

PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO*

TITO E. SOLARI PERALTA
Universidad Católica de Valparaíso

Frente a la inminencia de un nuevo diseño para la administración de justicia en lo criminal, el Ministerio Público del que hablaré no puede ser examinado como un ente aislado, sino indisolublemente ligado a la estructura de proceso penal que, como sabemos, avanza en rápida tramitación ante el Congreso Nacional, habiendo éste ya aprobado la necesaria reforma constitucional, y quedando todavía sujeto al trámite legislativo, en lo que a éste trabajo concierne, la discusión y aprobación, ya bastante avanzada, de su ley orgánica constitucional. A lo ya dicho, cabe estar a la espera de las restantes reformas legales que tocan:

A un nuevo Código de Procedimiento Penal que se centra en la idea de un Ministerio Público que realiza la etapa preparatoria del juicio, sujeto a la supervigilancia del Juez de Control de la Instrucción y que formula la acusación para llegar en los términos de la propuesta al verdadero juicio penal, caracterizado por la oralidad, inmediación, contradictoriedad y publicidad de todas sus actuaciones, ante un Tribunal colegiado letrado, que en principio falla en resolución de única instancia, procediendo solamente en el proyecto original los recursos de casación, para velar respecto del cumplimiento de las leyes que ordenan el procedimiento y de las que tienden a la solución del conflicto. Se propugna al interior del mismo cuerpo de leyes un sistema de salidas alternativas o de procedimientos abreviados;

Modificaciones sensibles al Código Orgánico de Tribunales y al Código de Procedimiento Civil y, una ley que contenga el rediseño de la Defensoría Pública, para que ésta pueda enfrentarse en un marco de adecuado equilibrio, con los inmensos poderes de la Fiscalía. Creo en lo personal que cualquier desajuste, aunque sólo fuere de tono menor, rompería ese equilibrio y condenaría al fracaso esta reforma global. Para esa finalidad, máxima garantía, la ley en estudio debe ser generosa en su implementación humana y financiera.

En ese contexto de globalidad que he relatado en forma sumaria, examinaré los presupuestos teóricos de una sola de estas partes, el Ministerio Público.

No se trata en modo alguno de menospreciar la doctrina procesal penal de anti-

* Versión de la Lección Inaugural impartida en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, con motivo de la iniciación del Año Académico 1998.

guo cuño; pero si se trata de decir «al sabor del hombre contemporáneo» que ha sucedido en las últimas décadas con la evolución del pensamiento basado en concepciones liberales que se expresan en diseñar un proceso penal bajo el presupuesto de las máximas garantías a las partes en conflicto, lo que en modo alguno ocurre con el actual sistema de enjuiciamiento criminal, originariamente inquisitivo, antidemocrático y no garantista, situación que no puede revertirse por la asignación de mayores recursos pues sería como claramente acota Binder «más para lo mismo.»

En octubre de 1993 se convocó a un seminario que dio lugar a una publicación titulada *El Ministerio Público (Para una nueva Justicia Criminal)* que reunió en el país a numerosos ponentes y comentaristas, chilenos y extranjeros, que discutieron en profundidad acerca de esta institución y de su inserción en la Reforma Procesal Penal.

En esa oportunidad, estoy parcializando la globalidad de su pensamiento, el Profesor y actual Ministro de la Excm. Corte Suprema, don Mario Garrido Montt comentando la ponencia del profesor Ricardo Rivadeneira hizo algunas afirmaciones que me permito someter a debate.

Dijo «que no corresponde analizar el Ministerio Público en el ámbito del actual sistema procesal penal inquisitivo» pues en ese sistema el Ministerio Público no tiene un rol efectivo real.

Que en ese tal sistema inquisitivo el Ministerio Público desequilibra el proceso, «el procesado se ve perseguido por tres entes, dos de ellos de mucho poder: el Juez y el Ministerio Público, fuera del querellante. Su defensa se transformará en una lucha muy desigual... agravando el principio del justo proceso ya difícil en el proceso penal».

Añadía que «el problema es la casi total irracionalidad del sistema» y continuaba afirmando: «el sumario actual resulta obsoleto porque, en primer lugar, no tiene por qué formar parte del proceso. La fase indagatoria no tiene por qué quedar comprendida en lo jurisdiccional. En realidad, aparece como algo enquistado allí... El Juez es Juez y no investigador, esa no es su función natural. «Hablar de juez instructor es un subterfugio para mantener en esencia el sistema inquisitivo».

Para enfrentar con acierto a una criminalidad cada vez mayor, como ocurre con las mafias delictivas, con el terrorismo, con la corrupción, con el tráfico de influencia, el tráfico de estupefacientes y la criminalidad económica, por citar sólo algunas, resulta imprescindible contar con un órgano especializado en todas las técnicas de investigación, y ello es mucho más factible con un Ministerio Público que se encargue de dirigir esa investigación.

Y aquí nuevamente Garrido Montt enfatiza que debe ser un ente independiente, pero que despliega una actividad que debe ser controlada y que su ideal sería a ese respecto la existencia de un Juez Contralor. ¿Y por qué la necesidad de ese Juez Contralor? Por una sola, simple, pero gran razón: en el proceso penal se ven involucradas con la mayor intensidad las garantías individuales, estén ellas consagradas en la Constitución, en los Tratados Internacionales o en las Leyes Fundamentales de toda República. Más aún cuando se dice y repite, en forma casi majadera que nos encontramos en las postrimerías del segundo milenio, y que en ese tiempo histórico cabe poner al hombre a resguardo de todo exceso, cualquiera sea su procedencia. Se clama hoy por una concepción diminutiva del concepto de Poder Estatal y que sea capaz de acercar a ese hombre a sus justos espacios de libertad.

Traducido ello a la terminología jurídico penal significa decir que se aspira a un sistema de administración de justicia en lo criminal que sea genuinamente garantista.

He querido decir ahora y aquí este conjunto de ideas, extraídas en parte de las citas al Excmo. Magistrado, que la principal preocupación del Derecho Penal y Procesal Penal Moderno es de encontrar una adecuada respuesta político criminal. Tanto es así, que el Profesor Soto Piñeiro llega a afirmar, con su conocida vehemencia, que para los efectos de un análisis de política criminal: el derecho procesal penal es derecho penal y concurre en conjunto con este último y a lo menos, en igual medida a determinar, a configurar, la política criminal que se está aplicando en un país y en un momento determinado. Lo dicho sin que la enunciación tenga pretensión taxativa, corresponde al juicio actual de Julio Maier, Karl Heinz Goessels, Winfried Hassemer, Claus Roxin, Klaus Tiedeman, Hans Jescheck, Gunther Arzt, W. Schöne, Ricardo Levene, Alberto Binder, Conde Pumpido, Ida Pellegrini, Cafereza Nores, Eugenio Raúl Zaffaroni, Heinz Zipf, entre otros ilustres pensadores en lo que toca a la problemática actual acerca del objeto y fin de una política criminal, de la que repito por última vez, debe ser hecha a la luz del saber y a la necesidad del tiempo que se viva.

Hay muchos argumentos para sí entenderlo; los voy a resumir en tres:

a) El primero dice relación con la conocida confrontación que se hace, por un lado entre derecho anglosajón o Common Law y por otra parte, como una realidad antagónica y distinta, del derecho continental europeo fuertemente enraizado en el derecho romano.

Esa clásica división carece de toda validez en lo tocante al sistema de administración de justicia en lo criminal que rige en Chile, pues siendo efectivo que nuestro Código de Procedimiento Penal se inspiró en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española del siglo pasado, como se anota con mucha claridad en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal de diciembre de 1894, no es menos cierto que España estaba ya abandonando ese sistema de proceso penal. Se cumple así el acerto de Binder de que nuestro sistema se parece al sistema continental europeo... pero al sistema continental europeo español de fines de la Edad Media o si se quiere de principios de la Edad Moderna.

Nuestro sistema nada tiene que ver con los actuales sistemas europeos, ni siquiera con el sistema español.

José María Paz, Fiscal del Tribunal Supremo español, en un extenso artículo sobre el Ministerio Fiscal en España, termina con algunas conclusiones sobre el proceso penal español de nuestros días, señalando:

- que ya el sumario no es secreto ni inquisitivo; que ya en él se consagra el derecho a defensa desde el primer momento y, que ya el Juez de Instrucción no puede sorprender a una persona investigándola pues el imputado tiene derecho a apersonarse desde el primer momento con abogado y procurador, y sólo se puede mantener el sigilo del sumario por un mes y finalmente, que dentro del sumario es admisible el principio de contradicción.

Agrega el autor de la referencia que el proceso penal en los últimos años, por impulso del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sin reformar los textos legales ha experimentado otras grandes reformas, a saber:

- el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuya vulneración obliga a tramitar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo o un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional;

- se ha puesto fin a dar valor probatorio al atestado policial o de otras diligencias del sumario y ahora las únicas pruebas válidas para condenar o absolver son las que se practican en el acto del juicio oral, sometido éste al principio de la contradicción;

- lo ya expresado quita prácticamente toda la importancia a la instrucción y obliga al Fiscal y a las partes acusadoras a presentar todas sus pruebas en el juicio oral y público;

- se resalta el valor del principio acusatorio de modo tal, que no se puede condenar por delito más grave que el calificado por el fiscal o los acusadores.

No es todo.

Fue menester reformar el proceso penal por Ley Orgánica de 1988, dado que se declaró inconstitucional que fuera el Juez Instructor el que fallara la causa, aunque se tratara de delitos de poca importancia; para reforzar la garantía de imparcialidad si se casa una sentencia en la forma el nuevo juicio lo tiene que ver un Tribunal distinto porque el primitivo ha perdido su imparcialidad objetiva. Finalmente digamos, que ya se discute en España si debe dársele la investigación al Fiscal (existiendo una tendencia favorable a ese respecto).

A la fecha de escribirse el artículo recordaba su autor que faltaba cumplir el mandato constitucional para introducir el Jurado. Séanos permitido decir que ello ya es en España una realidad normada, cuestión que relato para poner al día el pensamiento del Profesor José María Paz sin que ello signifique que en lo personal tenga una opinión favorable a ese respecto.

Volvamos atrás. Se podría pensar que el caso español es un hito aislado y que sigue siendo válida la distinción entre sistemas de raíz continental europea y sistemas del Common Law.

Tampoco es así. Los sistemas continentales europeos han experimentado en el transcurso de los últimos 150 años variaciones de tal envergadura, que hacen que la contradicción entre estos «dos sistemas» por decirlo de algún modo, pierda todo su realismo.

Así ocurre con los sistemas de proceso penal vigentes en Alemania, Italia, Francia, Portugal. Me parecería inoportuno y semejante a un acto de erudición, señalar los perfiles particulares de los procesos penales vigentes en esos países. Pero algo debe quedar en claro, nuestro viejo proceso penal no tiene parentesco de ningún tipo con los sistemas a que he hecho referencia.

b) En segundo lugar hablé de tres grupos de razones adicionales. El segundo lo relataré en forma muy breve. El Profesor Doctor Wolfgang Schöne, de la Universidad de Gottingen y Frankfurt en apartado de la obra Proceso Penal y Derechos Fundamentales, analiza las pautas del procedimiento penal alemán y en lo que él llama el «mosaico de la reforma del orden jurídico penal. Esta parte del ordenamiento jurídico es como relojería complicada e interrelacionada»; al tocar sólo una parte se ve afectado todo el sistema. Para dar sólo dos ejemplos: existe una correlación necesaria entre el derecho material y la forma del procedimiento necesario para su aplicación, que se nota enseguida en el efecto despenalizador del principio de oportunidad. Y la introducción del principio acusatorio tiende a cambios sustanciales en la organización y competencia del Poder Judicial.

De lo que expresa el autor aparece el fundamento de aquello cuanto dije al iniciar este trabajo: la institución del Ministerio Público, un nuevo Código de Procedimiento Penal, la modificación de leyes sustanciales, incluyendo la Constitución Política de la República, es decir, se trata de una unidad en la cual la modificación o cambio de alguno de sus aspectos compromete e involucra la totalidad del sistema. En este orden de razones adicionales, séame permitido aceptar el desafío del Profesor Schöne en el sentido de no parecer aceptable el argumento que «las Realidades de un país no permiten reformas; esto significaría postergar al infinito la decisión respecto al cambio. Si las realidades no gustan hay que cambiarlas».

c) Y en tercer lugar de este introito, resulta conveniente que en algún momento se tengan a la vista las reglas mínimas del proceso penal, reglas mínimas, conocidas como las «Reglas de Mallorca» que fueron acordadas en Palmas de Mallorca en sesiones de los años 1990, 1991 y 1992 por convocatoria del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, a invitación de la Consellería Adjunta a la Presidencia del Govern Balear y con la cooperación de la subdivisión de prevención del delito y justicia penal de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena. La estructura de estas reglas mínimas del proceso penal, comprende un total de 46 preceptos que se subdividen:

- Principios Generales del Proceso; Principio de Realización del Proceso; Derechos del Imputado; Derecho a la Defensa; De los Medios Coercitivos; De los Recursos; La Víctima y, culminan con un conjunto de sugerencias a los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Signan este Protocolo, según se sabe, un distinguido grupo de juristas alemanes, italianos, españoles y latinoamericanos.

De ellas quisiera destacar:

- La función investigadora estará estrictamente separada de la función juzgadora;
- La Policía y todos los que actúan en funciones de investigación en un proceso penal deben depender funcionalmente del Ministerio Público, o de los Jueces o Tribunales;
- El juzgamiento de delitos graves será de competencia exclusiva de Tribunales Colegiados;
- La persona respecto de quien haya sospecha de parte de los órganos de investigación, no podrá ser interrogada sin ser advertida en forma previa que tiene derecho a la asistencia de un letrado y a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí misma;
- Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración si su abogado defensor no lo ha podido asesorar sobre si le conviene o no declarar, o al menos advertirle sobre el significado inculpatario de lo que puede decir;
- Las medidas tomadas por el Ministerio Público y por la Policía que impliquen directamente limitaciones a los derechos fundamentales de las personas deberán ser autorizadas judicialmente. Si por motivos de urgencia, previstos por la ley, ellas fueren adoptadas por el Ministerio Público o la Policía, deberán ser homologadas judicialmente en el más breve plazo;

- El imputado tiene derecho a un juicio oral (regla 25) en el que además se dice que el debate, de ese juicio oral, será público.

Como bien dice Miguel Angel Caminos, la oralidad es sólo un medio para la obtención de un fin, entendiendo que éste lo es un justo y racional procedimiento que permita la inmediación y la contradictoriedad, lo que ciertamente se logra o se logra mejor, con esa oralidad, pues el proceso penal no es un conjunto de normas al servicio del rito, sino al servicio del conflicto y por último a la solución del mismo.

Hablemos pues directamente de los presupuestos teóricos que como se señaló corresponden a los estudios de carácter procesal penal de las últimas décadas. Para evitar el sistema de citas superpuestas y para evitar también un sistema de entrecomillado que confunda, me quedaré aquí con el pensamiento del profesor Alberto Binder, en comentario al Proyecto de Ley sobre Ministerio Público, del año 1992, del mismo profesor además «Perspectiva de la Reforma del Proceso Penal en América Latina» y «Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal» y, también con Miguel Soto Piñeiro en su apartado sobre «Ministerio Público y Política Criminal», en abierta concreción a las ideas que se atribuyeran, entre otros a, Caferata Nores, Pellegrini, Levene, Maier, Zaffaroni, Zift, Goessel, Hassemmer, Roxin, Arzt, Tiedemann, Schöne y Bruzzone, que corresponden al nudo central no solamente en lo que toca al Ministerio Público sino también en lo referente a la formulación o reformulación de una administración de justicia en lo criminal para un Estado democrático.

Se ha dicho que uno de los ejes de la reforma del proceso penal en el siglo XIX lo fue la introducción del Ministerio Público, en tanto implicó suavizar el sistema inquisitivo incorporándole algunos elementos del sistema acusatorio (juicio oral, juicio público, sistema de jurado...), pero en el hecho el núcleo del sistema inquisitivo permaneció intacto, pues como dice Maier, se trata de una institución que no tiene una fortaleza relevante por tratarse de un adolescente, de un híbrido que contiene en su interior contradicciones evidentes; véase que puede acusar instando por una sentencia condenatoria, o bien, vaya paradójica, formular una proposición de sobreseimiento.

Esta cuestión nos lleva, como sostiene el mismo Maier, a la necesidad de dirimir cuál es el problema primario:

- O es el poder penal del Estado y su potestad de persecución penal pública, caso en el cual su razón de ser pierde todo sentido pues vamos tras la búsqueda de horizontes de libertad,

- O esa cuestión primaria nos representa la abolición de un modelo inquisitivo como forma de ejercer el poder estatal, contexto en el cual la pregunta sobre su existencia sí adquiere relevancia; en ese sentido nos dice Binder, que si el Ministerio Público es hijo de la revolución, tan hijo es que lleva sus contradicciones e hipocresía, (llamar al Ministerio Público hijo de la revolución corresponde a la metáfora de Gunther Arzt), y conduce en definitiva a suavizar revitalizando el sistema inquisitivo.

Sobre esa realidad nos encontramos:

- O un Ministerio Público reproductor del sistema inquisitivo,

- O un Ministerio Público que lo ponga en cuestión y contribuya «a destruir el modelo inquisitivo de ejercicio del poder penal».

La conocida frase de que el Ministerio Público es la quinta rueda del carro que sólo demora el proceso, es una realidad incontestable en los países latinoamericanos.

Para lamento de muchos, el Ministerio Público en Latinoamérica no ha sido ni una cosa ni la otra, a saber: No ha sido garante de la legalidad ni tampoco de la investigación.

En una América Latina de cultura judicial inquisitiva, el Ministerio Público no es ni siquiera un adolescente, es un extraño, pero nadie sabe para qué está y qué se pide de él.

Todo lo anterior lleva a la pregunta necesaria:

O investigación a cargo del Ministerio Público o mantener la investigación en manos del Juez de Instrucción, ello bajo condición de resolver ciertos problemas procesales: Endémica sobrecarga de trabajo, falta de control sobre la investigación, formalización de actos rituales de investigación, conversión automática del sumario en prueba, delegación de funciones, defensa durante las etapas policiales, medidas cautelares personales o reales, salidas alternativas, control de la prisión preventiva, y para no agobiar al lector, duración del proceso etc...

Si la existencia de un Ministerio Público sirve a la realización de éstos fines, la institución adquiere razón y sentido, pues como acota Binder «discutamos los problemas para discutir un modelo: construyamos un modelo para solucionar los problemas.» Esa es una respuesta político criminal de tiempo presente.

¿Por qué se desea un Ministerio Público en la fase de investigación?

Porque ayuda a desmontar el sistema de instrucción inquisitiva, y así, libera al Juez de la investigación. ¿Por qué queremos liberar al Juez de la investigación? Precisamente para que sea Juez. El problema central no es quién investiga sino quién controla la investigación y toma a su cargo, porque así le compete, las decisiones jurisdiccionales que se produzcan en esta etapa.

Y si el Juez no tiene que investigar, ni las Constituciones Republicanas quieren que lo haga, ¿quién podrá hacerlo? La respuesta es obvia: Sólo el Ministerio Público puede hacerlo.

El Ministerio Público puede además contribuir a desformalizar la investigación. Todos los sistemas procesales tienen registros, pero el sistema inquisitivo se basa sólo y exclusivamente en el registro que además son escritos y secretos. Lo que no está en el acta no está en el mundo. La formalización de la instrucción formaliza el juicio y la formalización de éste lo conduce a su muerte; por eso decía Binder en su oportunidad, que prácticamente no existen procesos penales en América Latina.

El Ministerio Público en el proceso penal debe servir para desformalizar la investigación, único medio eficaz para preservar el juicio; en consecuencia, si lo único que pretendemos es que el mismo expediente lo firme el Fiscal y no el Juez de Instrucción carece de sentido la formación o refortalecimiento del Ministerio Público.

También es necesaria la vinculación del Ministerio Público con la Policía. Si pensamos en una Policía que entiende que un caso está «cerrado» cuando se persuade de que los imputados son culpables, entonces en ese tal caso, no se necesita ni

Ministerio Público y el Poder Judicial sólo cumplirá una función legitimadora del Poder Policial. Eso no puede ser así. Por eso se ha dicho siempre que es una «institución bifronte»: que mira por un lado el mundo policial y por el otro al mundo judicial. A mi entender el caso no está cerrado sino que al contrario recién podrá iniciarse el planteamiento del conflicto (fiscal y abogado defensor), las audiencias de prueba y la solución del conflicto.

Esa función de enlace entre dos mundos tan diversos, constituye tal vez, la gran misión de este Ministerio Público Penal emergente.

Ya lo decía Mario Garrido Montt y lo reitera Binder, es tarea urgente reorganizar el sistema de investigación y dotarlo de eficacia para enfrentar una criminalidad creativa y dinámica, salvo, claro está, que sigamos mintiéndonos a nosotros mismos considerando que los únicos «delitos son los hurtos, algún robo, la violación y el homicidio».

Todavía en Chile se nos plantea la cuestión como un problema de una autonomía del Derecho Procesal Penal, respecto del Derecho Penal material en sentido estricto. Esto no es un dilema científico sino solamente una cuestión académica, de distribución de las cátedras, que en nuestro país se manifiesta en la integración del Derecho Procesal Penal al Derecho Procesal General, es decir, una horrible confusión entre el proceso que se sigue respecto de las cosas en relación con aquel otro que se refiere a un proceso que tiene como sujeto y objeto al ser humano. Este dilema aparente está hace mucho tiempo resuelto en Europa, y no deja de ser sugestivo que Roxin, Tiedemann y Artz se refieran al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal como una verdadera unidad, al titular de ese modo y con esa nomenclatura, una de sus últimas obras.

El concepto de derecho penal en sentido amplio abarca tanto al derecho penal material como al derecho penal formal o derecho procesal penal, como también al derecho de ejecución de las penas y al derecho penitenciario. Así el Ministerio Público se encuentra en el centro de las tensiones (poder versus libertad) entre el derecho penal en sentido lato y la política criminal.

Nadie discute hoy día que estamos frente a un sistema de administración de justicia en lo criminal que se encuentra colapsado, no por causas personales, que a lo mejor es lo único que ha permitido su subsistencia, sino por profundas razones que tocan a la inmanencia del sistema.

Desde su nacimiento en 1906, como una pálida copia de la legislación española de la Colonia, que ya estaba reformulada en 1882, se llama a nuestro sistema procedimiento inquisitivo reforzado, hecho que queda de manifiesto con la sola lectura del Mensaje del Código de Procedimiento Penal elaborado en diciembre de 1894.

Es natural que esa estructura de proceso penal entrara rápidamente en conflicto con principios y garantías básicas del proceso penal de inspiración liberal, a saber:

- Publicidad,
- Oralidad,
- Contradicción y
- Juicio Imparcial, en el que como es obvio, debe regir la máxima de que quien instruye no falla.

Tanto es así, que hoy día podría sostenerse una situación de inconstitucionalidad, toda vez que la Carta Fundamental establece la garantía del «Debido Proceso» y ordena que la ley establezca las reglas necesarias para un justo y racional procedimiento.

Acontece además en los llamados Procedimientos Mixtos que existe un Juez de Instrucción y otro Sentenciador, pero en ellos la fase de Instrucción se transforma inevitablemente en un verdadero juicio inquisitivo, quedando reducido el Plenario a un papel secundario y marginal. En este sentido es pródiga especialmente la literatura italiana.

Si de hecho la Instrucción, teóricamente preliminar, y lo que en ella se ha actuado, en forma escrita, secreta, sin intermediación y con delegación de funciones y prácticamente sin contestación, deriva en definitiva en el verdadero juicio; en ese contexto la supresión de los Promotores Fiscales y el traslado de su función acusadora a un único y mismo Juez, sólo viene a reforzar lo inquisitivo del sistema.

En los hechos, el Decreto Ley que suprimió los Promotores Fiscales no trajo aparejada mayores consecuencias prácticas pues la institución había hecho crisis, no sólo en los Tribunales, sino también en la Cátedra y en algunas Memorias para optar al Grado de Licenciado de la época, que con razón criticaron a un organismo que carecía de estructura orgánica, de funciones delimitadas y de una jefatura que orientara su política de actuación.

En suma, como señala el Profesor Miguel Soto, «según la función y relevancia que se reconozca al Ministerio Público los modelos disponibles son sólo dos:

- El sistema Acusatorio, notoriamente más coherente con el ideal republicano-democrático y por lo mismo con la política criminal de un Estado de Derecho, y por otro,

- El sistema Inquisitorio (puro, reformado o reforzado), que se corresponde con una política criminal autoritaria que puede incluso prescindir del Ministerio Público sin mayores consecuencias».

Ubicado nuevamente en el centro de esa tensión nos parece que la única salida razonable es la creación de un Ministerio Público vigoroso que tome a su cargo la Instrucción (Investigación). Adoptada esa medida se produce la transformación de Juez Instructor a Juez de la Instrucción; se sale así del Juez Inquisitivo para llegar a un Juez Garante de los derechos ciudadanos en la instrucción.

Vaya salto, de inquisidor, fea palabra aquélla, a Juez que cumple una función garantista que el derecho Penal Liberal viene reclamando desde hace tanto tiempo.

Y no sólo ello. Sino que al mismo tiempo deja de pedirse al Juez lo que Soto llama «el imposible desdoblamiento objetivo que significaba asignarle la doble calidad de garante e inquisidor de una Instrucción que el Ministerio Público sólo podía limitarse a observar, la que se resolvía en definitiva normal y lógicamente en el predominio de una, generalmente la faena de inquisidor en perjuicio de la otra, la faena garantizadora.»

En lugar de lo recién expuesto, el Juez queda liberado y recupera la función que le pertenece naturalmente: SER JUEZ, que como tal recobra su capacidad para vigilar, controlar, y resguardar la regularidad del proceso de Instrucción (Investigación), pudiendo asegurar que queden a salvo los derechos fundamentales y las libertades públicas de todos los sujetos involucrados en esa tal investigación.

A contrario, liberado el Juez de la obligación de instruir pasaría ésta a mano de otro sujeto procesal, el Ministerio Público, con funciones claramente delimitadas.

Con ese modo de razonar sólo se fortalece el sistema acusatorio que es lo que he tratado de demostrar a lo largo de esta lección inaugural como el único sistema

coherente de administración de Justicia en lo Criminal para el tiempo presente.

Se postula finalmente y en paralelo para los llamados delitos menos graves o de escasa significación punitiva, la creación de un procedimiento concentrado y monitorio cuya resolución se entrega al Juez de la Fase Intermedia, sin juicio oral, pero bajo condición necesaria de consentimiento del imputado, de su abogado, del Ministerio Público y aprobado previamente por el Juez de la Instrucción. Así se postula en concreto en el nuevo Código de Procedimiento Penal sometido a la consideración del Congreso Nacional, que en su libro Cuarto, Título Tercero, tratando del llamado procedimiento abreviado, reglamenta esa fórmula alternativa.

Concordando con el profesor Garrido Montt estimo que las estadísticas internacionales relativas a la eficacia de un sistema frente a otro, no mejoran de modo significativo, pero permiten como lo dice, que el sistema se racionalice. Así Vivian Stern en Alternativas a la Privación de Libertad en Gran Bretaña nos dice: «De cada 100 crímenes cometidos, 41 de ellos son denunciados a la Policía por alguien... La Policía selecciona los delitos denunciados y este proceso reduce la cifra a 26, la Policía encuentra un sospechoso para solamente 7 casos de esos 26, y de los 7 casos, solamente 3 terminan en una pena dictada por una Corte». Luego, eficacia 3 en 100.

Eficacia en el sistema chileno:

Estadísticas de Juzgados de Letras de Santiago, en «Lineamientos Generales de la Reforma Procesal Penal», Ministerio de Justicia, Cuaderno de Divulgación, página 5, estadística del año 1990, tenemos que en un total de 100 ingresos por robo con fuerza en las cosas se llega a sentencia absolutoria o condenatoria en 2,88 de los casos. Otra estadística nacional nos dice que de 100 causas ingresadas al sistema, sólo llegan a sentencia un total de 6. Luego eficacia 4,44 en 100.

El dato estadístico recién examinado nos vuelve a demostrar, que no se trata en primer lugar, como alguno lo pretenden de medir el sistema en términos de eficiencia estadística pues el problema del hombre no puede ser reducido a un numeral, sino que el sistema de Administración de Justicia en lo Criminal debe plasmarse, como lo manda la Constitución Política a parámetros de justicia y racionalidad.

Finalmente, podría pensarse en una alternativa que de paso podría hacer innecesarios los procedimientos abreviados que antes mencioné.

Lo diré de otro modo, desde hace tiempo la doctrina procesal debate acerca de los criterios de legalidad por un lado, y de oportunidad o selectividad por el otro; concepciones que muchos califican de necesarias pero abiertamente resistidas por otros.

El punto se conecta directamente con algo que es común en prácticamente todos los sistemas de proceso penal, cualquiera sean sus raíces: el ingreso de causas desborda todo sistema y, «tratar de investigarlo todo, llega a transformarse en una verdadera utopía».

Baumann lo decía en forma muy concreta, si el sistema propugna que todo sea investigado... ello conduce a la larga a su saturación y consecuente decadencia.

Tanta fuerza han adquirido estos criterios de oportunidad y legalidad, que el Proyecto de Ministerio Público elaborado durante la presidencia de don Patricio Aylwin, en cuya Comisión tuve la honra de participar, establecía en su artículo se-

gundo que el Ministerio Público «Se sujetaría a una serie de normas: Norma Tres: Su intervención se regiría por los principios de legalidad y oportunidad, y en el artículo cuarto, plasmando esa declaración, disponía: «la aplicación imperativa del principio de legalidad cuando se tratara de hechos delictivos que tuvieran asignada pena de crimen y cuando se tratara de hechos constitutivos de simples delitos se postulaba la oportunidad o selectividad reglada, es decir, que el Ministerio Público podía decidir acerca de su intervención debiendo considerar para ello: la entidad del bien jurídico agraviado, la cuantía del daño ocasionado, la alarma pública que hubiere producido la perpetración del ilícito, el número de hechos y el número de delitos cometidos, si se trataba de sujetos reincidentes, si se trataba de sujetos que al momento del delito estaban en libertad provisional, condicional o beneficiados con las medidas alternativas de la Ley 18.216, si se tratara de sujetos que se hubieren fugado o tratado de evadir la acción de la justicia» y en general decía aquél texto, por circunstancias de análoga significación.

El actual Proyecto en cambio se queda con el criterio de legalidad y busca desahogar el sistema a través de las salidas alternativas o sistemas abreviados, a los que ya hice referencia. (Título Tercero del Libro Cuarto).

La elección entre legalidad y oportunidad resulta un tema de suyo difícil, pues por un lado el criterio de legalidad es más satisfactorio para:

- el derecho penal que determina el límite de lo punible, respecto de lo que no lo es. Se quiera o no la selectividad hace difusa esa determinación;

- la aplicación desigual del derecho penal en cada proceso conserva un sesgo de desigualdad;

- el principio de legalidad evita un conflicto entre los diversos poderes del Estado; el de selectividad en cambio conserva el germen de ese conflicto; y además digamos ya, que el principio de legalidad, vieja conquista del derecho penal liberal asegura a todos la igualdad, una igualdad encarnada, igualdad de tratamiento en igualdad de situaciones. La oportunidad a contrario, entra en conflicto difícil de resolver con el antedicho principio.

Pero el criterio de oportunidad o selectividad naturalmente reglado, tiene también ventajas dignas de destacar. Citando a Soto Piñeiro:

«En el proceso penal no sólo se reflejan las normas del derecho penal material, su función como sistema de garantías no es sólo la realización del derecho penal material, antes es Derecho Constitucional aplicado y por ende la relación entre derecho penal y procesal penal que supone el principio de legalidad no se corresponde con la actual evolución normativa».

Pero hay otras ventajas adicionales ya señaladas al citar a Baumann; es deseable desde todo punto de vista la formulación de un criterio que permita descongestionar el ingente trabajo de los Tribunales Penales, eliminando por la vía de la oportunidad a los hechos punibles de escasa significación. El Proyecto legítimamente opta por salidas alternativas o procedimientos abreviados. Otra opción que podría considerarse es el sistema minimalista jurídico-penal, conocido como el derecho penal del mínimo, criterio éste que lamentablemente no ha llegado a la conciencia de nuestros legisladores que nos dan la señal que para solucionar el problema de la criminalidad

la panacea es una tendencia a penarlo todo, y si ya está penado, la tendencia casi sacrílega es aumentar la penalidad.

¿Hasta cuándo, me pregunto yo?

Séame permitida la ironía, hasta que se les acabe la escala de penas.

Finalmente, se sostiene que la oportunidad es un espléndido mecanismo, especialmente en países que asignan pocos recursos al sistema judicial, resultando antieconómico invertir los ya escasos medios en una aplicación estricta del criterio de legalidad.

Respecto de este eje de la discusión de legalidad u oportunidad reglada, debo decir y se me comprenderá, que no tengo una respuesta personal enteramente definida; sólo tengo muy en claro una natural resistencia a un sistema de oportunidad abierto, discrecional, pues lo estimo arbitrario.

Los sistemas abreviados no solamente se justifican para la criminalidad de baja significación, sino que también pueden ser aplicables a delitos en los que esté comprometido un bien jurídico disponible y en tantos otros casos, descongestionando así un sistema pobre de recursos, pobre en calidad y cantidad de funcionarios especializados, que por virtud de una legalidad llevada al extremo, impone la inexorable obligación de investigarlo TODO, es decir, nuestro Jueces tienen la obligación cualquiera sea la significación del hecho, de transitar en forma lenta por todos aquellos pasos que ordena la ley, desde el minuto que ese Juez dispone la instrucción del sumario correspondiente, debiendo continuarlo hasta su agotamiento y, si es el caso, seguir hasta la dictación de la sentencia en una misión que les resta tiempo en sus tareas de importancia y que más tarde incluso puede agobiar el trabajo de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

¿Podría alguien sostener que se justifica todo este largo transitar si estamos frente a un delito de poca gravedad, en situación de delito flagrante y de inculpado confeso?

A esa forma de salida alternativa es la que se le llama sistema abreviado.

No cabe aquí analizar los contenidos generales del proyecto de ley orgánica de Ministerio Público, pero sí es lícito decir al menos que debe ser un ente autónomo como lo enseña la experiencia en el derecho comparado, no llegando, como en el sistema escandinavo que lo vincula al Legislativo, a dar lugar a órganos como el ombudsman; ni tampoco al Poder Judicial como ocurre en Italia, ni menos al Ejecutivo como lo es en Argentina. Debe pues estar dotado de autonomía funcional, pero estableciendo como contrapartida un sistema riguroso de control por parte de todos los Poderes del Estado.

El control judicial respecto de todas las actuaciones del Ministerio Público queda radicado en el Juez de Control de la Instrucción, a quien corresponde una actuación decisiva en todos los casos en que se afecte o puede afectar un derecho personal o una garantía constitucional.

Atento al sentido de la convocatoria de tantos Congresos, Seminarios, me hago eco en contrapunto de lo que en alguna de ellas se dice:

«El Proceso Penal es probablemente la instancia en que con mayor dramatismo una Sociedad pone a prueba su vocación democrática».

Aplica allí los preceptos del Derecho penal material, sin lugar a dudas, la rama más trágica del árbol jurídico.

«Al interior de él dicha Sociedad debe tomar decisiones en torno a las más importantes esferas de la vida de las personas que la integran.

Decidir, por ejemplo, cuál es el standard de convicción que la ley debe exigir a un juez para poder condenar a un individuo.

Resolver la tensión entre el principio de inocencia y la prisión preventiva.

Considerar a las personas inocentes hasta que se pruebe la culpabilidad -aun cuando el precio de ello consista en asumir que algunos culpables serán liberados- o bien, velar por el castigo de todo criminal, -aun cuando el precio de ello consista en la encarcelación de algunos inocentes-.»

Séame permitido decir, o repetir, parafraseando al Doctor José Manuel Valle Muñiz... en cualquier caso mientras persista el actual proceso penal, no es mala cosa aliviar la espera con un proceso penal algo mejor.

Un antiguo aforismo nos dice que al mostrar la calidad de un proceso penal se muestra la calidad de un Estado de Derecho.

Inmersos en elucubraciones en torno al Ministerio Público no podemos perder la perspectiva que se destacó en un comienzo, es decir, estar a la globalidad de la reforma del proceso penal; en ese contexto de globalidad no puede dejar de perturbarme que el Ministerio Público y, en concreto su jefatura, no pueda ser objeto de control bajo la fórmula de juicio político, del mismo modo como lo es entre nosotros el Contralor General de la República. El sistema aprobado como fórmula subsidiaria me parece vago e inadecuado.

Tampoco visualizo la necesidad dentro del proceso reformado de un querellante particular, pues en el hecho significa que la acción penal pública le pertenece no sólo al Ministerio Público sino también a los particulares, lo que seguramente creará problemas en torno a la lógica interna del proyecto. Por decirlo directamente, me quedo con la intervención de éstos como actores civiles o demandantes que no ejercen la pretensión punitiva, si bien tiene un interés que se vincula directamente a ella.

Digo además que me parece transaccional y no afortunado el llamado «recurso extraordinario» contra la sentencia del Tribunal Colegiado del Juicio Oral. Se trata sólo de una apelación encubierta que lentamente se va a transformar en algo ordinario con sacrificio de la inmediación.

Dije también al comenzar algo breve con relación a la Defensoría Pública. Como estamos todavía frente a algo que no es proyecto afinado, deseo llamar la atención acerca de la necesidad que ese tema sea abordado con el mismo rigor, con el mayor esmero y sin pensar en un breve «retoque» de lo ya existente. Si no fuera así la reforma nacería fracasada o tendríamos un nuevo inquisitivo disfrazado de acusatorio. Ese no ha sido nunca el espíritu de quienes postulamos vehementemente por el cambio.

Quisiera aquí recordar un atestado celebre de Alberto Binder:

«Cuando hoy en día nos preguntamos qué es reformar la Justicia Penal y cómo hacerla, nos estamos planteando una pregunta que se hacía la mejor generación de este continente hace más de 170 años. El hecho de que ellos no hayan tenido éxito nos debe comprometer aún más con este proceso, porque se trata de una tarea que habría cambiado en gran medida la historia política de Latinoamérica. Al mismo tiempo, nos debe advertir acerca de las dificultades que se presentarán en este camino y acerca de la seriedad y el compromiso con que hay que emprenderlo».

Desde 1995, a título experimental, se resolvió extender la cátedra de Derecho Procesal Penal para dar cabida al examen de los criterios orientadores de la reforma y, en 1996 por decisión de la Dirección de la Escuela (resolución N° 16-96-D, de fecha 22 de marzo), se sancionó definitivamente esa idea «ampliándose la docencia del curso «Derecho Procesal» de dos sesiones a tres sesiones semanales», incorporándose al programa de ese curso el temario que esa resolución estableció, todo él en relación con el estudio de los principios innovadores del nuevo sistema de administración de justicia en lo criminal, a partir de sus presupuestos teóricos, del marco constitucional, del que emana de los tratados internacionales vigentes en Chile, de la reforma procesal penal en Latinoamérica y de los sistemas teóricos del proceso penal y su concreción en los proyectos legales en actual tramitación, en especial, sobre el nuevo Código de Procedimiento Penal y el papel que en él le corresponde al Ministerio Público, todo lo anterior sin dejar de expresar las críticas al sistema, las perspectivas a futuro y las tendencias del derecho comparado.

A lo ya dicho se suma un proyecto, todavía en estudio, que contiene una propuesta para una mención o especialización en el área jurídico-penal, entendida como una propuesta de docencia y de extensión.

Así ha respondido esta Escuela respecto de las modificaciones que se producirán en el marco del nuevo proceso penal y de los muchos cuerpos legales que se verán afectados.

Al terminar este trabajo, sólo me queda apelar al sentir hondo, al pensar profundo y a exponer lo que siento y pienso de un modo directo y frontal. En Derecho, gracias a Dios, nadie detenta la verdad absoluta. Toda la historia de la humanidad así lo revela y los herejes de ayer pueden ser, tal vez, los prudentes de hoy...