

Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal

Boris Fiegelist Venturelli

Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Introducción

Hasta antes del inicio de la implementación de la nueva reforma procesal penal, existía consenso sobre el hecho de que los procedimientos penales eran uno de los campos en que no resultaba factible utilizar las técnicas alternativas de resolución de conflictos en virtud del principio de la legalidad propio del sistema inquisitivo que imperaba en el antiguo proceso penal, ya que una vez ejercida la acción penal pública no era posible extinguirla mediante un acuerdo entre la víctima y el ofensor.

Si bien con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, a lo menos en teoría, la situación antes descrita cambió radicalmente. En la práctica, se puede apreciar que todavía sus diversos actores no le han dado a la resolución alternativa de disputas, y especialmente a las técnicas de negociación, la importancia que realmente tienen en el desarrollo y eficacia del actual proceso penal. En el campo académico, la afirmación antes expuesta se manifiesta por el hecho de que los programas de capacitación que en nuestro país se han desarrollado en la materia han puesto su acento en la enseñanza de destrezas de litigación oral y en los aspectos procesales y orgánicos involucrados en esta trascendental reforma. No obstante, curiosamente, se ha omitido en los mismos la instrucción sobre destrezas tales como la negociación.

El presente trabajo tiene por objeto exponer la importancia que puede tener el adecuado manejo de técnicas de negociación en el desempeño y eficiencia de los distintos intervinientes en el proceso penal, y que la utilización de los mecanismos de solución alternativa de conflictos son parte esencial del diseño del sistema acusatorio en que se funda la nueva reforma, y no son simplemente un mecanismo accesorio.

Para alcanzar los objetivos antes descritos resulta esencial descubrir de manera previa cuáles han sido las razones por las que en nuestro medio jurídico no se les ha dado la importancia que merecen a los mecanismos alternativos de resolución de controversias en el contexto de la implementación de la reforma procesal penal.

Causas de la falta de interés en las técnicas alternativas de resolución de conflicto en materia penal

Tal como se indicó en la introducción, es a lo menos extraño que quienes se han dedicado a estudiar y enseñar sobre el nuevo proceso penal en Chile hayan prácticamente pasado por alto la relevancia que para su eficiencia tiene el adecuado uso de las técnicas alternativas de solución de disputas. Esta falta de interés puede ser explicada por múltiples causas, las que trataremos de enunciar brevemente agrupándolas en las siguientes categorías:

1) *Desconocimiento de la resolución alternativa de conflictos en el medio jurídico:* A pesar de que la solución alternativa de controversias en el derecho comparado es una disciplina que ha sido estudiada y aplicada por largo tiempo,¹ en Chile, es una temática de muy reciente desarrollo, que ha sido liderado más por las escuelas de psicología y de trabajo social, que por las escuelas de derecho. Prueba de lo anterior, es que hasta el año 2003 la negociación y la mediación, prácticamente, no se encontraban presentes como asignaturas dentro de los planes de estudio de casi la totalidad de las escuelas de derecho, ni siquiera como una asignatura electiva.² Si bien, en la actualidad, esa situación se ha revertido parcialmente, todavía es posible percibir en muchos abogados litigantes y profesores de derecho una desconfianza hacia la utilidad del aprendizaje y uso de las técnicas de negociación y mediación, ya que existe el estereotipo de que la aplicación de la resolución alternativa de disputas se circunscribe a los conflictos de carácter familiar y que el uso de técnicas como la mediación podría significar una amenaza para el ejercicio de la profesión de abogado.

2) *Aplicación de un estilo competitivo de negociación:* Usualmente, tanto dentro del medio jurídico, como entre los usuarios de los servicios legales, se piensa que un estilo confrontacional y agresivo, en el que las únicas opciones son obtener

¹ Así por ejemplo, en los Estados Unidos la mediación en materia laboral es utilizada desde comienzos del siglo XX y ya en el año 1947 el Congreso de los Estados Unidos crea el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. Por su parte, a fines de la década del sesenta su aplicación comienza a extenderse a otras áreas, como el derecho de familia y comercial. Véase KIVACH, Kimberlee K. (2004): *Mediation. Principles and Practice* (tercera edición). Editorial West Group, EE.UU, pp.32 y 33.

² FIEGELIST VENTURELLI, Boris (2003): "La Mediación: más allá de la terapia familiar". En *La Semana Jurídica* N° 156 Santiago, Chile, Semana del 3 al 9 de noviembre de 2003.

el todo o nada (escenario de suma cero), es el más eficiente para solucionar una disputa. Así, un buen abogado es solo quien gana juicios, sin importar las consecuencias que ello genere. Sin embargo, esa premisa no siempre es correcta, pues cuando un cliente deposita su confianza en un letrado lo hace para que éste le solucione un problema, lo cual no siempre supone ganar, sí o sí, un litigio. Así por ejemplo, ¿qué sentido tiene ganar un juicio indemnizatorio, cuando sabemos de antemano que el demandado no tiene patrimonio para responder totalmente de la eventual reparación a que lo condene el tribunal?, o ¿qué lógica tiene rechazar un acuerdo sensato en materia de pensión de alimentos para luego obtener en juicio una pensión menor o si el costo de ello es dañar de modo irreparable la relación del padre con sus hijos? Asimismo, estudios empíricos desarrollados en el extranjero prueban que el uso de un estilo competitivo para enfrentar un conflicto es notoriamente menos eficaz que el uso de una estrategia de negociación colaborativa. En este sentido, una investigación realizada por el profesor Gerald Williams entre los abogados de las ciudades de Denver y Phoenix en Estados Unidos, demostró que sólo el 25% de dichos profesionales que usaban un estilo competitivo de negociación eran considerados como “efectivos”, contra el 59% de los abogados que utilizaban una estrategia colaborativa. Por su parte, el mismo estudio determinó que mientras el 33% de los letrados que aplicaban un estilo competitivo eran calificados como “inefectivos”, sólo el 3% de los colegas que empleaban una estrategia colaborativa fueron clasificados en esa categoría.³

3) *Ligitiosidad de la sociedad chilena*: No resulta extraño escuchar que diversos actores de la sociedad nacional han atribuido al alto nivel de judicialización de los conflictos presente en nuestro país como una de las causas de la crisis que actualmente vive nuestra justicia.⁴

El mayor o menor nivel de ligitiosidad en un país es inversamente proporcional al uso de la resolución alternativa de controversias por las personas. Así, en una sociedad que judicializa gran parte sus problemas existe un margen muy reducido para la aplicación de dichas técnicas. Por el contrario, si existe una menor tasa de conflictos que llegan a la instancia de juicio, ello será indicativo de que en esa agrupación social existe una capacidad para que las personas puedan solucionar sus disputas por sí mismas.

³ WILLIAMS, Gerald (1992): *A Lawyer Handbook for Effective Negotiation and Settlement*, Editorial West Group, Estados Unidos, p. 2, citado en: CRAVER, Charles B. (2001): *Effective Legal Negotiation and Settlement*, Editorial LexisNexis (cuarta edición), Nueva York, Estados Unidos, p.16. En el mismo sentido véase RISKIN, Leonard & WESTBROOK, James (1998): *Dispute Resolution and Lawyers*. Abridged Edition, segunda edición, Editorial West Group, Minnesota, EE.UU., p. 104

⁴ Una de las formas que se han utilizado para revertir este fenómeno ha sido la implementación de programas tales como la mediación comunitaria y escolar, cuyo objetivo es promover dentro de los niveles más básicos de la sociedad la cultura de que sean las propias partes quienes busquen por sí mismas la solución de sus controversias.

Si bien este fenómeno es dable demostrarlo a través de un análisis cuantitativo de una serie de datos estadísticos,⁵ cabe preguntarse: ¿Por qué las personas en nuestra sociedad prefieren recurrir a los tribunales de justicia en vez de tratar de solucionar sus problemas por sí mismas?

En este punto, no se pretende realizar un estudio sociológico para intentar dar respuesta a dicha interrogante, sino que sólo se esbozarán algunas de las razones que a nuestro juicio han incidido en este fenómeno:

En primer lugar, es posible apreciar que en Latinoamérica, en general, existe una tendencia a esperar que terceros decidan por nosotros cuando nos vemos enfrentados a un problema concreto, pues no existe una cultura de buscar por sí mismo las soluciones a dicho conflicto. Esto en parte se explica por la estructura altamente jerarquizada y piramidal de nuestras organizaciones. Tal como lo han establecido estudios realizados en Estados Unidos para entender las diferencias culturales que se presentan en las negociaciones internacionales. Así, en las sociedades que presentan una fuerte distancia hacia el poder, el proceso de toma de decisiones es realizado básicamente por quien detenta el poder,⁶ sin una mayor participación de aquellos que se encuentran bajo su dependencia, los cuales usualmente se limitan a esperar que la decisión sea tomada. Igualmente, esa falta de iniciativa de las personas para buscar por sí mismas la solución a un problema concreto puede tener su base en nuestro sistema educacional que, normalmente, se enfoca en la entrega de conocimientos ya procesados y en la simple memorización de contenidos, con lo cual no se fomenta el razonamiento deductivo que es indispensable para desarrollar las destrezas necesarias para la resolución práctica de dificultades.

En segundo término, este fenómeno puede explicarse por la inexperiencia que existe entre los usuarios del sistema judicial de las ventajas de los métodos alternativos de resolución de controversias. Lo antes expuesto se demuestra

⁵ Así, por ejemplo, conforme al Instituto Libertad y Desarrollo, el ingreso de causas al sistema judicial en 2006 llegó a 2.193.142, lo que implica un aumento significativo de 16%, respecto de 2005 y un aumento de 27,2% respecto de los ingresos al sistema judicial en 2001. Si consideramos únicamente las causas ingresadas durante el año 2006 al nuevo sistema procesal penal, los ingresos en esta materia pasan de 267.000 en el año 2005 a 425.000 en el año 2006, lo cual significa un incremento de un 59%. Véase: GARCÍA, José Francisco (2007): "Radiografía al trabajo del Poder Judicial (1): Corte Suprema y Cortes de Apelaciones", Serie Informe Político N° 102, Instituto Libertad y Desarrollo, julio 2007, p. 7, disponible en: http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3747/deploy/SIP-102-Radiografia%20al%20trabajo%20del%20Poder%20Judicial%20Corte%20Suprema%20y%20Cortes%20de%20Apelaciones-JFGarcia-Julio2007.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2007).

⁶ MARTIN, Drew; MAYFIELD, Jackie; MAYFIELD, Milton, y HERBIG, Paul. "International Negotiations: An Entirely Different Animal". en: LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; MINTON, John, y BARRY, Bruce (2003): "Negotiation: readings, exercises, and cases", cuarta edición, Editorial McGraw-Hill Irwin, Nueva York, NY, p. 344.

por el hecho de que una de las falencias más importantes que se ha detectado en la implementación de la mediación familiar y en materia de salud ha sido justamente el desconocimiento y falta de difusión que ha existido entre los usuarios y operadores de dichos sistemas.⁷ Asimismo, existe una tendencia natural en el ser humano a sentir temor hacia lo que desconoce, lo cual explica que muchas personas, a pesar de que se encuentran insatisfechas con el servicio que reciben en el sistema de justicia tradicional, no están dispuestas a intentar solucionar sus conflictos por una vía alternativa, aun cuando se les prometa la posibilidad de una solución más rápida. Es por ello que la mejor publicidad para difundir las ventajas de una institución como los acuerdos reparatorios, en materia penal, o la mediación es la transmisión de experiencias positivas de una persona a otra, más que una campaña publicitaria tradicional.

Por ultimo, el alto nivel de litigiosidad en nuestra sociedad puede explicarse por el hecho de que para gran parte de la población la resolución de disputas ante los tribunales de justicia es un bien cuyo costo no deben internalizar y que se encuentra libremente disponible, por lo que tiende a ser sobreutilizado. Normalmente, cuando las personas deben asumir el costo real del uso de un determinado recurso suelen usarlo de manera más racional.

4) *El arraigamiento del sistema penal inquisitivo en la sociedad chilena:* Como lo indicamos en la introducción de este trabajo, el sistema penal inquisitivo, que normalmente ha sido aplicado en los países de tradición romanista o “civil law”, implica que todo delito debe ser investigado y sus autores acusados y juzgados, y que una vez iniciada la persecución penal ya no se puede detener o interrumpir.⁸ Tal como se ha establecido por la doctrina, la validez del sistema inquisitivo se sustenta en las teorías absolutas de la pena, por un lado, y en el principio de igualdad ante la ley, como también en el principio de legalidad sustantivo, por el otro.⁹ Esta forma de entender el derecho procesal penal se

⁷ Así, por ejemplo, un Estudio sobre los resultados percepción y evaluación Tribunales de Familia en Chile, realizado por la Institución Comunidad Mujer en el año 2006 arrojó que “El 43,9% de los mediadores encuestados señala que el principal problema para el desarrollo adecuado de la mediación es la falta de conocimiento e información que existe acerca de la mediación, tanto a nivel de la población como dentro del mismo poder judicial.” Véase COMUNIDAD MUJER (2006): Resúmen resultados percepción y evaluación Tribunales de Familia en Chile, Santiago, Chile. Disponible en: http://www.comunidadmujer.cl/cm/doc/tribunales_de_familia/Percepcion_Tribunales_Familia-Mediadores-RESUMEN.pdf

⁸ GALLARDO, Raúl: “El Principio de Oportunidad y el Decreto Reglamentario 4760 de 2005 de la Ley de Justicia y Paz”. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/FASE1/jurisprudencia/documentos/facultades/jurisprudencia/transicional/principio_oportunidad.pdf (fecha de consulta 30 de enero de 2007), p. 3.

⁹ BOVINO, Alberto y HURTADO, Christian (2002): “Principio de oportunidad y proceso de reforma en América latina. Algunos problemas de política criminal”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso, 25 al 28 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.astrea.com.ar/libreriavirtual/virtual/articulo.jsp?code=doctrina0122> (última vez visitado: 1 de agosto de 2007), p. 4.

encontraba fuertemente arraigada en Chile, dado la práctica jurídica seguida por nuestro país en la materia. Prueba de ello es que el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906, basado en el principio inquisitivo, se aplicó en forma continua hasta fines del año 2000, época en que comenzó a regir en forma gradual el nuevo Código Procesal Penal. Más aún, sólo a partir del mes de junio de 2005 se empezó a aplicar en la Región Metropolitana, donde vive casi el cuarenta por ciento de la población del país. Por ende, no resulta fácil y evidente que se pueda cambiar a nivel de toda la población una forma de entender el proceso penal, que ha sido empleada más menos de la misma manera por casi cien años, en un lapso de tiempo tan breve como el que ha transcurrido a la fecha.

5) *Insuficiente participación de la sociedad civil en el proceso de la Reforma Procesal Penal:* Sobre el particular es interesante consignar las conclusiones a que arribó el Dr. Luis Pásara al analizar el papel de las organizaciones de la sociedad civil en torno a los cambios en el sistema de justicia, ocurridos recientemente en Argentina, Colombia, Chile y Perú. Es así como en la primera conclusión y recomendación de su estudio señala que:

*“Pese a los diversos intentos de reformar la justicia, los numerosos cambios introducidos –que tocan principalmente modificaciones de diseño institucional, un notable incremento del gasto público y una reforma profunda en materia procesal penal– sólo han logrado un impacto global limitado. Tal impacto ocurre en un contexto de marcado incremento de la demanda social sobre las instancias de administración de justicia”.*¹⁰

Conforme al antes referido estudio, este bajo impacto se explicaría por el hecho de que reformas y cambios producidos no han contado con una presencia significativa de la sociedad civil, lo cual redundaría en que la ciudadanía no logre entender en qué consisten y cuáles son los objetivos de tales innovaciones. En el tema que nos ocupa, esto podría explicar por qué muchas personas no han logrado comprender y aceptar la lógica de una justicia negociada como un aspecto relevante del nuevo sistema procesal penal y que todavía sigan razonando en base a los postulados del antiguo sistema inquisitivo, a pesar de que ya han pasado un par de años desde su aplicación plena en Chile.

¹⁰ PÁSARA, Luis: *“Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil”*. Disponible en: www.cejamericas.org/doc/proyectos/cambios_sistema.pdf (última vez visitado: 1 de agosto de 2007), pp. 34 y 35.

El sistema acusatorio y la importancia de la negociación

El sistema procesal penal acusatorio tiene su origen en los países anglosajones o del “*common law*” y tiene como piedra angular el denominado principio de la oportunidad que se basa en la selectividad de la persecución criminal, teniendo en cuenta el mejor interés de la justicia y la conveniencia del ejercicio de la acción,¹¹ y en la negociación a través del denominado “*plea bargain*”.¹²

En los últimos años, es posible constatar que en América Latina se ha producido un importante movimiento de transformación de sus antiguos sistemas procesales penales, en cuya virtud se han adoptado por muchos países¹³ el diseño y principios propios del sistema acusatorio. No obstante, tal como lo destaca el profesor Máximo Langer, dicho proceso no ha consistido simplemente en transplantar el sistema procesal penal norteamericano (americanización) en nuestros países, sino que se ha tratado más bien de una adaptación de sus principios a nuestra tradición jurídica y a las necesidades de cada país.¹⁴

Lo antes expuesto, en el campo que nos ocupa, ha implicado que nuestra versión latina del sistema de justicia negociada sea bastante diversa de su símil norteamericana. Incluso más, dentro de nuestra región es posible encontrar diferencias importantes en este punto.¹⁵ Aun cuando podemos establecer

¹¹ GALLARDO, Raúl: ob. cit., p.4

¹² El *plea bargaining* es una institución propia del derecho procesal anglosajón que consiste básicamente en que cuando el acusado conoce formalmente la acusación que en contra de él se formula por el Gran Jurado o el Fiscal, éste puede adoptar tres actitudes: no declarar (*Plea of nolo contendere*), declararse inocente (*Plea of not guilty*) o declararse culpable (*Plea of guilty*). En el caso de que el acusado asuma esta última actitud no se realiza el juicio oral en su contra y el juez procede a dictar sentencia en su contra. La declaración de culpabilidad puede ser voluntaria, cuando por ejemplo la culpabilidad sea evidente; inducida, cuando reporte algún beneficio, y negociada. En este último caso, el acuerdo se celebra entre el Fiscal y la defensa y puede versar sobre el delito, sobre la pena o sobre ambos. Cabe destacar que en el referido proceso de negociación las facultades del Fiscal son muy amplias, ya que puede ofrecer reducir la pena, o sustituirla, o incluso de cambiar los cargos por otros distintos o por una recomendación en la sentencia (véase: ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo (2004): “*El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites*”, Centro de Estudios Jurídicos de España, pp.3395 y 3396. Disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL75.pdf> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2007).

¹³ A modo de ejemplo, este proceso de reforma procesal penal se ha comenzado a aplicar en los siguientes países: Guatemala (1994); Argentina: Provincia de Córdoba y Buenos Aires (1998); Costa Rica (1998), El Salvador (1998), Paraguay (1999), Venezuela (1999), Bolivia (2000), Chile (2000), Ecuador (2001), Nicaragua (2001), Honduras (2002), República Dominicana (2004), Colombia (2005) y Perú (2006). Véase: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA (2007): “*Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*”, Santiago, Chile, p.14 Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/CEJAIV.pdf> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2007).

¹⁴ LANGER, Máximo (2004): “*From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*”, Harvard International Law Journal, winter, 2004 (45 Harv. Int’l L.J. 1), p. 1.

¹⁵ A modo de ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal peruano que entró a regir el año 2006 establece en su art. 2 que: “*Principio de oportunidad.- 1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y*

como rasgo común en todas las reformas latinoamericanas que el ámbito de aplicación de la justicia negociada es mucho más limitado que en los Estados Unidos, donde prima una amplia libertad en esta materia.

Sin embargo, aun en nuestros países la existencia y aplicación en los nuevos procesos penales de salidas alternativas basadas en los principios de la negociación no son simplemente una moda o una extravagancia de un grupo de juristas rupturistas, sino que son un elemento esencial de su diseño que permiten y garantizan su adecuado funcionamiento. No debemos olvidar que si bien el juicio oral es quizás la forma más óptima de hacer justicia en materia penal, es imposible que todo hecho punible, que es conocido por el Ministerio Público, pueda ser juzgado a través de esta vía, ya que el costo de ello, desde el punto de vista económico y de recursos humanos, lo haría inviable aun en los países más desarrollados. Es por ello que toda reforma procesal penal que involucre un cambio desde un proceso escrito a uno oral, como el que se aplica en los países anglosajones, necesariamente debe consagrar en mayor o menor medida la existencia de salidas alternativas o intermedias para evitar que todas las

con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido...".

Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal colombiano contenido en la Ley N° 906 de 2004 establece en su artículo 324 causales: *El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:*

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal...

5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada...

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas...

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas...

Artículo 325. *Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.*

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

investigaciones de los hechos punibles terminen en un juicio oral,¹⁶ todas las cuales suponen, en mayor o menor medida el desarrollo de una negociación entre dos o más de los intervinientes del proceso penal.

De igual modo, la aplicación de las técnicas de negociación en los sistemas acusatorios también se ve reforzada por el hecho que, a diferencia de los procesos inquisitivos, no sólo existe como objetivo el interés abstracto del Estado de perseguir y castigar los hechos punibles, sino que también pasa a ser una consideración esencial el interés de la víctima.¹⁷ Como se ha sostenido, tradicionalmente en el sistema penal “la víctima es una especie de perdedor por partida doble: en primer lugar, frente al infractor; y después frente al Estado” (fenómeno que se conoce como la “revictimización de la víctima”).¹⁸ La consideración del interés concreto de la víctima justamente pretende evitar el fenómeno antes descrito, ya que en muchos casos para la persona afectada por un hecho punible es más importante obtener una reparación del daño causado que castigar al autor del ilícito, esto es especialmente aplicable en aquellos casos en que el bien jurídico afectado por el delito es de carácter patrimonial.¹⁹ Ahora bien, el logro de dicho fin supone en casi todos los casos un acuerdo entre dos o más de los intervinientes del proceso penal, que lógicamente se va a producir a través de un proceso de negociación.

¹⁶ Este hecho fue reconocido en el propio Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, Mensaje N° 110-331, de fecha 9 de junio de 1995, en su punto 4 (párrafo 1), sobre salidas alternativas y procedimientos abreviados al señalar que “*El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos*”. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html> (fecha de consulta 1 de agosto de 2007).

¹⁷ Para profundizar sobre el tema del interés de la víctima en el proceso penal véase: PALERMO, Pablo Galain (2005): “*La negociación en el proceso penal*”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Damaso Antonio Larrañaga, enero 2005, N° 7, pp. 161-164.

¹⁸ Para profundizar sobre el tema véase HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladis; GREGORIO, Carlos (1998): “*Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, pp. 39 a 54.

¹⁹ La consideración del interés de la víctima como pieza central ha surgido como un movimiento social para la reforma del sistema de justicia, que los autores han denominado “justicia restaurativa”. Resumidamente, podemos señalar que en vez de ver el crimen como una violación de la ley, la justicia restaurativa resalta un hecho fundamental: el crimen daña a la gente, a las comunidades y las relaciones. La justicia retributiva elabora tres preguntas: ¿quién lo hizo?, ¿qué leyes fueron quebrantadas? y ¿qué debería hacerse para castigar o tratar al delincuente? En contraste a esas preguntas la justicia restaurativa hace tres preguntas diferentes que reciben un énfasis primario: Primero, ¿cuál es la naturaleza del daño resultante del delito? Segundo, ¿qué se necesita hacer para “hacerlo bien” o reparar el daño?; y Tercero, ¿quién es el responsable de la reparación? (Para profundizar sobre este tema véase: PRICE, Marty “*Personalizing Crime: Mediation produces Restorative Justice for victims and offenders*”. En: MENKEL MEADOW, LOVE & SCHNEIDER (2006): “*Mediation: Practice, Policy and Ethics*”. Editorial Aspen Publisher, New York, NY. EE.UU., pp. 402 a 407).

Aplicaciones del proceso de negociación en el Código Procesal Penal chileno

En primer lugar, debemos dejar constancia de que esta parte nuestro trabajo tan sólo persigue enunciar las instituciones en que se pueden aplicar las técnicas de negociación en el Código Procesal Penal chileno, y cómo estas se han utilizado en la práctica, pues el estudio pormenorizado de las mismas excede los objetivos del presente estudio.

Sin lugar a dudas, las expresiones más nítidas de la justicia negociada en nuestro código las encontramos en las instituciones de los acuerdos reparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento, reguladas en los artículos 237 y siguiente del referido cuerpo legal.

Si bien ambas instituciones implican, necesariamente, la realización de una negociación entre dos o más intervinientes del proceso penal, existen diferencias en cuanto a su sustancia y a los actores que participan en cada una de ellas.

Es así como en los acuerdos reparatorios la sustancia del proceso de negociación recae sobre los efectos civiles del hecho punible. En cambio, en la suspensión condicional del procedimiento la negociación versa sobre cuáles son las condiciones que, en el caso concreto, pueden justificar dicha suspensión.

En relación a los actores de dichos procesos de negociación, en los acuerdos reparatorios éstos son fundamentalmente dos: la víctima, cuyo interés primordial es obtener el resarcimiento de los daños que el hecho punible le ha causado, y el imputado, cuyo objetivo central es evitar ser acusado y condenado por el hecho punible materia de la investigación, con todas las consecuencias que de ello se derivan. No obstante, en esa negociación pueden, eventualmente, intervenir terceros interesados en su resultado, como el Fiscal del Ministerio Público²⁰ y los terceros civilmente responsables.²¹ Finalmente, también podría

²⁰ Si bien los Fiscales del Ministerio Público no son los actores principales en el proceso de negociación de los acuerdos reparatorios, sí pueden tener un rol en los mismos. En este caso, su interés será, por una parte, velar que dicho acuerdo se ajuste a la ley y no vulnere los derechos de la víctima y de la comunidad en general; y, por otra, descongestionar la carga de trabajo del Ministerio Público para concentrarse en la investigación y persecución de los delitos graves, cuando se reúnan las condiciones para favorecer esta salida alternativa. Cabe destacar que el Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de fecha 14 de diciembre de 2000, establece pautas precisas de cómo deben proceder los Fiscales del Ministerio Público en estos casos. Documento disponible en: <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Instructivos/INSTRUCTIVO%2034.doc> (fecha de consulta 15 de agosto de 2007).

²¹ Si bien la ley no establece expresamente que los terceros civilmente responsables tienen derecho a participar en el proceso de negociación de un acuerdo reparatorio, obviamente son un actor que puede ser relevante a la hora de negociar y posibilitar esta salida alternativa, especialmente cuando el imputado carece de los medios económicos para solventar el pago de una eventual indemnización de los daños ocasionados por el hecho punible.

tener un rol en la misma el juez de garantía, ya que es esta autoridad la encargada de aprobar el acuerdo alcanzado entre la víctima y el imputado.

En cambio, en la suspensión condicional del procedimiento los actores de tal proceso de negociación son los Fiscales del Ministerio Público y el imputado. Respecto del primero de ellos, su interés consistirá en compatibilizar de la mejor forma posible su obligación de garantizar la protección de la comunidad y de la víctima en la persecución de los hechos punibles con la necesidad de racionalizar el ejercicio de la acción penal en pos de lograr una mayor eficiencia del sistema. En relación con el imputado, podemos afirmar que su interés fundamental será, al igual que en el caso de los acuerdos reparatorios, evitar ser acusado y condenado por el hecho punible materia de la investigación, con todas las consecuencias que ello implica.²² Al igual que en la situación anterior, también podría tener un rol en esta negociación el juez de garantía, pues es la autoridad encargada de aprobar la solicitud de suspensión condicional del procedimiento.

Asimismo, la aplicación del procedimiento abreviado, que se asemeja a la figura del "*plea bargain*" del derecho anglosajón y que se encuentra regulado en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, también supone –normalmente– el desarrollo de una negociación entre el Fiscal del Ministerio Público y el imputado o acusado,²³ cuyo objetivo medular es repartir entre éstos el riesgo del resultado de un eventual juicio oral. De modo que, cuanto más alto sea el riesgo que las partes quieran evitar, mayor será su predisposición para acordar la aplicación de este procedimiento. Es así como dicha institución permite a los Fiscales del Ministerio Público asegurar la suerte de una determinada acción penal cuando, por ejemplo, éstos no disponen de toda la prueba necesaria para garantizar la condena del imputado o acusado. De igual modo, para el imputado o acusado el procedimiento abreviado le permite colocar un techo o tope a la condena que éste en definitiva puede recibir, con lo cual se elimina el riesgo de sufrir una condena mayor.

Ahora bien, si revisamos, desde un punto de vista cuantitativo, las estadísticas del Ministerio Público²⁴ respecto de todos los términos aplicados a los casos

²² En el caso del imputado, tanto en los acuerdos reparatorios como en la suspensión condicional del procedimiento, también podrían estar presentes en esta negociación otros intereses secundarios, como su necesidad de redimirse o de obtener el perdón de la víctima del hecho punible.

²³ Eventualmente, podría tomar parte en esta negociación el querellante particular cuando se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 408 del Código Procesal Penal, esto es, cuando éste hubiere realizado una calificación jurídica distinta de los hechos y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406 del mismo código.

²⁴ Ministerio Público de Chile, Boletín Estadístico Año 2006, disponible en: <http://www.ministeriopublico.cl/index.asp> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2007).

recibidos por dicho organismo durante la vigencia de la reforma procesal penal, podríamos arribar, erróneamente, a la conclusión de que la posibilidad de aplicación de las técnicas de negociación es más bien marginal, dado que las instituciones que suponen su uso representan un porcentaje menor dentro de los diversos tipos de términos en el nuevo proceso penal.

En este sentido, si consideramos el periodo que comprende desde el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre del mismo año, los acuerdos reparatorios representan tan sólo un 1,3%, la suspensión condicional de procedimiento un 9,1% y los procedimientos abreviados un 2,1%²⁵ dentro del total de las formas por las cuales pueden terminar los ingresos de casos del Ministerio Público, por lo que considerados en forma global únicamente habrían constituido el 12,5% del potencial trabajo del Ministerio Público durante el año 2006. Asimismo, si revisamos estas mismas estadísticas, pero tomando como base el periodo que va desde el inicio de la aplicación de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006, es posible comprobar que ha existido una tendencia de aumento sostenida del uso de las salidas alternativas como una forma de colocar término a los casos ingresados por el Ministerio Público, ya que en el promedio general de ese lapso la suspensión condicional del procedimiento representa un 5,4%, los acuerdos reparatorios un 1,5 % y los procedimientos abreviados un 1,6% del total de los términos utilizados.²⁶

No obstante, tal como lo anunciamos previamente, estas estadísticas se ven distorsionadas por el hecho de que consideran todos los términos facultativos, algunos de los cuales, como el archivo provisional, no tienen una mayor incidencia dentro de la carga de trabajo de un abogado que se desempeña dentro del nuevo proceso penal, salvo para aquellos que laboran en el Ministerio Público. Por ejemplo, durante el año 2006 dicha clase de términos significaron un 63,7% del total de los términos aplicados; y desde el inicio de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006 implicaron un 69,1% del total de los términos utilizados.²⁷

²⁵ Dicho porcentaje fue obtenido al transformar en porcentajes los totales nacionales de sentencias aplicadas por procedimientos y región, contenidas en la Tabla N° 12 del Boletín Estadístico Año 2006 del Ministerio Público, cuyo resultado fue posteriormente aplicado a la suma de los porcentajes del total nacional de las sentencias definitivas y absolutorias reflejadas en la Tabla N° 5 del ya referido boletín.

²⁶ En este sentido, resulta interesante tener a la vista las primeras tendencias marcadas por las regiones pilotos donde se aplicó la reforma procesal penal. Es así como en el periodo entre el 16 de diciembre de 2000 al 16 de agosto de 2002 del total de los términos aplicados en la IV Región la suspensión condicional del procedimiento tan sólo significó un 0,93% de los mismos y los acuerdos reparatorios un 0,42%. En el mismo periodo, en la IX región la suspensión condicional del procedimiento tan sólo se aplicó en un 1,23% de los mismos y los acuerdos reparatorios un 0,87%. Para un análisis más detallado de la referida estadística, véase: PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro (2003): *"Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal"*. Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Año IV, N° 7, enero 2003.

²⁷ Cabe destacar que en este contexto el Archivo Provisional, regulado en el Artículo 167 del Código

En vista de lo anterior, a nuestro juicio resulta más representativa, para medir la importancia que el uso de las técnicas de negociación tiene dentro del sistema procesal penal, utilizar las estadísticas elaboradas por la Defensoría Penal Pública,²⁸ en las cuales la distorsión mencionada en el párrafo anterior se encuentra eliminada.

Es así como, en relación al total de los imputados formalizados en el procedimiento ordinario, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios representaron durante el año 2006 el 41,7% y 6,4%, respectivamente, de los términos aplicados en dicho procedimiento. Vale decir, sólo las salidas alternativas constituyen en ese procedimiento el 48,1% de los términos aplicados. Sin embargo, si consideramos que las condenas dictadas en el procedimiento abreviado representan, aproximadamente, un 8% del total de los términos,²⁹ es posible concluir que en el procedimiento ordinario las instituciones que suponen la aplicación de técnicas de negociación representan un 56,1%.

Por otro lado, en el procedimiento simplificado la aplicación de la suspensión condicional de procedimiento y los acuerdos reparatorios tuvieron una incidencia de un 19,8% y un 6,4%, respectivamente, lo cual representa una diferencia sustancial con el caso antes expuesto. Aun cuando debemos consignar que este procedimiento, desde un punto de vista cuantitativo y –especialmente– cualitativo, tiene una relevancia menor en el contexto general del sistema procesal penal actual.

En el mismo sentido, pero desde un punto de vista global y sin entrar a distinguir el procedimiento a aplicar, es posible vislumbrar que las instituciones objeto de nuestro estudio mantienen su importancia, ya que en el año 2006 las salidas alternativas (suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios) en su conjunto representaron un 40,9% del total de las formas de término, sin considerar la ponderación del procedimiento abreviado respecto del cual no se posee información en esta categoría, conforme a la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública.³⁰ Asimismo, existe una tendencia al alza sostenida, como también fue observado al analizar las estadísticas del

Procesal Penal, representó el 48,7% del total de términos aplicados en el año 2006 y desde el inicio de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2006 implicaron un 51,3% del total de los términos usados.

²⁸ Las estadísticas que se utilizarán en esta parte fueron extraídas de la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública de Chile, pp. 24 a 50.

²⁹ Dicho porcentaje fue obtenido al aplicar al porcentaje que las condenas representan en los términos aplicados en el procedimiento ordinario (30,5%), el porcentaje del total de las condenas (aplicadas en el juicio oral y procedimiento abreviado) (véase Tabla III- 10 de la Memoria Anual del año 2006 de la Defensoría Penal Pública de Chile, p. 40).

³⁰ Defensoría Penal Pública, ob. cit. p. 43.

Ministerio Público, de la aplicación de las mencionadas salidas alternativas, ya que en el año 2002 únicamente representaban un 23,4%, para luego registrar un aumento anual promedio de un 4,37% entre el año 2002 y 2006. Igualmente, es dable apreciar una importante propensión hacia la reducción de la relevancia de los acuerdos reparatorios en favor de la suspensión condicional del procedimiento. Así, en el año 2002 los primeros representaban un 59,4% y los segundos un 40,6% del total de las salidas alternativas. Dicha cifra ya el año 2003 se invierte, pasando los acuerdos reparatorios de un 36,4% en ese año a un 15,5% en el año 2006, lo cual implica una variación negativa superior al 100% en el periodo antes referido.

Finalmente, fuera de los casos estudiados precedentemente, es posible encontrar otras instituciones dentro del mismo proceso penal actual que implican la realización de una negociación. En esta categoría podemos destacar el caso de las "convenciones probatorias", reguladas en el artículo 275 del Código Procesal Penal, en cuya virtud el Fiscal, el imputado y el querellante pueden, en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos posteriormente en el juicio. Igualmente, resulta interesante resaltar la situación del llamado a conciliación sobre la responsabilidad civil, regulado en el artículo 273 del antes citado código, que el juez de garantía debe realizar en la audiencia de preparación del juicio oral al querellante y al imputado sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo.³¹

Conclusiones

1. Del análisis de las distintas causas de la apatía que existe en nuestro medio jurídico respecto de los mecanismos alternativos de resolución de disputas es posible prever que pasará un largo periodo de tiempo antes de que podamos contar con un número importante de operadores en nuestro sistema de justicia que se encuentren familiarizados con estas técnicas alternativas de solución de controversias, pues recién se están formando las primeras generaciones de

³¹ Fuera de los casos enumerados podemos encontrar otros casos que suponen el desarrollo de una negociación. Por ejemplo, conforme al inciso final del artículo 357 del Código Procesal Penal, fuera de los casos regulados en los incisos precedentes, la vista de los recursos penales sólo podrá suspenderse si lo solicitare el recurrente o todos los intervinientes facultados para concurrir a ella, de común acuerdo. Otro caso lo encontramos en el artículo 401 del mismo código, que establece que en el caso de desistimiento de la querrela por un delito de acción privada el querellante será condenado al pago de las costas, salvo que el desistimiento obedeciere a un acuerdo con el querrellado. Asimismo esta norma establece que, una vez iniciado el juicio, no se dará lugar al desistimiento de la acción privada, si el querrellado se opusiere a él. De igual modo, en el procedimiento por delito de acción penal privada, en el artículo 404 se establece que al inicio de la audiencia el juez instará a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa.

abogados y de otros profesionales, como psicólogos y trabajadores sociales, con algún grado de capacitación en la materia.

2. Independientemente de la forma bajo la cual el sistema acusatorio anglosajón sea aplicado o adaptado en un país determinado, siempre deberá existir una o más instituciones, como los acuerdos reparatorios, que en menor o mayor medida impliquen la aplicación de alguna forma de justicia negociada, pues dichas instituciones son esenciales para garantizar la eficiencia de cualquier sistema procesal penal acusatorio.

3. Las técnicas de negociación son una de las destrezas más importantes que debe manejar un abogado que desee desempeñarse en el nuevo sistema de justicia penal, pues existe una chance mucho mayor de que éstos deban negociar la suspensión condicional de un procedimiento, un acuerdo reparatorio o la aplicación del procedimiento abreviado, que de utilizar las destrezas de litigación en el contexto de un juicio oral, ya que como lo expusimos previamente, las instituciones que suponen la aplicación de técnicas de negociación representan más de un 40% del total de los términos aplicados en la actualidad en Chile.

4. Aun dentro del proceso penal propiamente tal la negociación también tiene cabida a través de instituciones tales como las convenciones probatorias, por lo que su aplicación no sólo se limita al campo de las salidas alternativas.

5. En virtud de lo antes expuesto es imprescindible que las mallas curriculares de las escuelas de derecho y de los programas de capacitación en materia procesal penal incorporen la enseñanza de las destrezas de negociación, y no sólo se limiten a la instrucción sobre normas procesales y reglas de litigación oral, para que exista una real concordancia entre las destrezas requeridas por los actuales y futuros abogados litigantes penales y la oferta académica brindada por nuestras universidades.