso; esto es, la noción de que existen barreras que los derechos de los individuos ponen a la persecución estatal, las cuales se expresaron en la exigencia de un juzgamiento público y contradictorio.

Desde su vigencia, el Código ha sido objeto de polémicas precisamente debido a esta cuestión. Las agencias estatales, los gobiernos, el Congreso Nacional, los medios de comunicación y una buena parte del público han resentido las limitaciones que los elementos de debido proceso han generado para la actividad de persecución por parte del estado. Esa crítica se había traducido hasta ahora en numerosas iniciativas de reforma legal destinadas a la ampliación de facultades policiales o de la reducción de las limitaciones al uso de la prisión preventiva.

La ley 20.931 representa un cambio radical en el modo en que la resistencia contra las limitaciones que el debido proceso impone se expresa legislativamente. Ya no se trata de ajustes específicos que limitan el efecto de alguna garantía y amplían las facultades de los órganos encargados de perseguir el delito. Lo que aparece ahora es, en nuestra opinión, el comienzo de un camino que nos lleva en una dirección nueva. Este nuevo camino es el que se ha desarrollado en los países de mayor tradición adversarial y consiste en exacerbar la lógica de la autonomía individual en la renuncia al juicio y establecer progresivos desincentivos para que los imputados exijan el juicio y acepten en cambio la renuncia al mismo.

El camino que ha abierto la ley 20.931 es peligroso en dos sentidos que hemos intentado mostrar en este artículo. Por una parte, al segmentar el sistema de justicia penal chileno en dos subsistemas inspirados por ideologías distintas, se inaugura la posibilidad del progresivo endurecimiento y restricción de garantía en lo que podríamos identificar como un sistema procesal para los delincuentes callejeros o comunes, imputados de los principales delitos contra la propiedad. Dicho proceso de endurecimiento, que parte con esta ley, podría en adelante continuarse sin riesgo de producir un efecto similar en el resto del sistema, el que continuará procesando los demás delitos con un estándar más alto de garantías, en especial aquellos que suelen cometer los sectores socialmente más integrados. El segundo peligro que podemos identificar es que el subsistema creado con la ley 20.931, tanto por la práctica que se vaya desarrollando como por posteriores modificaciones legales, se vaya progresivamente alejando de la lógica del debido proceso, suprimiendo en la práctica al juicio oral como alternativa de juzgamiento y se vaya transformando en un sistema de adjudicación unilateral en que el fiscal pueda imponer las penas coercitivamente al imputado mediante acuerdos que en realidad no son tales.

La ley 20.931 es, en nuestra opinión, un primer paso en los sentidos indicados. Nos parece que en este artículo hemos podido demostrar que se trata de perspectivas plausibles, pero cuya comprobación o falsificación requiere investigación empírica subsecuente que vaya

RIEGO, Cristián “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”.

mostrando cómo estos cambios legislativos operan en la realidad del sistema de justicia penal chileno.

BIBLIOGRAFÍA

- COLQUITT, Joseph, “Ad Hoc Plea Bargaining”, *Tulane Law Review*, vol. 75 (2001), New Orleans: Tulane University Law School.
- DEL RÍO, Carlos, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*, Santiago: Editorial Librotecnia, 2009.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *La Prisión Preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- FALCONE, Diego, “La Absolución en el Procedimiento Abreviado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° XXVI (2005), pp. 363-378.
- FEELEY, Malcolm, *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, New York: Russell Sage Foundation, 1992.
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
- LANGBEIN, John, “Tortura y plea bargaining”, en: MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 3-30.
- LANGER, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure Trial”, en: THAMAN, Stephen (Ed.), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- _____, “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 33 (2006), Austin: University of Texas School of Law.
- MAIER, Julio; BOVINO, Alberto, “Prólogo”, en: MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- PACKER, Herbert, “Two Models of Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, n° 133 (1964), pp. 1-68.
- RIEGO, Cristián, “El procedimiento abreviado en Chile”, en: MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (Coords.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 453-475.
- _____, “El procedimiento abreviado”, en: VV.AA., *Nuevo Proceso Penal*, Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, pp. 205-226.
- SCHULHOFER, Stephen, “Plea Bargaining as Disaster”, *The Yale Law Journal*, vol. 101, n° 8 (1992), Symposium: Punishment, New Haven: The Yale Law Journal Company, pp. 1979-2009.
- SMITH, Douglas, “The Plea Bargaining Controversy”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 77, n° 3 (1986), Evanston: Northwestern University School of Law, pp. 949-968.
- THAMAN, Stephen, “A Typology of Consensual Criminal Procedure, An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial”, en: THAMAN, Stephen (Ed.), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham: Carolina Academic Press, 2010.