

ISSN N° 2735-6094

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

EDICIÓN ESPECIAL:
CONGRESO 2021 “EL MINISTERIO
PÚBLICO A 20 AÑOS DE LA
REFORMA PROCESAL PENAL”

Abril 2021



Fiscal Nacional y Representante Legal:

JORGE ABBOTT CHARME

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

PABLO CAMPOS MUÑOZ

Comité Editorial:

PABLO CAMPOS MUÑOZ

COORDINADOR

SANDRA LUCO CASTRO

SEBASTIAN SALINERO ECHEVERRÍA

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

Colaboradores:

ANDREA GONZÁLEZ LEIVA

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°2735-6094) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral.

Contenidos: 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Las sentencias publicadas en esta Revista se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

DIRECCIÓN: CATEDRAL 1437, SANTIAGO, CHILE.

E-MAIL: SLUCO@MINPUBLICO.CL

TELÉFONO: 229659693

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

PÁGINA N°6

“LOS DILEMAS DE LA AUTONOMÍA”

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ

PÁGINA N°7

“ALCANCES SOBRE LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CHILE”

MARISOL PEÑA TORRES

PÁGINA N°14

“AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL UNA MIRADA DESDE LA FISCALÍA”

MARTA HERRERA SEGUEL

PÁGINA N°23

“DE MUJERES *ENCANTADORAS* A *PEDANTES*. INSERCIÓN FEMENINA EN EL ESPACIO PÚBLICO EN CHILE, 1917 AL PRESENTE”

VERÓNICA UNDURRAGA SCHÜLER

PÁGINA N°33

“LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL”

JOSEP M. TAMARIT SUMALLA

PÁGINA N°46

“REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL CHILENO”

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

PÁGINA N°54

“ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA RELACIÓN POLICÍAS Y FISCALES”

ALEJANDRA MOHOR BELLALTA

PÁGINA N°62

“MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE PROBLEMAS Y DESAFÍOS A 20 AÑOS DE LA PUESTA EN MARCHA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL”

MAURICIO DUCE JULIO

PÁGINA N°67

“FISCALÍA Y POLICÍAS: HACIA UNA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL COMÚN”

TANIA SIRONVALLE SOSA

PÁGINA N°77

“EL TRATAMIENTO DE LA ALTA COMPLEJIDAD EN EL PROCESO PENAL”

JAVIER ZARAGOZA AGUADO

PÁGINA N°85

“INAMIBLE”

XIMENA CHONG CAMPUSANO

PÁGINA N°91

“APUNTES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

PÁGINA N°97

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MINISTERIO PÚBLICO”

ANTONIO SEGOVIA ARANCIBIA

PÁGINA N°104

“EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA Y SALIDAS ALTERNATIVAS”

JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ

PÁGINA N°128

“HACIA UN ENFOQUE RESTAURATIVO DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS”

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

PÁGINA N°132

“EXPERIENCIAS EN JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA REGIÓN DE VALPARAÍSO”

CLAUDIA PERIVANCICH HOYUELOS

PÁGINA N°138

“PENSANDO EN LA FISCALÍA DE NUESTRO DECENIO”

ALBERTO AYALA GUTIÉRREZ

PÁGINA N°144

“PROSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO. DESAFÍOS”

XAVIER ARMENDÁRIZ SALAMERO

PÁGINA N°150

“PROSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO. DESAFÍOS”

JORGE ABBOTT CHARME

PÁGINA N°156

PRESENTACIÓN

Tengo el placer de presentar una edición especial de la Revista Jurídica del Ministerio Público. Este número recoge las ponencias presentadas en el Congreso titulado “El Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal”, realizado los días 20, 22, 27 y 29 de julio de 2021. En él participaron destacados panelistas nacionales y extranjeros que expusieron sobre ocho temáticas: autonomía del Ministerio Público, paridad de género en la institución, la víctima en el marco del proceso penal, fiscalía y policías, el tratamiento de la alta complejidad en el proceso penal, el control de convencionalidad en el Ministerio Público, ampliación de las salidas alternativas en el marco de la justicia restaurativa y desafíos para la institución.

Las ponencias que se presentan se insertaron en esta edición bajo dos modalidades. La primera en formato artículo, lo cual será fácilmente identificable para los lectores y, como segunda modalidad, mediante la transcripción de la ponencia.

Durante este año, el Ministerio Público cumplió 20 años de existencia, consolidándose como una institución pilar del sistema de justicia penal. Publicar las ponencias realizadas en el congreso colabora en el proceso de reflexión institucional para alcanzar una mejor y eficiente persecución penal, así como para seguir erigiendo la institución, optimizando sus recursos, tiempos, y formas de satisfacción a sus usuarios, como también en colaborar en la memoria histórica de esta joven institución.

El congreso acaparó ponencias de expertos nacionales e internacionales, principalmente de docentes universitarios de reconocido prestigio y trayectoria; además de miembros de nuestra institución y se presentaron diversas miradas que permiten justificar, entre otras cosas, la autonomía institucional, más cuando hoy en día se discute en el país una nueva Carta Fundamental; la necesaria paridad de género que debe haber en los distintos organismos públicos, que más allá que razones de equidad, hay muchas más poderosas razones para su respeto e implementación; la atención a víctimas con una mirada victimológica y de derecho; que el éxito de la persecución penal está en un trabajo coordinado y colaborativo con las policías; que el ya no tan nuevo sistema procesal penal tiene muchas virtudes, pero hoy están apareciendo complejos nudos o situaciones que ameritan soluciones concretas y en un breve plazo; también cómo el derecho de los tratados internacionales colabora en la persecución penal; la mirada a un sistema de consecuencias penales más amplio, que mire y dé respuesta a los diversos actores, ante la obsolescencia de la pena privativa de libertad; y finalmente los desafíos institucionales para esta nueva etapa que comienza esta veinteañera institución.

Como Ministerio Público recogemos los diagnósticos, desafíos y recomendaciones planteados, luego de cumplir 20 años, para seguir siendo una institución fundamental en la persecución penal y en la protección de nuestras víctimas.

JORGE ABBOTT CHARME

Fiscal Nacional

“LOS DILEMAS DE LA AUTONOMÍA”¹

Carlos Peña González²

A fin de referirme al tema sobre el que versan exposición “los dilemas de la autonomía”, voy a dividir lo que va a seguir en 3 partes que como suele ocurrir, son distintas conceptualmente hablando, pero están estrechamente relacionadas entre sí.

En primer lugar, voy a dedicar la parte tal vez más extensa de una exposición en cualquier caso breve, a dilucidar algunos de los conceptos que suelen esgrimirse a la hora de discutir cuestiones como la autonomía del Ministerio Público. Voy a intentar esclarecer los conceptos que solemos emplear para estudiar este tipo de problemas, agudizar los conceptos creo yo de una manera de agudizar también nuestra percepción de la realidad y por eso voy a dedicar la parte más importante de lo que enseguida diré a ese tema. Una vez que haya dilucidado dos o 3 conceptos que como digo, suelen mencionarse, a propósito de este asunto, voy a intentar darle un vistazo muy general desde luego, a la experiencia comparada a la luz de esos conceptos, y finalmente intentaré obtener alguna conclusión también muy gruesa que espero ofrecer a la discusión de todos nosotros.

Comienzo con lo que denominé la cuestión conceptual. Respecto de este tema, tal vez la principal pregunta que debiéramos formularnos desde el punto de vista puramente conceptual o terminológico, es cual es la fuente del valor que unánimemente atribuimos a la autonomía, a qué se debe que la autonomía sea esgrimida como un valor importante sin el cual algunas funciones no merecen la pena, un valor apetecido por lo menos en América Latina, unánimemente por toda la Fiscalía, ¿de dónde proviene?, los invito a que nos preguntemos el valor de la autonomía.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Rector Universidad Diego Portales

Desde el punto de vista de la literatura, cuando uno atribuye un valor a una institución como en este caso ocurre con la autonomía, hay dos maneras de fundar ese valor, por una parte, uno puede sostener que el valor de la autonomía en este caso es un valor intrínseco, es decir, que la autonomía vale por sí misma, que hay algo en ella en lo que la constituye, en lo que la configura, de dónde proviene el valor que nos hace apetecerla. Pero, por otra parte, uno puede sostener que el valor de la autonomía, en este caso el valor de la autonomía del Ministerio Público es un valor extrínseco, es decir, que el valor que le atribuimos a la autonomía no deriva de rasgos o características que les sean suyas, que la constituyan, sino que pudiéramos decir, el valor de la autonomía es un valor transferido, un valor que le viene desde fuera de sí misma, concretamente de los resultados que con ella habitualmente se alcanzan. Entonces la primera pregunta que yo invito a que nos formulemos, y tal vez podamos más tarde discutir, en ese caso la autonomía del Ministerio Público ¿es una autonomía valiosa en razón de sí misma?, ¿de las características intrínsecas que como digo la constituirían?, o en cambio se trata de un valor que reclamamos, que los fiscales apetecen, y que los interesados en el debate público defienden en razón de los objetivos o resultados que ejercitándola se alcanzan.

Como ustedes comprenden, si la autonomía fuera un valor intrínseco, la defenderíamos a ultranza, a ciegas, fuere lo que fuere que con ella ocurriera, pero si en cambio la autonomía tiene un valor extrínseco, en ese caso debiéramos atender a los resultados que en cada caso con ella se alcanzan, a la hora de defenderla para hacerla más vigorosa, o en cambio criticarla para morigerarla.

Por ejemplo, en la literatura suele decirse que los seres humanos somos autónomos, y cuando decimos eso, lo que queremos decir, es que la autonomía es un rasgo constitutivo de los seres humanos, si usted despoja a un ser humano de la autonomía, el ser humano en cuestión pierde algo de la humanidad que lo constituye, por eso diríamos que la autonomía en el caso de un individuo humano, es un valor intrínseco pero no diría lo mismo me parece a mí, de la autonomía del Ministerio Público, no diríamos que la autonomía es un valor que sigue siendo apetecible ocurra lo que ocurra con ella, en realidad la autonomía que defendemos para el Ministerio Público, la defendemos porque donde ella existe, se hace más probable que la persecución penal sea neutral, no sea partisana, no esté movida por motivos inconfesables, está inspirada en la lealtad a la ley y en la imparcialidad en la aplicación de las políticas criminales. Estas son las razones por las cuales defendemos la autonomía, creemos que un Ministerio Público autónomo es más probable que homenajee esos rasgos que acabo recién de mencionar, que uno que en cambio carezca de autonomía. Pero por lo mismo, fíjense ustedes que el Ministerio Público tiene una autonomía con valor extrínseco para continuar con la distinción que les estoy sugiriendo, deberíamos demandar para una institución como el Ministerio Público algún grado de control. Cuando usted tiene una institución, cuya autonomía posee un valor extrínseco, es decir, cuyo valor proviene de los resultados que con su ejercicio se alcanzan, usted debe defender la autonomía, pero al mismo tiempo tiene que ser o estar dispuesto a conceder que el órgano en cuestión también requiere control, porque es la única manera de verificar cada cierto tiempo que aquellos resultados de los que proviene la autonomía que tanto defendemos se están logrando. Una autonomía mal ejercida, carente de control, dibérrima, entregada a sí misma, puede ser también una autonomía

o un órgano autónomo que se deslice hacia una práctica partisana, poco neutral, animada por motivos inconfesables, etcétera.

Sobre esto, a mí no me cabe ninguna duda, entonces yo querría resumir esta primera parte de mi dilucidación conceptual diciendo que frente a la pregunta de si la autonomía del Ministerio Público tiene un valor intrínseco o extrínseco, yo diría y quiero sugerir esto, que lo podamos discutir ojalá que su valor extrínseco y que porque es extrínseco requiere también control. No vale en sí misma la autonomía, vale por o en razón de los resultados que con ella se alcanzan como ocurre con los demás, con prácticamente todos los bienes humanos, no tienen un valor en sí mismo, sino que su valor es un valor en general transferido. Esto es lo primero que yo diría, defender la autonomía del Ministerio Público y hacerlo con perspectiva digámoslo así, de interés público, supone también estar dispuesto a aceptar, que el Ministerio Público tiene que tener algún grado de control, y tenemos que discutir qué grado de control en un estado democrático es el que le correspondería a una institución como esta. Esta es la primera cuestión conceptual que yo querría hacer.

La segunda cuestión que me atrevo a mencionar es la necesidad de distinguir en este debate, entre la autonomía normativa, o la autonomía orgánica, o la autonomía corporativa del Ministerio Público por una parte, que es un rasgo digámoslo así normativo, que el discurso jurídico suele adscribir al Ministerio Público cuando se dice que es autónomo, distinguir ese rasgo, la autonomía orgánica por una parte, de lo que la literatura sociológica llama corporativismo por otra parte. Yo creo que esta es una distinción fundamental particularmente en América Latina.

La autonomía corporativa, en la posibilidad del órgano, en este caso el Ministerio Público, de emitir, de liberar sus propias reglas, ejecutar formas de control interno razonable, que no lo exime de la rendición de cuentas, pero que le permiten un grado de Gobierno carente de injerencia.

El corporativismo, en cambio, es un rasgo sociológico que suele aquejar a algunos organismos estatales y que consiste en que de pronto sus miembros por motivos que habría que dilucidar, empiezan a generar intereses auto referidos, empiezan a generar intereses propios que los distancian de la sociedad civil o política de la que son parte, y poco a poco sin advertirlo, empiezan a distanciarse de la cultura pública a la que pertenecen hasta prácticamente comenzar a reñir con ella. El corporativismo es una patología, digámoslo así, de los órganos estatales que es muy frecuente en América Latina.

Déjenme dar dos ejemplos en el caso de Chile; si ustedes miran el siglo XX chileno, encuentran dos organismos que padecieron (no lo padecen hoy día), el corporativismo. Uno de ellos fueron las Fuerzas Armadas del Ejército, fue generando una cultura auto referida, una cultura endogámica, donde incluso las relaciones afectivas y familiares fueron mediadas por la cultura militar, por la cultura corporativa del Ejército. Esto provocó, la aparición de eso que suele aún escucharse en los debates públicos o cotidianos, la existencia de la familia militar. Ustedes han escuchado esto, que en el fondo la pretensión cultural de que una parte del Estado tiene intereses auto referidos a cuyo otra vez se juzgan los intereses generales, esto acaba enajenando a esta parte del Estado de los intereses gene-

rales, fue lo que ocurrió creo yo con el Ejército, en buena parte hacia finales del siglo XX.

El Poder Judicial es otro caso de corporativismo también durante el siglo XX. El Poder Judicial padeció un síndrome muy similar al del Ejército, también por razones que habría que dilucidar, se fue transformando en un organismo autorreferente, con estilos de vida propio, incluso con formas de comunicación idiosincrásicas que lo van apartando de la sociedad civil de la que forman parte. Afortunadamente ambos se curaron del corporativismo, pero esto es un peligro que cada cierto tiempo acecha a los organismos estatales y esta es la segunda idea que yo querría someter a su consideración.

Si la primera idea consistía en afirmar que la autonomía era un valor intrínseco, la segunda idea que quiero sugerir es que no cabe confundir la autonomía del órgano, la autonomía institucional, la autonomía orgánica, como quiera llamarse, la ubicación institucional del Ministerio Público con el corporativismo. Se trata de cuestiones distintas que pueden ser extremadamente dañinas. Es verdad que en la historia legal y en ocasiones el corporativismo particularmente en Estados muy débiles, puede ser una fuente de independencia. Cuando la gente adquiere una cultura corporativa muy fuerte y trabajan codo a codo quienes forman parte de una institución se insuflan recíprocamente fuerza y entusiasmo y eso a veces fortalece la independencia, es cierto, pero cuando esto se le deja por largo tiempo se transforma en una patología dentro del Estado que hay que corregir, no digo desde luego, que el Ministerio Público la padezca, simplemente los advierto contra ese peligro.

La tercera distinción conceptual que yo querría hacer, es distinguir entre o separar o diferenciar conceptualmente la autonomía que predicamos del órgano o de la institución, de la independencia que debiéramos predicar de cada uno de quienes trabajan en la institución en la persecución penal, se trata también de cuestiones distintas. La independencia es un atributo, un rasgo creo yo muy estimable de los fiscales de quienes se desempeñan dentro del organismo y consiste fundamentalmente en el desapego de los propios intereses y de los intereses ajenos, para en cambio brindar total lealtad a la ley o a la política criminal. El revés de la independencia de un fiscal es la lealtad a la ley y a la política criminal democráticamente convenida, de la misma manera que la independencia de un juez, la llamada independencia interna de los jueces, es una forma de homenajear y fortalecer su lealtad a la ley, reclamamos independencia por ejemplo para los jueces, no para que los jueces fallen como les plazca, reclamamos independencia para los jueces para que se aten firmemente a lo que la ley establece, y reclamamos la independencia para los fiscales, no para que ellos sean libérrimos, reclamamos independencia para los fiscales para poder atarlos firmemente a la política criminal y a la ley, entonces el revés de la independencia es la lealtad a la institución, a la institución legal, a la política criminal. Si ustedes aceptan esta distinción entre la autonomía del órgano, por una parte, la independencia de quienes lo integran y en ella ejercitan su quehacer, por la otra, aceptarán espero (pero lo digo de esta manera para que lo podamos discutir ojalá), que la independencia no depende necesariamente de la autonomía, usted puede tener un órgano perfectamente autónomo desde el punto de vista institucional, y en cambio sus miembros carecen de independencia. Un buen ejemplo fue parte de la cultura del Poder Judicial chileno durante una parte del siglo XX, o usted puede tener un órgano carente

de autonomía, pero puede tener sujetos independientes que se desenvuelven dentro de ella, es decir no hay vínculo necesario entre la autonomía y la independencia.

Como vamos a ver más adelante, la experiencia comparada creo yo, permite aseverar esta desvinculación empírica entre un rasgo y otro. La independencia la ejercita quien se desenvuelve dentro de un órgano y es posible empíricamente que la ejercite y cuente con ella, aunque la institución como tal no sea autónoma y sobre todo la experiencia comparada sobra.

Cabría finalmente, en torno al tema de la independencia, señalar que la independencia de un fiscal, de un persecutor en el área penal o criminal, tiene una diferencia desde luego con la independencia de los jueces, fundamentalmente porque la independencia de los fiscales es para sujetarlo no solo a la ley, también a una política que es la política criminal. Es verdad que en el derecho comparado uno puede distinguir casos en que la persecución penal se organiza en torno al principio de legalidad, como el caso alemán, o casos en los cuales usted organiza la política criminal en base al principio de oportunidad, es cierto, pero la mayor parte de los casos hay una cierta mixtura y cuando uno defiende entonces la independencia de los fiscales, lo hace para que sean leales como yo decía a la ley pero también a la política criminal, y la lealtad frente a la política criminal exige rendición de cuentas como era evidente. No le pedimos rendición de cuentas a un juez a la hora de interpretar la ley, algo así sería inaceptable, pero si pudiéramos pedir la rendición de cuentas a los fiscales a la hora de aplicarse con presteza, con eficiencia, y con agilidad, por ejemplo, la política criminal en base al principio de oportunidad. El principio de oportunidad no es una regla de que son total para los fiscales, es un mandato de ejecución de una política, **esto es lo que yo querría subrayar particularmente.**

Bien esas son las distinciones conceptuales, espero suficientemente provocativas, que me parecía importante formular. Déjenme simplemente resumirla y voy luego a mi exposición en la segunda y tercera parte que son muy breves.

La primera es que la autonomía del Ministerio Público tiene un valor extrínseco y no intrínseco, no vale por sí misma, tiene un valor transferido a los resultados que con ella se alcanza o se persiguen, la apetecemos en razón de lo que con ella se logra, no le apetecemos en sí misma, está en una primera distinción.

La segunda distinción que formulé fue, distinguir entre la autonomía orgánica o institucional por una parte, la autonomía de la corporación del corporativismo, que es una patología como les dije de las organizaciones que debíamos escapar como de la peste.

La tercera distinción es la distinción entre autonomía que se predica del órgano de la institución y la independencia que predicamos de quienes en ella desenvuelven su quehacer y esta última independencia, es una independencia para permitir que el fiscal esté atado con su lealtad a la ley y al mismo tiempo en la política criminal particularmente en sistemas que aplican el principio de oportunidad. El principio de oportunidad no puede ser entendido como una discreción total, como una mera administración de la escasez, no es un principio de política pública en el sentido de la economía neoclásica, el principio de oportunidad es un principio del Estado de Derecho y requiere imparcialidad en consecuencia y poca discreción.

Dicha o efectuadas esas distinciones conceptuales, permítame ir ahora a la segunda y tercera cuestión que en un principio enuncié y que son muy breves y me interesa que podamos luego ojalá discutir.

Qué conclusión alcanza uno cuando premunido de estos conceptos mira la experiencia comparada. Lo que uno encuentra para decirlo gruesamente y de una sola vez es lo siguiente: que los grados de autonomía y de independencia no dependen necesariamente del diseño organizacional. Usted tiene casos como los de Alemania, por ejemplo, donde el Ministerio Público es parte si no recuerdo mal de la rama ejecutiva, es decir, el poder político y los grados de independencia de los fiscales son bastante altos. Es verdad que allí el peligro es un uso partisano de la persecución penal, pero al mismo tiempo se ejecutan con gran eficiencia las directrices de política criminal donde marginalmente existen.

El caso francés por ejemplo en otro caso, el Ministerio Público depende del Poder Judicial como ustedes saben muy bien, y sin embargo los fiscales son autónomos, autónomo en el sentido de independiente usando la distinción que bien antes yo he formulado, o sea pareciera que el diseño institucional no es decisivo a la hora de alcanzar estos atributos, porque la experiencia comparada muestra consecuencias de resultados muy disímiles, casos como el suizo por ejemplo, donde el Ministerio Público prácticamente tiene una fisonomía al compás de los cantones de que se trate, o el caso norteamericano, donde una cosa es la persecución a nivel federal y otra a nivel estadual. El caso francés que acabo de mencionar, el caso alemán que también acabo recién de reiterar, pareciera indicar que no hay en esto ninguna regla general que podamos esgrimir para vincular una cierta fisonomía institucional con el logro de estos valores tan apetecibles como la autonomía y la independencia.

Entonces pasó a la tercera cuestión que querría mencionar, que concluir de todo esto para Chile o para América Latina. Yo diría en general que si uno mira el espacio latinoamericano y se pregunta por qué se esgrime con tanto anhelo la autonomía, por qué se cifran tantas esperanzas en ella, me refiero a la autonomía institucional, es decir, a la ubicación del Ministerio Público dentro del sistema de competencias del Estado, si uno se pregunta por qué se le apetece tanto, la respuesta a mí me parece bastante obvia, es que la calidad del Estado en América Latina es deplorable, este es el problema, el sistema político latinoamericano en general es deplorable, y se ha hecho más deplorable todavía. Se citaban delante los casos de Venezuela, imagínense por qué nos extrañaría más que en Venezuela ocurriera eso y esto no tiene nada que ver con el diseño del Ministerio Público ni con la falta de imaginación de los juristas, tiene que ver con un sistema político, entregado digámoslo así, al liderazgo meramente carismático, autoritarios, con desprecio del Estado de Derecho, entonces la calidad del Estado más que el diseño institucional específico es lo que incide me atrevería yo a conjeturar en los niveles de autonomía e independencia que exhiben los fiscales en la persecución penal, y claro lo que llevó creo yo, a la ubicación institucional que tiene el Ministerio Público en Chile, esta ubicación institucional en el sistema de competencias del Estado al margen de las ramas tradicionales del poder, fue una cierta desconfianza en la configuración del Estado del sistema político y particularmente de la clase política. Cuando hace 20 años este tema se discutió, la semilla de la desconfianza en la calidad del sistema político ya estaba plantada, Chile sigue

siendo creo yo, un sistema político más estable que todo el resto de la región de América Latina, con mayores grados de estatalidad que el resto de América Latina, por lo mismo yo pienso que si bien hay buenas razones para seguir confiando en la ubicación institucional que hoy día tiene el Ministerio Público, yo simplemente subrayaría que hay que confiar más en que el entorno estatal favorezca la autonomía y la independencia que el mero diseño institucional, porque así lo muestra como repito la experiencia comparada. Si usted tiene un Ministerio Público parecido a un servicio civil lleno de orgullo, donde quienes se desempeñan en él lo hacen vocacionalmente, con perspectivas de largo plazo y no simplemente para acumular capital humano en el corto plazo y luego transferirse al sector privado por ejemplo como tantas veces ocurre, si usted tiene un organismo con cierta rutina, profesionalizante de quienes allí trabajan, con una cierta ideología corporativa acerca del lugar que les corresponde en el estado de derecho, es probable que usted tenga un Ministerio Público que al margen del diseño institucional (no quiero con esto decir que no importe simplemente quiero realizar su importancia) que al margen del diseño institucional digo, dote al organismo de autonomía y a cada uno de sus miembros de la más fuerte y ojalá arrogante incluso independencia.

“ALCANCES SOBRE LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN CHILE”

Marisol Peña Torres¹

El Estado contemporáneo presenta una estructura compleja que ha llevado a revisitar la clásica teoría de separación de funciones del Estado formulada por John Locke y articulada por Montesquieu.

Originalmente, la necesidad de separar las principales funciones del Estado –la de hacer la ley, la de ejecutarla y la de resolver los conflictos que se susciten en la sociedad– en órganos distintos tiene su origen en la necesidad de controlar el poder evitando que cualquiera de ellos lo monopolice en desmedro de la libertad.

Con esa finalidad, la estructura clásica de nuestros Estados adoptó el principio de la separación de poderes o funciones del Estado, pero con adecuados frenos y contrapesos o *checks and balances* que permitieran un control permanente sobre los órganos estatales a fin de hacer realidad el principio de la limitación del poder. Como sostuvo Madison en El Federalista, la distribución de los poderes debe hacerse de tal manera que, dividido y arreglado en diferentes departamentos o ramas, cada uno pueda chequear al otro y donde el poder privado de cada individuo pueda ser un centinela sobre los derechos públicos².

Pero, junto a las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, el Estado contemporáneo ha ido desarrollando algunas nuevas funciones que escapan a aquellas entendidas como clásicas y que tienen que ver, por ejemplo, con la garantía de la estabilidad de la situación monetaria, crediticia y financiera, así como con el control de los órganos de la Administración y de la propia actividad de los Parlamentos. Atendida la importancia de estas nuevas funciones, que escapan a la tríada tradicional de la separación de las funciones del Estado, se ha visto la necesidad de asegurar su autonomía frente al resto de los órganos desde la misma Constitución.

¹ Profesora Universidad del Desarrollo

² HAMILTON, Alexander; MADISON, James and JAY, John (2006). The Federalist. Barnes & Nobles Classics, New York, p. 289.

Así, y pese a que algunos autores han planteado la necesidad de reconceptualizar la clásica teoría de la separación de los poderes del Estado³, otros se han inclinado por sostener que, en realidad, esta tríada ha sido derechamente desafiada en el moderno Estado constitucional. Víctor Bazán es, precisamente, uno de los autores latinoamericanos que se refiere a los “órganos constitucionales extrapoderes” para aludir a aquellos que, como el Ministerio Público, son órganos públicos no ubicados en la esfera de la tríada clásica compuesta por los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Atribuye su existencia a dos órdenes de razones: técnicas y políticas.

“Las primeras aluden a “la complejización, el perfeccionamiento y la sofisticación del Estado en la actualidad, lo que lleva a que determinadas funciones antes aglutinadas en los tres poderes principales, hoy se subdividan, descentralicen y sincronicen con mayores detalles y especificaciones, lo que genera que deban programarse nuevos sujetos estatales que puedan cumplir más idóneamente tales papeles. Las segundas se vinculan frecuentemente con la idea de un mejor control, de una más acabada fiscalización sobre las ramas tradicionales en que se vertebra el Estado”⁴.

El mayor problema que ha presentado la incorporación de estos órganos a las Cartas Fundamentales, dotados directamente de autonomía por estas, ha sido el de su debida legitimación social y la necesidad de que se sometan a un adecuado *accountability* ciudadano que no sacrifique su autonomía.

En este sentido, conviene recordar lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional en el sentido de que:

“(…) precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional y cuáles interferencias son incompatibles con ese carácter, es una tarea compleja que debe hacerse con estricto apego a las propias reglas constitucionales que regulan al órgano autónomo y a las precisas normas legales que podrían interferir con dicha autonomía. En términos generales, cabe descartar toda posición extrema. Desde luego, porque la Carta Fundamental, como en todo sistema democrático complejo, establece varios y diversos controles externos al órgano autónomo. Ninguno de estos órganos es enteramente autárquico. Desde luego, para ninguno se consagra una autonomía financiera absoluta, pues todos requieren, en alguna medida, que sus presupuestos anuales o parte sustancial de ellos, sean aprobados por el legislador; típicamente la Carta Fundamental establece que las autoridades de muchos órganos autónomos sean generadas con la participación de la voluntad de los órganos elegidos por la ciudadanía; a veces, esos mismos órganos electos pueden remover a las autoridades de los entes autónomos,

3 SOTO, Sebastián (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 16, N° 2, pp. 449-480.

4 BAZÁN, Víctor (2009). El Estado de Derecho como zona de interacción de la democracia, la Constitución, la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, pp. 60-61.

y así, a través de estos y otros mecanismos, la Carta Fundamental no hace absoluto el valor de la autonomía, sino que lo morigera con los de legitimidad y control democráticos. En el otro extremo, la autonomía no puede entenderse como un concepto vacío, que en nada obligue al legislador, pues evidentemente existen modos de interferencia externa que la vulneran”⁵.

Por su parte, es necesario puntualizar que es la naturaleza propia de su función la que justifica que un órgano sea constitucionalmente autónomo y no la mera calificación de tal que se contenga en los preceptos constitucionales. Tal como ha afirmado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, “los órganos constitucionalmente autónomos han sido establecidos en los textos constitucionales como una forma de dotarlos de garantías de actuación e independencia orgánica, es decir, en tanto su especialización e importancia social, requerían autonomía de los poderes clásicos del Estado”⁶.

CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMOS

Desde el punto de vista jurídico, precisar el alcance de las autonomías constitucionales no es una tarea fácil. Francisco Zúñiga sostiene, al efecto, que:

“La autonomía es un concepto que opera tanto en el Estado como en la sociedad civil, y tiene antecedentes medievales en concordancia con la diversidad organizacional del orden feudal y estamental, aunque sus raíces modernas son: la teoría del “pouvoir” municipal de la Constituyente francesa y belga, la teoría de la descentralización dirigida contra la centralización napoleónica, la teoría de la corporación como instrumento para frenar a la burocracia y la teoría del “self government” (Stern). Incluso más, la autonomía opera como principio basal, en la construcción kantiana de los derechos fundamentales, de naturaleza individual o civil (Friedrich). Ello significa que la autonomía no existe como concepto “axiomático o apriorístico”, tiene que ser expuesto como una institución concreta”⁷.

La cita anterior demuestra que la noción de autonomía, en el derecho público en general, ha servido para cobijar un amplio abanico de instituciones que no solo tienen que ver con materias orgánicas sino también con las referidas a derechos fundamentales. No obstante, es la primera de esas acepciones la que aquí nos interesa relevar.

Manuel Núñez sostiene, por su parte que, desde el punto de vista constitucional, la autonomía se ha proyectado, en primer término, como una forma de libertad de ciertos grupos impactando en la organización política y en la organización de la burocracia⁸. Así,

5 STC Rol 995-07, de 18 de diciembre de 2007. Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece un sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, considerando 10°.

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Sentencia CC 31/2006.

7 ZÚÑIGA, Francisco (2007). Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”). En: Revista *Ius et Praxis*, N° 13-2. Talca, p. 224.

8 NÚÑEZ, Manuel (2021). Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos? En: *Insumos Constitucionales* N° 5, Centro de Estudios Públicos-CIEPLAN, p. 8.

por ejemplo, si se toma el ejemplo de los grupos intermedios, a los cuales el Estado debe garantizarles su adecuada autonomía para el cumplimiento de sus fines específicos, ello ha devenido en reconocerles la naturaleza de “jurisdicciones domésticas” cuando ejercen facultades disciplinarias respecto de sus miembros siendo plenamente aplicables, en estos casos, los estándares propios del debido proceso legal.

En segundo término, el profesor Núñez se refiere a las autonomías en un sentido político en cuanto forma de organización política precisando que es posible distinguir entre las autonomías constitucionales propiamente tales (como las del Banco Central y el Ministerio Público) y las autonomías legales autorizadas por la Constitución. La principal característica de las primeras sería que, fuera de ser instituidas por la propia Constitución, esta les resguarda un mínimo funcional que limita la potestad legislativa.

Desde el Derecho Comparado, y siguiendo al profesor mexicano Miguel Carbonell, las principales características de los órganos constitucionalmente autónomos son las siguientes:

- 1) Se trata de órganos creados directamente por la Constitución a diferencia de los órganos legalmente autónomos: es la relevancia de los órganos constitucionalmente autónomos, en razón de la función esencial que cumplen dentro del Estado, la que lleva a regularlos en la norma de máxima jerarquía positiva. Y este probablemente sea el criterio más determinante para decidir la inclusión de un órgano en la Carta Fundamental con el carácter de constitucionalmente autónomo⁹.
- 2) Gozan de la garantía institucional de una competencia asegurada constitucionalmente: la tesis de la garantía institucional tiene su origen en la teoría de Carl Schmitt y hace alusión a un núcleo indisponible para el legislador. Se trata de garantizar a las organizaciones, y desde la Constitución, una especial protección de forma de asegurar su supervivencia¹⁰. Esta característica coincide, entonces, con el “mínimo funcional” a que se refería el profesor Manuel Núñez quien también está de acuerdo en que supone limitar la acción del legislador ordinario.
- 3) Llevan a cabo funciones esenciales en los Estados modernos, pero en forma políticamente aséptica y teóricamente más eficiente: las funciones asignadas a los órganos constitucionalmente autónomos no pueden abordarse en el marco de las funciones tradicionales derivadas de la teoría de la separación de poderes, pues las superan. Un ejemplo claro se da con la función de control que requiere adecuados márgenes de independencia respecto del órgano que ha de ser controlado y, en este sentido, resulta indispensable que el ejercicio de dicha función se mantenga al margen de influencias o presiones político-partidistas.

⁹ Cabe tener presente que, en Chile, existen una serie de órganos que no gozan de autonomía constitucional, sino que esta naturaleza les viene conferida por la ley. En esta situación se encuentran, por ejemplo, el Consejo para la Transparencia, la Defensoría Penal Pública y la Defensoría para la Niñez, entre otros.

¹⁰ BAÑO LEÓN, José María (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, N° 24. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 167.

- 4) No se encuentran adscritos a otro órgano o poder y sus actos son revisables jurisdiccionalmente: la autonomía de que gozan los órganos que comentamos impiden su sometimiento a otro órgano o poder a riesgo de desnaturalizar su autonomía. Sin embargo, es importante precisar que la autonomía propia de estos órganos no puede entenderse como un sinónimo de autarquía. En este sentido, el control o fiscalización que se ejerce sobre los órganos constitucionalmente autónomos debe verificarse por órganos de la misma jerarquía y jamás por otros de posición inferior.
- 5) Tienen autonomía orgánica, funcional, técnica, auto-normativa, financiera y presupuestaria, así como relaciones de coordinación con otros órganos: la potestad para dotarse de la estructura organizativa que resulte más acorde a su función esencial es una característica relevante de los órganos constitucionalmente autónomos como también lo es la posibilidad de organizar su presupuesto de manera que coadyuve al mismo fin. Este último punto tiene particular importancia, pues es muy extraño encontrar órganos constitucionalmente autónomos que gocen de completa autonomía presupuestaria, lo que, en la práctica, los supedita a los gobiernos de turno.

LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

La historia de la Ley N° 19.519 correspondiente a la reforma constitucional que incorporó al Ministerio Público en la Constitución explica los alcances de la autonomía con que se quiso configurar a este órgano básico de la reforma procesal penal.

Así, se indicó que:

“Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo sin intervención de terceros; ella tiene *una dimensión funcional* consistente en el libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y *una operativa*, que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas. Su contrapartida son los mecanismos de control y la responsabilidad de los fiscales. La autonomía, en la especie, está referida a los poderes del Estado (...) fue una de las claves alcanzadas en el estudio del proyecto, porque es consustancial a las funciones investigadoras que se otorgan a la nueva entidad”. Se agregó que “si la autonomía mira al entorno social y político en que se inserta el organismo, la independencia mira hacia adentro, a la libertad de los fiscales, a fin de que no se transformen en meros subordinados de quienes detentan cargos superiores”¹¹.

Desde nuestro punto de vista, la precisión efectuada durante la reforma constitucional que instituyó el Ministerio Público ha venido a demostrar toda su relevancia de cara a las investigaciones criminales que han comprometido a las más altas autoridades del Estado y que involucran la infracción del principio de probidad, particularmente en el correcto manejo de los fondos públicos como en diversas cuestiones relacionadas con conflictos de intereses, sobre todo en el marco del binomio “dinero y política”.

¹¹ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.119, primer trámite constitucional, p. 19.

Cabe preguntarse, entonces, qué habría pasado si se hubiera hecho depender al Ministerio Público de la fiscalización del Congreso Nacional o se hubiera consolidado la injerencia decisiva del Ejecutivo en los nombramientos de los fiscales. Es lógico concluir que, en ese contexto, difícilmente el Ministerio Público habría podido gozar de la necesaria independencia para llevar a cabo la política de persecución criminal.

De allí que parece interesante aplicar el marco de las características que la doctrina ha reconocido a los órganos constitucionalmente autónomos al Ministerio Público para estar en condiciones de formular algunas propuestas que fortalezcan su posición institucional en la nueva Carta Fundamental¹².

En primer término, el Ministerio Público **es un órgano creado directamente por la Constitución, la que, a su vez, le otorga autonomía**. Su artículo 83 se inicia señalando que: “Un organismo *autónomo*, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público (...). Comparte, entonces, el Ministerio Público el status que la Constitución le ha conferido al Servicio Electoral, la Contraloría General de la República, el Banco Central y al Consejo Nacional de Televisión con los efectos y consecuencias que detallaremos a continuación.

En segundo lugar, **el Ministerio Público goza de una garantía institucional asegurada por la propia Constitución** en lo que dice relación con las funciones que el mismo artículo 83 detalla: dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y en, su caso, ejerce la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponde la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos sin que, en caso alguno, pueda ejercer funciones jurisdiccionales.

De lo anterior se colige, en tercer término, que **el Ministerio Público lleva a cabo una función esencial en nuestro Estado**, pues, conforme a lo señalado en el Mensaje que dio origen al Código Procesal Penal, representa los intereses de la comunidad en la persecución de los delitos, así como los derechos de las víctimas de estos. Bajo esta perspectiva, nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que materializa el principio de servicialidad del Estado y su deber de dar protección a la población y a la familia (sentencia Rol N° 2510).

Habría sido irrelevante que la Constitución dotara de autonomía al Ministerio Público si, en la práctica, el ejercicio de sus funciones quedara supeditada a la decisión de otro órgano o poder del Estado. Como se recuerda en el Mensaje del Código Procesal Penal, el núcleo central de las críticas que despertaba el antiguo sistema de procedimiento penal en Chile decía relación con lo inadecuado de entregar las tareas de investigación y administración de la persecución al mismo órgano judicial, de forma que se consideró que una organización racional de la persecución penal exigía entregar las funciones de investigar y de juzgar a órganos distintos.

¹² Cabe advertir que este no es un punto pacífico entre los especialistas de la disciplina constitucional. El profesor Núñez, citado en este estudio, considera que hoy, ningún tribunal reprocharía esa función (de investigación del Ministerio Público) frente a las atribuciones que tradicionalmente se consideraron como parte de la función jurisdiccional. Más bien, ese cuestionamiento habría quedado demasiado lejos, por lo que no existirían buenas razones para que la autonomía del Ministerio Público tuviera rango constitucional, a diferencia de lo que sucede con el Banco Central. NÚÑEZ, ob. cit., p. 14.

La afirmación anterior no se opone a la existencia de un juez de garantía, concebido como un juez de control de la instrucción que, según el mismo Mensaje recordado, está encargado de resolver todos los conflictos que puedan presentarse entre la actividad de investigación del fiscal y los derechos e intereses del imputado y los demás intervinientes en el procedimiento penal. Ello no es sino reflejo de lo ya señalado en orden a que la autonomía constitucional del Ministerio Público no puede asimilarse a una autarquía y admite, por lo mismo, la existencia de controles.

Por otro lado, es pertinente recordar que la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha jugado un rol muy relevante a la hora de ir delimitando el alcance de la autonomía constitucional del Ministerio Público como la extensión de sus atribuciones.

En este orden de consideraciones, en sentencias roles N°s 815 y 4940 se dejó asentado el criterio de que “dirigir” las investigaciones constitutivas de delito implica, a la vez, un “poder” y un “deber”. A su vez, pronunciándose sobre las potestades del Ministerio Público descritas en la Constitución, el Tribunal ha asumido que se trata de potestades regladas, pero que contienen elementos discrecionales como ocurre con la decisión de formalizar al imputado o de no perseverar en el procedimiento en relación con la racionalidad y eficiencia en el uso de los recursos públicos (sentencias roles N°s 1341 y 2680). Y, asimismo, si nos referimos al cumplimiento de las obligaciones de transparencia que emanan de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, la Magistratura constitucional limitó abiertamente la vinculatoriedad de los dictámenes del Consejo para la Transparencia respecto de los órganos constitucionalmente autónomos como es el caso del Ministerio Público (sentencia Rol N° 1051).

La afirmación que precede no es óbice a sostener, en cuarto lugar, que **la autonomía constitucional del Ministerio Público no impide la existencia de controles por órganos de la misma jerarquía o superior**. Desde luego, y conforme al artículo 91 de la Carta Fundamental, el Fiscal Nacional ejerce la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público de acuerdo con la ley orgánica constitucional que lo rige. Además, el artículo 84, inciso final, de la Constitución sienta las bases para el ejercicio de un control jerárquico entre los fiscales y demás funcionarios del Ministerio Público al confiar a esa misma ley orgánica constitucional el establecimiento del grado de independencia y autonomía y la responsabilidad de los fiscales en las funciones que les han sido conferidas. En ambos casos, estamos frente a la existencia de controles “intraorgánicos”, siguiendo la terminología de Karl Loewenstein, esto es, de aquellos que se verifican al interior del mismo órgano.

Desde el punto de vista de los controles interorgánicos, no puede perderse de vista que el Fiscal Nacional y los fiscales regionales pueden ser removidos de su cargo por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones (artículo 89). Se trata, a nuestro juicio, de causales de responsabilidad constitucional que derivan directamente del incumplimiento de las funciones que la propia Carta Fundamental ha confiado al Ministerio Público y que, por lo mismo, pueden seguir cursos paralelos y compatibles con la respectiva responsabilidad disciplinaria.

Asimismo, debe considerarse que, conforme al artículo 52 N° 2) letra c) de la Constitución, el Fiscal Nacional podría llegar a ser removido de su cargo en caso de ser declarado culpable de notable abandono de deberes, producto de una acusación constitucional, al igual como sucede con los magistrados de los tribunales superiores de justicia.

Además, la Contraloría General de la República tiene, entre sus atribuciones, la de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales (artículo 98, inciso primero), lo que le permite velar porque el Ministerio Público se ajuste al principio constitucional de legalidad del gasto público y a las normas generales sobre administración financiera del Estado. Debe tenerse presente, en relación con este punto, que el artículo 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público indica que no se aplicarán a este las disposiciones legales que rigen la acción de la Contraloría General de la República, salvo en aquellas materias en que esa misma ley requiera expresamente la intervención del órgano contralor.

En quinto lugar, **el Ministerio Público goza de autonomía normativa** que se expresa, fundamentalmente, a través de la superintendencia directiva y económica que la Constitución confiere al Fiscal Nacional y que le permite, a través de reglamentos e instrucciones internas, regular materias determinadas que contribuyan al mejor ejercicio de las funciones confiadas a este órgano constitucionalmente autónomo. Debe advertirse, en todo caso, que esta autonomía normativa no alcanza a la regulación de materias propias del procedimiento en materia penal que han sido expresamente confiadas a la ley como lo recordó el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 293.

Finalmente, **el Ministerio Público tiene relaciones de coordinación –mas no de subordinación– con otros órganos del Estado** destacando su vínculo con las Fuerzas de Orden y Seguridad a las cuales puede impartir órdenes directas en el curso de una investigación criminal sin que le queda a la autoridad requerida el fundamento, legalidad, justicia u oportunidad de dichas órdenes, sin perjuicio de requerir la exhibición de la orden judicial previa, en su caso (artículo 83, inciso tercero, de la Constitución).

A MODO DE CONCLUSIÓN

La existencia de órganos constitucionalmente autónomos no obedece a un capricho de mayorías coyunturales, sino que es el reconocimiento de la existencia de funciones de gran relevancia en el Estado que no pueden ser incluidas dentro de la clásica separación de poderes o funciones del Estado. La circunstancia de que esas funciones sean recogidas y reguladas en la Constitución obedece, en parte, a esa realidad, pero también, al hecho de que es necesario dotar a los órganos que han de ejercerlas de un conjunto de garantías indisponibles frente al legislador y los Poderes Ejecutivos a fin de asegurar que su ejercicio no se vea desvirtuado por influencias o presiones indebidas.

Es la naturaleza de la función –esencial para el Estado– la que justifica la inclusión de estos órganos con las características de ser “constitucionalmente autónomos” a diferencia de otros cuya autonomía pudiera ser objeto solamente de reconocimiento legal.

En un esquema acusatorio, como el que se instituyó en Chile a partir del año 2000, la delicada función de investigar los hechos constitutivos de delito como de los que de-

terminen la participación punible o la inocencia del imputado, exige una adecuada separación de la función jurisdiccional a fin de que el juzgamiento sea lo más objetivo e imparcial posible. Pero, al mismo tiempo, hace imperativo que la estructura de que se dote al órgano persecutor brinde las adecuadas garantías de independencia frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Este último punto es particularmente relevante frente al incremento de eventuales hechos constitutivos de delito que comprometen la responsabilidad de las más altas autoridades del Estado.

En consecuencia, asegurar la autonomía del Ministerio Público, desde la Constitución, se erige como un seguro ligado a la plena vigencia de la igualdad ante la ley, en el sentido de que cualquier persona, independientemente de su condición o posición de poder, que haya cometido un delito, será sometida a los mismos estándares de investigación y a un eventual juzgamiento.

Para esos efectos, y dado que la autonomía de los órganos constitucionalmente autónomos, como el Ministerio Público, nunca es absoluta resulta necesario depurar permanentemente los sistemas de control, no solo a nivel jerárquico, sino que también en el contexto de los contrapesos que la misma Constitución pueda establecer y que no deben ser opacados por la aplicación de las normas legales o estatutarias referidas al mero ámbito de la responsabilidad disciplinaria.

Sin perjuicio de lo anterior y, consciente de que los órganos constitucionalmente autónomos actúan en esferas que suponen discrecionalidad en la adopción de determinadas decisiones, parece muy importante fortalecer los mecanismos de transparencia de las mismas. Es así como, en el caso del Ministerio Público, la debida información y proyección hacia la comunidad de los criterios que informan la política de persecución criminal, sobre todo en el caso de delitos de alta connotación pública, resulta relevante para fortalecer su grado de legitimación social.

“AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL UNA MIRADA DESDE LA FISCALÍA”¹

Marta Herrera Seguel²

El tema es de tal relevancia que ya lo anunciaba el Fiscal Nacional en su presentación, el Fiscal apuntaba, desde luego, lo que constituye la posición institucional, por eso mi título es bastante más modesto: “*una* mirada de la Fiscalía”, se trata de una mirada de una integrante de la Fiscalía y quiero hacer el descargo de responsabilidad inmediatamente, en cuanto se trata de mi opinión y no de una posición institucional, pues podría ser que algunas cosas que aquí diga no sean del gusto de todos y todas quienes integramos la institución, por ello lo más importante para mí es destacar, precisamente, el honor que significa referirse a un tema como este y en un momento como este, pues incide en una cuestión sustancial y también en una cuestión de oportunidad en la que hablamos de esta materia.

Para estos efectos yo quiero comenzar con una referencia histórica, claro, la lámina dice “breve”, pero en realidad quiero referirme de manera importante en esta presentación a los fundamentos que se tuvieron a la vista al consignar el estatuto de la Fiscalía como lo conocemos el día de hoy, como este órgano constitucionalmente autónomo del Estado.

Sabemos que la Reforma Constitucional introducida por la Ley N° 19.519 introdujo ese entonces raro Capítulo Sexto A a la Constitución, pero en el Mensaje del Ejecutivo con que se dio inicio a dicha tramitación legislativa este venía refundido, es decir, era un capítulo denominado “**Poder Judicial y Ministerio Público**”, y fue el entonces ministro de la Excm. Corte Suprema, don Hernán Álvarez, quien advirtió esta situación, e hizo presente que se estaba concibiendo [al Ministerio Público] como un órgano de alta jerarquía, pero que, por su ubicación en el texto constitucional parecía que, en definitiva, lo

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Directora Unidad Asesoría Jurídica y Unidad Anticorrupción

estábamos subordinando al Poder Judicial.

Por tal razón, propuso trasladarlo a un capítulo diferente, y la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado aceptó esta propuesta que, además, estaba contenida en un proyecto alternativo que se estudiaba.

Se suele decir, en términos muy simples, que la consagración en carácter constitucional del Ministerio Público tiene que ver con el hecho de que se le sustrajo una de sus funciones al órgano jurisdiccional regulado constitucionalmente como Poder del Estado y, por tanto, teníamos que establecer también al Ministerio Público en carácter constitucional. La verdad es que esa perspectiva constituye una reducción mayor de lo que fue un intenso debate en sede legislativa, que tuvo fundamentos como la modernización de nuestro Sistema de Justicia criminal, justamente la adecuación de nuestro sistema de Justicia criminal a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho, la necesidad evidente de separar las funciones de investigar y juzgar y, por supuesto, este anhelo importante que nos lleva a reemplazar el sistema inquisitivo por un sistema de tipo acusatorio y adversarial.

En este sentido entonces, lo que debemos hacer es preguntarnos ¿por qué?, ¿por qué se crea y por qué se consagra al Ministerio Público con este estatuto de carácter constitucional? Y, para esos efectos, primero tenemos que preguntarnos por la “*autonomía constitucional*” en general, cuestión a la que yo, por cierto, no me voy a referir en detalle porque no soy una experta en derecho constitucional, y creo que de eso ya hemos escuchado bastante y la intervención de la profesora Peña ha sido muy clara en ese sentido, pero desde ese conocimiento más básico y no de experto en derecho constitucional, quiero quedarme con un aspecto muy importante consignado en la consagración de las autonomías constitucionales y que tiene que ver con la importancia que en esta materia cobra el viejo dogma principio de la separación de poderes, pero con su finalidad latente de equilibrar y delimitar el poder público. De eso se trata, en definitiva o, al menos, de eso se trata de una parte importante de este tema.

Si el poder, en definitiva, lo distribuimos en varios órganos, estos no tienen la posibilidad de estructurarse como poderes absolutos, la autonomía en este sentido pasa a ser precisamente una distribución de competencias. Establecemos determinados órganos que tienen ciertas capacidades, que tienen una función propia y todo ello es perfectamente compatible, vale decir, esta noción de la autonomía es perfectamente compatible con lo que queremos dentro del constitucionalismo moderno. Ahora, en lo que se ha avanzado es que ya no hablamos de esta teoría de “División de Poderes”, sino que más bien hablamos de una **Distribución Funcional del Poder Político Estatal**, y en esta, siguiendo al profesor Francisco Zúñiga, nos vamos a encontrar con órganos constitucionales que han sido y son titulares de las funciones clásicas, a saber, constituyente, legislativa, gubernativa, administrativa, jurisdiccional, jurisdiccional electoral, contralora. Pero también hay nuevos órganos que han recibido nuevas funciones o sub funciones que pueden haberse desmembrado de aquellas funciones clásicas y, entre ellas, precisamente se reconocen la presupuestaria, monetaria y cambiaria, la jurisdiccional constitucional y la investigativa penal, entre otras que puedan existir en estos momentos y que puedan existir a futuro.

Los fundamentos para su establecimiento son de distinto orden, por un lado, se dice que se requiere contar con un ente totalmente especializado técnica y administrativamente y, en este sentido, se habla de la autonomía de que goza la Contraloría General de la República. Por otro lado, podemos identificar ciertas materias que debemos excluirlas de la coyuntura política, y en ese estadio podemos reconocer la autonomía del Banco Central y también la necesaria búsqueda de imparcialidad que es lo que le reconocemos a los Tribunales Electorales y que funda su autonomía. Ahora y, sin pretender adelantar juicio, creo que en una revisión somera podemos ver que el Ministerio Público cabe en los tres órdenes de fundamentaciones.

En definitiva, el profesor Zúñiga nos dice que la autonomía constitucional designa un haz de poderes propios, que son de naturaleza constitucional, y que importan un conjunto de funciones y atribuciones, entre otras, la potestad de auto regulación, –no en jerarquía legal por cierto, sino inferior–, y quizás es esta la que genera este apetito del que hablaba el profesor Peña. Como dice don Enrique Silva Cima, no existe relación alguna de subordinación ni de supervigilancia con el Supremo administrador del Estado. En definitiva y, sin querer agotar el tema, podemos distinguir dos rasgos fundamentales: (i) la posibilidad de auto regularse, de auto normarse funcional y administrativamente que tiene el órgano y (ii) el hecho de estar exento de supervigilancia, de no estar dentro de lo que es la línea jerárquica clásica. El órgano autónomo, en definitiva, no admite a su respecto ningún tipo de tutela, ningún tipo de supervigilancia, y esto, en definitiva, es lo que lo puede tornar un poco como el compañero odioso.

En términos de autonomía constitucional versus autonomía legal, creo que la profesora Peña ya se refirió en extenso a este punto, por lo que sólo quiero destacar que, quizás lo más importante, más allá de las diferencias que expongo y consignadas por el profesor Pantoja respecto de autonomía constitucional versus autonomía legal, tiene que ver con que la autonomía legal no implica atribuirle una categoría especial a este órgano que goza de ella, tiene la misma categoría de servicio público, solamente se refuerza su independencia de gestión en ciertas materias, o con respecto a otros servicios públicos y, lo más importante –a mi juicio– es que siguen contando con el control de tutela, este sigue presente en las autonomías legales y creo que eso diferencia de manera absoluta y esencial una autonomía constitucional versus una legal.

Entonces, después de esta revisión muy simple de la autonomía constitucional en general, nos corresponde ver el *por qué*, por qué se consagra al Ministerio Público con una autonomía constitucional, con un estatus de este tipo, lo que dice relación con la ubicación institucional del Ministerio Público dentro de la arquitectura del Estado, lo cual constituye una materia que no fue pacífica en la discusión legislativa en nuestro país, ni ha sido pacífica en el debate que ha existido en muchos países de la región y del mundo. En nuestro país sí existía un consenso importante, sabemos, de la necesidad de implementar la reforma procesal penal, lo que facilitó un poco las cosas, pero esta es una materia que siempre ha generado un amplio debate.

Para abordar este punto vamos a acudir de nuevo a la historia, porque creo que es importante tener presente el concepto de persecución penal como una función pública lo que, sabemos, no ha estado presente desde siempre en la historia de la humanidad. Así y en

definitiva, con la creación, con la formación del Estado moderno, surge esta idea de que la represión de la criminalidad es una función **del Estado** y, como función del Estado no debe estar en manos, o a lo menos no principalmente, de particulares y siguiendo acá al profesor Alberto Binder, tenemos que, una vez que las sociedades se van conformando de manera más importante, particularmente es el Estado el que se constituye en una realidad importante y estable al interior de la sociedad, por lo que la acusación privada y la eventual venganza del ofendido por el delito van perdiendo terreno. En definitiva, el Estado piensa que si no pudo evitar el conflicto inicial que deriva de la comisión del delito, a lo menos a él le corresponde evitar la posibilidad de venganza por parte del afectado, lo que, a la larga, significaría un espiral de violencia.

Desde esa perspectiva, el Estado entonces toma como su tarea propia el mantenimiento del orden y de la seguridad, de forma que estas pasan a convertirse en funciones del Estado, el que crea una figura para concretarla, figura por cierto pública, que despoja un poco al ofendido por el delito de ciertos derechos que le eran propios, todo ello unido al concepto básico en el derecho penal de “Bien Jurídico”, como aquella condición indispensable para el desarrollo de los individuos en la vida social, pues claro está que los bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad, no son algo que nos importe solo a nuestro respecto, sino que nos importa respecto de todas y todos. Cuando llegamos a este estadio, tenemos que la persecución penal pasa a ser, entonces, una función del Estado, y si es una función del Estado, retomamos entonces nuestra antigua idea de la *División de Poderes* y, retomándola, lo que tenemos que hacer es fraccionar el proceso penal en distintas fases, que estén bajo el dominio de distintos órganos, que tengan distintas funciones, y que se controlen y que se limiten recíprocamente, de eso se trata en definitiva.

Por ello, con un sistema acusatorio formal como el nuestro y como en la mayoría de los sistemas acusatorios, sigue vigente esta herencia del inquisitivo que es la oficialidad, la idea de que el impulso externo, el impulso procesal es del Estado, no necesariamente el juez claro está pero, al fin y al cabo, el Estado, y por eso entonces surge como una cuestión esencial la necesidad de dividir los órganos a cargo de la tarea de persecución penal.

Ya desde los tiempos de Bentham se decía que era esencial la separación de los roles de acusar y de juzgar, como una condición de imparcialidad del propio juicio, y por qué, porque en definitiva lo que se persigue con ello es evitar la formación de un espíritu de cuerpo, porque la formación de un espíritu de cuerpo lo que puede terminar de hacer es eliminar el carácter adversarial que debe tener el proceso penal y, en definitiva, la *distribución de roles* lo que hace es únicamente *favorecer el control*.

Entonces, lo que en definitiva obtenemos de un sistema de este tipo es que se asegura la objetividad del que *decide*, se asegura la objetividad del juzgador, porque este ya no está involucrado con el éxito de la investigación, no le importa, tiene efectivamente esta posición de neutralidad respecto del conflicto que es lo que nosotros requerimos respecto del órgano juzgador, y cuando esto ocurre, lo que se está haciendo evidentemente es asegurar un mejor desarrollo del derecho a defensa, de eso se trata, porque la idea central de la división de poderes siempre ha estado destinada al reconocimiento de la libertad individual.

Desde antiguo se ha sabido que todo poder tiende necesariamente a su conservación, y no solo a su conservación, sino también a su potenciación, de modo que es posible, –a lo menos factible– que se desdibuje y se produzca un abuso de ese poder, y lo que también se ha constatado es que solo el poder puede frenar al poder, por lo que es indispensable que se establezca un sistema de frenos y contrapesos.

Esto que estoy diciendo es aplicable a todo ámbito, en el ámbito normativo y, por tanto, con mayor razón resulta aplicable allí donde el Estado ejerce una mayor cuota de violencia que es en el proceso penal y, desde ese punto de vista, decimos que en el proceso penal moderno no puede recaer en una misma persona el poder de persecución penal, de realizar las actividades de la investigación y, a la vez, el poder de controlar cómo se llevó a cabo este ejercicio. A lo menos es posible que no haya un respeto efectivo de las garantías, y el respeto a las garantías no puede ser una cuestión eventual. Desde ese punto de vista, entonces, la idea básica radica en eliminar el autocontrol acá, en esta parte del proceso penal, esta parte tan importante, y delicada, en la que las personas en general somos tan vulnerables como lo es precisamente la etapa de investigación, y todo ello se tuvo presente en el debate legislativo.

La crítica central que se puso de manifiesto en el debate respecto del sistema inquisitivo, particularmente por la Ministra de Justicia de la época, decía relación con la afectación que el sistema inquisitivo producía respecto de la garantía del debido proceso y, muy particularmente, respecto del principio y la garantía básica y esencial de imparcialidad del juzgador. Desde ese punto de vista se debía asegurar una real autonomía respecto del Poder Judicial, porque de otra manera se corría el riesgo que se desnaturalizara el sistema adversarial acusatorio que se quería establecer, se perdiera la centralidad del juicio y, en definitiva, termináramos únicamente con un sistema inquisitivo reformado o mixto. Decía la Ministra de Justicia que, si en definitiva ya estábamos claros en que la función de investigar y acusar, por un lado, y la de juzgar por otro, son radicalmente distintas, no se veía necesidad de someterla a un mismo sistema de gobierno y, finalmente, se estimó que, contrario a lo que suele aseverarse, la división orgánica y la consiguiente autonomía, en lugar de desmedrar el control del Ministerio Público lo favorecería, principalmente porque evitaba la existencia de lealtades corporativas.

Ahora, todo lo que se ha venido diciendo tiene que ver con argumentos en contra de la dependencia del Ministerio Público respecto del Poder Judicial, pero no descarta la dependencia respecto de otros poderes del Estado, por lo que también había que hacerse cargo de ese punto. En este sentido tenemos que, respecto del Poder Ejecutivo, cuya dependencia constituye una fórmula existente en varios países y que funciona, de hecho, el profesor Peña ponía precisamente el ejemplo de Alemania, es un sistema que tiene ventajas, desde el punto de vista de los valores y/u objetivos que se pretenden alcanzar en materia de persecución penal, como es la coherencia institucional, la jerarquía y, por supuesto, está presente la ventaja de legitimidad democrática que da el sufragio popular y, sobre todo, el hecho de que es el Estado el implementador de las políticas sociales, políticas públicas y, entre ellas está la política criminal, donde el Gobierno tiene un rol importante que justificaría su supervigilancia.

Pero creo que no necesito explayarme respecto de las desventajas, queda bastante claro ya con la intervención del Fiscal Nacional, quien ya me adelantó en esta parte de la exposición. En definitiva, el riesgo de instrumentalización de la persecución penal por razones políticas puede ser lo más nocivo que le pase a países como el nuestro y, dicho sea de paso, en lo que a mí respecta, como directora de la Unidad Especializada Anticorrupción lo que significa en investigaciones por este tipo de delitos, la imposibilidad quizás o la dificultad, por decir lo menos, de perseguir a ciertas personas con un sistema como ese. Finalmente, lo que encontramos aquí, simplemente, es la consagración de otra garantía fundamental de la máxima relevancia, como es la **igualdad ante la ley**. Eso es lo que se pretende al excluir a la Fiscalía de una dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

Y, respecto del Poder Legislativo, ello está establecido en un plano más bien teórico, en que no encontramos muchos ejemplos. Aporta también la legitimidad democrática, de hacer depender al persecutor penal de quienes nos representan a todas y todos, además de permitir mayor compatibilidad con los intereses de la sociedad, mayor permeabilidad al sentir social pero, a la vez, críticas similares a las antes expuestas, potenciadas por la variedad política. En ese sentido, resulta compleja la homogeneidad en una política de persecución penal en un sistema de este tipo, además de los mismos problemas que podemos consignar al respecto de su dependencia del Ejecutivo y, por tanto, nuevamente debería descartarse esta posibilidad en defensa de la garantía de la igualdad ante la ley.

El Ministerio Público, entonces, se define como este órgano extra poder consagrado en el Capítulo Séptimo de la Constitución Política de la República, como una institución autónoma y jerarquizada. Cuando aludimos a la autonomía aludimos a una característica de la que ya hemos escuchado bastante, consideramos sus características esenciales como potestad de autorregulación, no admisión de supervigilancia, de subordinación, etcétera. Tenemos meridianamente claro lo que significa la autonomía, pero me parece muy importante también tener igual de claro **qué no significa autonomía** y esto también se pronunció en el debate legislativo, cuando se señaló de forma expresa que la contrapartida de la autonomía está constituida por los mecanismos de responsabilidad de los fiscales. La autonomía no es irresponsabilidad –por obvia que resulte la afirmación, opto por enfatizarla–; autonomía no es descontrol y no es aislamiento. Quiero insistir en este punto porque había una crítica, sobre todo inicial, respecto de que la Fiscalía se aislaba, que estaba entendiendo mal su autonomía y es posible, sin duda, que nosotros hayamos tenido una evolución importante en esta materia, pero yo creo que actualmente se entiende que la interacción y la coordinación con autoridades públicas y con privados que tengan alguna relación con el sistema de justicia criminal y un mejor desarrollo de este resulta esencial, y así lo demuestran los más de 140 Convenios de Colaboración que tiene vigente el Ministerio Público con instituciones públicas, con ONG, con fundaciones privadas, etcétera.

Y, cuando hablamos de frenos y contrapesos, también agradezco a la profesora Peña que adelantó ya parte de esta exposición, por lo que solo quiero exponer que este punto lo podemos ver desde distintas perspectivas y, como sea, siempre será bastante extenso. Lo podemos ver desde la perspectiva del control, donde tendremos el control político constitucional, que es el que rige al Fiscal Nacional y a los y las fiscales regionales, que se va a

hacer efectivo por el mecanismos que contempla la Constitución Política y la Ley Orgánica por las causales de incapacidad, mal comportamiento, o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, está el control procesal que se ejerce a diario en sede jurisdiccional y en que nuestros fiscales forman parte activa en los tribunales de justicia, sea ante juzgados de garantía, en tribunales de juicio oral en lo penal, en las Cortes, etcétera. Podemos citar innumerables ejemplos, desde la autorización judicial para efectos de medidas intrusivas en el artículo noveno del Código Procesal Penal, las medidas cautelares personales y reales, el control en salidas alternativas, un ejemplo muy claro en el artículo 10 del Código Procesal Penal, a propósito de la cautela de garantías, bastante amplio como sabemos, etcétera.

En un tercer ámbito, encontramos el control jerárquico, porque estamos hablando de una institución que se define como autónoma y jerarquizada y, por lo tanto, el sistema de responsabilidad administrativa que se incorpora, que se implementa el interior de la institución, entendiéndola la importancia y la significación de ser un organismo autónomo del Estado, es bastante robusto, lo que muchas veces no es del agrado de los destinatarios de estas normas, fiscales, funcionarias y funcionarios pero se estima indispensable, como contrapeso de la autonomía, que se cuente con un sólido sistema de responsabilidad.

Luego, hay un control que podríamos llamar como control ciudadano, que a veces no tiene sanción y a veces sí la tiene, con esto me estoy refiriendo, por ejemplo, a las cuentas públicas que el Fiscal Nacional y los fiscales regionales tienen que dar anualmente, sobre la base de ciertos parámetros que se consagran en la propia ley, lo que no tiene sanción establecida. Sin embargo, cuando nos trasladamos a la vigencia de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, y si bien el Ministerio Público no está sujeto a la supervisión del Consejo para la Transparencia, sí está obligado a cumplir las normas de Acceso a la Información Pública tanto en materia de transparencia activa como de transparencia pasiva, y si no las cumplimos en materia de transparencia pasiva, nos pueden llevar a la Corte de Apelaciones respectiva y hacer efectivas sanciones respecto de quien incumplió dichas normas. Por otro lado, el Poder Judicial puede hacer efectivas sanciones respecto del Ministerio Público en materia de Ley de Lobby, en que están por ley obligados el Fiscal Nacional y fiscales regionales, pero que, en virtud de la potestad de autorregulación que nos da la característica de autonomía, el Fiscal Nacional ha decidido que obligue a todos los directores ejecutivos del Ministerio Público, todo ello sujeto a un sistema de sanciones. La Ley N° 20.861 incorpora también una reforma a la Ley Orgánica del Ministerio Público y establece la necesidad de que anualmente el Ministerio Público elabore un plan institucional, donde se consignen los objetivos estratégicos, las líneas de acción, los indicadores específicos para ver el cumplimiento de la gestión institucional. Ello debe ser publicado en la página web institucional, está ahí a disposición de todas y todos, de forma que también existe este control que no podemos decir que sea absolutamente exento de sanciones.

Desde otra mirada, podemos ver el tema de los controles desde las responsabilidades que pesan respecto del Ministerio Público, así los fiscales del Ministerio Público tienen responsabilidad penal y civil, como cualquier persona, pero además aquellas derivadas

del ejercicio de sus funciones, todo lo cual se regula desde la Constitución y la Ley Orgánica, hasta los reglamentos internos que otorga la potestad de autorregulación, responsabilidad administrativa y la responsabilidad política a la que ya referíamos.

Pero también podemos ver los controles y contrapesos desde la óptica de las facultades que tienen otros órganos de exigir o, en definitiva, de poder controlar o de poder frenar el poder del Ministerio Público; lo podemos ver desde el punto de vista de la Contraloría General de la República pues, si bien el Ministerio Público no forma parte de la Administración del Estado y, desde ese punto de vista no está sujeto a la fiscalización del Órgano Contralor, debemos tener presente que autonomía constitucional no significa personificación y, por tanto, no significa que la institución tenga personalidad jurídica, ni patrimonio propio y así es que respecto del Ministerio Público, este actúa con la **personalidad jurídica y el patrimonio del Fisco** y, desde dicha óptica, está sujeto a la Ley de Administración Financiera del Estado, consagrado por la propia Ley Orgánica.

Por otro lado, si bien la mayor parte de los actos administrativos no están sujetos al trámite de la toma de razón, hay algunos que sí lo requieren, y aún respecto de aquellos no sujetos al mismo se consigna un sistema de registro en la Contraloría General de la República. Por otra parte y, dentro del marco de nuevo de la potestad de autorregulación, se entregan facultades al Órgano Contralor; en efecto, la Ley de Probidad consagra la obligación de hacer una exhaustiva declaración de intereses respecto de ciertos funcionarios públicos, en el caso del Ministerio Público, esta alcanza a los Fiscales en sus distintas categorías pero, en virtud de la potestad de autorregulación el jefe de servicio ha ampliado esta obligación a un número bastante extenso de personas al interior de la institución. En virtud de la misma potestad de autorregulación, la Fiscalía ha decidido entregar la administración de esas declaraciones a la Contraloría General de la República, sumándose a su sistema en aras de la Transparencia. Si bien la Contraloría no puede fiscalizar el contenido de las declaraciones, sí tiene la facultad de administración del sitio.

Respecto del Poder Judicial, podríamos decir que existe un control de tipo político y un control de tipo procesal, al que ya nos hemos referido acá, pero también hay un control de tipo político *indirecto*, que tiene que ver con la participación del Poder Judicial en el nombramiento de las autoridades superiores del Ministerio Público. Nadie puede ser Fiscal Nacional ni fiscal regional si no forma parte de una lista de 3 o de 5 personas que haya elaborado la Corte de Apelaciones respectiva, o las Cortes en el caso de la Región Metropolitana, o la Excelentísima Corte Suprema y, también, la participación muy importante que este máximo tribunal tiene en la remoción de las mismas autoridades, sobre quien recae finalmente esa decisión.

En el caso del Congreso, tiene participación también en el nombramiento de autoridades superiores, concretamente en el caso del Fiscal Nacional, en que el Senado tiene una participación importante y también en la remoción, porque la Cámara de Diputados según sabemos, a través de 10 de sus miembros, puede pedir la remoción en función de las causales que hemos señalado. El Congreso Nacional, además, es receptor de informes que emite con cierta periodicidad el Ministerio Público y que se refiere a contrataciones, a gastos, etcétera, y que está contenido en una glosa de la Ley de Presupuestos, ¿por qué?, porque el Congreso Nacional junto con el Gobierno, son los que determinan el presupuesto del Ministerio Público en forma anual.

Así, anualmente estamos sujetos a una discusión para saber cuánto presupuesto es el que necesita y cuál en definitiva es con el que contará la institución, y de allí podemos saltar al Poder Ejecutivo, el cual participa en la definición del presupuesto de la Fiscalía; participa, a partir de la Ley de Incentivos, N° 20.240 en la delimitación y definición del bono de desempeño institucional. De esta forma, cada año se firma un convenio con el Ministerio de Hacienda que establece los compromisos de gestión institucional, se evalúa externamente el cumplimiento de los compromisos de gestión institucional y, en función de aquello, se recibe o no un pago como bono institucional por cumplimiento de los compromisos.

Como se adelantó, el Gobierno participa en la remoción del fiscal nacional y de los fiscales regionales en virtud de este requerimiento que puede hacer el Presidente de la República, quien también participa en el nombramiento del jefe superior del servicio.

Una cosa muy importante que solo enunciare porque, en caso contrario, necesitaríamos al menos otro seminario completo para abordarla es la siguiente: el Gobierno tiene el control de las policías, que es agente clave para la persecución penal.

A modo de conclusión, tras un listado de 13 o 14 tipos de controles en que probablemente falten algunos, razón por la cual me excuso, podemos decir de forma categórica que no hay ausencia de controles, ni estos son escasos. De hecho, si hacemos algunas comparaciones con otros órganos autónomos del Estado –no obstante lo poco estéticas que estas puedan ser, no puede negarse su utilidad– nuestros controles son mayores, pero eso es algo que a mí en lo personal me parece bien, me parece perfecto que exista una amplia gama de controles, porque lo exige la delicada función que realiza la institución.

Creo firmemente en un sistema de frenos y contrapesos y, por tanto, podemos discutir algunos temas, por ejemplo de índole quizás presupuestario, estamos en la instancia perfecta para discutirlo, pero lo que es importante es que los controles existan y que funcionen adecuadamente, y que funcionen siempre teniendo presente esta intención de proteger, en definitiva, los derechos de las personas.

Como reflexiones finales, a la pregunta respecto a la necesidad de autonomía constitucional, mi respuesta absoluta es sí. Tenemos claro que las leyes cambian, las constituciones cambian –qué mejor momento para constatarlo que el que estamos viviendo como sociedad–, y las necesidades también cambian, quizás este cambio de necesidades al interior de una sociedad también hace necesario discutir un nuevo texto constitucional.

Pero, lo importante a mi parecer, es que las necesidades que se tuvieron presentes al momento de decidir la ubicación institucional del Ministerio Público, siguen estando presentes, de hecho, quizás se han potenciado y el de hoy constituye un mejor momento para hablar de cómo necesitamos instituciones fuertes pero controladas, y muy controladas, para una sociedad más igualitaria y más justa, porque esos derechos y garantías siguen estando ahí, en la base.

Ahora, cuánta autonomía y cuál es el grado de autonomía, creo que eso es algo discutible, podría ser más y mayores controles, podrían ser menos, pero siempre la respuesta debería ir por la autonomía necesaria y suficiente para el ejercicio adecuado de la fun-

ción de persecución penal, y eso siempre va a ser, a mi juicio, autonomía de carácter constitucional.

Como digo, cuánta autonomía y cuántos grados de control o cuántos sistemas de control, todo eso yo creo que es discutible y creo, además, que la Fiscalía está plenamente disponible para discutirlo.

Finalmente, cómo debemos ejercer la autonomía, creo que al respecto debiéramos considerar que, me parece, todas y todos quienes integramos la Fiscalía sabemos en nuestro fuero interno que estos, más o menos, han sido los fundamentos para establecer el carácter o la posición de nuestra institución. Lo sabemos hasta de una manera instintiva, no por academia, pero lo tenemos ahí, sin embargo, quizás hemos errado en el discurso y en ocasiones hemos privilegiado más la calidad de autónomo, que la **finalidad que debe perseguir esa autonomía**, y eso es lo que debemos tener siempre presente. Yo adhiero absolutamente al valor extrínseco que exponía el profesor Carlos Peña, y creo que ese es el llamado.

Gracias al aporte fundamental que me hicieron Sebastián Salinero y Patricio Soto, abogado de mi equipo de la Unidad de Asesoría Jurídica, pude darle una revisión a los distintos textos de las cuentas públicas del Fiscal Nacional, de los distintos fiscales nacionales, y pude constatar que, en definitiva, siempre hemos sido, desde el jefe superior del servicio, muy celosos de la autonomía, y esta se ha defendido a ultranza. También tengo claro que si se ha defendido a ultranza es porque los fiscales nacionales, así como quienes integramos la institución en distintos roles, hemos tenido claridad respecto del valor extrínseco de la autonomía, pero tal vez no hemos podido o no lo hemos sabido desarrollar adecuadamente, tal vez eso nos falta.

Entonces a la pregunta de ¿cómo debemos ejercer la autonomía?, creo simplemente que la mejor forma de defender además nuestra autonomía es, simplemente, con el mejor ejercicio posible, con el óptimo ejercicio de nuestra función que es la de persecución penal, de esa forma vamos a demostrar que, efectivamente, la autonomía constitucional es consustancial al ejercicio de la persecución penal pública.

“DE MUJERES ENCANTADORAS A PEDANTES. INSERCIÓN FEMENINA EN EL ESPACIO PÚBLICO EN CHILE, 1917 AL PRESENTE”

Verónica Undurraga Schüler¹

La historiografía de género ha visitado reiterada y profundamente el relevante papel desempeñado por las abogadas y las mujeres preparadas intelectualmente en la lenta y compleja adquisición de derechos civiles y políticos femeninos a lo largo de la historia de Chile. En efecto, el así llamado “feminismo de derechos”, situado en las primeras décadas del siglo XX, se caracterizó por la reivindicación de “la naturaleza femenina, su capacidad intelectual, su poder y la denuncia de la injusta incapacidad legal”, por lo que inicialmente estuvo centrado en la lucha por los derechos civiles².

Se ha planteado que el discurso que aboga por los derechos civiles comienza en el siglo XIX,

¹ Doctora en Historia. Profesora Asociada del Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: vundurra@uc.cl. Este trabajo es producto de los proyectos de investigación FONDECYT Regular N° 1210855 “¿No podríamos las descabezadas pensar con el corazón? Comunidades emocionales femeninas de elite, Chile 1880-1940” y “Las mujeres tienen la palabra. Historia de las mujeres en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Tomo I, 1888-1950”, VRA, PUC, de los cuales soy Investigadora Responsable.

² Ana María STUVEN, “Ser y deber ser femenino: La Revista Católica. 1843-1874”, en ALONSO, P. (comp.) *Construcciones Impresas. Panfletos, diarios y revistas en la formación de los Estados nacionales en América Latina, 1820-1920*, (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005), 107; Asunción LAVRIN, *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940*, Santiago, (DIBAM y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2004), 107.

pero la demanda por la ciudadanía política aparece como experiencia más representativa desde 1920, consagrándose con la fundación del Partido Cívico Femenino en 1922 y en 1924 con el Partido Demócrata Femenino³. En la década de 1930, el sufragio fue el asunto más importante para la mayoría de las agrupaciones femeninas, quienes prefirieron recurrir a la persuasión, basada fundamentalmente en demostrar sus capacidades⁴.

Sin embargo, pese a la importancia de estas temáticas, e incluso en el marco de una obra de conmemoración institucional en razón de los veinte años de la Reforma Procesal Penal, este texto no busca analizar materias institucionales ni normativas. Me interesa aprovechar esta oportunidad para reconstruir una historicidad profunda, relativa a los estereotipos e imaginarios que constituían el telón de fondo de la reivindicación de derechos civiles y políticos por las mujeres en Chile. Esta consiste en el complejo proceso de inserción en el mundo del conocimiento por parte de las mujeres, que no ha sido lineal ni progresivo.

La profesionalización femenina en las áreas del saber que no se hallaban vinculadas a las tareas *naturales* de cuidado –de niños, ancianos y sujetos dependientes–, asignadas a las mujeres, estuvieron rodeadas de inconvenientes anclados en prejuicios y estereotipos de género que relevaré a lo largo de estas páginas. Evidentemente, el mundo judicial y de la abogacía formaba parte de esta historia y, en cuanto tal, también se veía posibilitado u obstaculizado por razones culturales vinculadas a los mismos estereotipos que existían sobre las mujeres a lo largo del siglo XX chileno.

Con este propósito, he recogido distintas evidencias, diversos documentos que nos llevarán a situarnos en cuatro momentos de la historia de Chile: 1917, 1929, 1948-1949 y la actualidad. Como se trata de un rango histórico muy extenso no tengo la pretensión de ser exhaustiva en su reconstrucción, pero sí busco generar cuestionamientos en torno a las transformaciones y, sobre todo, a las permanencias históricas del binomio mujer-conocimiento expresadas en nuestra historia a través de los conceptos “mujer encantadora” y “mujer pedante”.

PRIMER MOMENTO, 1917: DE LA “MUJER COQUETA” A LA “MUJER CON BARBAS”

Se conmemoraban cuarenta años del Decreto Amunátegui, que había permitido a las mujeres rendir exámenes libres para acceder a la Universidad, en ese entonces, la única que existía en el país, la Universidad de Chile⁵. Es preciso advertir que el ingreso femenino a la Universidad de Chile fue paulatino, pues solo se aceptaba un diez por ciento

3 Ana María STUVEN, “Historia del feminismo en Chile: Avances en la consolidación republicana”, en ALSINA, N. y RIQUELME, A. (eds.), *Chile, Historia y Presente. Una visión interdisciplinaria*, (Santiago, Dirección de Intercambio y Asuntos Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004b), 93-116; Edda GAVIOLA, Ximena JILES, Lorella LOPRESTI y Claudia ROJAS, “Queremos votar en las próximas elecciones”. *Historia del Movimiento femenino chileno. 1913-1952*, Santiago, Centro de análisis y difusión de la condición de la mujer, Arancibia Hermanos, 1986.

4 Asunción LAVRIN, *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940*, (Santiago, DIBAM y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2005), 27.

5 BIOTTI «Trece mujeres Bachilleres en Humanidades en el siglo XIX: Pioneras o Entrometidas en la Universidad de Chile», 154; VERA «El sistema de admisión a la Universidad Permanencia y cambio», 105.

BIOTTI, A. «Trece mujeres Bachilleres en Humanidades en el siglo XIX: Pioneras o Entrometidas en la Universidad de Chile» *Revista Anales* VII (14) (2018):151-185; José VERA RODRÍGUEZ, *El sistema de admisión a la Universidad Permanencia y cambio*, (Santiago: Editorial Universitaria, 2015).

de mujeres por carrera (Sepúlveda 2009: 169)⁶. Es más, antes de dicho decreto, el Estado había tomado escasas iniciativas relativas a la educación femenina: en 1856 fundó la Escuela Normal de Preceptoras y en 1860 estableció la educación para niños y niñas con la Ley Orgánica de Instrucción Primaria.

La educación secundaria femenina había sido asumida por la Iglesia Católica a través de sus congregaciones religiosas, pues la fiscal era inexistente. En consecuencia, era necesaria la formulación de un plan de estudios específico para las mujeres y, a su vez, la creación de liceos femeninos con un nivel académico equivalente a los masculinos. En 1891 comenzaron a fundarse liceos femeninos fiscales en todo el país, a través de subvención del Estado y a cargo de asociaciones de padres de familia. Desde entonces, el número de mujeres que ingresó a la universidad fue ascendiendo progresivamente (Serrano 2012: 402)⁷. Es importante destacar que esa oportunidad –la del decreto de 1877– la fueron aprovechando mujeres extraordinarias, como Eloísa Díaz –médico–, Matilde Throup –abogada–, Justicia Espada Acuña –ingeniera– y Griselda Hinojosa, química farmacéutica.

Así, para 1917, *Iris*, la brillante y rupturista escritora de elite, Inés Echeverría Bello, indicaba que “con nuestra mayor sorpresa han aparecido unas mujeres perfectamente educadas, con títulos profesionales, mientras nosotras apenas sabemos los misterios del Rosario. Entonces sentimos el terror de que si la ignorancia en nuestra clase se mantenía dos generaciones más nuestros nietos caerían al pueblo y viceversa. Se está realizando una rápida evolución dentro de mi propia generación, y a nosotras nos cabe la honra de ser las primeras mujeres que abrimos la vieja jaula colonial”⁸. *Iris* refería la trayectoria de las mujeres de clase media que ya habían accedido a la Universidad y, a través de este medio, se estaban integrando a la esfera pública, hasta entonces un dominio exclusivamente masculino. Este era justamente el proceso que llevaría a construir la imagen de “mujer pedante”, arrogante y masculina, como una forma de dificultar este camino.

En vista del adelanto intelectual de las mujeres de clase media, algunas mujeres de elite, como *Iris*, habían decidido fundar el año anterior, 1916, el Club de Señoras de Santiago, un espacio de discusión de temas literarios, académicos y de contingencia social, cultural y política⁹. Ellas buscaban combatir la superficialidad y atrofia intelectual de las integrantes de su grupo social, pero, de paso, generaron escándalo en la época. El escándalo no solo se debía al nombre que dieron a su espacio de discusión: “un club”, haciendo un guiño provocador a la instancia de sociabilidad masculino-aristocrática por excelencia, el Club de la Unión, a donde se dirigían sus esposos después del trabajo a decidir el futuro del país. Si ellos tenían un espacio androcéntrico, ellas también podrían tener uno

6 Carola SEPÚLVEDA, «Formando «Niñas». Una mirada a la educación pública femenina, a sus maestras y alumnas Santiago de Chile 1894-1912» *RMIE*, 14(43), (2009): 1249-1268.

7 Sol SERRANO, Macarena PONCE DE LEÓN & Francisca RENGIFO, *Historia de la Educación en Chile (1810-2010)*, Tomo I y II, *Aprender a leer y escribir (1810-1880)*, (Santiago: Taurus, 2012).

8 Francisco Javier OVALLE C., “Inés Echeverría de Larrain,” en *Mis Pensamientos Sobre El Club de Señoras de Santiago de Chile* (Santiago: Escuela Tip, “La Gratitud Nacional,” 1918). 42.

9 VERBA, E. K. “The Círculo de Lectura de Señoras and The Club de Señoras of Santiago. Middle and Upper class Feminist Conversation (1915-1920)”, *Journal of Women’s History*, 7 (3). (1995): 6-33. VICUÑA, M., *La belle époque chilena: Alta sociedad y mujeres de élite*, (Santiago, Catalonia, 2010).

exclusivo para mujeres. Pero el escándalo era que este se hallaba fuera del hogar. Así, en lugar de esperar bordando o rezando el rosario que sus maridos llegaran a la casa, ellas estarían discutiendo las últimas corrientes filosóficas en su propio club.

Al ubicarnos temporalmente en el Chile de 1917, resulta sumamente interesante la coincidencia temporal entre las palabras de Iris y la publicación de un artículo en *Revista Chilena*, que registra por primera vez en Chile el uso del concepto “mujer pedante”. En este se caracterizaba con crudeza la caricatura de la “mujer pedante”, que existía en el periodo, como una figura aberrante y monstruosa. Esta atrocidad, en términos morales y físicos se derivaba, según este argumento, de la reciente obtención de derechos políticos y el progresivo acceso a la esfera pública por las mujeres de la época. El texto señalaba enfáticamente:

“Su espíritu femenino ¿qué va a ser de él? Tendremos compañeras pedantes, politiqueras, que han perdido el encanto que les daba su adorable debilidad, pues ya no les quedará tiempo que consagrar a la coquetería y a las ternuras del alma. La mujer con barbas, sino en lo físico, a lo menos en lo moral, nos horroriza. Más vale la ruina completa que un porvenir semejante”¹⁰.

Estas palabras formaban parte de un artículo sobre el voto femenino de la autora Martina Barros de Orrego, quien había sido una de las precursoras del feminismo en Chile, la que gracias a su amplísima e inusual formación intelectual había publicado, en 1872, con tan solo veintidós años, una traducción al español de la obra *The Subjection of Women* de John Stuart Mill¹¹. En su artículo de 1917, Martina Barros decidió, en un gesto audaz y provocador, incorporar las palabras con las que el francés Maurice Waleffe caracterizó el rechazo que producía en su sociedad la imagen de la mujer que accedía al mundo político, comprendido como un espacio *esencialmente* masculino. Se trataba, en efecto, de un rechazo que se expresaba con pobreza argumentativa, anclado en prejuicios y alejado de fundamentos empíricos que, sin embargo, daba cuenta de la opinión generalizada que existía al respecto.

Con agudeza, Martina Barros hacía eco del imaginario en torno a la “mujer pedante”, refrendándolo para el contexto chileno de su época. A través de este gesto, la autora nos presenta el primer registro histórico de la figura de la “mujer pedante”, que luego sería posible de hallar en diversos documentos durante las siguientes dos décadas de la historia de Chile. Lo relevante de esta imagen consistía en que se construía a partir de los imaginarios y las prácticas estructurales y de larga data que circunscribían a la mujer al ámbito de lo privado y lo doméstico, representando la progresiva inserción femenina en el espacio público como una masculinización. Las mujeres, en su tránsito al mundo público se transformaban en varones.

Así, observamos la construcción de un imaginario polarizado en el que, por una parte, se hallaban la feminidad, la ternura, el encanto, la coquetería e incluso el “alma” y, por otra parte, la pedantería, el horror y la ruina, que inclusive tendría barbas. Constatamos, por

¹⁰ Martina BARROS DE ORREGO, «El voto femenino», en *Revista Chilena*, Tomo II, Santiago, (1917).

¹¹ John STUART MILL, «La esclavitud de la mujer», en *Revista de Santiago*, Santiago, Imprenta Chilena, (1848-1855), tomos 2 y 3, (1872-1873): 112-124, 297-325, 512-531, 773-787, 909-921, 133-144, 493-508 (traducción y prólogo de Martina Barros de Orrego).

tanto, la relevancia fundamental del orden binario de la división sexual que significaba lo femenino como débil y lo masculino como fuerte, legitimando, al menos en términos socioculturales, el ejercicio de lo que ahora se denomina violencia de género¹². Ello explica la estratégica calificación de la debilidad femenina como “adorable”.

Y bien, para el Chile de las primeras décadas del siglo XX ¿qué era lo que supuestamente afeaba y masculinizaba a la mujer? El saber o, más bien, la conciencia femenina de comprenderse como sujeto sabio, o sabia, más bien, en este caso. La masculinización de la mujer con conocimiento se trataba de un recurso de larga data que, en la cultura occidental, podía rastrearse hasta el mundo antiguo.

¿De dónde arranca, qué raíces tiene esta animadversión al saber femenino, a la incursión de las mujeres en el mundo intelectual y de la discusión racional expresada en el espacio público? Me resulta imposible en este breve artículo hacerme cargo de la diversidad y antigüedad de dicho rechazo, que recurre a la estigmatización y ridiculización. La clasi-sista Mary Beard, catedrática de la Universidad de Cambridge, ha documentado que “ya en las primeras evidencias escritas de la cultura occidental las voces de las mujeres son acalladas en la esfera pública”¹³. Así, “tal y como lo plantea Homero, una parte integrante del desarrollo de un hombre hasta su plenitud consiste en aprender a controlar el discurso público y a silenciar a las” mujeres¹⁴.

“EL SABER ES CONTRARIO A LA FEMINIDAD”

Actualmente existen profusas investigaciones que han reconstruido la historia de la misoginia en las tradiciones culturales del mundo occidental y existen argumentos que refrendan que la herencia de la antigüedad clásica, de la que nos habla Mary Beard, vino a ser reforzada por la tradición cristiana, la ciencia positivista del siglo XIX y la escuela freudiana¹⁵. Emblemática ha sido, por ejemplo, la amplia difusión –incluso hasta muy entrado el siglo XX–, de la obra *La perfecta casada* de fray Luis de León, publicada en Salamanca en 1583. Esta breve obra de moral delineaba el modelo al que debía ajustarse toda esposa, incluyendo, por cierto, aseveraciones sobre la *naturaleza femenina*:

“Así como a la mujer buena y honesta la naturaleza no la hizo para el estudio de las ciencias ni para los negocios de dificultades, sino para un solo oficio simple y doméstico, así les limitó el entender, y por consiguiente, les tasó las palabras y las razones”¹⁶.

Estas palabras indican que el *deber ser* femenino se oponía al cultivo de las ciencias, tan-

12 Sobre los usos legítimos de la violencia en la construcción del honor masculino en Chile colonial y republicano véase: Verónica UNDURRAGA, *Los rostros del honor. Normas culturales y estrategias de promoción social en Chile colonial, siglo XVIII* (Santiago: Editorial Universitaria, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, DIBAM, 2012) y Verónica UNDURRAGA, La elite en entredicho: escándalos familiares, difamación y deshonor en Santiago de Chile en el ocaso del siglo XIX, en *Revista de Historia y Geografía*, N° 40, (2019), 17-42.

13 Mary BEARD, *Mujeres y poder. Un manifiesto*, (Barcelona: Crítica, 2020), 16.

14 BEARD, *Mujeres y poder*, 16.

15 Verónica UNDURRAGA SCHÜLER, “De coléricas a nerviosas. Emociones femeninas y sus ejes de comprensión. Chile, 1840-1890”, en María Luisa CANDAU CHACÓN (ed.), *Las mujeres y las emociones en Europa y América. Siglos XVII-XIX* (Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, 2016), 383-410; Anna CABALLÉ, *Breve historia de la misoginia* (Barcelona: Ariel, 2019).

16 Fray Luis DE LEÓN, *La perfecta casada* (Barcelona: Montaner y Simón Editores, 1898), 200.

to porque *la mujer* era intelectualmente incapaz, como porque esto último obedecía a un designio divino. La desigualdad intelectual entre géneros era sancionada por Dios y se insertaba en el *orden natural* de las cosas. Todo ello, por cierto, tenía una connotación moral, que premiaba socialmente a las mujeres dedicadas al “oficio doméstico” con el rótulo de “mujer buena y honesta”. Estas eran, en efecto, algunas de las profundas raíces que cimentaban el orden binario que, en la *Revista Chilena* de 1917, representaba a la femineidad como atributo opuesto al conocimiento.

La destacada historiadora francesa Michelle Perrot ha indicado con convicción que “el saber es contrario a la femineidad”¹⁷. Y, si bien me distancio del esencialismo de una aseveración que ella incluso matiza a lo largo de su recorrido por la historia, no deja de ser interesante su coincidencia con las conclusiones a las que han llegado investigadoras que han estudiado diversas realidades literarias latinoamericanas, como Sarah Chambers y Joyce Contreras para los casos argentino y chileno¹⁸. Es más, siguiendo a la ensayista y crítica literaria Adriana Valdés, sabemos que para ingresar a la “ciudad letrada”, las escritoras de los siglos XIX y XX en Chile debieron hacer uso de diversas estrategias que tenían en común el gesto de “ponerse en su lugar”, es decir, masculinizarse, distanciarse de su género, autocensurarse, usar pseudónimos u otras estrategias discursivas¹⁹.

Al reconstruir la historia del imaginario que opone el saber a *lo femineo* para el caso chileno, he constatado ejemplos notables como el relato en primera persona de Eloísa Díaz, la primera mujer médico de Chile y América del sur. En la Memoria que esta presentó en 1886 para obtener el grado de licenciada en Medicina y Farmacia, titulada “Breves observaciones sobre la aparición de la pubertad en la mujer chilena i de las predisposiciones patológicas de su sexo”, Díaz manifestaba su tenaz decisión por seguir un camino fuertemente criticado por la sociedad. Se trataba de una oposición basada en el juicio de que, por una parte, la profesión médica “varonilizaba” a las mujeres y que, en términos generales, la instrucción femineina era indeseable. Frente a ello, Eloísa recalcaba que “no he perdido instruyéndome i que no he rebajado mi dignidad de mujer, ni torcido el carácter de mi sexo! No! La instrucción, como muchos pretenden, no es la perdición de la mujer: es su salvación”²⁰.

Eloísa Díaz desplegó su existencia en un contexto histórico en el que la ciencia positivista del siglo XIX dibujó los contornos de la “mujer nerviosa”, apartando aún más al

17 Michelle PERROT, *Mi historia de las mujeres* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009), 77.

18 Sarah CHAMBERS, «Cartas y salones: mujeres que leen y escriben la nación en la Sudamérica del siglo XIX», *Araucaria*, primer semestre año/vol. 6, N° 013, Sevilla, Universidad de Sevilla (2005), s/n.; Joyce CONTRERAS, «La resistencia al libro: Mujeres, escritura y exclusión en el siglo XIX en Chile», en *Vestigio y especulación. Textos anunciados, inacabados y perdidos de la literatura chilena*, ed. Nibaldo Acero, Jorge CÁCERES y Hugo HERRERA (comps.), (Santiago: Chancacazo, 2014): 99-134.

19 Citado en: Joyce CONTRERAS, «La resistencia al libro: Mujeres, escritura y exclusión en el siglo XIX en Chile», en *Vestigio y especulación. Textos anunciados, inacabados y perdidos de la literatura chilena*, ed. Nibaldo Acero, Jorge CÁCERES y Hugo HERRERA (comps.) (Santiago: Chancacazo, 2014) 120.

20 Eloísa DÍAZ, «Breves observaciones sobre la aparición de la pubertad en la mujer chilena i de las predisposiciones patológicas de su sexo» (tesis para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Medicina y Farmacia, Universidad de Chile, Tomo 71, 1887), 894.

género femenino del ámbito de la razón²¹. En efecto, las corrientes científicas que marcaron las discusiones y las prácticas médicas en Chile durante el siglo XIX entrelazaron ideas evolucionistas y positivistas. Si bien ambas corrientes de pensamiento tuvieron una configuración científica, ellas también desarrollaron repercusiones filosóficas y morales. A partir de ambas corrientes de pensamiento se definió un modelo de *naturaleza femenina* que postuló la “desigualdad biológica de la mujer y su disposición natural a la sensibilidad, la maternidad y el sufrimiento”²².

Esto se logró principalmente a partir del establecimiento de un vínculo fisiológico entre el sistema reproductor y el sistema nervioso que dibujó un límite difuso “entre la fisiología y la patología femenina”²³. La disposición *natural* de la mujer a un permanente estado nervioso radicaba en el útero, el órgano que daba origen a la histeria. Los discursos científicos de patologización de la mujer incluso tuvieron una dimensión específicamente chilena.

Así, hallamos a la misma doctora Eloísa Díaz describiendo a sus pares como “una mujer linfática, nerviosa, que es el temperamento predominante en la mujer chilena, excesivamente excitable, de imaginación viva, etc... ¿qué fenómenos irán a tener lugar en este ser cuyo sistema nervioso a la menor excitación sufre grandemente?”²⁴. En este punto, resulta evidente que no podemos *juzgar* a Díaz desde las categorías del presente. Sus conocimientos se construían, como los nuestros, a partir de los paradigmas científicos que imperaban en su contexto histórico. Fue desde ellos que Díaz se refirió a un área muy poco estudiada por la literatura científica de la época, como era la pubertad y las patologías específicas de las mujeres chilenas, aportando sustancialmente a la materia.

SEGUNDO MOMENTO, 1929: “ESA ANTIPÁTICA INTELECTUALIDAD”

El éxito de la unión estratégica entre masculinización y pedantería, en razón de la preparación intelectual femenina en el campo profesional –es decir, de saberes significados como masculinos–, también se comprueba al observar cómo esta era reproducida por las mujeres del periodo. Así, por ejemplo, si nos situamos diez años después de la que, asumimos, es la primera caracterización de la “mujer pedante”, encontramos un discurso pronunciado por Amalia Errázuriz de Subercaseaux, una mujer de la elite chilena que desempeñaba un destacado papel en el espacio público, aunque en el marco de iniciativas insertas en el rol tradicional de la mujer, a saber, el de cuidado de los desvalidos y de la promoción de la religión católica.

21 Verónica UNDURRAGA SCHÜLER, “De coléricas a nerviosas. Emociones femeninas y sus ejes de comprensión. Chile, 1840-1890”, en María Luisa CANDAU CHACÓN (ed.), *Las mujeres y las emociones en Europa y América. Siglos XVII-XIX* (Santander: Editorial de la Universidad de Cantabria, 2016), 383-410.

22 Claudia ARAYA IBACACHE, (2006) «La construcción de una imagen femenina a través del discurso médico ilustrado. Chile en el siglo XIX», *Historia*, XXXIX, Vol. I, enero-junio (2006): 6.

23 ARAYA, «La construcción de una imagen femenina», 8. Rafael Sagredo sostiene esta misma idea: Rafael SAGREDO (2006) «Nacer para morir o vivir para padecer. Los enfermos y sus patologías» en *Historia de la vida privada en Chile. Tomo II El Chile moderno. De 1840 a 1925*, ed. Por Rafael SAGREDO y Cristián GAZMURI (dirs.) (Santiago de Chile: Taurus), 32.

24 Eloísa DÍAZ, «Breves observaciones sobre la aparición de la pubertad en la mujer chilena i de las predisposiciones patológicas de su sexo» (tesis para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Medicina y Farmacia, Universidad de Chile, Tomo 71, 1887), 291.

El 8 de septiembre de 1929 se cumplía el cuadragésimo aniversario del inicio de los cursos en la Universidad Católica. Para conmemorar la ocasión, se realizó un homenaje en el Teatro Municipal, al que asistieron personalidades del país, Ministros de Estado y el Presidente de la República, Carlos Ibáñez del Campo. Entre los oradores, todos varones, se encontraba una mujer: Amalia Errázuriz de Subercaseaux, fundadora de la Liga de Damas (1912), de la Cruz Roja (1914) y Presidenta Honoraria del Congreso Mariano Femenino (1918). En esa significativa ceremonia se dirigió especialmente a las “señoras presentes” manifestando:

“Porque en un corazón vibra el amor fraternal por las compañeras de trabajos de otro tiempo y vibra muy íntimamente un sentimiento de madre por todas estas niñas que he visto crecer anhelantes de saber, no saber para el orgullo de la vida, no para una pedante y antipática intelectualidad, sino el saber para enseñar, el recibir para dar, el adquirir luces espirituales para irradiarlas en seguida e iluminar a todo cuanto las rodea. Estas jóvenes son el porvenir de nuestra sociedad, de nuestra patria, señores, porque de la mujer y de la madre dependen, como es sabido, la virtud y el temple de los ciudadanos”²⁵.

A través de las palabras de Errázuriz, se escuchan las voces de los sectores de elite en las primeras décadas del siglo XX. Es, preferentemente, en estos lugares donde se reproduce el anti-modelo de “mujer pedante”, en cuanto arquetipo opuesto a la feminidad. Sin embargo, ello no implica que este imaginario no circule en la sociedad chilena en general. Es más, la historiografía ha estudiado desde diversas perspectivas la lenta y dificultosa incorporación femenina al mundo del trabajo profesional²⁶.

Amalia Errázuriz habla desde el lugar históricamente legitimado para las mujeres a lo largo de todos los tiempos –incluso en el presente–, a saber, el de la maternidad y de las emociones. Se expresa desde el corazón, y no necesariamente desde la razón, ni desde su identidad de mujer. No se trata necesariamente de una posición conservadora. La historiografía ha analizado profusamente el relevante papel que desempeñó el discurso de la maternidad en la legitimación de los primeros feminismos en América Latina y en Chile en particular²⁷. Por ello, no estamos ante una posición de trinchera ideológica.

Así, desde todos estos lugares de enunciación, en 1929, el año que pasaría a la historia como el de la Gran Depresión que afectó profundamente a nuestro país, Errázuriz hablaba al público, que dirigía los rumbos del país, sobre la relevancia de que la instrucción femenina sea en función de la formación de otros. La educación y el conocimiento que la mujer adquiría se justificaba solo desde la perspectiva del “dar”, solo en función de otros, fundamentalmente de su familia, cuya formación en la virtud dependía de ella. El saber adquirido por las mujeres debía tener exclusivamente una función social, que consistía en la formación de los ciudadanos en los valores morales que debían guiar a la sociedad.

25 «Los cuarenta años de nuestra Universidad Católica» *Revista Universitaria*, Año XIV, n°7, septiembre de 1929, 785.

26 Elizabeth QUAY HUTCHINSON, *Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano, 1900-1930* (Santiago, LOM, 2006) Graciela QUEIROLO, María Soledad ZÁRATE, *Camino al ejercicio profesional. Trabajo y género en Argentina y Chile (siglos XIX y XX)* (Santiago, Ediciones Alberto Hurtado, 2020).

27 Asunción LAVRIN, *Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay 1890-1940* (Santiago, DIBAM y Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2005).

Como corolario, la imagen de la mujer que estudiaba para la instrucción y el adelanto de sí misma se revestía de negatividad. Era una formación a partir del orgullo, siendo este el contenido fundamental de la “mujer pedante”. Con ello, observamos que el arquetipo de la “mujer pedante”, que en 1917 se reducía a una caricatura despreciativa, una década después había sido revestido de un fuerte contenido moral. Su figura no solo persistía en los imaginarios sociales, sino que incluso se había complejizado y sofisticado.

Es evidente la perspectiva netamente moral de la adquisición de conocimiento por las mujeres. Si bien, no se condenaba explícitamente la formación profesional femenina, al enfatizar el carácter moral de la educación que las mujeres debían proporcionar a los demás, se asumía que la adquisición de otro tipo de conocimiento se comprendía como una “antipática intelectualidad”. Esto nos da cuenta de la reproducción de estereotipos de género por parte de las mujeres, un ejercicio recurrente a lo largo de la historia²⁸.

TERCER MOMENTO, 1948, 1949: “LA PROFESIONAL PIERDE SU FEMINEIDAD”

Resulta sumamente interesante observar la persistencia en el tiempo de estos estereotipos de género, aunque matizados y resignificados según los distintos contextos históricos. Así, si avanzamos desde 1917 hasta fines de la década de 1940, cuando existe una importante matrícula femenina universitaria, no solo se observa la persistencia del binomio mujer profesional, dura, insensible y masculinizada, por una parte y, por otra, la femineidad en plano de sinonimia con la dulzura y la suavidad, acompañadas, por cierto, de falta de instrucción en conocimientos entendidos como propios del mundo masculino.

Las imágenes de los números especiales que revista *Eva* dedicó a las oportunidades profesionales para las jóvenes de la época resultan sumamente interesantes para constatar la pervivencia de los estereotipos de género en cuanto a la presencia femenina en el espacio público a través de su formación profesional.

Esta revista tuvo dos etapas de publicación. La primera, en 1933, donde aparecieron solo dos números en el mes de abril, dirigidos por la escritora y feminista Marta Vergara. Vergara otorgó un perfil político e intelectual a la revista, tratando temas como el voto femenino en las elecciones municipales. La segunda etapa se desplegó entre 1942 y 1974, bajo el alero de distintas directoras, hasta decaer a fines de la década de 1960, en parte, por la aparición de nuevas revistas como *Paula*.

El perfil de revista *Eva* en esta segunda etapa no fue tan político como en su primer momento. Se destacaron secciones acerca de cómo ser una buena dueña de casa, el cuidado de los hijos, recetas, costura y moda. Si bien su subtítulo era “la revista moderna de la mujer”, las nociones de profesionalización o trabajo eran excepcionales en sus páginas, las que más bien se enfocaban en cómo lidiar con una vida familiar y laboral de manera “exitosa”, cumpliendo ambos roles bajo los estándares prioritarios de la dueña de casa. La sección “Nuevas profesiones para la mujer” apareció durante los años 1948 y 1949, presentando en un contexto nacional la vida de la mujer universitaria. Si bien esta sección dio cuenta de las aptitudes femeninas para lograr la profesionalización, las carreras destacadas correspondieron fundamentalmente a “labores femeninas” como trabajadora social, enfermera y profesora.

²⁸ Pierre BOURDIEU, *La dominación masculina* (Barcelona, Anagrama, 2000).

El número del 14 de enero de 1949 presenta discursos ambivalentes en relación a la profesionalización femenina. Destaca las diversas aptitudes de las mujeres para los estudios universitarios, como poseer “un cerebro más disciplinado” y ver “las cosas con mayor cla-



Imagen: “La mujer en la Universidad” por María Elena Sanhueza, revista *Eva*, 14 de enero de 1949.

ridad. A la vez, al comparar a la mujer universitaria con la que no pasa por las aulas de la universidad, se indica que la primera “posee seguridad en sí misma, es astuta frente a los problemas que le plantea la vida”, entre otras cualidades.

Sin embargo, el número también hace referencia a cualidades femeninas naturalizadas y relacionadas con la dulzura además del requisito indispensable de que esta mujer le otorgue un lugar preferente al cuidado de su familia. Así, por ejemplo, una doctora, reconocida “médico-cirujano”, después de su trabajo “se dirige corriendo hacia un hogar lleno de niños y donde reina el mismo espíritu acogedor”. Por cierto, esta tarea también se observa en la descripción de la primera foto en la que dos estudiantes de medicina aplican la dulzura y el “instinto maternal” al cuidado de un bebé con el fin de desarrollar su trabajo con un “horripilante cadáver”.

Resulta particularmente muy interesante que la publicación recoja, una vez más, el vínculo entre profesionalización y masculinización, que nos habla de la pervivencia del imaginario de la “mujer pedante”, aunque no del término en cuestión. El imaginario de masculinización de la mujer que opta por un área de conocimiento históricamente vinculada al mundo de los hombres pervive, aunque bajo otros rótulos:

“Siempre se habla de que la profesional pierde su femineidad, se pone dura, insensible y “masculinizada”. ¿Pero no le ha tocado a usted caer en manos de una dentista toda dulzura y suavidad, que sufre más que usted cuando le hace alguna extracción? A mí sí”²⁹.

²⁹ María Elena SANHUEZA, «La mujer en la Universidad» revista *Eva*, 14 de enero de 1949.

El artículo en cuestión da cuenta, asimismo, de la infantilización de las estudiantes universitarias. Si se observa la descripción de la segunda foto, se lee la referencia a la “niña” que con su “agradable presencia” ayudaba a resolver una sesuda discusión de Derecho Penal. La trayectoria de la infantilización de las mujeres y las jóvenes durante la historia de Chile tiene una larga historia que el espacio de este trabajo no me permite desarrollar. Sin embargo, no puedo dejar de destacar dos estereotipos de larga data que también se encuentran presentes en las publicaciones de *Eva* referidas a nuevas profesiones de la mujer.



Imagen: “Nuevas profesiones femeninas. La Laboratorista”, revista *Eva*, Santiago, 4 de junio de 1948.

El primero consiste en la mujer —en este caso, la joven universitaria— que usa sus conocimientos para desarrollar artes oscuras. La revista apela con humor a este imaginario refiriendo que tal como las brujas, las comadronas y las curanderas lo hicieron en el pasado, las jóvenes farmacéuticas de 1949 podrían preparar veneno en los laboratorios universitarios. El segundo elemento presente es el del manejo femenino de las artes de la seducción, con la consiguiente instrumentalización del conocimiento para esos fines³⁰. Así, las laboratoristas usarían sus horas de clase para fabricar cosméticos a escondidas de su profesor, banalizando burdamente el interés femenino por la educación y el acceso al saber.

Resulta sumamente interesante constatar que estas publicaciones, realizadas en 1948 y 1949, coinciden cronológicamente con el año de la obtención del voto femenino en elecciones presidenciales, es decir, corresponden a un momento de supuesta madurez de la sociedad chilena en relación al reconocimiento de los derechos civiles y políticos de

³⁰ Ambos estereotipos se encuentran, por ejemplo, en la leyenda de Tristán e Isolda, que ha sido ampliamente conocida y ha sido recogida en diversos géneros literario y musicales en la cultura occidental. Por ejemplo, fue utilizada por Wagner en la ópera del mismo nombre, compuesta entre 1857 y 1859. BÉROUL, *Tristán e Iseo*, Madrid, Cátedra, 1999.

las mujeres. Recordemos que más de una década antes, en 1934, las mujeres ya habían adquirido el derecho a voto en elecciones municipales y que el MEMCH –Movimiento Pro Emancipación de las Mujeres de Chile, fundado por las destacadas Elena Caffarena, abogada, y Olga Poblete, profesora de Historia, Geografía e Instrucción Cívica, entre otras mujeres–, llevaba catorce años interviniendo activamente en el espacio público en favor del acceso paritario al mundo laboral, a los derechos sexuales, así como a la igualdad política y civil entre mujeres y hombres, es decir, propugnando causas femeninas de vanguardia³¹. Sin embargo, la coexistencia entre la adquisición de derechos por las mujeres junto a la comprensión de la profesionalización femenina como masculinización, no constituía una paradoja, sino más bien, una constante en la historia de la inserción femenina en el espacio público.

CUARTO MOMENTO: LA ACTUALIDAD. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Historia se compone de muchas capas horizontales, que se superponen, coexisten, dialogan y se enfrentan entre sí. Se asemeja al caudal de un río cuya superficie de agua transparente avanza con velocidad, pero que en su profundidad tiene una densidad más gruesa y arrastra lodo, piedras y residuos de las tierras que ha recorrido. En estas capas más densas y profundas perviven imaginarios del pasado, que son los elementos estructurales que han acompañado a la humanidad a lo largo de los siglos. Aunque se actualicen y adquieran nuevos nombres, su contenido está sujeto a un tiempo que transcurre con pausa y se transforma muy lentamente: el tiempo de la “larga duración”³².

En diversas ocasiones estas estructuras profundas emergen a la superficie del tiempo presente. En la actualidad las y los profesores de matemáticas realizan preguntas más complejas a los niños que a las niñas de sus aulas, a la vez que promueven con mayor frecuencia la participación de los primeros en sus clases³³. Evidentemente, la superficie de nuestro río avanza y, según datos recientes del Ministerio de Ciencia, la matrícula universitaria femenina es mayor que la masculina a nivel de pregrado, aunque los números se revierten en la instancia superior del Doctorado, la etapa de más avanzada formación intelectual³⁴.

Hace tan solo una semana circularon profusamente en la prensa y en redes sociales algunos videos del canal de YouTube de un diputado recientemente electo. Se trataba de Johannes Kaiser, quien en una de estas “conversaciones” cuestionó abiertamente el voto femenino. Evidentemente, el fenómeno se transformó en un escándalo que incluso fue recogido por la prensa internacional³⁵. Sin embargo, a pesar de la condena social –práctica-

31 Olga POBLETE, *Una mujer. Elena Caffarena* (Santiago, Ediciones La Morada, 1993).

32 Fernand BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, (Paris, Armand Colin, 1949).

33 «Profesores de matemáticas hacen preguntas más complejas a niños que a niñas» sitio oficial La Tercera, consultado 1 de diciembre de 2020, <https://www.latercera.com/noticia/profesores-matematica-hacen-preguntas-mas-complejas-ninos-ninas/>

34 «Radiografía de género CTCL, ANID, Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, Chile» en la web oficial, acceso 1 de diciembre de 2020, <https://observa.minciencia.gob.cl/estudios/radiografia-de-genero-en-ciencia--tecnologia--conocimiento-e-innovacion>

35 «Polémica en Chile: diputado electo cuestiona el voto femenino en video que circula por las redes sociales» en sitio oficial CNN acceso 1 de diciembre de 2020, <https://cnnespanol.cnn.com/2021/11/24/polemica-chile-diputado-johannes-kaiser-voto-femenino-orix/>

mente general, aunque no absoluta—, del contenido del video, lo que me interesa destacar es la permanencia y actualización de la misoginia y, específicamente, de la supuesta inferioridad intelectual de las mujeres. En efecto, que Kaiser haya sido electo diputado significa que hay un público que recepciona y valida su mensaje. Un mensaje que se despliega sin complejos, ni en un espacio soterrado, sino en un medio público y masivo.

Johannes Kaiser cuestionaba los derechos políticos de las mujeres en función de la estupidez femenina. Una estupidez naturalizada e incluso vinculada simbólicamente a una enfermedad mental, a saber, la esquizofrenia. Sería esta condición la que llevaría a las mujeres a votar por representantes que eran justamente los que desarrollaban políticas que las perjudicaban e incluso las ponían en riesgo de ser agredidas sexualmente. En este punto, inmediatamente recordamos las palabras esbozadas por fray Luis de León a fines del siglo XVI —relativas a las mujeres “de ingenio quebradizo”³⁶—, así como las expresadas por los médicos positivistas del siglo XIX, que hablaban de la “mujer nerviosa”, apartando aún más al género femenino del ámbito de la razón.

A partir de estos antecedentes, es legítimo preguntarnos si ¿aún a comienzos del siglo XXI el saber continúa siendo “contrario a la feminidad”?³⁷ La respuesta parece tornarse cada vez más compleja. A lo largo de estas páginas he intentado relevar que el reconocimiento de la igualdad intelectual entre géneros va más allá del acceso a la instrucción formal, pues implica el reconocimiento de las mujeres como sujetos racionales y capaces de construir conocimiento. El tránsito desde “mujeres encantadoras” a “mujeres pedantes” e intelectualmente capaces no ha sido —y esto me interesa destacar muy especialmente— un devenir lineal, progresivo y ascendente. Por el contrario, aún está jalonado de estereotipos persistentes que se resignifican una y otra vez a lo largo de una historia que aún se está construyendo.

36 Fray Luis DE LEÓN, *La perfecta casada*, (Barcelona, Montaner y Simón Editores, 1898), 200.

37 Michelle PERROT, *Mi historia de las mujeres* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009), 77.

“LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL”

Josep M. Tamarit Sumalla¹

1. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

La toma de conciencia sobre los derechos de las víctimas es hoy día un hecho reconocido a nivel internacional y tiene diversas manifestaciones en el plano político-criminal, normativo y de la práctica judicial. En el aspecto jurídico, el hito más relevante a escala mundial fue la aprobación de la Declaración de los derechos de las víctimas del delito y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34) el 29 de noviembre de 1985. Pese a que su debilidad como fuente normativa (no pasa de ser un instrumento de *soft law*), la Declaración representa en lo programático un avance fundamental, que se expresa, en particular, en el principio según el cual el reconocimiento de la condición de víctima no está supeditado a que el autor de la violación haya sido identificado, detenido, juzgado o condenado.

En el Estado moderno la reacción social frente al delito se ha centrado en el castigo del ofensor, de modo que la víctima tan solo ha tenido un papel secundario o instrumental. La reparación del daño ha sido concebida puramente como una obligación del delincuente o, a lo sumo, de otras personas, físicas o jurídicas, que pueden ser declaradas responsables por su relación con el ofensor. En los casos en que las personas responsables de los hechos no son conocidas, no han podido ser juzgadas o condenadas o su responsabilidad se ha extinguido (por ejemplo, por haber prescrito el delito), se ha aceptado como algo normal que la víctima no sea reconocida e incluso permanezca invisible ante las instituciones. Concebir la víctima como un fin en sí mismo, cuyos intereses no están subordinados a lo que vaya a hacerse con el infractor, es un paso transcendental. El reconocimiento de quien ha sufrido un daño derivado de un hecho injusto deviene así el fundamento de sus derechos. Entre ellos destaca el derecho de las víctimas a ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, al que siguen, en el texto de la citada Declaración, los derechos de acceso a la justicia, información sobre el curso del procedimiento, asistencia, reparación a cargo de los infractores o terceros responsables, indemnización, en ciertos casos, a cargo del Estado, y protección frente a las amenazas a su intimidad y seguridad.

¹ Catedrático de Derecho Penal Universidad de Lleida y Universidad Oberta de Catalunya

El concepto de víctima se extiende a las víctimas indirectas, que son aquellas que padecen de modo reflejo los efectos de un hecho delictivo, tal cual sucede, por ejemplo, con los familiares y personas más allegadas de las víctimas de homicidio o de personas desaparecidas. Las normas internacionales y nacionales que han desarrollado los derechos de las víctimas han adoptado este concepto.

Por las razones antes indicadas, los derechos de las víctimas tienen relevancia con independencia del proceso penal. Esta idea tiene manifestaciones tan importantes como la norma según la cual el apoyo y la asistencia a las víctimas no debe estar supeditado a que las mismas denuncien el hecho o a que se inicie un proceso contra el infractor, pues lo que se trata de conseguir es un objetivo que tiene sentido por sí mismo. No obstante, cuando las víctimas tienen que entrar en contacto con el proceso penal se hallan expuestas a la reexperimentación del daño sufrido y a un nuevo daño. La investigación victimológica ha aportado evidencias sobre esta victimización secundaria, que en algunos casos puede llegar a ser más grave que la victimización primaria, frente a la cual las personas afectadas tienen derecho a ser protegidas. A partir de estas premisas vamos a abordar a continuación dos cuestiones que conviene distinguir: por una parte, si el proceso penal puede ser entendido como instrumento al servicio de los derechos de las víctimas; por otra parte, cómo las víctimas pueden ser protegidas del proceso penal.

2. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS A TRAVÉS DEL PROCESO PENAL

El sistema de justicia penal no nació para dar satisfacción a los intereses y las necesidades de las víctimas. Los protagonistas del proceso penal son la persona del imputado y la representación del Estado mediante la cual se ejerce la potestad punitiva. Las personas afectadas por el delito tienen, de entrada, un papel instrumental, en tanto que testigos que aportan información necesaria para los fines del proceso.

La cuestión del fundamento y alcance de los derechos procesales de las víctimas es objeto de controversia en el plano jurídico. Una concepción que tiende a maximizar los derechos de las víctimas sostiene que estas son titulares de un “derecho al proceso”. Este derecho sería una manifestación del derecho al “acceso a la justicia” o incluso de un primigenio “derecho a la justicia”, de modo que las víctimas del delito conservarían una parte del derecho original de represalia frente al ofensor cedido al Estado en virtud del contrato social. Según esta concepción, las víctimas no detentarían el derecho a ejercer por ellas mismas la respuesta punitiva pero sí a movilizar la reacción por parte del titular del *ius puniendi*. Una tal concepción maximalista sería coherente con aquellos sistemas jurídicos, como el español, que aceptan que las víctimas puedan erigirse en parte en el proceso, con casi todos los poderes que son inherentes a la condición de parte. Frente a la misma, la doctrina penal se ha mostrado en general reacia a aceptar que la satisfacción de la víctima pueda considerarse un fin de la pena y, por consiguiente, un fin primario del sistema penal.

Una concepción opuesta a la anterior parte de la constatación de los efectos negativos que tiene para las víctimas su participación en el proceso penal y configura los derechos de estas esencialmente como garantías frente al proceso, de modo que con ello no se desvirtuaría de modo esencial la naturaleza del mismo como combate civilizado entre el

Estado y el imputado, contra quien aquél pretende hacer efectivo su poder de castigar. Según esta concepción, el fundamento de la protección de las víctimas estaría en la necesidad de compensarles por la contribución que las mismas prestan a la justicia estatal como denunciantes y como testigos. Su único derecho “originario” sería el de obtener una reparación por el daño causado, un derecho de carácter jurídico-privado y por lo tanto fundamentalmente externo al proceso penal y en su caso vinculado al mismo por razones de economía procesal. Con base en esta concepción de mínimos la protección de las víctimas tendría como límite absoluto el respeto al contenido esencial del derecho del imputado a un proceso justo y equitativo. Esta ha sido la visión predominante en la doctrina procesal y así se ha reflejado en algunos pronunciamientos de la Corte europea de Derechos humanos. Sin embargo, el desarrollo del Derecho de la Unión europea ha llevado los derechos de las víctimas más allá de esta concepción de mínimos, a partir de la Decisión marco de 2001 y, con mayor profundidad, tras la Directiva de 2012, a la que luego me voy a referir. En estas normas, los derechos de participación aparecen configurados de modo que la víctima es reconocida como un actor en el proceso penal.

Esta evolución, que en el plano nacional ha tenido eco en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, parece conducir a una posición intermedia, aquella que se ha expresado con la idea de una “triangularización” del proceso penal. Así ha descrito VERVAELE el fenómeno por el que la víctima pasa a ser un “tercer actor” en el proceso, junto con el Estado, representado por el Ministerio Público, y la persona investigada. El proceso penal se convierte así en un espacio que el Estado pone a disposición de la víctima para la defensa de sus intereses y de los derechos que derivan de haber sufrido las consecuencias de un hecho delictivo.

Sobre estas bases se hace necesario plantear el sentido del derecho de las víctimas a la justicia. Este derecho no debe entenderse como un derecho al castigo del victimario, pues la potestad punitiva se ejerce por el Estado en favor del interés de la sociedad, que en gran medida tiene relación con la prevención de la victimización futura. La Directiva europea 2012/29, de 25 de octubre, que establece un estándar mínimo de derechos de las víctimas comunes para los Estados miembros de la Unión Europea, alude a la idea de justicia al proclamar en el Preámbulo (n. 34) que “no se puede hacer justicia si no se permite a las víctimas explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes”. La idea de justicia comprende diversas manifestaciones, entre las cuales está tanto la participación en la gestión de las consecuencias de un hecho que le incumbe directamente, tanto en el seno del proceso penal como fuera de él, por ejemplo mediante prácticas propias de la justicia restaurativa. También comprende la obtención de una reparación del daño a cargo del responsable del hecho delictivo y, en los supuestos y con las condiciones legalmente establecidas, a cargo del Estado, así como el apoyo para superar los efectos de la victimización.

3. PROTEGER A LA VÍCTIMA DEL PROCESO PENAL

Si resulta dudoso hasta qué punto el proceso penal puede y debe transformarse en un instrumento para la protección de los intereses de las personas afectadas por un hecho delictivo, hay mayor consenso respecto a que estas tienen derecho a ser protegidas del

proceso penal, dada la evidencia de los costes que tiene para ellas su contacto con el mismo. No debe sorprender pues que la mayor parte de normas que reconocen derechos de las víctimas en el proceso penal tienen el sentido de prevenir la victimización secundaria. La Directiva 2012/29, antes citada, desarrolla los derechos de las víctimas esencialmente en cuatro ámbitos: el derecho a información, el derecho de acceso a los servicios de apoyo, el derecho a la participación en el proceso penal y el derecho a la protección, con particular incidencia en las víctimas necesitadas de protección especial. La Directiva es ambiciosa en este último punto, que asienta en el explícito reconocimiento del derecho a la protección frente a la victimización secundaria y la revictimización. La norma europea exige a los Estados que adopten medidas respecto a la toma de declaraciones y para evitar el contacto con el infractor (art. 19 y 20). Asimismo, prevé el derecho a la protección de la intimidad (art. 21) y una evaluación individual de las víctimas para establecer en cada caso las necesidades especiales de protección en el proceso penal, mediante la evitación de contacto visual con el imputado y de la reiteración de declaraciones (art. 22). La Directiva establece un estatuto de máxima protección para las víctimas menores de edad, al requerir a los Estados miembros que desarrollen normativamente las condiciones para la práctica de la prueba preconstituida, de modo que se pueda evitar que los niños que declaren como testigos tengan que hacerlo en el juicio oral, aportando como prueba válida la grabación de la declaración realizada, con las debidas garantías procesales, en la frase de instrucción. También se prevé que el interrogatorio pueda hacerse por medio de personas especializadas y que pueda nombrarse un defensor judicial en caso de que se aprecie conflicto de intereses en sus representantes legales (art. 23).

Un aspecto esencial de la Directiva es la instauración del principio de individualización. Este principio se asienta sobre un fundamento victimológico. La diversidad de las víctimas, de sus vivencias y reacciones emocionales desaconseja adoptar fórmulas generalizadoras y exige una concepción flexible de la respuesta que debe darse a cada situación. Ello reclama a menudo un cambio cultural por parte de las autoridades y los profesionales que deben contactar con las víctimas y obliga a poner el foco en la detección de las necesidades individuales. El paradigma que se abre paso se basa en la vinculación entre el ejercicio de los derechos y la identificación de las necesidades. De ahí la importancia de la labor de formación y sensibilización.

La idea de individualización aparece ya en el art. 1-1 de la Directiva, con el mandato de que las víctimas sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria. En relación con los derechos de información las comunicaciones con las víctimas deben tener en cuenta sus “circunstancias personales” (art. 3-2) y se exige a las autoridades competentes que evalúen si las víctimas necesitan interpretación o traducción (art. 4-7). Asimismo, el acceso a los servicios de apoyo se concibe en función de las “necesidades específicas” de las víctimas y sus familiares (art. 8-3), reclamando a los Estados una especial atención a las “necesidades específicas de las víctimas que hayan sufrido daños considerables a causa de la gravedad del delito” (art. 9-2). Tal como sucede con los servicios de apoyo, la concepción de los servicios de justicia restaurativa (art. 12) se fundamenta en el “interés de la víctima” (art. 1-a)), no en una visión estereotipada que condiciona la validez de las prácticas restaurativas a la tipología delictiva o a consideraciones abstractas sin atender a las circunstancias del caso concreto.

La Directiva extiende los derechos a todas las víctimas, sin distinciones respecto a la forma de victimización o a la tipología legal según la cual esta aparezca definida en las legislaciones penales nacionales. Sin embargo, la norma contiene referencias a ciertos colectivos de víctimas. Así, por ejemplo, señala que las víctimas del terrorismo “pueden necesitar especial atención, apoyo y protección, debido al especial carácter del delito cometido contra ellas”, al haber sufrido las consecuencias de actos “cuya intención última era hacer daño a la sociedad” (apartado 16). En relación con la “violencia por motivos de género”, afirma que constituye una forma de discriminación y una vulneración de derechos fundamentales de las víctimas, que requieren con frecuencia “especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia”.

El principio de individualización se manifiesta en la exigencia de que se efectúe una evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección, como condición para acordar las medidas adecuadas a cada caso en el seno del proceso penal. La protección de las personas especialmente vulnerables es una de las cuestiones que ha recibido un tratamiento más pormenorizado en la norma europea. Se perfila así un modelo de protección que en lugar de una distinción rígida entre el estatus de las víctimas en general y el de las víctimas especialmente vulnerables parte de la premisa de que todas ellas tienen necesidades de protección. El *modus operandi* clasificador-estático, basado en la atribución apriorística de la condición de víctima especialmente vulnerable y la regulación tasada de sus efectos, se ve superado, dando paso a un enfoque que atiende a la identificación de factores de riesgo y factores de vulnerabilidad. Ello implica una concepción dinámica de la intervención, centrada en una medición del riesgo de victimización secundaria en función de las circunstancias concretas del caso y del momento y en la posibilidad de adaptar las medidas a las necesidades. Tan solo respecto a los menores de edad la Directiva establece una presunción de vulnerabilidad (art. 22-4).

4. ¿QUÉ CONTRIBUYE REALMENTE A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS?

Si queremos descender del plano normativo del deber ser al de la realidad necesitamos tener en cuenta las aportaciones de la investigación victimológica. Es necesario conocer qué aspectos del proceso penal generan mayor victimización secundaria y cuáles son las prácticas que efectivamente la reducen o la impiden. Hay abundancia de estudios que muestran que la reiteración de declaraciones, la falta de información sobre el curso del proceso y el no poder expresarse son causas que contribuyen al agravamiento del estado emocional de las víctimas. En nuestra investigación con víctimas hemos podido verificar que las víctimas que han tenido que contactar más veces con el sistema de justicia penal son aquellas que han experimentado mayor malestar emocional (Tamarit et al. 2010). También hemos comprobado los efectos negativos que tienen para ellas las situaciones en las que se sienten juzgadas o culpabilizadas, lo cual puede ser consecuencia de una práctica de algunos profesionales condicionada por visiones estereotipadas o poco acertada en la forma de conducir los interrogatorios o comunicarse con las personas afectadas (Tamarit et al. 2015; 2020). Por otra parte, no podemos olvidar que en la mayoría de casos las víctimas no logran que se vea satisfecho su derecho a una reparación

justa y efectiva, lo cual incrementa los sentimientos de frustración y desconfianza. En los casos en que llega a acordarse judicialmente una indemnización esta no se llega a hacer efectiva, por la falta de medios económicos del ofensor y/o por la incapacidad del sistema de justicia penal para asegurar la ejecución forzosa. Además, el sistema de ayudas públicas a cargo del Estado, previsto en España en relación con los delitos violentos y contra la libertad sexual, con carácter subsidiario de la responsabilidad civil, por parte de la Ley 35/1995, ha mostrado un claro fracaso, siendo muy escasos los supuestos en que las víctimas reciben una compensación y, en los casos en que esta llega a percibirse, las cantidades son muy reducidas.

Por otra parte, existe también abundante evidencia sobre el efecto positivo que determinadas prácticas pueden tener para las víctimas. Un aspecto que estas valoran positivamente es haber sentido que han podido expresar libremente su relato y sus emociones, la sensación de tener voz, algo en general más fácil de conseguir en un proceso extrajudicial de justicia restaurativa que en el seno de un proceso penal, aunque no es imposible adoptar buenas prácticas que permitan alcanzar este objetivo. También se ha podido constatar que la asistencia jurídica puede resultar muy beneficiosa, pues puede proporcionar a las víctimas información y orientación de calidad, más allá de la información más fría y burocrática que pueden recibir en las oficinas judiciales, además de apoyo emocional (Tamarit et al. 2020).

La cuestión de la asistencia jurídica es bien ilustrativa de cómo el análisis jurídico y la investigación criminológica pueden llevar a distintas percepciones de los problemas del sistema de justicia penal. Según una visión jurídica o puramente teórica, un sistema como el español, que concede amplios poderes a la acusación particular y representa una anomalía en el contexto europeo, puede ser criticado con razón, pues vincula a las víctimas con el ejercicio de la potestad punitiva. Además, al no existir un acceso universal a la asistencia jurídica gratuita, genera desigualdad, siendo discriminadas las personas que no pueden costearse los servicios de un profesional. Sin embargo, la investigación empírica ha revelado que la acusación particular tiene efectos reales para las víctimas, pues se ha hallado que su presencia en el proceso influye significativamente en la probabilidad de que se dicte sentencia condenatoria y determina que se impongan penas de prisión de mayor duración e indemnizaciones más elevadas a favor de las personas perjudicadas (Tamarit 2017).

No hay duda de que las víctimas menores de edad son un colectivo necesitado de especial atención, dada su limitada capacidad de comprensión del sentido del proceso penal y de la transcendencia de su participación, además de estar expuestos, en muchos casos, a dolorosos conflictos de lealtad y al riesgo de sentirse no creídos o incluso culpabilizados. Por ello son el colectivo destinatario del máximo umbral de protección fijado por la norma. La Directiva europea de 2012 ha previsto la posibilidad, respecto a los menores que deban participar como testigos en el proceso penal, de efectuar una prueba preconstituida, de modo que se les tome declaración en fase de instrucción y que la grabación videográfica de esta prueba, practicada con todas las garantías procesales, pueda ser aportada como prueba en el juicio oral y no sea necesaria su presencia en el mismo. Esta práctica, adoptada en España por la Ley 4/2015, del estatuto de la víctima

de delitos, que ha transpuesto la norma europea, ha sido progresivamente acogida por los tribunales en los casos en que la víctima tenga menos de 14 años. Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha elevado esta posibilidad a regla general en los casos con víctima menor de 14 años, lo cual no excluye que el tribunal pueda llamar a declarar al menor si lo considera necesario para asegurar las garantías del debido proceso. La Ley de 2015 prevé también, siguiendo lo previsto en la Directiva europea, que los interrogatorios a las víctimas menores de edad puedan hacerse por medio de profesionales especializados y que pueda nombrarse un defensor judicial, en caso de conflicto de intereses en los representantes legales del menor. Esta última medida tiene un claro sentido si tenemos en cuenta que la victimización infantil en una medida muy relevante es de carácter intrafamiliar.

Recientemente en Cataluña se ha adoptado un proyecto piloto orientado a poner en funcionamiento el modelo *Barnahus* (casas de niños), desarrollado en los países escandinavos con elementos en común con los *Child Advocacy Centers* existentes en los EUA. Las casas son un espacio adaptado a las necesidades de los niños y adolescentes, en el que se llevan a cabo las declaraciones judiciales y exploraciones de los profesionales, además de intervención psicológica y apoyo social cuando sea necesario. Con ello se evita que los menores tengan que acudir a las dependencias judiciales, de modo que son los jueces, fiscales, médicos forenses y otros profesionales los que se desplazan, evitando así la victimización secundaria. El modelo, implantado en Cataluña, en fase de proyecto piloto, con el apoyo del Gobierno autónomo, las autoridades judiciales y la fiscalía, cuenta con el respaldo de estudios empíricos que han puesto de relieve los efectos positivos de las casas en el bienestar emocional de los niños, además de un impacto en indicadores judiciales, como el incremento del número de casos perseguidos y que terminan en sentencia condenatoria.

Otro colectivo necesitado de especial atención es el de las personas con discapacidad psíquica o intelectual. La investigación victimológica ha demostrado que es un grupo con un elevado riesgo de victimización y que además está especialmente expuesto a la victimización secundaria en el proceso penal, en buena medida por las barreras de comunicación que les impiden ejercer sus derechos y recibir una protección efectiva. La Directiva europea ha puesto el foco en los problemas de comunicación de las víctimas, exigiendo que se adopten medidas para asegurar que estas reciban atención adecuada a sus necesidades, en aspectos como proporcionarles información en un lenguaje comprensible. En España la Ley 4/2015 ha ido más allá del estándar mínimo establecido en la Directiva, extendiendo a este colectivo de personas el nivel máximo de protección previsto para los menores de edad. Sobre esta base normativa pueden incentivarse buenas prácticas, con el apoyo de profesionales especializados, que permitan a los jueces y fiscales detectar las necesidades de estas víctimas y dar una respuesta adecuada. El modelo de asimilación de estas personas a los menores de edad se muestra aquí insuficiente, por apriorístico, dada la diversidad de situaciones existentes que exigen, una vez más, un tratamiento individualizado del caso, para lo que resulta fundamental poder contar con un informe técnico que incluya tanto el impacto del hecho en la víctima como las necesidades especiales de protección de esta en el proceso.

5. EL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LAS VÍCTIMAS

La institución del Ministerio Fiscal se encuentra en una posición ambivalente ante los derechos de las víctimas, pues tiene encomendada la defensa de intereses que son en gran medida compatibles con los de estas, aunque no necesariamente, pues pueden producirse situaciones de conflicto entre la protección de las víctimas y la finalidad de conseguir la condena del infractor. La ley procesal española atribuye a la referida institución no solo el ejercicio de la potestad punitiva del Estado sino también la solicitud de indemnización a favor de las personas perjudicadas por el delito, aunque en la práctica el conocimiento que se tiene del impacto real del hecho delictivo en la víctima en el seno del proceso penal es muy limitado. También le encomienda la protección de los menores y de las personas con discapacidad.

Un punto crítico en España es la práctica de la conformidad. Según la ley procesal, los jueces están obligados a dictar sentencia de estricta conformidad en los casos en que la persona acusada y su defensa se muestren conformes con la acusación, siempre que la pena solicitada no exceda los seis años de prisión. Ello atribuye un gran poder a los representantes del Ministerio Fiscal, como muestra el hecho de que más del 50% de sentencias penales dictadas en el Estado, según la estadística judicial, son de conformidad. En el ejercicio de este poder, los citados representantes pueden decidir dar mayor o menor valor a los intereses de las víctimas. Un problema a veces denunciado es que los fiscales, para conseguir una conformidad, reducen no solo la pena solicitada sino también la indemnización, sin haber antes consultado a la persona perjudicada, quien, si no se ha personado como parte en el proceso, puede ver defraudada su expectativa de obtener una sentencia adecuada a sus intereses.

Además, cabe identificar momentos críticos, en los que puede comprobarse si los representantes del Ministerio Fiscal, como el resto de profesionales que intervienen en el proceso penal, desempeñan sus funciones con mayor o menor atención y sensibilidad hacia los derechos y las necesidades de las personas afectadas por el hecho delictivo. Aspectos clave pueden ser la forma de conducir los interrogatorios, la petición de informes psicológicos sobre el impacto del hecho o interesar una evaluación efectiva de las necesidades de protección de las víctimas en el proceso penal, al objeto de que puedan adoptarse las medidas más adecuadas al caso concreto. Todas aquellas iniciativas que puedan mejorar la formación de los profesionales, a partir de los resultados de la investigación victimológica, a fin de poder identificar fases críticas del proceso, así como buenas y malas prácticas, deben ser bienvenidas y contar con el apoyo de las instituciones.

“REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL CHILENO”¹

Guillermo Oliver Calderón²

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema que establecía el Código de Procedimiento Penal de 1906, la víctima, si bien podía deducir querrela, lo que le permitía actuar como parte acusadora, no tenía derechos expresamente establecidos en la ley, salvo algunos muy marginales, como, por ejemplo, el de no rendir fianza de calumnia si decidía querrellarse (art. 100 N° 1). Incluso, no era considerada un testigo hábil para declarar (art. 460 N° 11).

En el actual sistema procesal penal, en cambio, la víctima cumple un papel mucho más importante. Se ha considerado un objetivo político criminal del sistema la promoción y el respeto de los intereses de la víctima, interviniente protegido por una serie de derechos que puede hacer valer por el solo hecho de ser tal, sin necesidad de querrellarse³. El artículo 109 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) establece un listado de derechos que la víctima puede ejercer (solicitar medidas de protección, presentar querrela, ejercer acciones civiles, ser oída por el fiscal o por el tribunal antes de la suspensión o de la terminación del procedimiento e impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria), a los cuales cabe añadir otros que se encuentran consagrados en diversas disposiciones del CPP, como, por ejemplo, solicitar ciertas medidas cautelares (arts. 155 y 157), oponerse a la suspensión condicional del procedimiento y apelar de la resolución que la decreta (art. 237 incs. 5° y 8°), pedir la revocación de dicha salida alternativa (art. 239) y celebrar acuerdos reparatorios (art. 241), entre otros derechos más.

Otra manifestación de la preocupación político criminal de velar por los intereses de la víctima se encuentra en la declaración, contenida en la Constitución Política de la Re-

¹ Este trabajo corresponde a una versión levemente ampliada de la ponencia que, con el mismo título, presenté el 22 de julio de 2021 en el congreso internacional “El Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal”, organizado por la Academia de la Fiscalía de Chile.

² Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl.

³ Puede verse un análisis de tales derechos en CASTRO JOFRÉ, Javier, “La víctima y el querellante en la reforma procesal penal”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXV, 2004, pp. 127-141.

pública (en adelante, CPR), acerca de la posibilidad de dicho interviniente de ejercer la acción penal.

Transcurridos más de veinte años desde la Reforma Procesal Penal y encontrándonos inmersos en un proceso constituyente, parece este un buen momento para reflexionar críticamente y revisar algunos problemas que el reconocimiento constitucional del ejercicio de la acción penal de la víctima trae aparejados.

II. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE ALUDEN AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA VÍCTIMA

En la aún vigente CPR, de 1980, durante muchos años no se hizo ninguna alusión al eventual ejercicio de la acción penal por parte de la víctima. Fue en 1997, mediante la Ley N° 19.519, ley de reforma constitucional que creó el Ministerio Público, cuando por primera vez se introdujo en el texto constitucional una referencia al punto. Después de señalarse en el primer inciso del entonces artículo 80 A de la CPR, el cual después pasó a ser el artículo 83, que “[u]n organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley [...]”, se declaró en el inciso siguiente que “[e]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley *podrán ejercer igualmente la acción penal*”⁴.

Hasta el año 2011, esta fue la única referencia constitucional al ejercicio de la acción penal por parte de la víctima. Ese año, como consecuencia de ciertos movimientos sociales que buscaban modificar la situación de la víctima en el proceso penal, interviniente que dichos movimientos consideraban que se hallaba en una situación desmejorada en comparación con el imputado, situación que se hacía consistir en que este podía contar con representación judicial gratuita y la víctima no siempre podía hacerlo⁵, se dictó la Ley N° 20.516, ley de reforma constitucional que estableció “la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”. Mediante esta ley, se agregó en el inciso tercero del artículo 19 N° 3 de la CPR, la siguiente oración: “La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, *a efecto de ejercer la acción penal* reconocida por esta Constitución y las leyes”⁶.

Con independencia de que hasta la fecha no se ha dictado ninguna ley que cumpla el mandato contenido en esta última disposición constitucional, aunque sí existe un proyecto de ley en actual tramitación parlamentaria que se orienta en esa dirección⁷, lo que quiero poner de relieve es que por segunda vez la CPR hizo referencia al ejercicio de la

4 Las cursivas han sido añadidas.

5 RIEGO RAMÍREZ, Cristián, “La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella”, en *Política Criminal*, vol. 9, N° 18, 2014, PP. 673-674, 677-678.

6 Las cursivas han sido agregadas.

7 Véase el Boletín N° 13.991-07.

acción penal por parte de la víctima. A continuación, se revisarán algunos problemas derivados del reconocimiento constitucional de la acción penal de la víctima.

III. PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL

Dejando a un lado el hecho de que en el ámbito del proceso civil no existe consenso absoluto para delimitar el alcance del concepto de acción, su importación acrítica desde el ámbito del proceso penal resulta extremadamente problemática, atendidas las evidentes diferencias que existen entre ambos procesos⁸. Tanto si se utiliza una noción tradicional de acción, que la entienda como un derecho a la jurisdicción, es decir, como el poder jurídico del actor de acudir al órgano jurisdiccional para hacer valer su pretensión, o sea, la auto-atribución de un derecho, solicitando su tutela judicial efectiva⁹, como si se usa una idea más moderna de acción, que la comprenda como la facultad de solicitar tutela jurisdiccional a un derecho subjetivo o interés que pertenezca a la esfera exclusiva del solicitante¹⁰, por las razones que a continuación se indican, es claro que su aplicación en el ámbito del proceso penal no puede tener cabida.

Por una parte, si se analiza la función del Ministerio Público en el proceso penal, difícilmente podría sostenerse que este organismo sea titular de un derecho subjetivo o de un interés que pertenezca a su esfera exclusiva, para proteger el cual deba solicitar tutela jurisdiccional. El Ministerio Público representa en el proceso penal un *interés general*, lo que explica que este órgano no tenga un derecho a su favor, sino un *deber* de ejercer lo que se denomina acción penal pública. Varias disposiciones de nuestro ordenamiento se fundan en esta idea, como, por ejemplo, el artículo 53 del CPP, cuyo inciso segundo declara que “[l]a acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial *deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público*”¹¹.

Por otra parte, si se examina la situación de los otros sujetos (el ofendido por el delito u otras personas) que, según lo que indica la Constitución, se encuentran habilitados para ejercer la acción penal, indicación que cabe reconducir a quienes en el actual sistema procesal penal pueden deducir querrela (en general, sujetos mencionados en el artículo 111 del CPP), se constata con facilidad que tales sujetos no buscan la tutela de derechos subjetivos o de intereses que pertenezcan a su esfera exclusiva, sino que solicitan que se haga efectivo el *ius puniendi*, cuya titularidad le corresponde al Estado¹².

En otro orden de ideas, los problemas que plantea la utilización del concepto de acción en el proceso penal se incrementan cuando se constata que nuestro ordenamiento

8 En este sentido, ya FENECH, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, tercera edición, Editorial Labor, Barcelona, 1960, p. 283.

9 Véase COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, tercera edición, décimo tercera reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 57 y 72.

10 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XXI, N° 2, 2008, pp. 246-247.

11 El destacado en cursivas ha sido agregado.

12 BORDALÍ SALAMANCA, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”, ob. cit., p. 247.

jurídico atribuye más de un significado a dicho vocablo. En algunas ocasiones, se utiliza tal expresión para aludir a un *derecho de iniciativa*, destacando la idea de que se necesita la voluntad de una determinada persona para que se pueda perseguir un delito. Es esto lo que sucede, por ejemplo, en los llamados delitos de acción privada, respecto de los cuales la ley dispone que la acción penal solo podrá ser ejercida por la víctima (arts. 53 inc. 3° y 400 inc. 1° CPP). Pero en otras ocasiones, la expresión acción penal es utilizada para aludir a la *acusación*. Así sucede, verbigracia, en el artículo 83 de la CPR, cuando después de señalar que el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, agrega que, dicho organismo, “en su caso, ejercerá la acción penal pública”.

Atendidas todas las complicaciones que tiene aplicar en materia procesal penal el concepto de acción del proceso civil, se ha planteado que debe prescindirse de dicho concepto, por lo menos, si se lo pretende utilizar para explicar la acción penal pública. Algunos sostienen que solo es acción la privada, la que puede ejercer la víctima en los llamados delitos de acción privada, y que la facultad del Estado para intervenir a través del Ministerio Público en el proceso penal tiene que, necesariamente, concebirse como algo distinto¹³. Otros plantean que el concepto tradicional de acción no tiene ninguna utilidad en el Derecho Procesal Penal, por lo que, derechamente, debería abandonárselo¹⁴, no faltando quienes proponen sustituirlo por el de acusación¹⁵.

No obstante, estos problemas no fueron considerados por nuestro constituyente, al decidirse a incluir en la CPR una referencia, en general, a la acción penal dentro del proceso penal y, en particular, a la acción penal de la víctima, lo que, a su vez, ha llevado al surgimiento de nuevos inconvenientes.

IV. IDEAS (EQUIVOCADAS) DERIVADAS DE UN SUPUESTO DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Como consecuencia de la decisión de incorporar en la CPR una referencia a la acción penal de la víctima, se han planteado algunas ideas que no pueden ser aceptadas. Una de ellas es que la víctima sería titular de un derecho a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del tribunal, idea que fue sostenida por el Tribunal Constitucional en algunas sentencias de fines de la primera década del presente siglo¹⁶, pero que en sentencias posteriores este mismo tribunal matizó¹⁷.

La verdad sea dicha, la víctima no tiene un derecho a someter a juicio penal a alguien, ni siquiera si se querella. La víctima que deduce una querrela no pide tutela jurisdiccional para un derecho o un interés individual, sino que simplemente colabora con el ejercicio

¹³ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, segunda edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, reimpresión 2000, p. 214.

¹⁴ En este sentido, MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo I, vol. A, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 179, n. 208 y p. 204.

¹⁵ FENECH, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, ob. cit., p. 285.

¹⁶ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de agosto de 2008, dictada en causa rol N° 815-07.

¹⁷ Entre otras sentencias del Tribunal Constitucional, puede verse la de 31 de agosto de 2010, dictada en causa rol N° 1542-09 y la de 7 de enero de 2014, dictada en causa rol N° 2510-2013.

estatal de la función pública de persecución criminal. Es inimaginable un derecho de aquella clase en un procedimiento penal basado en el principio de oficialidad¹⁸. Y si el querellante llega a formular una acusación, tampoco invoca un derecho o un interés individual.

Si bien es cierto que la idea original de que la víctima tendría un derecho fundamental de acción en el proceso penal fue luego morigerada por el Tribunal Constitucional, tal idea impulsó la aparición de otros planteamientos que tampoco pueden ser aceptados. Se trata de planteamientos que, en buena medida, buscan, mediante otros caminos, llegar al mismo destino, es decir, a que la víctima pueda, incluso sin la voluntad del Ministerio Público, titular exclusivo de la función estatal de persecución penal, someter a un imputado a juicio.

Uno de esos planteamientos derivados es aquel que afirma que es posible que tenga lugar el forzamiento de la acusación, pese a que el Ministerio Público no haya formalizado la investigación. Hay quienes han sostenido que la ausencia de formalización de la investigación no impide activar el mecanismo previsto en el artículo 258 del CPP, argumentando que, de lo contrario, el querellante se encontraría “atado de manos” y no podría hacer nada para conseguir que se persiga penalmente un hecho, frente a un fiscal que se muestre reacio a formalizar la investigación¹⁹.

Es evidente que tal planteamiento procura conseguir que la víctima pueda, sin la voluntad del Ministerio Público, llevar a juicio al imputado. Sin embargo, existen buenos argumentos para sostener que para que tenga lugar el forzamiento de la acusación, debe haberse formalizado la investigación. Por un lado, el artículo 261 letra a) del CPP, que alude a la facultad del querellante de adherir a la acusación del fiscal o de presentar acusación particular, establece, en este último caso, que aquel interviniente puede ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, “siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación”. Esto demuestra que el querellante solo puede acusar a una persona si previamente el fiscal ha formalizado la investigación en su contra.

Por otro lado, el inciso final del artículo 259 del CPP consagra la idea de una correlación entre la acusación y la formalización de la investigación, al exigir que toda acusación se refiera “a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”. Tal exigencia obedece a la necesidad de respetar el derecho de defensa del imputado, una de cuyas proyecciones es su derecho a “[s]olicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen” [art. 93 inc. 2° letra c) CPP]. El imputado se entera de los hechos delictivos que se le atribuyen, generalmente, a través de la comunicación en que consiste la formalización de la investigación (art. 229 CPP). Una vez efectuada esta comunicación, el imputado habrá conocido la imputación que se le formula, por lo que podrá solicitar diligencias de investigación de descargo destinadas

18 BORDALÍ SALAMANCA, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”, ob. cit., p. 249.

19 Aceptan la posibilidad de que tenga lugar el forzamiento de la acusación sin previa formalización de la investigación, RODRÍGUEZ VEGA, Manuel / PINO REYES, Octavio, “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 22, N° 1, 2015, pp. 376-381.

a desvirtuarla. Si se permitiera al querellante acusar en los términos del artículo 258 del CPP sin que se haya formalizado la investigación, se afectaría el derecho de defensa del imputado en el aspecto que se ha indicado, porque se le estaría acusando sin que se le hubiera comunicado formalmente una imputación que pudiera haber desvirtuado mediante diligencias de investigación que hubiera podido pedir²⁰.

Hay quienes, intentando salvar esta última objeción, han propuesto sustituir la formalización de la investigación por la querrela, como punto de referencia en la evaluación de su congruencia con la acusación²¹. Semejante planteamiento no es de recibo, pues pasa por alto que el escrito de querrela no tiene por función la de comunicar al imputado ciertos hechos delictivos que se le atribuyan²². No existe en nuestro ordenamiento procesal penal alguna disposición que obligue a notificar al imputado la querrela presentada en su contra.

Afortunadamente, existe en actual tramitación parlamentaria un proyecto de ley, que, entre otras finalidades, pretende modificar el artículo 258 del CPP para poner fin a la discusión y establecer que para que el forzamiento de la acusación tenga lugar, es necesario que la investigación se haya formalizado²³. Se trata de un paso adelante en la dirección correcta.

Otro planteamiento que deriva de la equivocada idea de que la víctima tendría un derecho fundamental de acción en el proceso penal, es aquel que afirma que tal interviniente sería un legitimado activo para poner en movimiento el mecanismo previsto en el artículo 186 del CPP. Como es sabido, este mecanismo, que algunos han denominado “forzamiento de la formalización de la investigación”, permite que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se haya formalizado, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos investigados o que le fije un plazo para que formalice la investigación. Aun cuando es evidente que el sentido del citado artículo 186 es brindar protección al imputado afectado por una investigación no formalizada (o incluso a terceros no intervinientes, que se vean afectados en el ejercicio de sus derechos constitucionales²⁴), el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta disposición también entrega a la víctima una herramienta para conseguir que

20 En el sentido de exigir que haya habido formalización de la investigación para que tenga lugar el forzamiento de la acusación, pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 14 de marzo de 2007, en causa rol N° 08-2007; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 22 de junio de 2010, en causa rol N° 747-2010; de la Corte de Apelaciones de Talca, de 14 de julio de 2010, en causa rol N° 239-2010; de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de diciembre de 2010, en causa rol N° 2440-2010; de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 21 de abril de 2015, en causa rol N° 40-2015; de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de noviembre de 2012, en causa rol N° 606-2012, y de la Corte Suprema, de 26 de febrero de 2009, en causa rol N° 6742-2008, y de 17 de septiembre de 2013, en causa rol N° 4909-2013. En igual sentido, véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, “La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, N° 26, 2011, pp. 123-124.

21 En este sentido, RODRÍGUEZ VEGA / PINO REYES, “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”, ob. cit., p. 378.

22 Así, NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “La víctima en el proceso penal contemporáneo. Una mirada crítica”, en PRIORI POSADA, Giovanni (coord.), *Proceso y Constitución. Justicia y Proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes*, Palestra, Lima, 2019, p. 278.

23 Véase el Boletín N° 13.752-07.

24 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal*, tomo I, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 317.

un fiscal renuente a formalizar la investigación lo haga²⁵, lo que más adelante permitiría a la víctima, si se ha querellado, adherir a la acusación del fiscal o formular acusación particular, en el evento de que el fiscal acuse, o impulsar el forzamiento de la acusación, en el evento de que el fiscal no acuse.

Este planteamiento tampoco puede ser aceptado, no solo porque no toma en cuenta el *telos* del referido artículo 186, el cual, como lo he señalado, busca proteger al imputado, sino además porque no se ajusta al tenor de dicho precepto legal, ya que la literalidad de este alude a quien se considera afectado “por una investigación *que* no se hubiere formalizado judicialmente”²⁶, y no a la persona que se estime afectada *porque* no se hubiera formalizado la investigación. Como puede apreciarse, es la investigación misma la que debe producir la afectación, no el hecho de que no esté formalizada²⁷.

V. CONCLUSIÓN

Las ideas hasta aquí desarrolladas cobran especial relevancia en los tiempos actuales. Sería del todo deseable que en el proceso constituyente que actualmente se lleva adelante, ellas fueran, al menos, consideradas cuando se analice la futura regulación del Ministerio Público en la nueva Constitución y la conveniencia o inconveniencia de mantener, modificar o eliminar las referencias constitucionales a la acción penal de la víctima.

Asumiendo como premisa, por las razones que ya he señalado, que no existe algo así como un derecho fundamental de acción en el proceso penal, mi sugerencia para este reducido pero importante punto de la nueva Constitución, sería que derechamente se eliminaran todas las alusiones a la acción penal de la víctima. Sí podría, eventualmente, incluirse una referencia a la simple participación de la víctima en el proceso penal (además de establecerse en su favor un deber de información y protección), porque eso es lo único que un proceso penal basado en el principio de oficialidad podría permitir: que la víctima participe en el proceso penal, colaborando con el Ministerio Público, titular

25 Entre otras, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional, de 2 de junio de 2009, dictada en causa rol N° 1244-2008; de 20 de agosto de 2009, dictada en causa rol N° 1337-2009; de 3 de noviembre de 2009, dictada en causa rol N° 1380-2009; de 29 de diciembre de 2009, dictada en causa rol N° 1467-2009; de 15 de abril de 2010, dictada en causa rol N° 1341-2009; de 18 de mayo de 2010, dictada en causa rol N° 1404-2009; de 13 de julio de 2010, dictada en causa rol N° 1394-2009; de 5 de octubre de 2010, dictada en causa rol N° 1484-2009; de 30 de diciembre de 2013, dictada en causa rol N° 2561-2013; de 20 de enero de 2015, dictada en causa rol N° 2680-2014, y de 11 de junio de 2015, dictada en causa rol N° 2702-2014. Por su parte, MATORANA MIQUEL, Cristián / MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, tercera edición, Librotecnia, Santiago, 2017, pp. 801-804, también aceptan que la víctima pueda invocar el mecanismo de protección previsto en el artículo 186 del CPP, pero solo para conseguir que el juez ordene al fiscal informar acerca de los hechos objeto de la investigación.

26 Lo destacado en cursivas ha sido agregado.

27 Similar, reconociendo directa o indirectamente, que el mecanismo previsto en el artículo 186 del CPP no puede ser invocado por la víctima, véase HERRERA SEQUEL, Marta, “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXVI, N° 1, 2005, p. 388; Salas Astrain, Jaime, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*, tercera edición, Librotecnia, Santiago, 2019, pp. 37-65; PIEDRABUENA RICHARD, “La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante”, ob. cit., p. 121; RODRÍGUEZ VEGA / PINO REYES, “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”, ob. cit., pp. 373-376; BOFILL GENZSCH, Jorge, “Conferencia”, en *Extensión*, N° 5, Seminario “Problemas actuales del derecho al recurso en el proceso penal”, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, octubre 2012, pp. 25-26.

exclusivo de la persecución penal pública, no que la víctima pueda llevar a juicio al imputado contra la voluntad del Ministerio Público.

La solución (de compromiso) que nuestro sistema ofrece para que, siempre que se haya formalizado la investigación, la víctima (querellante) pueda ser autorizada para llevar a juicio al imputado como único acusador cuando el Ministerio Público ha decidido no formular acusación (art. 258 CPP), es una auténtica rareza en el contexto procesal penal comparado²⁸ y da cuenta de una evidente “privatización” de la persecución penal pública²⁹, incompatible con un proceso penal basado en el principio de oficialidad³⁰. Extender todavía más esa solución, permitiendo que el querellante sea el único acusador en juicio cuando el Estado ni siquiera ha realizado una imputación penal a través de una formalización de la investigación, sería completamente inaceptable.

28 Lo reconoce RIEGO RAMÍREZ, “La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella”, cit., pp. 672-673.

29 Así, HORVITZ LENNON, María Inés, en HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 296: “En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en el vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas”.

30 Véase MAIER, Julio, “La víctima y el sistema penal”, en *Jueces para la democracia*, N° 12, 1991, p. 44: “Si se persiste en un procedimiento penal oficial, cuyo principio básico es la persecución penal pública, resulta imposible dejar que la persecución continúe [...] sólo por voluntad del ofendido”.

“ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA RELACIÓN POLICÍAS Y FISCALES”¹

Alejandra Mohor Bellalta²

Quisiera en compartir con ustedes una aproximación: proponer elementos para comprender desde lo institucional cómo se ha dado la vinculación entre las policías y el Ministerio Público desde una perspectiva histórica y situada. Porque si bien la ley otorga elementos para determinar el marco de esa vinculación, esta no está solamente determinada por el marco legal, sino también por el contexto histórico y situado de esta vinculación (dónde y en qué condiciones).

La década de los noventa, cuando se van a suceder los eventos que vamos a describir a continuación, es un periodo de profundas transformaciones: en general respecto de la modernización del Estado, desde la introducción de la nueva gestión pública, la incorporación de los indicadores como un elemento medir la capacidad estatal para dar respuesta a los problemas públicos que atienden; hasta los desafíos mayores de la democratización de este Estado y sus instituciones.

Es que América Latina va a estar buscando transformar el funcionamiento del aparato estatal, y para ello se va a valer de muchas de las experiencias que desde el *norte global* vamos a poder recoger para introducir estas transformaciones en el funcionamiento del Estado, y particularmente en los sistemas de seguridad y justicia. No obstante, estas experiencias deben mirarse con cautela porque, como veremos, esta condición de histórica y situada genera divergencias entre un hemisferio y otro.

Quiero comenzar con algunos elementos teóricos y conceptuales que me parecen claves para entender el momento que se estaba viviendo en la década de los noventa y que no termina con la sola declaración de los procesos de reforma, sino que da inicio, más bien, a esas transformaciones. Esto es cómo entendemos el ejercicio estatal del poder como dominación para alcanzar conformidad con el derecho.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Profesora Universidad de Chile

Es propio de los regímenes autoritarios acceder a la conformidad con el derecho vía la coerción y el uso de la fuerza para alcanzar la obediencia. Entonces, hablar de democratización del Estado implica necesariamente trasladarnos desde la mirada de la coerción a aquella asociada al control ideológico, que va a encontrar en la legitimidad de las instituciones una fuente fundamental para que esta conformidad con el derecho se alcance a través del consentimiento y ya no de la obediencia.

Y esta distinción, que es fundamental para entender cómo las instituciones del Estado, y en particular las instituciones de los sectores de seguridad y justicia, van a adecuar sus estructuras para dar respuesta a ello [la democratización], requiere mirar las teorías de la Justicia Procedimental. Esto es: cuál es el proceso a través del que el ejercicio del poder se transforma en autoridad legítima. Y la invitación va a ser, desde esta perspectiva, ya no a mirar solamente los resultados que alcanzan las instituciones, sino cuáles son los medios a través de los cuales llegan a estos resultados. Particularmente, la invitación es a prestar atención a aquellos elementos que tienen que ver con los procedimientos: respetuosos, neutrales, confiables y que además consultan a la opinión de la ciudadanía.

Esto va a implicar tremendos desafíos para sociedades como la chilena y en general las latinoamericanas que, como bien sabemos, durante la década de los noventa enfrentamos procesos de democratización importantes y que nos van a llevar a trasladar estos principios, estos estadios deseables de funcionamiento a las instituciones que hacen parte del aparato del Estado y como digo particularmente de los sectores de seguridad y justicia. Pero un elemento adicional a ello –que tiene particular relevancia cuando queremos mirar la experiencia anglosajona– es que el modelo de Estado continental del que somos tributarios los países latinoamericanos, heredados de la tradición española (franco-española), dista bastante del modelo de Estado anglosajón, y esto queda en evidencia cuando observamos cómo se desenvuelve, cómo se comprende el *deber ser de la seguridad* provista desde el Estado y en particularidad con la forma que adquieren sus instituciones policiales. Hay autores que se refieren aquí, para distinguir estos dos modelos a la policía del pueblo (para hablar de aquella proveniente del nuevo anglosajón) y la policía del príncipe.

Entonces en América Latina nos vamos a encontrar con dos grandes elementos: por una parte, cuál es la forma original desde donde ha construido el Estado moderno en América Latina [modelo continental]; y cómo los gobiernos autoritarios vinieron a consolidar esta forma de ejercer el poder en el territorio, sobre la ciudadanía.

Y si pensamos qué tan relevante es la policía para comprender o para cimentar las democracias en proceso de transición, veamos datos como los que nos presenta José Miguel Cruz a través del análisis del Barómetro de las Américas, donde efectivamente las actitudes políticas de los ciudadanos hacia la democracia se ven seriamente afectadas cuando la policía está involucrada en delitos, cuando hay corrupción policial y cuando esta policía maltrata a la ciudadanía. Por otra parte, el Índice Mundial de Seguridad y Policía (nos muestra en la gráfica) cómo la presencia de una democracia plena tiene una alta correlación con las instituciones policiales legítimas –en este sentido de la legitimidad más allá de lo legal, desde la perspectiva de la ciudadanía–. Las teorías de justicia procedimental, que son estas que ponen el énfasis en el cómo las instituciones del sector seguridad y

justicia, particularmente, transforman el poder del Estado en adhesión a la norma, tienen una larga data de análisis, estudios y evidencia empírica en el norte global, donde sabemos que los modelos de estados son diferentes y también las policías adquieren características diferentes, así como los contextos de inseguridad, tanto objetiva como subjetiva. Algunos primeros estudios desarrollados en África y Asia cuestionaban la pertinencia de la justicia procedimental para entender la legitimidad, poniendo un mayor énfasis en los resultados que obtenían las instituciones del sector seguridad y justicia. Es decir, no importaban tanto en estos países –con instituciones débiles y de altos niveles de criminalidad– el cómo, sino el resultado al que se accedía.

Pues en los últimos años se ha venido desarrollando evidencia para América Latina, en este caso, para El Salvador preguntándose cuáles son estos determinantes de la legitimidad policial, y si nos aproximamos a solidificar esta idea de que efectivamente el acceso a la policía y su disposición a interactuar con la ciudadanía, así como la ausencia de maltratos y abusos policiales, van a tener un rol muy importante, no solo en la legitimidad policial, sino mas bien y como consecuencia de ello, en la disposición de ciudadanos y ciudadanas a colaborar con las instituciones y adherir a la norma, que es uno de los fines deseados del Estado en general y de estas instituciones en particular.

Otro estudio un poco más reciente, particularmente para el caso de los barrios de alta concentración de desventajas sociales y económicas, corrobora también en este mismo sentido y nos plantea un matiz entre ciudades. En el caso de Santiago de Chile, vemos que efectivamente son los aspectos de la justicia procedimental aquellos más relevantes para percibir como legítima la actuación de la policía, en este caso particularmente de Carabineros, en desmadro del desempeño de estas instituciones, es decir, del resultado. Vemos también variable de control, y particularmente importante es la edad respecto de esta valoración.

Entonces, en síntesis tenemos un cúmulo de experiencias, evidencia y respuestas teóricas, sobre hacia dónde conducir o cómo darle relevancia a ciertos aspectos particulares de la actuación de las instituciones del sector seguridad y justicia, que provienen del norte global y que progresivamente hemos venido solidificando y dándole una mirada específica, particular para América Latina, en contextos de transiciones democráticas, en contextos de procesos de modernización del Estado, que son justamente aquellos en los que surge la necesidad de introducir reformas tan importantes como la Reforma Procesal Penal y las reformas que tuvieron algunas intenciones y algunos matices en general América Latina respecto de la policía –y en el caso chileno, que no voy a entrar en detalle–. Así entonces, en paralelo que comienza la discusión sobre la Reforma Procesal Penal, el tránsito de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, se abre una discusión sobre qué transformaciones deben tener las instituciones policiales para enfrentar estos desafíos de una actuación legítima, propia de un régimen democrático, donde por cierto van a entrar a tallar nuevos desafíos como la necesidad de rendir cuentas y de ser supervisadas más allá incluso de sus propios resultados.

Esto va a ocurrir en paralelo –en el caso chileno a partir del año 2000– con la progresiva introducción y tránsito hacia un paradigma de seguridad que va a ser distinto de aquel que tradicionalmente se había desarrollado: [de uno] centrado en el orden público y –en

las décadas inmediatamente anteriores a los procesos de reforma—, desde la doctrina de seguridad interior; [hacia] otro de seguridad ciudadana, que implica la necesaria convergencia de otros múltiples actores en lo que denominamos la prevención de los delitos y la violencia.

Para hablar de ese momento en particular quiero desempolvar una investigación del año 2007, en la que tuve oportunidad de participar desde el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana, el contexto de esta investigación como se acordarán, es que con la implementación de la reforma procesal penal en cada una de sus fases, lo que se observaba —y que fue objeto de amplios cuestionamientos y análisis— es que aumentaba significativamente las denuncias particularmente por los delitos de menor cuantía, y se reducía también en una medida similar las de detenciones efectuadas por la policía. En ese contexto es que se lleva a cabo este estudio para conocer cuál es el efecto de la reforma procesal penal, en relación a la seguridad ciudadana. Aquí lo que quiero resaltar son algunos relatos para llevarnos directamente al terreno que nos compete de las policías, tanto Carabineros como la Policía de Investigaciones, aunque estos principalmente corresponden a Carabineros, porque ¿Qué es lo que intento transmitir acá con todo este tremendo marco conceptual? Y es que las instituciones, como señalaba el profesor Peña el día de la inauguración de este evento, algunas de nuestras instituciones estuvieron marcadas por un fuerte carácter corporativista que queda reflejado en estas declaraciones textuales de policías y carabineros entrevistados. Instituciones que estaban ancladas, que habían nacido bajo un modelo, se comprendían a sí mismas bajo ese modelo, y que de pronto debían enfrentar el desafío de una transformación muy fuerte respecto de la investigación criminal, con la creación del Ministerio Público y este rol de dirección de la investigación, pero que además estaban viviendo estas otras transformaciones paradigmáticas, dejaban de ser los actores protagonistas de la seguridad. Es decir, estas dos tareas fundamentales y principales de las policías, que son prevención del delito e investigación criminal, estaban siendo compartidas de la noche a la mañana (vamos a decir en comparación a los largos tiempos de la historia) con otros actores a los que, como vemos en la última cita, incluso se les cuestionaba sobre su capacidad profesional para hacerse cargo de una temática que consideraban propia.

Acá estamos viendo por una parte el reflejo claro de este tránsito, de este cambio de paradigma, de esta necesidad de salir del corporativismo que aun vemos y que es aun, creo yo, uno de los elementos fundamentales de la crisis que hoy en día vemos particularmente en Carabineros, pero que como se señalaba el fiscal, trasciende a la institución y debe verse como transversal a muchas de las instituciones que operan en el sector. Una cultura enraizada, que tenía una forma de operar que en general, diría yo, es bastante de carta blanca porque la orientación estaba principalmente dada hacia el resultado y mientras el resultado fuera hallar un culpable, lo cierto es que los medios mediante los cuales se alcanzara, las consideraciones respecto de las garantías y los derechos de cualquiera de las partes involucradas no era objeto de atención, y de pronto tuvieron que pasar a hacerlo.

Esta lógica militarizada particularmente de Carabineros donde la obediencia debida está vinculada a la jerarquía, donde se obedece a los superiores, la figura que irrumpe —que es

un civil que además es joven, que no tiene experiencia ni trayectoria, a diferencia de la que tienen los policías— es también un elemento sumamente disonante para las policías y como digo particularmente para el caso de Carabineros de Chile. Este último elemento, la falta de experiencia que sin duda fue una piedra de tope en el proceso y que con 20 años de trayectoria ha sido ampliamente superada, lo cierto es que esto marcó también un efecto muy importante sobre la disposición de las policías para la colaboración con el proceso de reforma en lo que refiere a la investigación criminal.

Esta investigación [estudio], después de analizar muchos datos cuantitativos de la entonces recién nacida Encuesta Nacional Urbana de Seguridad en el levantamiento del año 2003 y otros múltiples datos, llega a una conclusión bastante sencilla —después de tanto tiempo y tanto análisis— y es que esta primera idea de que la reforma procesal penal y su “excesivo” garantismo eran responsables del aumento de los delitos menor cuantía, a la vez que afectaban e inhibían a las policías para poder actuar, lo que redundaba en una baja en las detenciones, no tenía asideros en los datos. No se constató ni un aumento en los delitos, ni un aumento en la denunciabilidad, es decir, en la disposición de denunciar estos delitos, sino más bien un componente muy fuerte asociado a la cultura institucional. Por eso es que me ha parecido que este marco de referencia que entiende el lugar en el que están puestas las instituciones al momento de transformarse era fundamental y sigue siéndolo, puesto que estas reformas no ocurren por decreto, lo sabemos, las instituciones toman tiempo, toman años en transformarse y muy probablemente de las citas que veíamos en la lámina anterior, vamos a encontrar que muchos de estos fenómenos, de estas apreciaciones permanecen particularmente en aquellos funcionarios y funcionarias más antiguos de las instituciones. El recambio generacional también es un elemento colaborador.

Quiero terminar señalando que más allá también de esta vinculación explícita a la necesaria coordinación para la investigación criminal que se establece entre el Ministerio Público y las policías, con el devenir de estas dos décadas se han venido creando otros marcos al alero del paradigma de la seguridad ciudadana —seguridad pública en el ordenamiento nacional actual— que van a promover otros espacios, otras instancias de a lo menos concertación con muchos otros actores incluso más allá de la policía, y por cierto más allá de lo específicamente referido a la investigación criminal. Solo a modo de ejemplo los Consejos Nacionales, Regionales y Comunales de Seguridad Pública donde se convoca la presencia del Ministerio Público, a través del representante que según nivel administrativo corresponda. Pero hemos visto y hemos concurrido hacia otros espacios de concertación de este tipo que están bajo el marco de esta transformación paradigmática que ya lleva 20 años y que todavía está en proceso de consolidarse.

“MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE PROBLEMAS Y DESAFÍOS A 20 AÑOS DE LA PUESTA EN MARCHA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL”¹

Mauricio Duce Julio²

INTRODUCCIÓN

Parto por expresar mi alegría por haber sido invitado y tener la posibilidad de participar en este congreso que es, en parte una celebración, y, en parte, una oportunidad para mirar evaluativa, crítica y constructivamente qué es lo que ha pasado en este tiempo y así proyectar los próximos 20 años de trabajo de nuestro sistema acusatorio.

Mi intención es identificar algunos elementos de diagnóstico problemáticos de cómo la relación Ministerio Público y las policías se ha ido desarrollando en el transcurso de los años e identificar algunos desafíos a futuro de manera de poder ayudar a orientar esfuerzos de mejora en esos ámbitos. El foco estará en las funciones investigativas policiales y no en otras dimensiones de su trabajo que obligarían a abrir un debate un poco distinto, aun cuando hay que tenerlo presente como elemento de contexto. No pretendo tampoco entrar al detalle de cuestiones operativas que ustedes fiscales conocen mucho mejor que yo, sino más bien poner acento en temas de corte más bien estructural que tienen incidencia en ellas.

¹ El presente texto corresponde a la presentación realizada el día jueves 22 de julio de 2021 en el Congreso “El Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal”. Se ha mantenido el tono coloquial de dicha presentación y se han incluido algunas referencias básicas de apoyo a las que se hizo alusión en la presentación.

² Profesor Universidad Diego Portales

Quisiera aclarar antes de partir que este enfoque no ha sido parte de alguna investigación personal sistemática sobre la materia en los últimos años. Sí he trabajado en varias investigaciones que involucran el trabajo del Ministerio Público y el trabajo de las policías en materias específicas, por ejemplo, en la realización de los procedimientos de reconocimientos oculares³, el uso de los controles de identidad⁴, entre otros. También me ha tocado participar en distintas iniciativas que han mirado el tema de la reforma policial, pero eso lo he visto a nivel más macro del trabajo de las policías y no centrado exclusivamente en su rol investigativo en el proceso penal⁵. Espero, por lo mismo, que mis reflexiones les sean de utilidad.

1.- UN POCO DE HISTORIA

Antes de iniciar con el análisis de problemas y desafíos me parece interesante que hagamos un poco de historia. Como es sabido, el nuevo proceso penal implicaba cambios importantes en la regulación de las policías y, especialmente, en la relación de ellas con este nuevo actor que era el Ministerio Público. Es por eso por lo que la regulación del trabajo policial en el Código Procesal Penal (en adelante el CPP) y, en especial, las relaciones entre ellos y el Ministerio Público fueron un tema de discusión y preocupación aún antes del inicio de la reforma⁶.

Esta conversación estaba fuertemente cruzada por algunos factores que creo relevante poner sobre la mesa. El primero es el diagnóstico disponible en la época sobre el trabajo policial en la justicia penal que inspiraron en buena medida el modelo que finalmente fue plasmado en el CPP y la legislación complementaria. Se trató de un diagnóstico bien crítico. Quiero destacar cuatro elementos de este que estuvieron muy presentes en esa época. El primero, es que había una percepción que las policías contaban con enorme nivel de autonomía en la práctica cotidiana de funcionamiento del sistema de justicia penal, derivado de varios factores, entre ellos, la falta de regulación legal clara de sus funciones en el antiguo CPP⁷; en segundo lugar, un nivel muy importante de delegación de funciones de parte de los jueces del crimen (por razones de necesidad operativa y por cultura de funcionamiento del sistema); tercero, que las policías contaban con bajos

3 Mauricio DUCE, "Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora", *Polít. crim.* 12, n° 23 (2017): pp. 291-379. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol12N23A9.pdf>

4 Mauricio DUCE y Ricardo LILLO. "Controles de identidad realizados por Carabineros: una aproximación empírica y evaluativa de su uso en Chile", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 33 (2020): pp. 167-203. doi:10.5354/0718-4735.2020.57635. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/57635/64234>

5 Por ejemplo, tuve oportunidad de participar en la mesa de trabajo que dio lugar al Acuerdo Nacional por la Seguridad Pública que dio a conocer propuestas en julio de 2018 y luego en una mesa formada en el Senado que dio a conocer propuestas de reforma policial en enero de 2020. También he tenido oportunidad de exponer en el Congreso en relación con diversos proyectos de ley en materia de reforma policial y participar en distintos seminarios sobre lo mismo.

6 Un ejemplo paradigmático de esta discusión fue el seminario "Los desafíos de las relaciones policía-Ministerio Público" realizado en 1999 y que luego dio lugar a una publicación con el mismo nombre de varias instituciones. El texto base de discusión fue preparado por la profesora María Inés Horvitz.

7 Hay que recordar que solo en 1989 se introdujo el art. 120 bis en el antiguo Código de Procedimiento Penal que reconocía función investigadora delegada por medio de la Ley n° 18.857 y el año 1991 se reconocieron facultades autónomas en la Ley n° 19.077. Mauricio DUCE y Cristián RIEGO, *Proceso penal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 149-152.

niveles de control (jurisdiccional) de sus actuaciones (nuevamente por rol que cumplían los jueces y por el diseño institucional general del sistema); y, finalmente, que existían prácticas arraigadas de trabajo investigativo que eran contrarias a la vigencia de derechos fundamentales⁸. Estos aspectos de diagnóstico generaban mucha desconfianza y justificaban la necesidad de establecer, en el nuevo sistema, sistemas de controles mucho más estrictos que los vigentes en el sistema inquisitivo.

Un segundo factor de contexto relevante para considerar es el poco conocimiento que los externos al mundo policial teníamos sobre el trabajo de nuestras instituciones policíacas, afirmación extensible creo a casi todos los que trabajamos en el proceso de reforma. Esto era en parte generado por el olvido que había sido como objeto de estudio la policía desde la comunidad legal (reflejado en la pobrísima regulación normativa procesal penal y la casi inexistencia de estudios sobre ella) y, en parte también, por las enormes dificultades de acceso a información que existían para poder conocerla mejor. Las policías eran instituciones muy cerradas a los civiles y más aún a los que nos aproximábamos en forma crítica a su trabajo.

Finalmente, un tercer elemento, era el contexto político institucional en el cual se desarrolló la reforma. Estábamos al inicio de la transición, período en el que no era posible pensar en propuestas de cambio más estructurales de la institucionalidad policial ya que no se lograban vencer quórum y restricciones políticas existentes. La reforma no pudo tocar institucionalmente a las policías, eso estaba fuera del alcance de este proceso de cambio.

Se puede observar en este pequeño recuento que no era fácil lograr un equilibrio razonable en la materia. Era un escenario de desconfianza, desconocimiento y limitaciones a la posibilidad de imponer cambios profundos.

2.- LA RESPUESTA DE LA REFORMA

En el contexto descrito, me parece que en materia de regulación legal del trabajo policial el CPP avanzó un poco en relación al sistema inquisitivo previo, pero yo diría en una lógica en que se mantuvo normativamente un rol relativamente secundario de las policías. Me parece los grandes avances estuvieron en mejores diseños institucionales que afectaron la actuación de todos los actores y dinámicas de los procesos de trabajo más que la regulación específica del trabajo policial, pero con obvio impacto en su trabajo. Los ejemplos más evidentes son la instalación del Ministerio Público (un actor de supervisión más directa y real que se hizo cargo de la investigación), el establecimiento de una judicatura con roles de garantía reales (un control jurisdiccional en serio) y un sistema

⁸ Varios de estos aspectos fueron parte de un diagnóstico empírico que se pudo hacer gracias a una investigación llevada adelante a inicios de los años 70 del siglo pasado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. En ella se pudieron acreditar los altos niveles de delegación de funciones investigativas que realizaban los jueces del crimen, el escaso control que ejercían sobre la actividad policial y la existencia de una práctica extendida de malos tratos policiales con el propósito de obtener confesiones de parte de detenidos en casos comunes. Véase María Angélica JIMÉNEZ, *El proceso penal chileno y los derechos humanos Vol. II*, (Santiago: Universidad Diego Portales, 1994). Algunos de estos elementos también habían aparecido en los resultados de una investigación empírica sobre percepción de sectores populares acerca del sistema de justicia. Véase Jorge CORREA y Luis BARROS (editores), *Justicia y marginalidad: percepción de los pobres* (Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, 1993).

de defensa penal pública con amplia cobertura. A nivel de estructuras procesales está la creación de una audiencia de control de detención, la regulación de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de garantías, el amparo ante los jueces de garantía, entre muchos otros.

En la regulación específica de la materia el avance no fue tan significativo como ya decía. Como es conocido por todos, el elemento central de la relación Ministerio Público y policías fue descrito en dos reglas. El art. 79 del CPP estableció el carácter auxiliar de ellas a las tareas de investigación del Ministerio Público, sin establecer una regla clara de asignación de funciones (básicamente entregando discrecionalidad al fiscal para decidirlo: *cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere...*). El art. 80 del CPP consagró, por otra parte, lo que se ha conocido como la dirección funcional del Ministerio Público sobre las policías para los efectos de la investigación (modelo imperante en la región) (*bajo la dirección y responsabilidad del MP y de acuerdo a las instrucciones que éstos le impartieren para los efectos de la investigación*).

En mi opinión, ambas reglas dejaron más bien abierta la forma en que se desarrollaría la relación entre estas instituciones, por lo que no resolvieron de manera clara muchas de las incertidumbres que existían (por ejemplo en la forma en que se haría la asignación de trabajo entre ambas instituciones policiales), ni tampoco evitaba las naturales tensiones que en otros países se habían producido con esta definición de dirección funcional (del lado de las policías se decía que ella afectaba a la cadena de mando y del lado de los fiscales se afirmaba la falta de poderes reales de dirección que esta supervisión asignaba, entre otras).

3.- ¿QUÉ PASO EN ESTOS AÑOS?

Es difícil resumir los más de 20 años que han transcurrido en el desarrollo de esta relación en una ponencia acotada como esta. En forma muy gruesa creo que se ha tratado de una relación que ha sido cambiante en el tiempo, con altos y con bajos, y que yo llamaría poco homogénea, es decir, con muchas diferencias tratándose de las realidades regionales o incluso las locales específicas. Es evidente que detrás de esto hay muchos logros y cuestiones positivas, pero mi foco estará más bien en los desafíos y problemas.

Desde la perspectiva policial estimo que los cambios introducidos por la reforma fueron recibidos con cierta ambivalencia. Por una parte, se vio en ellos una oportunidad de profesionalizar el trabajo de investigación criminal, de elevarle el perfil a un área de trabajo que, como dije, no había sido objeto de mucha preocupación. Me parece que la PDI con más claridad que Carabineros percibió esto. Por la otra, el nuevo diseño institucional fue visto como un riesgo y como un espacio de limitación de las facultades legales y fácticas disponibles. De ahí surgió un fuerte discurso que describía al nuevo sistema como reforma “garantista” y que lo que hacía era atar las manos al trabajo policial, más especialmente en Carabineros. Este tipo de actitudes y comportamientos fueron documentados en las evaluaciones iniciales de la reforma⁹ y han sido desde ese entonces un

⁹ Andrés BAYTELMAN, *Evaluación de la reforma procesal penal chilena* (Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001); Andrés BAYTELMAN y Mauricio DUCE, *Evaluación de la reforma procesal penal chilena: estado de una reforma en marcha* (Santiago: Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2003).

fuerte impulso de reformas posteriores que paulatinamente han incrementado los poderes policiales de actuación en el CPP a lo largo de todos estos años. Ello se ha expresado en reformas que han producido el aumento facultades de control de identidad (el que ha tenido cuatro reformas); de detención por flagrancia; de facultades de registro de las policías en ambas; poderes de actuación en contextos flagrancia (por ejemplo, ampliación de las hipótesis que permiten allanamientos) y actuaciones autónomas. También es posible identificar reformas al CPP que, en paralelo, han disminuido las posibilidades de control del trabajo policial, por ejemplo, a propósito de los efectos generados por la ilegalidad detenciones.

Esta política de entregar mayores facultades y reducir los controles vino acompañada de la mano de una política pública policial que puso casi exclusivo foco en más presupuesto, mayores dotaciones y recursos materiales. En algunos trabajos he mostrado los incrementos de presupuesto y dotación que se produjeron en el período¹⁰. No puedo explicar esto en una presentación de este tipo. Sin embargo, quiero sugerir una hipótesis de las consecuencias que esto pudo haber producido: el enfrentar problemas de desempeño policial con más recursos, facultades y menos controles creo produjo un efecto de profundizar una crisis de calidad en el trabajo de las instituciones policiales, especialmente carabineros, que pienso explican, al menos en parte, muchos de los problemas que hoy se enfrentan en nuestra área. Subsidiar el mal trabajo con recursos nunca produce mejoras sustantivas, sino a corto y mediano plazo por el contrario amplifica la magnitud de los problemas. Mi punto no es que no hubiera existido necesidad de aumentar dotaciones, presupuestos y de potenciar algunas facultades legales. Lo que quiero enfatizar es que cuando la única variable para enfrentar problemas de calidad de desempeño es esta, sin tocar los temas de fondo, no es posible esperar mejoras que se sustenten en el tiempo. Por ejemplo, analizado el impacto de las reformas a los controles de identidad he podido mostrar empíricamente esto, correlacionando a los controles con la capacidad de detener en delitos de mayor connotación social. Habiendo triplicado la cantidad de controles en pocos años, hemos disminuido nuestra capacidad de detener a personas por estos delitos en un contexto en que ellos se mantuvieron estables e incluso con una leve alza¹¹.

4.- ¿EN QUÉ ESTAMOS AHORA?

Tengo la impresión de que, a pesar del paso del tiempo, aún existen algunos problemas importantes en la relación entre el Ministerio Público y policías que provienen de cuestiones históricas estructurales. Me quedo en una breve explicación de cuatro áreas que me parece generan todavía problemas y tensiones que debiéramos abocarnos a futuro para introducir mejoras significativas.

¹⁰ En materia presupuestaria, por ejemplo, entre el año 2006 y el 2016 se produjo un crecimiento cercano al 60% del presupuesto asignado en Carabineros. En relación a la dotación, esta se incrementó desde el año 2005 a 2017 en más de 55% (de 42.874 a 66.603 funcionarios, según los datos proporcionados por el General Director de Carabineros ante la "Comisión Especial Investigadora de las irregularidades en la gestión y administración financiera en Carabineros de Chile y en relación a las actuaciones de los distintos organismos públicos en la materia" de la Cámara de Diputados). Mayor desarrollo de este punto en Mauricio DUCE, "Carabineros de Chile: la hora de la modernización", *Revista Mensaje* 66, n° 660 Vol. LXVI (2017): pp. 6-9 y Mauricio DUCE, "Carabineros: llegó el momento de realizar una modernización profunda", *El Mercurio Legal*, 30 de junio de 2017.

¹¹ Mauricio DUCE y Ricardo LILLO, "Controles de identidad realizados por Carabineros...", 167-203.

4.1.- EL PROBLEMA DE LA EXCESIVA AUTONOMÍA POLICIAL Y LAS DIFICULTADES QUE ELLO PRODUCE PARA EL TRABAJO COLABORATIVO ENTRE MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍAS¹²

Me parece que el alcance de la dirección funcional todavía es una materia que genera problemas. Uno de los principales es no entregarles dientes suficientes al Ministerio Público para “disciplinar” el trabajo policial investigativo, probablemente no en el día a día, pero sí en muchas situaciones problemáticas o algunas muy sensibles. Las propuestas que se vienen escuchando hace tiempo desde el propio Ministerio Público de contar con una policía propia bajo su dependencia (idea que no me gusta mucho) o la reforma introducida por la agenda corta de 2016 (Ley n° 20.931) que introdujo un nuevo art. 87 bis en el CPP intentando reforzar las consecuencias al incumplimiento de las órdenes de los fiscales, son una clara expresión de este problema.

Otra dimensión del problema de autonomía se basa en las dificultades que han existido para alinear en forma consistente y estratégica indicadores de éxito común y útiles para favorecer la investigación de los delitos. Para ponerlo en una etiqueta o imagen: la enorme distancia existente entre un caso policialmente resuelto versus judicialmente ganable o entre lograr el estándar para justificar una detención versus el requerido para obtener una condena. En la medida en que no se pueda avanzar con esto, creo que siempre vamos a tener una piedra de tope en las capacidades investigativas del sistema y un foco de tensión importante entre policías y fiscales. Al final del día estos indicadores establecen incentivos muy fuertes para delinear el trabajo policial y de los fiscales.

Una tercera dimensión del problema es la que suele ponerse bajo la etiqueta de falta de coordinación. En la actualidad efectivamente existen problemas de coordinación que afectan la eficiencia y eficacia en sus labores (aunque hay todo un tema de definir bien qué entendemos por coordinación). Un error es considerar que este problema está en la falta de regulación normativa, como por ejemplo ocurre en el proyecto de ley que se tramita en el Congreso denominado de especialización preferente (Boletín 12.699-07 Senado junio de 2019). En consecuencia, está la idea que este problema se resuelve regulando “deberes de coordinación” (por ejemplo, en dicho proyecto se sugiere avanzar en esta dirección reformando el art. 3° de la Ley Orgánica de Carabineros y el art. 6° de la Ley Orgánica de la PDI). Sin perjuicio que mejorar orientaciones normativas vigentes puede entregar señales a los actores del sistema para mejorar su comportamiento actual, me parece ingenuo pensar que reformas legales de este tipo solucionan un problema que tiene dimensiones mucho más profundas. La poca disposición real a coordinarse tiene que ver con culturas y celos organizacionales, con prácticas específicas de cómo llevan adelante el ejercicio de sus funciones, con incentivos, premios y castigos como ya señalaba y, como telón de fondo, con la falta de gobernanza del sector y especialmente de la autoridad civil que es la responsable tratándose del trabajo policial. En este sentido, en la medida que no resolvamos el problema de gobernanza del sector y de la autoridad

12 Esta autonomía tiene tanto expresión jurídica como fáctica, es decir, de una práctica instalada en el tiempo. Desde el punto de vista jurídico y con foco en Carabineros, recomiendo revisar Pablo CONTRERAS, Ricardo MONTERO y Sebastián SALAZAR, “Carabineros y autonomía policial en Chile: una aproximación legal-institucional”, *Revista de Derecho Público*, n° 94 (2021): pp. 69-97.

civil sobre las policías, para ponerlo en una imagen en la medida que no contemos con un jefe que los obligue, los presione y les pida cuentas por la coordinación, estas reglas nuevas corren el serio riesgo de ser también una declaración romántica del legislador¹³. Creo que esto mismo es al final lo que explica también los problemas en las dos primeras dimensiones.

4.2.- PROBLEMAS DE CALIDAD RELEVANTES EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES INVESTIGATIVAS

Diversa evidencia muestra hace tiempo que otra piedra de tope en el mejoramiento de la calidad de las investigaciones está en una crisis de desempeño importante, especialmente a nivel de Carabineros. Obviamente no puedo entrar con detalle en esta materia, pero cito algunos ejemplos conocidos que dan cuenta de este problema. En una evaluación realizada sobre la calidad y aporte de los informes policiales realizado por el Ministerio Público el año 2014 (centrado en órdenes de investigar que diligencian las policías), arrojó deficiencias importantes en actividades investigativas básicas como las tomas de declaraciones, el empadronamiento de testigos y el aporte de elementos útiles a la investigación¹⁴. En esta misma dirección, la Comisión Asesora Presidencial (creada durante el primer gobierno de Sebastián Piñera) para elaborar propuestas de perfeccionamiento al sistema de justicia penal, establecida el año 2012, identificó problemas relevantes de coordinación del trabajo policial con el resto del sistema, como también deficiencias serias en el trabajo investigativo de funcionarios de Carabineros, recomendando el desarrollo de programas de capacitación específicos sobre la materia¹⁵. Mi propia investigación empírica en el área de procedimientos de reconocimiento ocular muestra desconocimiento relevante de los funcionarios de Carabineros de los protocolos existentes en la materia y prácticas muy poco rigurosas en su ejecución que deterioran la calidad de las investigaciones criminales. Hallazgos similares son también encontrados en la evaluación de la reforma por el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA) el año 2017¹⁶.

Debe destacarse que estos problemas de calidad en el trabajo investigativo policial no constituyen un fenómeno homogéneo. Efectivamente hay unidades que han logrado mayores y mejores niveles de rendimiento que otras. Con todo, es posible observar problemas suficientemente extendidos, especialmente a nivel de las bases de ambas instituciones policiales, como para pensar que no son excepciones aisladas y por tanto requieren ser enfrentadas en forma más sistemática y efectiva.

Ya tuve oportunidad de esbozar alguna hipótesis acerca de cómo la política pública policial prevalente en los últimos 30 años podría explicar este fenómeno de deterioro en

¹³ En este contexto se ha venido anunciando hace tiempo un proyecto de ley que crearía un nuevo ministerio de seguridad pública que asumiría como una de sus funciones principales la supervisión del trabajo policial.

¹⁴ MINISTERIO PÚBLICO, Proyecto STAD investigativo, 16 pp. (documento en formato electrónico en poder del autor).

¹⁵ Comisión Asesora Presidencial Para el Perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal, Informe Diciembre 2012 (documento en formato electrónico en poder del autor).

¹⁶ Jaime ARELLANO, dir., *Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década* (Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017), 143-164.

la calidad del trabajo investigativo policial. Agreguen a ello otros fenómenos como la enorme masificación en corto tiempo de ambas instituciones policiales y la existencia de debilidades importantes en procesos formativos iniciales, al menos en Carabineros, como lo muestra la evidencia disponible¹⁷. En un escenario de este tipo es posible comprender el entorno en el cual se ha producido el fenómeno descrito.

Nuevamente, no veo que podamos avanzar de manera significativa en esta segunda área problemática sin pensar en cambios estructurales importantes en la configuración de nuestras policías tales como: los procesos de selección, la apertura a integración externa, un nuevo diseño de carrera policial, una nueva estructuración de los procesos de formación, etc. En esta dirección, el reciente anuncio de ampliación de los procesos de formación de carabineros de dos a cuatro semestres abre una oportunidad, pero si y solo si esa propuesta va acompañada de cambios significativos en cómo se conciben estos procesos de formación. Con la información disponible a la fecha no estoy persuadido que se avance en esa dirección y más bien corremos riesgos que se haga más de lo mismo y más caro.

Por otra parte, el proyecto de ley de especialización preferente de las policías (Boletín 12.699-07 de 2019) tampoco me parece es una respuesta adecuada a este problema. Primero, debido a que establece mandato de especialización “preferentemente” que es de una ambigüedad enorme y básicamente una norma programática. Segundo, debido a que le entrega criterios extraordinariamente generales al Ministerio Público para decidir a quién encarga funciones de investigación en los casos concretos¹⁸. Tercero, no introduce ningún cambio orgánico real ni de recursos que puedan representar un cambio de foco para cumplir con esta “preferencia legal” de funciones. En efecto, si se quiere que la PDI asuma un rol más intenso en la investigación de los delitos respecto a la situación actual se requiere un fortalecimiento significativo de sus recursos y capacidades. En la contracara, habría que tomar decisiones sobre estructuras de Carabineros especializadas existentes en la actualidad en materias de investigación criminal, incluyendo laboratorios¹⁹. En consecuencia, si la definición legal de especialización es débil, no existen tampoco directrices específicas para cómo lograr la especialización y no hay cambios en los recursos y capacidades de actuación de ambos cuerpos policiales, el impacto de esta reforma corre el riesgo de ser nulo o marginal en la práctica. Al final del día este planteamiento parece ser más fácil de invocar que de hacer en concreto.

17 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, *Diagnóstico sobre formación de Carabineros de Chile* (Santiago, 2019): 90 pp. (documento en formato electrónico en poder del autor).

18 Véase reformas propuestas al artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y al artículo 79 del Código Procesal Penal. Esta última señala, por ejemplo, que para designar a los investigadores “...los fiscales del ministerio público considerarán los recursos y capacidades técnicas con que cada policía cuente, sin perjuicio de las actuaciones urgentes que no permitan el ejercicio de dicha consideración. Asimismo, privilegiarán el trabajo con laboratorios o unidades operativas que cuenten con personal especializado y medios adecuados para desarrollar las acciones requeridas, sea por la naturaleza del delito o por el tipo de diligencia que deban llevar a cabo...”. Además de excesivamente genéricas, dichas normas operan sobre la base que el fiscal adjunto del caso concreto debe considerar criterios bastante generales de nivel institucional, que no son los que usualmente ellos tienen a la mano o ponderan según demuestra la investigación disponible en la materia.

19 Por ejemplo, según datos elaborados por la Fundación Paz Ciudadana sobre la base de estadísticas del propio Ministerio Público en el año 2017, presentados en la tramitación del proyecto en comento, Carabineros diligenciaría entre el 42,6% y 44,9% del total de órdenes de investigar e instrucciones particulares de investigación del sistema que emanan del Ministerio Público dependiendo si se miden por regiones o categorías de delitos respectivamente. Si solo se consideran las órdenes de investigar, se trataría de un poco más del 27% del total en ambas formas de medición.

4.3.-PROBLEMAS DE DIRECCIÓN DE LAS INVESTIGACIONES DESDE EL MINISTERIO PÚBLICO

No todas las tensiones en esta relación Ministerio Público y policías vienen desde las deficiencias de definición legal o de las propias policías. Me parece que hay factores del propio Ministerio Público que también representan áreas de mejora para los próximos años que habría que examinar. Uno de ellos es la extrema heterogeneidad de prácticas y criterios de actuación desde los fiscales²⁰.

Esta heterogeneidad podría ser vista como una ventaja o un problema que ha enfrentado el sistema a la vez. La ventaja sería la de la flexibilidad que ha permitido al sistema hacerse cargo de necesidades y realidades diversas. El problema, por su parte, es que ha generado prácticas en algunos casos confusas y cambiantes y que han privilegiado la actuación basada en relaciones de confianza interpersonales más que en las institucionales, lo que tiene el impacto que no permite proyectarlas en el tiempo ni generar adecuada memoria institucional. Esfuerzos como Manual de Primeras Diligencias (actualizado 2017) y el desarrollo del Protocolo Interinstitucional sobre Reconocimientos Oculares (2013) constituyen iniciativas interesantes para superar este problema, pero claramente insuficientes. Además, es necesario considerar su efecto limitado en cambiar prácticas instaladas como, por ejemplo, he podido describir en mi investigación sobre reconocimientos oculares que ya he citado.

También se detectan problemas de pérdida de calidad y burocratización del trabajo investigativo en los propios fiscales que es necesario abordar. Por ejemplo, la solicitud de órdenes de investigar innecesarias; la duplicación de instrucciones; la falta de trabajo conjunto y preparación de actuaciones (ej. comparecencias); en el área pericial solicitudes mal orientadas o derechamente inadecuadas en un área en la que hoy hay cuellos de botella importantes en el sistema, entre otras. Mejorar el trabajo policial de investigación, también supone invertir esfuerzos en el trabajo de los fiscales.

A ello habría que sumar diferencias significativas que todavía existen en criterios de persecución penal en distintas fiscalías, los que tienen incidencia fuerte en la investigación ya que cambian prioridades o lógicas de trabajo a veces con solo algunas cuadras de distancia (por ejemplo, en Santiago con cuatro fiscalías regionales), tema que también el Ministerio Público ha intentado ir acotando con el desarrollo de criterios a nivel nacional, pero que todavía suele ser mencionado por distintos actores como un problema presente.

4.4.- PERITAJES Y PRODUCCIÓN DE CONOCIMIENTO EXPERTO

No puedo dejar de mencionar algo que es parte de mis temas y obsesiones y que tiene una cierta vinculación con lo que he estado presentando, pero que obviamente tiene muchas dimensiones que exceden el foco del trabajo entre el Ministerio Público y las policías. Se trata de la necesidad de hacer cambios significativos en nuestro sistema de producción de conocimiento experto (prueba pericial).

²⁰ Tema también destacado en informe de CEJA de 2017 como una cuestión problemática.

Si como país queremos avanzar en mejorar la capacidad de investigar en serio y en delitos con mayores niveles de complejidad, es indispensable abordar cambios muy significativos en la producción de evidencia científica y experta de distinto tipo. Hoy parte importante, no la única, está alojada en nuestras policías y sus laboratorios, en un diseño institucional que no me parece adecuado. Por una parte, replicar laboratorios produce ineficiencias y amplifica problemas de coordinación, pero también la dependencia institucional de las policías puede generar problemas de sesgos y debilidad de controles que ha sido descrita como una materia problemática en el ámbito comparado. Finalmente, a ello hay que agregar potenciales problemas de calidad y confiabilidad en su trabajo²¹.

Como digo, no puedo extenderme en esta materia, pero me parece importante dejarla mencionada como un punto a revisar en el futuro en una agenda que pretenda mejorar las capacidades de investigación del sistema y el trabajo entre policías y Ministerio Público.

5.- A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Como se puede apreciar en este breve recuento, mucha agua ha pasado bajo el puente en estos años, pero también hay muchos desafíos nuevos y temas no resueltos que es necesario encarar. Creo que hay un enorme espacio de mejoras operativas y en el trabajo del propio Ministerio Público que podrían contribuir en forma importante a las que no me he referido. Sin embargo, pienso que algunos de los problemas de fondo más importantes, como el de la excesiva autonomía de las policías y las deficiencias en la calidad de su trabajo, no van a resolverse a corto plazo sin encarar un pendiente en nuestro país como lo es el de una reforma significativa a nuestras policías, lo mismo ocurre con los problemas de falta de dirección más homogénea y clara desde el propio Ministerio Público. La pregunta clave es si en los próximos años ¿tendremos la capacidad de avanzar en la línea correcta en estas materias?

Muchas gracias por su atención.

²¹ Algo de estos puntos los he desarrollado con más detalle en Mauricio DUCE, "Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal Chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema", *Polit. crim.* 13, n° 25 (2018): pp. 42-103. http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A2.pdf

“FISCALÍA Y POLICÍAS: HACIA UNA POLÍTICA DE PERSECUCIÓN PENAL COMÚN”

Tania Sironvalle Sosa¹

Cuando se me consultó si podía sumarme a este Seminario sobre el Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal, en especial en el módulo referido a la relación de Fiscalía y Policías en estas dos décadas, pensé en las razones que pudieron tener en vista los organizadores para convocarme a esta instancia. Evidentemente, no fue porque yo haya ejercido o ejerza en la actualidad un cargo de autoridad institucional de relevancia.

Entonces concluí que fui invitada por la experiencia que he ganado en estos ya 19 años en la Fiscalía de Chile, ejerciendo como fiscal en mi querida Región de Tarapacá, como abogada de una Unidad Especializada de la Fiscalía Nacional, la ULDDCO y actualmente y desde el año 2013, como fiscal de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Y me imagino que también se habrá considerado mi calidad de relatora de la Academia de Fiscalía en el curso de Estrategia y Planificación de Investigaciones Complejas. De manera tal que lo que compartiré humildemente hoy con ustedes, es fruto de esta experiencia acumulada y del conocimiento que hemos construido durante todos estos años junto a mis colegas fiscales y fiscalas, relatores de la Academia, policías; y más recientemente, por el rico intercambio de ideas, propuestas y planteamientos que hemos realizado en el seno de nuestra Asociación de Fiscales y Fiscalas, a propósito del histórico proceso de cambio constitucional iniciado en nuestro país.

¹ Fiscal Jefe, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte

He querido dividir la misma en 3 tópicos:

1° Una mirada retrospectiva de la relación entre fiscales y policías.

2° La realidad actual, avances y nudos críticos.

3° Una mirada de futuro, que es la que titula esta exposición, esto es, hacia una política criminal común.

1° Relación entre fiscales y policías en estas dos décadas pasadas

La Constitución y la ley señalan que nos corresponde a los fiscales la dirección exclusiva de la investigación penal, para lo cual podremos coordinar y dirigir a los organismos policiales.

Al inicio de la reforma procesal penal esta no fue una tarea ni fácil ni pacífica. Pues una cosa es lo que dice la ley sobre esta función y otra cosa es la legitimación y validación necesaria para que su ejercicio se haga efectivo, principalmente cuando los primeros fiscales y fiscalas éramos relativamente jóvenes (edad media no superior a 30 años) y según los dichos soterrados de los policías, evidentemente “nos faltaba calle”. Por otro lado, si bien contábamos con el conocimiento jurídico referido a la dirección de la investigación penal, poco sabíamos de cómo esta se llevaba a la práctica, más allá de los cursos de formación que el propio Ministerio Público nos otorgó antes de asumir, donde nuestros profesores eran policías especializados, pero no otros fiscales.

Esta dificultad, no solo fue un problema, sino que también una oportunidad. Exigió de nosotras y nosotros la disposición y humildad suficiente para aprovechar todos los conocimientos que la concurrencia a un sitio del suceso podía aportar, preguntando a los policías lo que no entendíamos, aprendiendo de su metodología de trabajo y de sus buenas prácticas. Por otro lado, para que los policías pudieran conocer y valorar nuestro trabajo, los instábamos a presenciar las diversas audiencias donde explicábamos y defendíamos su trabajo, siempre que el mismo no implicara alguna actuación ilegal. Pero aun en esas ocasiones, podían comprender las consecuencias de ese actuar y aprender de esa experiencia.

Obviamente, estas instancias de aprendizaje compartido fueron generando experiencias de trabajo en equipo, donde el liderazgo del fiscal se fue dando como una consecuencia inevitable.

Me refiero a los primeros tiempos de la reforma, donde éramos conscientes de nuestro rol protagónico en el cambio copernicano que implicó la RPP para nuestro país, rol que asumimos con mucha mística desde las primeras regiones donde este nuevo sistema de justicia penal se aplicó.

Quizás la nostalgia suaviza los hechos y nos hace recordar más las luces que las sombras, pero ya desde estos inicios el trabajo de fiscalía y policías tuvo que enfrentar varias dificultades.

- Mientras la Fiscalía se erigía como una institución, con nuevos recursos materiales, informáticos, comunicacionales, debíamos dirigir y coordinar el trabajo de equipos policiales que no contaban suficientemente con los mismos recursos, muchos de

ellos en zonas geográficas alejadas, con serios problemas de conectividad y comunicación, entre otras dificultades.

- No contábamos en todas las regiones con las unidades y brigadas especializadas de ambas policías, las que debían trasladarse de una región a otra ante requerimientos específicos.
- Y tampoco con todas las especialidades periciales.
- A poco andar de la reforma, los ingresos de causas fueron aumentando y los fiscales y fiscalas nos vimos enfrentados a cargas de trabajo que nos fueron distanciando del trabajo cercano y presencial con las policías, el que fue reservado para las investigaciones más complejas, respecto de los delitos más graves y principalmente con las unidades policiales especializadas.

2° La realidad actual, avances y nudos críticos

Habiendo transcurrido dos décadas desde el inicio de este nuevo sistema de persecución penal, no podemos negar que la relación y el trabajo de Fiscalía y Policías han presentado importantes avances, de los cuales puedo mencionar los siguientes:

2.1 Desde el punto de vista de las policías, podemos señalar que se ha avanzado en la creación de nuevas unidades y brigadas especializadas. En el caso de Carabineros, podemos mencionar la creación del Departamento OS-9 para la investigación de organizaciones criminales, delitos sexuales, homicidios, delitos económicos, entre otros; el fortalecimiento del LABOCAR, con nuevas unidades en regiones, más peritos y especialidades periciales; y el fortalecimiento de las otras unidades especializadas ya existentes como son el SEBV y el OS-7, este último departamento, con la creación de su sección de lavado de dinero.

Mientras que en la PDI, además de fortalecer sus brigadas ya existentes, ha sumado a sus equipos especializados nuevas brigadas, como son la de delitos informáticos, delitos contra el patrimonio cultural y el medioambiente, delitos de corrupción pública, equipos investigativos MT-o, entre otros. Y ha fortalecido además a su Laboratorio con más peritos y especialidades periciales.

2.2 Por otro lado, desde la Fiscalía hemos avanzado en la formación de fiscales especializados en distintas áreas, para que la labor de dirección de la investigación también se traduzca en mejores investigaciones y resultados. Primero, con la labor de capacitación que durante varios años han realizado las Unidades Especializadas de la FN en sus respectivas especialidades delictuales. También con la creación de nuestra Academia de la Fiscalía, con relatores internos que aportan en la formación de fiscales en distintas áreas, entre estas, la de la investigación penal básica y la investigación de casos complejos; y con relatores externos que también contribuyen a nuestra constante formación.

También hemos avanzado en mejorar la gestión interna, aportando con la creación de fiscalías y/o unidades especializadas en delitos complejos, en fiscalías de flagrancias, de criminalidad organizada, de focos investigativos y análisis criminal, entre otras; mejorando nuestros sistemas y herramientas informáticas; nuestras interconexiones con otros organismos para el apoyo de la investigación; entre otros avances.

No obstante estos avances, existen varios nudos críticos que han estresado la relación entre Fiscales y Policías, entorpeciendo de cierta manera la eficiencia de la persecución penal. Entre estos, puedo mencionar los siguientes:

- a) **FORMACIÓN DE EQUIPOS DE TRABAJO:** Si bien, de acuerdo a nuestra normativa, las policías tienen una subordinación funcional respecto del MP en las investigaciones concretas donde se les han encomendado tareas y se le han impartido instrucciones, no se nos permite incidir en la configuración de equipos especiales de investigación cuando la complejidad de las investigaciones así lo requieren. No profundizaré mucho en este punto, pues entiendo que el campo de las investigaciones complejas será abordado por otros expositores la próxima semana. Solo diré que en determinadas materias a investigar, una mayor flexibilidad en la forma en que se organizan las policías y una mayor incidencia de los y las fiscales en la formación de equipos investigativos, permitiría afrontar las complejidades de un determinado caso con equipos multidisciplinarios, que puedan estar integrados por policías y peritos de distintas especialidades (incluso de instituciones distintas), trabajando en forma conjunta con representantes de otras instituciones públicas u organismos auxiliares (por ejemplo, funcionarios de GENCHI, peritos del SML, fiscalizadores del SII o del SNA, por mencionar algunos).
- b) **COORDINACIÓN:** Es absolutamente necesario profundizar la necesaria coordinación de fiscalía y policías, a través de canales de comunicación expeditos, instancias de reuniones periódicas para compartir buenas prácticas, revisar eventuales procedimientos defectuosos y aprender de ellos, y así fortalecer la confianza entre unos y otros. A mi juicio, las principales dificultades que existen en este punto se refieren a:
- Estructuras institucionales extremadamente jerarquizadas, que entorpecen una relación más fluida, lo que obviamente es más evidente en Carabineros que en la PDI (muchas veces una simple reunión debe estar precedida de oficios o correos convocando, autorizaciones respectivas de los mandos, confirmaciones, etc.).
 - Los altos volúmenes de trabajo, tanto de fiscales y fiscalas como de policías, dificultan encontrar el tiempo necesario para que las instancias de reunión y encuentro se produzcan. Es común escuchar de policías que intentaron comunicarse con un fiscal que les dio una determinada orden de investigar o instrucción particular, sin tener éxito; sin que esto implique necesariamente que dicho fiscal no tenga interés en comunicarse o contactarse con ellos, por el gran número de causas a su cargo que revisar y tramitar, con insuficientes equipos de apoyo (principalmente en regiones), entre audiencias programadas, juicios orales, entrevistas con abogados, tomas de declaraciones, entre otras funciones. Mientras que, por parte de las policías, nos encontramos con funcionarios que deben encontrar el tiempo para reunirse o comunicarse con fiscales, entre sus turnos institucionales, patrullajes que realizar, “papeles” que tramitar, requerimientos institucionales que se alejan de la investigación, entre otras actividades extra-investigativas.

- c) **GESTIÓN DE RECURSOS:** Este es un tema crítico y que comprende distintas dimensiones. Por un lado, nos encontramos frente a intuiciones policiales y también el propio Ministerio Público excesivamente centralizadas, lo que ha impactado en una distribución no siempre equitativa de recursos materiales o humanos entre el centro y las regiones. Reconozco que en este punto mi opinión es extremadamente subjetiva y marcada por provenir y haber iniciado mi carrera como fiscal en regiones, por mucho que ya haya cumplido más de 8 años trabajando y viviendo en la Región Metropolitana.

Así, no es casualidad que los mejores y más variados equipos investigativos de ambas policías se encuentren en Santiago, los cuales muchas veces deben trasladarse a regiones ante requerimientos especiales de Fiscales Regionales para el apoyo de causas más complejas. Lo anterior no implica que el trabajo en regiones no sea de calidad, pero obliga muchas veces, de fiscales y policías un mayor esfuerzo, más creatividad e innovación para hacer frente a esta falta de recursos.

Por otra parte, si bien como fiscalía somos conscientes de las diversas realidades delictuales en las distintas regiones del país, existen limitaciones legales y reglamentarias que nos impiden avanzar en una redistribución más equitativa de recursos humanos y materiales, para hacer frente a distintas realidades. Quizás tímidamente podríamos avanzar en este punto a través de destinaciones transitorias o apoyos remotos, por ejemplo, o derechamente, solicitando estos mayores apoyos a nivel ejecutivo y legislativo (otra cosa es como nos pueda ir en este esfuerzo) para el aumento de estos recursos, con una mirada diferenciada y focalizada.

Me imagino, por ejemplo, (y permítanme soñar) en una fiscalía especializada para la Macrozona Norte, con énfasis en la investigación de la criminalidad organizada transfronteriza, que incorpore los diversos fenómenos delictuales involucrados (drogas, tráfico y trata de personas, tráfico de armas, delitos económicos y aduaneros, lavado de dinero, entre otros), con un equipo de análisis criminal potente y con el apoyo de policías especializados en dichas materias.

Y lo mismo en la Macrozona Sur, pero enfocada en sus propias realidades, en la violencia creciente que ha ocurrido en los últimos años en el Bío-Bío o en la Araucanía, con hechos difíciles de investigar por las características geográficas de la zona, por la sofisticación de los medios de ejecución y la organización de sus autores, que requieren quizás de una fiscalía especializada que abarque más de una región, con más recursos humanos y materiales y con las medidas necesarias para la debida protección de fiscales y funcionarios y de sus lugares de trabajo; además de equipos policiales reforzados, profesionales y especializados en este tipo de investigaciones.

- d) **DISTINTOS LINEAMIENTOS, METAS Y OBJETIVOS:** Creo que este punto es el más crítico y el que genera mayores dificultades a la hora de avanzar en más y mejores investigaciones penales. La Fiscalía de Chile es un organismo autónomo que debe cumplir con su obligación constitucional y legal de investigar los hechos constitutivos de delitos, a través de organismos (las policías) que dependen del ejecutivo y cuyos lineamientos estratégicos no siempre coinciden con los del Ministerio Público.

Esta disparidad de objetivos y metas complota muchas veces en la eficiencia de la persecución penal. Mientras nuestros objetivos están focalizados en obtener términos jurídicos de calidad al conflicto penal, dando la debida atención y protección a víctimas y testigos, y teniendo presente como criterios orientadores para priorizar estas funciones: la vulnerabilidad de las víctimas, la afectación de bienes jurídicos relevantes, la conmoción social que provocan ciertos casos, la presencia de delincuentes prolíficos y la atención de fenómenos de criminalidad emergente, como lo señala nuestra Política de Persecución Penal; los objetivos y metas de los organismos policiales están dados por el número de controles de identidad, de fiscalizaciones, de detenidos, número y tipo de incautaciones (drogas, armas, especies robadas, entre otros), número de órdenes de investigar tramitadas, de allanamientos realizados.

Muchas veces hemos escuchado de las policías, al referirse a un caso señalan que este se encuentra “policialmente resuelto”, lo que se refiere la mayoría de las veces al momento de la detención de imputados, sin considerar que el objetivo final de dicho caso es la resolución procesal y judicial más adecuada, ya sea a través de salidas alternativas si corresponde, procedimientos abreviados o juicios orales.

Entre fiscales y fiscalas comentamos el alto compromiso de las policías en la etapa previa a la detención y casi rogamos que ese compromiso se extienda al período de investigación post formalización y al juicio oral, con funcionarios que no solo se presenten al mismo, sino que además lo hagan debidamente preparados para dar una declaración clara y contundente de las actuaciones realizadas.

Hasta ahora me he referido a las metas y objetivos declarados por los organismos policiales, pero necesariamente debo referirme a aquellos que no lo son, esto es, a los objetivos motivados por la presión mediática o por los intereses del gobierno de turno. Solo basta mencionar los planes especiales para la prevención y persecución de delitos que han existido durante bastante tiempo, pero por casos mediáticos particulares, toman protagonismo en un momento dado, desplazando del interés policial otros fenómenos: el “robo del Siglo en sus versiones 1, 2 y 3”; los alunizajes, portonazos, encerronas, abordajes, por mencionar solo algunos. Es respecto a estos casos que concitan el interés de los medios y matinales, que ambas policías se acercan a fiscales ofreciendo sus mejores equipos investigativos, la constitución de fuerzas de tareas, de equipos exclusivos de investigación, con la finalidad de obtener la buscada orden de investigar, que los haga hacerse con el caso sobre la otra policía. Y una vez que el fiscal toma la esperada decisión, vienen las situaciones incómodas, los llamados de la otra policía a nuestras jefaturas pidiendo un cambio en la decisión, comunicando otras ofertas de mayores recursos, y aun cuando se les comunica que la decisión ya está tomada, en algunos casos pretenden realizar levantamientos de información y diligencias investigativas que buscan un cambio en la decisión. Es en estos casos, en los cuales el o la fiscal, según lo señaló hace un tiempo un querido colega fiscal y relator de la Academia, debe emitir la Orden de Investigar al equipo policial elegido y en forma paralela la respectiva Orden de no Investigar al otro equipo. Es en esas situaciones, donde quienes dirigimos la investigación soñamos con la posibilidad de crear el equipo investigativo ideal, con los mejores cuadros de una y otra policía, de uno u otro laboratorio, trabajando bajo nuestro liderazgo en aras de la mejor resolución de la investigación, pero bueno, soñar no cuesta nada.

Evidentemente, la Fiscalía no ha estado incólume a la presión que implican los casos mediáticos. No pretendo con esto que nuestra institución deba sustraerse en su actuar de los requerimientos de información de los medios de comunicación social, pues obviamente es importante comunicar a la comunidad los avances y resultados de un caso que concite interés público, en aras de la transparencia y del derecho a la información, obviamente cuando ya se trate de un caso ya terminado o cuando lo que se aporten son antecedentes dados a conocer en audiencias judiciales previas y públicas. Me refiero más bien a ciertas decisiones que se adoptan, a requerimiento de otras autoridades o por esta llamada presión mediática, que ha llevado al nombramiento de fiscales preferentes o exclusivos (esto último casi nunca), que implica que las cargas de trabajo de ese fiscal debe disminuir y ser redistribuido entre sus colegas (lo que obviamente no es del agrado del resto), debiendo actuar en sus nuevas funciones casi sin apoyo adicional y con un alta exposición pública, desgastando a estos profesionales y haciéndolos blanco de una serie de críticas muchas veces destempladas, solicitudes de sumarios en su contra e incluso, interposición de querellas.

3° Una mirada de futuro: hacia una política de persecución penal común o de Estado

Como Fiscalía de Chile contamos con una Política Nacional de Persecución Penal que se creó después de un trabajo exhaustivo, que consideró consultas, análisis y observaciones de los Fiscales Regionales, Directores de Unidades Especializadas de la FN, consultas a actores externos, retroalimentación y participación de las distintas regiones, teniendo como principios rectores la igualdad ante la ley y el respecto a los derechos fundamentales de las personas, en un marco de transparencia y probidad.

Esta Política tiene como elemento fundamental la PRIORIZACIÓN, pues parte de la base de la imposibilidad del sistema de investigar y perseguir todos los delitos con la misma intensidad, lo anterior implica focalizar nuestros esfuerzos en la investigación de determinados delitos, utilizar el juicio oral en los casos más graves, unificar criterios para la aplicación de salidas alternativas, entre otros. Lo que se pretende es lograr que frente a casos similares se adopten decisiones de persecución penal también similares, para evitar espacios de arbitrariedad.

Nuestra Política de Persecución Penal considera una Priorización Nacional de Delitos:

1. Delitos violentos contra la propiedad. Se incluye también en esta categoría el delito de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, en atención a que la vulneración de un espacio de resguardo e intimidad, como el hogar, genera una afectación que excede el solo derecho de propiedad.
2. Vinculados con el crimen organizado: tráfico de drogas, delitos contemplados en la Ley de Control de Armas, lavado de activos y asociaciones ilícitas.
3. Relacionados con características propias de las víctimas: femicidios, delitos sexuales que afecten a niños, niñas y adolescentes y personas en situación de vulnerabilidad y delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.
4. Delitos de corrupción y delitos económicos que afecten el funcionamiento del mercado.
5. Derechos humanos: delitos de tortura y apremios ilegítimos. Trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometer estos últimos delitos.

6. Delitos de homicidio.

7. Manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte.

Pero teniendo en cuenta el especial conocimiento de los fenómenos delictuales locales, corresponde a las Fiscalías Regionales definir su propia priorización de delitos, que pueden sumarse a los delitos antes referidos.

Esto hace de nuestra política un instrumento dinámico y flexible.

Esta Política, que es vinculante para fiscales y fiscalas y que debe informar todas nuestras actuaciones, no lo es necesariamente para las policías y otros organismos auxiliares.

Lo que planteo es que resulta necesario que nuestro país cuente con una Política de Persecución Penal de Estado, que sea común y vinculante para todos los organismos que forman parte del sistema de persecución penal, que en su definición incluya no solo al MP, sino que considere las opiniones y pareceres de las policías y de todos los organismos y agencias públicas que contribuyen en esta tarea, que considere también las preocupaciones de la comunidad, a través de instancias de consultas de la sociedad civil organizada, y que se concrete en la definición de las metas y objetivos de cada una de las instituciones del sistema de persecución penal, y que obligue a dar cuenta de su cumplimiento en forma periódica frente a la comunidad.

Lo anterior, permitirá asegurar que los esfuerzos compartidos, los lineamientos comunes y los mismos objetivos puedan redundar en una mayor eficacia del sistema persecutor en su conjunto.

Finalmente, permítame imaginar cómo sería este seminario en el futuro, cuando lo que se aborde sea la relación de Fiscalía y Policías a 40 años de la RRPP. Obviamente, muchos de nosotros ya no estaremos presentes (yo por lo menos ya estaré jubilada), pero lo que me gustaría escuchar sería no solo que existe esta Política Criminal de Estado, sino que exista una Fiscalía de Chile más robusta, con más y mejores fiscales, con equipos multidisciplinarios de apoyo importantes, con más tiempo para dar una mejor atención a víctimas y testigos y participar activamente en instancias de reunión de la sociedad civil en cada uno de los territorios, para así no perder la conexión con la realidad y con las necesidades de las personas, evitando el riesgo del corporativismo del que nos hablaba el profesor Carlos Peña el martes pasado.

Y respecto de las policías, contar con equipos investigativos profesionales, con controles jurídicos internos, con nuevas facultades para actuaciones autónomas en el ámbito investigativo, que les permita recurrir al fiscal cuando ya ha establecido la participación de una persona determinada en la comisión de un delito, para así formular cargos; o cuando la complejidad de un caso demande la solicitud de autorizaciones judiciales que requerirán la necesaria participación del fiscal.

Y más aún, contar con un sistema coordinado de las diversas instituciones y agencias estatales que juegan un papel en la persecución penal (MP, policías GENCHI, SII, SNA, SML, etc.), es decir, como denominó en su momento mi colega de la FL Iquique Eduardo Ríos en el marco de los conversatorios constitucionales de la Asociación de Fiscales y Fiscalas, un **SISTEMA INTEGRADO DE PERSECUCIÓN PENAL**.

“EL TRATAMIENTO DE LA ALTA COMPLEJIDAD EN EL PROCESO PENAL”¹

Javier Zaragoza Aguado²

Comenzaré mi intervención con dos reflexiones iniciales.

La primera para reconocer que seguramente los problemas prácticos que tenemos en Chile y en España, pese a la diferencia de modelo procesal penal, son los mismos a la hora de resolver las cuestiones, incidencias, retos y soluciones relacionados con la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de alta complejidad.

Como segunda reflexión, les contaré una anécdota francamente ilustrativa de las dificultades que plantean los procesos penales relativos a delitos de alta complejidad, incluso en países en los que el modelo acusatorio de proceso penal está plenamente consolidado. En mayo del 2009, en una visita que giré a Estados Unidos, tuve la oportunidad de reunirme en Nueva York con los fiscales federales especializados en terrorismo del distrito sur de Manhattan, los cuales estaban muy interesados en conocer cómo habíamos gestionado y cómo habíamos resuelto el proceso por el atentado terrorista de los trenes cometido en Madrid el 11 de marzo del 2004, en el que murieron casi 200 personas y otras 2.000 resultaron heridas o afectadas. El asunto fue sometido a juicio entre febrero y junio del 2007 y la sentencia se dictó en el mes de octubre del año 2007. En poco más de tres años se había investigado y resuelto un atentado extraordinariamente complejo por su realización y por las conexiones de la célula terrorista. Ellos querían que les explicara cómo fue posible llevar a cabo toda la investigación y el juicio en poco más de tres años, porque pretendían juzgar a varios detenidos que se encontraban en Guantánamo por su participación en el atenta-

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Fiscal ante el Tribunal Supremo español

do de las Torres Gemelas del 11 de septiembre del año 2001.

En síntesis, los fiscales norteamericanos tras valorar los inconvenientes que les planteaba su sistema legal, un sistema legal muy riguroso en cuanto a las garantías, llegaron a la conclusión de que no estaban preparados para llevar este asunto a los tribunales ordinarios por varias razones: en primer lugar, porque el origen de los elementos probatorios de los que disponían era muy discutible, y probablemente no pudieran superar el filtro de la licitud de la prueba (por ejemplo, porque se habían empleado medios absolutamente ilegales para obtener confesiones, testimonios y otras pruebas documentales), y en segundo lugar, por los problemas que se planteaban para determinar la jurisdicción competente. La cuestión es que ellos desistieron de hacerlo, los detenidos siguieron en Guantánamo y no he vuelto a tener más noticias sobre el asunto. La paradoja es que un sistema legal tan potente como el norteamericano no estaba en las mejores condiciones para juzgar a los presuntos terroristas y garantizarles los derechos que integran el debido proceso.

El caso de los atentados del 11-M en Madrid, al igual los atentados del 11-S en Estados Unidos, constituyen ejemplos paradigmáticos como procesos de alta complejidad. En el caso de los atentados de Madrid, en cuyo juicio tuve el honor de dirigir la acusación pública como Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, a la gravedad de los atentados cabe añadir que llegó a detenerse a más de 100 personas como sospechosas de haber intervenido en los mismos. Finalmente fueron juzgadas 29 personas, en el juicio oral declararon aproximadamente unos 300 testigos, participaron hasta 100 peritos o expertos en diferentes materias: explosivos, balística, pruebas genéticas, pruebas dactilares, análisis de ADN, médicos forenses, psiquiatras, documentales, traductores, etc. A ello debe unirse el problema del tratamiento de las víctimas, muy importante y novedoso para nosotros, de modo que pudieran estar siempre en el juicio y estar absolutamente informadas de todo lo que estaba.

Estas investigaciones son las que ponen a prueba la solidez de las costuras del Estado de derecho en la lucha contra el delito. Es aquí, en estas investigaciones donde se percibe siempre una especial tensión entre libertad y seguridad, entre debido proceso y eficacia en la investigación, de manera que debemos ser eficaces en la investigación pero sin que se produzca merma alguna en la exigencia de salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de los sospechosos o de los investigados, sea cual sea el delito del que se trate, incluso aunque sean actos de terrorismo, que son los actos criminales más graves y con mayor reproche punitivo, así como los que mayor alarma y mayor repudio social producen.

Pero estos no son los únicos delitos que encajan en el concepto de alta complejidad. También se incluyen en esta categoría la actividad delictiva de las grandes organizaciones criminales, los crímenes financieros, los grandes fraudes económicos o los delitos de corrupción política. La cuestión es que, incluso para estos graves delitos, no se puede renunciar a los pilares fundamentales del proceso penal en un Estado de derecho, cuales son el principio de legalidad penal, la presunción de inocencia, la tutela y el control judicial, y el derecho de defensa, que son los principios básicos y absolutamente irrenunciables en todo proceso penal.

Pero también es obligado reconocer que, en función de la naturaleza de los delitos o del tipo de investigaciones, puede haber ciertas restricciones desde el punto de vista procesal para favorecer y proteger las investigaciones. Creo que la definición del concepto de procesos penales de alta complejidad, se puede abordar desde dos perspectivas: una primera perspectiva en atención al tipo de delito que se investiga, y ahí naturalmente encaja la investigación de lo que conocemos como fenómenos criminales transnacionales: terrorismo, crimen organizado, narcotráfico, blanqueo, trata de seres humanos, los crímenes financieros, la corrupción política y últimamente también, porque se ha generado una expansión enorme de esta actividad delictiva, la delincuencia vinculada a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, particularmente la cibercriminalidad asociada con las redes de pornografía infantil, con las redes de agresiones y abusos sexuales a menores, etc. Esta es una realidad que estamos viviendo en estos momentos y que encaja también en ese concepto de delitos de alta complejidad.

La segunda perspectiva es la que hace referencia a las circunstancias que concurren en la investigación. Un delito o un proceso penal se puede considerar complejo, en la medida en que concurren alguna o varias de las circunstancias siguientes:

- Que haya múltiples partes acusadas.
- Que haya múltiples partes acusadoras.
- Que sean múltiples los hechos delictivos.
- Que haya necesidad de practicar actuaciones en el extranjero (es utilizar los mecanismos de cooperación internacional que casi siempre generan un retraso importante en estas investigaciones).
- El empleo de técnicas especiales de investigación.
- O la necesidad de incorporar al proceso, o de utilizar en el proceso, o aportar pericias e informes que requieran conocimientos técnicos, gestión, y análisis de personas jurídicas, o ingentes volúmenes de documentación.

A mi juicio, desde una perspectiva práctica alejada de planteamientos teóricos generalmente inútiles, esas dos ideas son las que, unidas o complementadas, nos pueden permitir definir el concepto de alta complejidad.

En mi opinión, el abordaje de esta cuestión debe hacerse desde una observación absolutamente necesaria en este contexto. Es imprescindible mejorar la respuesta del Estado frente a esta delincuencia compleja, y ello solo es posible articulando mecanismos o instrumentos orgánicos, procesales y penales que garanticen el éxito de las investigaciones desde el más absoluto respeto a las garantías y derechos fundamentales que conforman el proceso penal, en tres aspectos básicos:

En primer término, la especialización jurisdiccional.

En segundo término, la inclusión de especialidades penales y procesales en el ordenamiento jurídico para ser más eficaces, siempre como he dicho, respetando los principios que son básicos en el proceso penal del Estado de derecho; legalidad, derecho de defensa, presunción de inocencia, y control judicial.

En tercer lugar, la modernización de los mecanismos de cooperación internacional que nos permitan incluso llegar a la creación de espacios judiciales de cooperación reforzada, espacios donde haya confianza recíproca, reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, y una cooperación leal entre los Estados a ser posible sin interferencias ni intromisiones del Poder Ejecutivo. Según mi propia experiencia, cuando mejor funciona la cooperación judicial es cuando la relación es directa entre autoridades judiciales, sin intervención de los ministerios de Justicia, particularmente en los casos de alta complejidad relacionados con la corrupción política, o los crímenes financieros de personas con indudable peso desde el punto de vista económico.

En cuanto a la especialización jurisdiccional, creo que, tanto en los órganos de investigación, como en los órganos de enjuiciamiento, la atribución de la competencia a los órganos judiciales y al Ministerio Público, debe superar los criterios de territorialidad; es necesario crear órganos especializados de investigación que se dediquen específicamente a estas tareas, incluso aunque esto ya sé que es más difícil en algunos sistemas judiciales, órganos especializados de enjuiciamiento para determinados delitos. La idea es crear estructuras judiciales especializadas, incluyendo tribunales de juicio. Nuestra experiencia puede ser útil a estos efectos: la Audiencia Nacional es un órgano judicial que se creó en los inicios de la transición de la dictadura a la democracia (1977), como un órgano centralizado, con competencias por razón de la materia delictiva, especializado en la persecución del terrorismo, del narcotráfico organizado, y de algunos crímenes económicos. Con sus aciertos y con sus errores, lo que no puede discutirse es que ha ejercido la competencia sobre los casos más importantes que se conocen de la justicia española, y que en términos generales ha proyectado una imagen de solvencia y eficacia en la actuación jurisdiccional.

Pero la experiencia de las estructuras judiciales especializadas también ha tenido implantación en otros países, por ejemplo, en Italia con la Fiscalía Nacional Antimafia, como órgano de coordinación de las fiscalías distritales territoriales, y que tiene también asignadas las competencias en materia de terrorismo. Sin embargo, el modelo más parecido al español es el modelo francés. En Francia los asuntos de terrorismo están centralizados en el Tribunal de Gran Instancia de París, específicamente en unos jueces de instrucción determinados, en unas salas de enjuiciamiento concretas, y en la Fiscalía de la República de París, que tiene una sección dedicada a terrorismo; además de la especialización en temas de terrorismo, disponen de las jurisdicciones Interregionales especializadas para el combate contra el crimen organizado, de manera que existen unas 10 o 12 jurisdicciones Interregionales con sus propios órganos de investigación, con sus propias fiscalías y sus órganos de enjuiciamiento que se dedican en exclusiva, a la investigación, la persecución y enjuiciamiento de los grandes asuntos del crimen organizado, del narcotráfico y de los crímenes financieros.

La idea de la especialización es todavía más importante en el Ministerio Público, sobre todo cuando es el que tiene el rol de la dirección de la investigación; incluso en España, la especialización del Ministerio Público está mucho más avanzada que la especialización de los jueces o de los tribunales. Así, comprobamos que en la Audiencia Nacional existen 3 Fiscalías que están cada una actuando en su materia respectiva:

- La Fiscalía de la Audiencia Nacional para los procesos por terrorismo, delitos contra la Corona y las instituciones del Estado, redes de falsificación de moneda, crímenes económicos graves y delitos cometidos fuera del territorio nacional.
- La Fiscalía antidroga para casos de narcotráfico organizado.
- Y la Fiscalía contra la corrupción y el crimen organizado que se dedica a los asuntos relacionados con la corrupción y la delincuencia organizada que no sea narcotráfico.

A todo ello se une la existencia de redes de fiscales especialistas a nivel territorial con coordinación central en materias relacionadas con la cibercriminalidad, con el medio ambiente, con la materia de extranjerías y trata de seres humanos, etc.

Desde un punto de vista procesal, creo firmemente que es absolutamente necesaria la adopción de algunas medidas para abordar la delincuencia de alta complejidad en las investigaciones y en los procesos. Las investigaciones y los juicios respecto a delitos de alta complejidad requieren de una respuesta especializada del sistema legal que garantice el éxito de la acción judicial, fortaleciendo la aportación de pruebas en las investigaciones, asegurando la validez de las mismas y facilitando un enjuiciamiento dentro de plazos razonables.

A continuación, paso a exponer algunas ideas que pueden contribuir positivamente para un enfoque adecuado del tema:

Primero, los plazos de las investigaciones. Los plazos desde luego tienen que ser más amplios, no es lo mismo investigar un robo que investigar un crimen financiero, con estructuras societarias instrumentales, con sociedades en paraísos fiscales, con múltiples operaciones financieras a las que es difícil seguir la pista; en fin, hay notables diferencias entre unas y otras investigaciones, y por ello es absolutamente imprescindible disponer para estos procesos de plazos especiales, plazos mucho más amplios que se pueden establecer legalmente.

Segundo, el empleo de técnicas especiales de investigación. Es necesario disponer de un arsenal procesal para poder ser eficaz en estas investigaciones, particularmente mediante la utilización de todas las novedades investigativas en materia de tecnologías de la información y de la comunicación, necesitamos agentes encubiertos, agentes encubiertos online, y necesitamos también que nuestra legislación procesal nos permita llevar a cabo determinados actos de investigación como los registros de los dispositivos de almacenamiento masivo de la información, el registro remoto de sistemas informáticos, las grabaciones de encuentros orales, implantar dispositivos de seguimiento o localización, grabación de la imagen y del sonido, y naturalmente algo que es especialmente necesario, cual es la especialización de los órganos de investigación; particularmente en el Ministerio Público resulta fundamental la especialización de aquellas unidades y servicios que dependen del Ministerio Público, unidades policiales encargadas de las investigaciones especializadas, en el análisis de inteligencia, blanqueo, delincuencia fiscal y financiera, terrorismo, etcétera y equipos de expertos en materias relacionadas con el análisis financiero y contable.

Tercero. La necesidad de proteger las investigaciones es todavía mucho más acuciante en los procesos por delitos de alta complejidad, lo que obliga a adoptar medidas procesales destinadas a proteger las investigaciones, además del reforzamiento de las medi-

das de protección de testigos y de personas relacionadas con el proceso. A estos efectos, la legislación procesal española autoriza ciertas restricciones de algunos derechos del imputado, particularmente en cuanto a los plazos de prisión, en cuanto a la posibilidad de acordar la incomunicación del detenido (cuyo fin es proteger el proceso penal, preservar las pruebas que se puedan incorporar al proceso, y garantizar la protección personal cuando haya un riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de las víctimas u otras personas relacionadas con el proceso).

Cuarto. El secreto de las actuaciones para las partes, una medida destinada a preservar la investigación para que no sea del conocimiento público, que se acuerda por meses prorrogables, siempre que esté autorizado por el juez de garantías. La investigación hay que protegerla también declarándola secreta sobre todo en sus comienzos.

Para justificarlo se decía en la vieja exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, obra de nuestro gran codificador, Manuel Alonso Martínez, entonces ministro de Justicia: *“Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor”*.

Quinto. Las piezas separadas de investigación. La incoación de piezas separadas para la tramitación, investigación y enjuiciamiento de delitos de esta naturaleza, en los que nos encontramos con una gran cantidad de delitos, de acusados y de víctimas y de delitos, es la solución para conseguir el enjuiciamiento de forma rápida y razonable, bien sea fraccionando el proceso por delitos o por encausados, siempre que existan suficientes elementos para que se pueda juzgar con independencia; esta es una solución que permite eludir los macrojuicios y garantiza sin duda alguna una mejor gestión de las causas penales.

Sexto. El empleo de pruebas preconstituidas; como todos sabemos en ocasiones resulta imposible que un testigo pueda acudir al juicio, bien porque hayan atentado contra él, o bien porque concurren otras circunstancias que imposibiliten su asistencia. En estos casos, es necesario que la prueba se celebre antes, durante la investigación, de manera que en aquellos casos en los que concorra riesgo de muerte o imposibilidad de asistir al juicio, las declaraciones de testigos, incluso de acusados, se realizan durante la investigación bajo la denominación de “pruebas preconstituidas” (también llamadas pruebas anticipadas en otras legislaciones), siempre que se cumplan una serie de requisitos: realización ante el juez de garantías; y bajo el principio de contradicción, es decir, posibilitando que el acusado y su defensa puedan interrogarle como si se tratara de una prueba practicada en el juicio.

“INAMIBLE”

Ximena Chong Campusano¹

El padre del realismo social chileno Baldomero Lillo, tiene a su haber un irónico cuento sobre las penurias del sistema penal: “Inamible”.

En ese cuento, si recuerdo bien (ha pasado mucho tiempo desde que lo leí), un carretonero es detenido por molestar a una jovencita con una culebra en un camino público.

Los cargos que se formulan al desventurado bromista fueron los de circular con animales *inamibles*.

Ni el Oficial de guardia que recibe al detenido, ni el juez que aplica la sanción, pese a preguntarse de que se trataba ese delito o falta, verbalizan su ignorancia.

Desde entonces, en el imaginario del “colectivo lector”, lo *inamible* se asocia con algo cuyo concepto se desconoce.

Durante mucho tiempo, parte de los delitos que hoy se engloban dentro de la expresión “Alta Complejidad” parecían ser delitos *inamibles*: un conjunto de reglas de prohibición que poblaban los catálogos normativos, que ocupaban a la doctrina, pero que salvo contadas ocasiones, cruzaban las puertas de los Tribunales del Crimen.

Hace 21 años, en un hito que nos reúne en este congreso, Chile sustituyó el antiguo régimen inquisitivo, por un sistema acusatorio.

Se dejó atrás, un vetusto proceso penal, a cargo de un juez con competencia criminal (el mismo del cuento de Lillo de los albores de 1900), juez que reunía en una sola mano, las funciones de investigar y juzgar, con un régimen cautelar, estrecho, una etapa indagatoria secreta, y con sistemas de revisión debilitados, cuando no, inexistentes.

Este proceso, -descrito con suma simplificación-, se tornaba un eficiente medio de control del delito común, con cargo a la prisión preventiva más que a través de las condenas. Este mismo sistema era, en cambio, prácticamente irrelevante en la persecución de la alta corrupción pública, los delitos económicos y financieros, y por cierto, exhibió una casi nula respuesta ante violaciones de Derechos Humanos.

¹ Fiscal Jefa. Fiscalía Metropolitana Centro Norte

El sistema acusatorio chileno, apuesta por un mecanismo moderno, adecuado a los estándares internacionales sobre derechos fundamentales de justiciables y víctimas, que salde la deuda que en materia de respuesta penal manteníamos, y en buena medida mantenemos aún, con estos delitos *inamibiles*.

El Ministerio Público, como dice Roxin, se ubica en la arquitectura normativa dentro de los órganos públicos cuya función se ordena al aseguramiento y solidificación del Estado de Derecho; parte importante de ese rol tiene su base en los principios de objetividad y en el carácter autónomo de la institución, temas ya abordados en este Congreso.

La Constitución Política de la República, radica en el Ministerio Público el deber de gestionar de forma eficiente la totalidad de los delitos, y en particular los que de manera más potente atentan contra la institucionalidad y la convivencia social.

PERFILANDO UN CONCEPTO DE DELITOS COMPLEJOS. UNA PROPUESTA

Cuando se trata de concebir el concepto de delitos complejos no son pocas las interrogantes que surgen.

La primera de esas preguntas, es ¿si es o no necesario, de cara a la gestión de casos hacer esta distinción?

Para los efectos de esta ponencia, la respuesta es sí. Y en los próximos minutos intentaremos trazar los contornos tanto del qué como del por qué.

Pareciera haber un consenso, en que los delitos complejos se componen de un *cluster*, un racimo o un conjunto de reglas de prohibición que se distancian, cuando no se ubican en las antípodas de lo que se conoce como “delito común”.

OBSERVAR Y DIBUJAR

Veamos como PERFILAMOS estos DELITOS.

Primero. Se trata de descripciones de conductas que se componen de varios actos o de elementos diversos, y que atenta dicha naturaleza, requerirán de mayores esfuerzos probatorios, a nivel investigativo y en todas las fases de la litigación.

Un segundo factor identitario, derivado de lo anterior, y trayendo a colación un elemento penal fundamental, es que se trata de figuras pluriofensivas, vale decir, que afectan a diversos bienes jurídicos o diversos intereses penalmente tutelados.

En la misma línea de razonamiento, habitualmente, nos adentramos al ámbito de los bienes jurídicos colectivos o supra individuales.

Como tercer punto, se suele afirmar, no sin razón, que los delitos complejos generan alta connotación social, evidenciando con esa expresión (lo que se liga íntimamente al ya referido acento pluriofensivo), que será una parte importante de la sociedad la que se verá afectada, y un grupo aún mayor el que se pondrá en alerta (generando legítima expectativa ciudadana), frente al accionar del Estado.

Sin embargo, utilizar esta denominación: “connotación social”, para dar contenido al concepto de alta complejidad, puede resultar equívoco entre nosotros, toda vez que en Chile la fórmula “*Delitos de Mayor Connotación Social*” o DMCS, se corresponde con una categoría estadística utilizada por la Subsecretaría de Prevención del Delito, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y las Policías, a efectos de cuantificar su tasa de ocurrencia, y establecer políticas de prevención y control en delitos de (i) robo con violencia o intimidación, (ii) robo por sorpresa, (iii) robo de vehículo motorizado, (iv) robo de objeto de o desde vehículo, (v) robo en lugar habitado, (vi) robo en lugar no habitado, (vii) otros robos con fuerza, (viii) lesiones menos graves, graves o gravísimas, (ix) lesiones leves, (x) homicidio, y (xi) violación.

Esta alusión a la frecuencia o prevalencia, no (o no necesariamente) tiene reflejo en el impacto/daño al tejido social, aspecto que en cambio sí reside en la categoría en análisis.

Al menos dos proyectos de ley, de 2012 uno y de 2014 otro, ninguno de los cuales germinó, han propiciado la creación de una Fiscalía de Alta Complejidad, en ambos intentos con competencia nacional y énfasis en su carácter interinstitucional y multidisciplinario.

Ninguno de estos proyectos vio la luz, coincidiendo ese naufragio con el surgimiento de los casos de financiamiento delictivo de la política, casos que precisamente pusieron en tensión la capacidad del sistema de persecución para responder a este tipo de delitos.

En el primero de los proyectos (Boletín N° 8265-07), esta Fiscalía se haría cargo de casos de corrupción, crimen organizado, lavado de dinero, trata de personas, tráfico de migrantes, terrorismo, control de armas, y delitos de que son responsables las personas jurídicas.

Se incluía en este proyecto, funcionarios de Carabineros y de la Policía de Investigaciones adscritos o incorporados de manera permanente.

Recordar que la iniciativa contó con una evaluación favorable del Banco Interamericano de Desarrollo.

Mediante Boletín N° 9608-07, de 23 de septiembre de 2014, el Ejecutivo presentó un nuevo proyecto de reforma constitucional, uno de cuyos objetivos fue crear dentro de la estructura del Ministerio Público una Fiscalía Especial de Alta Complejidad.

El mensaje del ejecutivo advierte sobre la necesidad de modificar la forma de trabajo de la Fiscalía a fin de tributar de mejor manera los principios/deberes de eficiencia y eficacia en la persecución penal. Se afirmaba asimismo que, en los casos más graves o más complejos, tales principios resultan ser aún más exigibles (con lo que coincidimos).

Se refería en particular, a que esta nueva estructura habría de contar con personal especializado.

El producto: investigaciones de mayor calidad en delitos, cuya gravedad y repercusión social requieren una dedicación exclusiva y especializada.

Reforzando la distancia con la categoría “delito común” se afirmó que la creación de esta Fiscalía favorecería la descongestión de las fiscalías locales, permitiendo que estas enfoquen sus esfuerzos en los delitos menos complejos, que constituyen su mayor carga laboral y la mayor preocupación ciudadana.

A modo de síntesis:

- (a) Se constata que el área de impacto del derecho penal moderno ha ido extendiéndose (poniendo en valor, los principios de fragmentariedad y *última ratio*).
- (b) Resulta no solo posible, sino necesario, diferenciar dentro del universo de conductas prohibidas entre aquellas de baja complejidad en su ejecución, por oposición a aquellas que denominamos de alta complejidad y que cuentan entre sus notas distintivas: (i) que se desarrollan en varios actos o se componen de diversos elementos, (ii) impactan bienes jurídicos colectivos o supra individuales, (iii) se despliegan en escenarios o sitios de suceso que se corresponden ya sea con sectores técnicos de un determinado quehacer o con actividades altamente reguladas, (iv) y tienen entre sus actores a personas o colectividades que detentan poder (subvirtiendo entonces el paradigma criminológico).

Observamos además una serie de características definidas por factores externos, pero no por ello menos relevantes y que marcan la necesidad de un abordaje institucional coherente y coordinado. Son casos que ponen las mayores exigencias al sistema en su conjunto y exponen la solvencia de la capacidad instalada del sistema de justicia penal.

Finalmente, la experiencia nos ha permitido corroborar que la agenda o pauta de los delitos complejos, con todo, no es rígida o clausurada, y ese carácter elástico forma parte del mismo fenómeno bajo análisis. Un claro ejemplo, constituye hoy la necesidad de dar una RESPUESTA adecuada y acorde a los estándares de debida diligencia y garantía de no repetición en delitos contra los Derechos Humanos.

APRENDIZAJES Y DESAFÍOS

Uno de los principales aprendizajes está dado por la necesidad de contar con procesos de mejora continua para todos los actores del sistema, lo cual mantiene una dimensión cuantitativa: medios, incluidos medios materiales tanto como herramientas legales, como en una dimensión cualitativa.

Avances sin duda han existido, por ejemplo, en materia de delitos de corrupción contamos con las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.121.

La entrega de herramientas y recursos nos traslada la responsabilidad de incentivar y monitorear su uso, y rendir cuenta de aquello.

Estos esfuerzos de mejora continua o perfeccionamiento habrán de encaminarse a la capacidad para absorber, y ponderar la gran cantidad de antecedentes investigativos que este tipo de delitos de manera usual presenta, pero también la de exhibirlos de manera lógica y persuasiva en juicio, siendo el acotado número de estos últimos un nudo crítico por resolver.

Hemos observado con interés la experiencia comparada sobre creación de una judicatura especializada en materias de criminalidad compleja, y en todo caso (exista o no especialización) contar con jueces capacitados para dirigir el debate de un modo tal que la producción de prueba sea consistente y compatibilice la necesaria atención de los intervinientes con la fluidez de la audiencia. Contamos con reglas procesales que permiten hacer frente a esas finalidades.

Asimismo, a la hora de justificar las decisiones, debe tratarse de jueces con preparación en síntesis de gran cantidad de información, así como en aspectos técnicos para su correcta aproximación.

Casos paradigmáticos en esta línea de argumentos lo constituyen los de alta criminalidad económica y empresarial, cuya naturaleza, ya novedosa para las categorías penales tradicionales, no puede ni debe ser reconducida a la forma de enjuiciamiento que caracteriza a los delitos contra las personas.

Esto es igualmente válido para las formas de crimen organizado, criminalidad organizada transnacional, entre otros.

Uno de los desafíos que visualizamos, ahora a nivel de la institución que nos alberga, es homogeneizar un criterio de asignación, especialización y tramitación, que suponga en trazado de objetivos político criminales a alcanzar, proponiendo como uno de tales objetivos exhibir la resistencia y compromiso del sistema ante casos de particular lesividad.

Esto supone criterios transparentes de asignación de recursos, y lo que es extraordinariamente relevante, la coordinación entre Fiscalías, con miras a la adopción de decisiones armónicas y consistentes, evitando fisuras en la lógica de persecución penal e incluso el “*fuego amigo*”. La trascendencia de esta tarea no debiese permitir disparidades en las estrategias de organización e investigación.

De otro lado, realizar esta segmentación entre casos de baja y alta complejidad, encuentra armonía con las disposiciones orgánicas. En efecto, a nivel de la Ley N° 19.640, encontramos (i) el Artículo 18, que permite al propio Fiscal Nacional asumir la investigación de un caso, teniendo en cuenta la investidura de los involucrados, con el objeto de proteger la independencia y autonomía de la institución, y (ii) el Artículo 19, que faculta al Fiscal Nacional para asignar un caso al Fiscal Regional, si es que reviste cierta gravedad o complejidad investigativa.

A esta arquitectura normativa, se suma el reglamento de fiscalías, y la definición de funciones del Fiscal Jefe.

De lo anterior fluye que la investigación de delitos complejos, exige una mayor presencia de la estructura de control jerárquico, un fiscal aún más involucrado en la actividad investigativa, y una relación de trabajo con fluidez reforzada, con Policías de creciente profesionalización y especialización.

El abordaje de este tipo de casos, deberá ser además multidisciplinario, exigiendo de los equipos investigativos creatividad e innovación. En este punto es menester estar en permanente búsqueda y formación de medios humanos especializados y medios tecnológicos que apalanquen la actividad investigativa y de producción de prueba.

Se trata pues de abordaje (integral u holístico), comprensivo tanto de los factores endógenos como exógenos de la investigación, esto es, atender a todo lo que pueda incidir en los resultados.

Estos factores “*satélites*”, incluyen desde aspectos comunicacionales, a la falta de coherencia o ausencia de equivalencia entre la connotación o daño social que producen algunos de estos delitos, y la respuesta penal prevista, la existencia de acciones monopólicas, entre otros elementos.

Las investigaciones exitosas en delitos complejos requieren una estrategia de trabajo de equipo, distribuyendo y asignando funciones y responsabilidades con arreglo a los talentos de cada cual. Esto es válido para equipos de fiscales, como para los vínculos con policías y expertos colaboradores.

Uno de los déficit en la relación con los cuerpos policiales, que no pertenece exclusivamente a los delitos bajo análisis, dice relación con la ausencia de metas de gestión comunes, con la ausencia o insuficiencia de protocolos de asignación de pericias y de prelación para ellas, y con la carencia de mecanismos de sanción cuando las policías incumplen o retardan las instrucciones de los fiscales a cargo de la dirección de las investigaciones.

Todos estos elementos finalmente, se ordenan no solo a reforzar las estructuras de gestión y organización institucional, sino que constituyen una más de las decisiones político criminales radicadas en el Ministerio Público, cuyo objeto es satisfacer al interés social que se ubica detrás de una persecución penal eficiente, eficaz e inteligente.

Recordábamos líneas atrás, que ninguno de los dos proyectos de creación de una Fiscalía de Alta Complejidad germinó. Sin embargo, sí se han introducido a la orgánica del Ministerio Público, estructuras como las de focos delictuales y análisis criminal, la que cuenta con vocación y capacidad instalada para proveer fórmulas novedosas y de probada utilidad para la gestión de información.

Desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, el sistema recibió casos de delitos contra los Derechos Humanos, indagados hasta 2016 a título de apremios ilegítimos, y a contar de esa fecha bajo las figuras de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin embargo su volumen se vio fuertemente incrementado en número y gravedad a partir de octubre de 2019.

En un estado democrático de derecho, el Sistema de Justicia Penal, debe contar con las herramientas y disponer de los recursos que se requiera para investigar, llevar a juicio y sostener la acción penal en este tipo de delitos, conforme a los principios y estándares constitucionales, legales y convencionales.

En esta tarea, que constituye en nuestro caso, una de alta complejidad, en la que hemos incorporado herramientas de análisis criminal a efectos de identificar: (i) grupos de actores, (ii) patrones de conducta, (iii) información y pruebas comunes y (iv) mapas o zonas calientes donde enfocar los esfuerzos investigativos.

Los avances han sido interesantes en estos primeros 20 años, pero aún son modestos de cara a los desafíos que somos capaces de visualizar.

Se necesita trabajo riguroso, definiciones institucionales claras y compromiso, a efectos de consolidar un modelo de trabajo que dé respuesta a las necesidades ciudadanas.

Pueden contar con ello.

Recordando a Churchill, confío en que el resultado será la victoria, por largo y difícil que sea el camino.

“APUNTES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”

Liliana Galdámez Zelada¹

INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad es en la actualidad una institución que promueve la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo cumplimiento impone a todos los órganos del Estado, especialmente a los jueces. El asunto que se revisa en los siguientes apartados es la manera y el contenido con que esta obligación recae sobre el Ministerio Público y sus actuaciones. Agradezco al Fiscal Nacional, don Jorge Abbott, por la invitación que formulara el Ministerio Público para participar en el Congreso “El Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal”, desarrollado en julio de este año.

1.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, BREVES NOTAS SOBRE SU EVOLUCIÓN

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, la Corte IDH señaló que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

¹ Liliana Galdámez es Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Es Profesora Asociada en el Departamento de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana... Considerando 125: “En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘(s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969”.

Esta institución surge en el discurso de la Corte IDH en el año 2006, ya antes había aparecido la idea en un voto de minoría, lo especial es que esta consideración se suma al voto de la mayoría de jueces.

En su origen, en mi opinión influyen las complejidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos y la necesidad de asegurar y expandir las recomendaciones y criterios de la Corte IDH para promover el respeto y consideración a los derechos humanos en los casos que conoce. La Corte distingue en sus informes anuales, precedentes a la sentencia de este caso (2004), la existencia de patrones en los comportamientos de los Estados, por ejemplo en las condiciones de las personas privadas de libertad, en casos de violencia contra la mujer y también en casos por graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante las dictaduras militares que gobernaron la región o los crímenes que se producen en el marco de conflictos armados internos, como en el caso de Guatemala.

El control de convencionalidad tiene detractores en Chile, algunos de los argumentos para la crítica son, “El seguimiento dispar de las sentencias condenatorias a Chile, por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La jurisdicción ordinaria acoge favorablemente y reabre la investigación, mientras el legislador aún no priva de efectos jurídicos al D.L. de Amnistía ni legisla sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. La Corte de Apelaciones de Rancagua asume la tesis de la “cosa juzgada aparente o fraudulenta” que fue desarrollada por la misma Corte Interamericana para volver a la investigación de los hechos...que la doctrina el control de convencionalidad excede el marco de los compromisos asumidos por el Estado a partir de la ratificación de la CADH, se trataría de una obligación jurisprudencial, construida por la Corte a partir de su interpretación sin contar con texto expreso, en el que fundar el surgimiento de la obligación, a lo que se puede contrarrestar invocando el artículo 62 N° 3 de la CADH que hace obligatoria su doctrina... La carencia del estudio y formación sistemática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la formación de abogados, jueces y operadores de las jurisdicciones ordinaria y constitucional. El Informe “Diagnóstico sobre la incorporación de los Derechos Humanos en las carreras de Derecho de Chile” concluye que solo 5 universidades (de un total de 20) ofrecen alguna cátedra obligatoria sobre Derechos Humanos; 11 universidades desarrollan una cátedra que trata instrumentos y jurisprudencia internacionales sobre derechos humanos”².

2 GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. (2014). EL VALOR ASIGNADO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios constitucionales*, 12(1), 329-364. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100008>, pp. 354-356.

Asimismo, en cuanto sus fundamentos se debe considerar, según Ferrer Mac-Gregor: “a lo dispuesto en los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981.2 (iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (Pacta sunt servanda) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980”³.

Dicho lo anterior, en la actualidad, una de las últimas sentencias de la Corte que se refiere a esta institución, que viene siendo desarrollada continuamente es el Caso Urrutia Laubreaux vs Chile. Sentencia de 20 de agosto de 2020, donde la Corte afirma que, “recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana”.

A partir de esta sentencia, en la actualidad entonces el control de convencionalidad puede ser entendido como:

- a) una institución;
- b) se utiliza para aplicar el Derecho Internacional;
- c) parámetro: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal;
- d) sujeto obligado: es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención;
- e) contenido de la obligación: controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados;
- f) Contempla: deber de prevenir y solucionar: los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana;
- g) rol de la Corte IDH, “Control complementario de convencionalidad”: Solo en caso contrario pueden ser considerados por esta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad;

³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios constitucionales, 9(2), 531-622. Recuperado en 07 de noviembre de 2021, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002011000200014&lng=es&tlng=es. pág. 533.

- h) sentido y alcance: un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

El control de convencionalidad, podemos afirmar, tiene una relación estrecha con el cumplimiento de los tratados internacionales y los criterios de la Corte IDH en el cumplimiento del DIDH; es una construcción de la Corte IDH que ha tenido desarrollo, y también polémica. Se ha incorporado, por ejemplo, en constituciones desde sus orígenes o posteriormente por vía de reforma constitucional, aunque no con este título y con algunos matices; se relaciona con la interacción entre los ordenamientos nacionales y los internacionales de protección de derechos humanos.

2.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU RECONOCIMIENTO EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

El control de convencionalidad también ha sido reconocido en reformas constitucionales como la de México en 2011, o en el llamado nuevo constitucionalismo Latinoamericano:

México 2011

Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Constitución de Ecuador 2008

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

3.- ALGUNOS CRITERIOS DE LA CORTE IDH EXTENDIDOS A PARTIR DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Las sentencias de la Corte IDH suelen contener extensas reflexiones y recomendaciones a propósito del deber de los órganos del Estado de dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad se hace cargo de la necesidad de generar una doctrina robusta para ser aplicada por los órganos internos, para dar cumplimiento y prevenir contravenciones a los derechos humanos e impulsar su desarrollo y aplicación en los ordenamientos internos.

La Corte ha generado criterios en materia de:

- A.- Protección de la víctima de violaciones a los derechos humanos;
- B.- Inversión de la carga de la prueba;
- C.- Daño al Proyecto de Vida;
- D.- Ampliación del concepto de víctima;
- E.- Deberes ampliados de reparación;
- F.- Garantías de no repetición.

El control difuso de la convencionalidad lo realizarían todos los Estados directamente vinculados por el sistema interamericano dentro de sus respectivas competencias territoriales, geográficas y jurisdiccionales. La referencia al control difuso también tiene su similitud con los sistemas de control constitucional.

4.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ALGUNOS CRITERIOS DE LA CORTE IDH EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Derecho a la vida:

“en el marco de la obligación de proteger el derecho a la vida bajo el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, leída en conjunto con el artículo 1 del mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado la teoría de la “obligación procesal” de efectuar una investigación oficial efectiva en casos de violaciones a aquél derecho”. Velásquez Rodríguez vs Honduras.

Derecho a la verdad:

“La Corte ha reconocido que el derecho a conocer la verdad de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, la Corte ha fundamentado la obligación de investigar como una forma de reparación, ante la necesidad de reparar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto. El derecho a conocer la verdad también ha sido reconocido en diversos instrumentos de Naciones Unidas y recientemente por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos”. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre 2009.

Investigación íntegra:

“el Estado limitó sus investigaciones al homicidio [de la víctima], quedando sin aclaración otros hechos relacionados a ese crimen, tales como su detención ilegal, las lesiones corporales que sufrió, el allanamiento ilegal en su domicilio, la colaboración de ex soldados en el encubrimiento de los hechos, y la supuesta participación de indígenas y/o terratenientes en el delito”. Caso Escué Zapata Vs. Colombia.

Uso de todos los medios en la investigación:

“(…) el Estado garantizará que las autoridades encargadas de la investigación cuenten con los recursos logísticos y científicos necesarios para la recaudación y procesamiento de pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y puedan obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas. En este sentido, cabe reiterar que en caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes”.

La importancia del contexto:

“(…) tanto en el proceso de hábeas corpus como en el proceso penal no se tomaron en cuenta las particularidades de los hechos denunciados y la situación de conflicto armado en que se encontraba El Salvador en la época en que supuestamente ocurrieron los hechos que investigaban, así como las distintas situaciones en las cuales se ha reencontrado a personas que desaparecieron durante el conflicto armado cuando eran niños o niñas”. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador.

Patrones:

“(…) el Estado deberá asegurar que las autoridades encargadas de la investigación tomen en cuenta los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos en el presente caso, con el objeto de que la investigación sea conducida tomando en cuenta la complejidad de estos hechos, el contexto en que ocurrieron y los patrones que explican su comisión, evitando omisiones en la recabación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación”. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia.

Acceso a la información:

“[L]os poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, cuando los órganos judiciales están tratando de esclarecer los hechos y juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones, el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la “clandestinidad del Ejecutivo” y perpetuar la impunidad”. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.

Algunas ideas finales

Los deberes de cumplimiento de tratados internacionales aplican a todos los poderes del Estado. En la práctica, en Chile hoy, la Corte Suprema, sin mencionarlo, aplica una forma de control de convencionalidad en la construcción de sus argumentos.

En base al artículo 5 inciso segundo y reglas generales de interpretación, es posible afirmar que el contenido del control de convencionalidad cuenta con elementos normativos y convencionales que refuerzan las obligaciones que se derivan del DIDH.

No cabe duda que el Ministerio Público es uno de los órganos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del DIDH, y que le aplican con especial intensidad aquellas que se refieren a: protección de la víctima; una investigación con perspectiva de género; deber reforzado en investigar en el caso de los y las vulnerables; un deber reforzado de investigar con diligencia la responsabilidad del Estado en casos de violaciones a los derechos humanos; la omisión de este deber puede acarrear responsabilidades para el Estado.

En el marco del proceso constituyente que se desarrolla, es probable que la cuestión del control de convencionalidad y principio favor persona sean debatidos e incorporados en la futura Constitución. No es posible dar cumplimiento a las obligaciones internacionales si no se estudia al DIDH y en particular a los criterios de la Corte IDH, esto es fundamental.

Todo lo señalado implica comprender y desarrollar una perspectiva de derechos humanos en el desarrollo de todas las tareas de los órganos del Estado, en particular en las obligaciones del Ministerio Público.

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y MINISTERIO PÚBLICO”¹

Antonio Segovia Arancibia²

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad es una doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (también “Corte IDH” o “la Corte”) para aplicar a nivel doméstico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo también CADH o “la Convención”), otros instrumentos que forman parte del *corpus iuris* interamericano, y la jurisprudencia de la Corte³. Es ejercido por los órganos del Estado en el ámbito de sus atribuciones mediante la verificación de compatibilidad o no contradicción entre la norma internacional y la interna, que puede derivar en la inaplicabilidad al caso concreto o su expulsión del ordenamiento jurídico; o en un ejercicio de interpretación *conforme* de la regla local a la internacional. En palabras de uno de los primeros jueces de la Corte que acuñó la expresión, “(...) *el control de convencionalidad constituye (...) una de las figuras más relevantes aportadas por la jurisprudencia interamericana a la gran empresa de proteger con esmero los derechos y libertades fundamentales en países americanos y construir, en un gran esfuerzo de comunicación y armonía, un verdadero derecho común de los derechos humanos para los países de esta región*”⁴.

¹ El presente texto se corresponde, con ciertas modificaciones y agregados, con la presentación efectuada en el Congreso titulado “El Ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal”, panel “Control de Convencionalidad y Ministerio Público”, organizado por el Ministerio Público de Chile. 22 de julio de 2021.

² Director Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX). Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

³ FERRER, Eduardo, citando fallos de la Corte IDH. “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a una década de su creación: 2006-2016)”, en: HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile.*, Ediciones Der, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2019, p. 37.

⁴ GARCÍA, Sergio. “Control de convencionalidad”. En: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit., p. 17.

Desde su formulación concreta en la sentencia dictada por la Corte el año 2006 en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*⁵, la doctrina del control de convencionalidad ha sido precisada, matizada y extendida en cuanto a sus alcances en fallos posteriores. Al mismo tiempo, ha sido objeto de explicaciones, justificaciones y críticas por parte de la doctrina⁶. Entre muchos otros aspectos materia del debate, uno de ellos dice relación con los sujetos (organismos públicos) que, en el orden interno de los Estados, estarían obligados a realizar el control de convencionalidad y, en cada caso, cuál es el fundamento y el *contenido* de la obligación (la “actividad controladora”). Dicha pregunta cobra especial relevancia para instituciones públicas que no tienen potestades específicas que le permitan no aplicar o eliminar normas contrarias al derecho internacional, como es el caso del Ministerio Público, pero que sí tienen un deber, como todos los organismos pertenecientes al Estado, de promover y respetar los derechos humanos, en el marco de sus competencias.

Otro tema vinculado al control de convencionalidad es aquel sobre la recepción y aplicabilidad de convenios o tratados internacionales interconectados con la CADH, pero desde el derecho penal. Se trata de instrumentos que en esencia imponen obligaciones de criminalización a los Estados Parte de las conductas que regula y al ser utilizados, muchas veces, como fuente y fundamento de la ley penal doméstica, adquieren relevancia también como parámetro de interpretación de los tipos penales nacionales en su aplicación a casos concretos.

En este contexto, el objetivo de esta presentación consiste en analizar la doctrina del control de convencionalidad desde el punto de vista de las competencias y atribuciones del Ministerio Público, y la incidencia de convenciones o tratados internacionales relacionados a la CADH en su actuación. Con tal fin, se comenzará respondiendo a la pregunta sobre si pesa o no sobre este organismo la obligación de ejercer un control de convencionalidad sobre las normas que aplica; en segundo lugar, y habiendo dado respuesta afirmativa a la primera pregunta, se analizará en qué consiste específicamente este control para la Fiscalía, cuál es su contenido y alcance. Por último, se revisará la aplicación de otros convenios relacionados indirectamente a la CADH pero que tienen un impacto decisivo en las funciones específicas para cuya realización es competente el Ministerio Público.

II. OBLIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La primera pregunta que es necesario abordar es si existe una *obligación* para el Ministerio Público, como organismo del Estado⁷, de ejercer un control de convencionalidad y, en caso afirmativo, cuáles son los fundamentos de la misma. Para dar adecuada respuesta, conviene en primer lugar delimitar conceptualmente el objeto de la obligación y sus

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006.

⁶ Un repaso de la doctrina “benevolente” y la doctrina “crítica” al instituto puede encontrarse en BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Crónica de una teoría de moda en América Latina”, en: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit., pp. 107 y ss.

⁷ El Ministerio Público es un organismo independiente y autónomo cuyas facultades y competencias se encuentran reguladas en la Constitución Política (arts. 83 y siguientes) y en una Ley Orgánica Constitucional (Ley N° 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999).

posibles alcances, y a continuación repasar brevemente los principales argumentos que han sido esgrimidos para justificar su aplicación, con el fin de analizar su aplicabilidad al Ministerio Público como institución.

El control de convencionalidad puede ser definido como el ejercicio de verificación de compatibilidad o no contradicción entre normas internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos que forman parte del *corpus iuris* interamericano, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por un lado, y normas domésticas, por el otro, que realizan determinados organismos en la aplicación de estas últimas a casos concretos. Sus efectos pueden consistir en la inaplicabilidad o expulsión de las normas cuando resulten contrarias a la normativa internacional; o en la *interpretación conforme* de unas con otras, permitiendo en lo posible la subsistencia de ambos estatutos. Se trata de una doctrina creada por la Corte Interamericana a través de sus sentencias, que con el tiempo ha ido ampliando y matizando el concepto.

Si bien pueden encontrarse las primeras referencias en votos concurrentes plasmados en fallos de la Corte antes del año 2006⁸, el *instituto* tuvo un reconocimiento explícito a partir de la sentencia dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la que se sostuvo por parte del tribunal: “*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”⁹.

El marco conceptual así descrito deja, sin embargo, varias interrogantes sobre su sentido, alcance, objeto, efectos y fundamentación¹⁰. En esta primera parte nos centraremos en

8 En particular los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en sentencias de casos como *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de fecha 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 101, para. 27: “(...) para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 154. Serie C N° 154.

10 Para un panorama completo de los aspectos problemáticos del instituto en su conjunto puede verse HENRÍQUEZ, Miriam. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en: 24 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 113- 141 (2014), pp. 125. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8542>. En el abordaje y propuesta de descarte de las críticas habituales, vid., NASH, Claudio. “Control de convencionalidad en Chile. Bases normativas, jurisprudencia y críticas”, en: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit.

el debate sobre *quién* debe ejercer un control de convencionalidad, para situar, o no, al Ministerio Público dentro de los “sujetos obligados”. Al respecto, una primera cuestión relevante es la distinción entre el control de convencionalidad ejercido a nivel internacional de aquel realizado en el ámbito interno de cada país. En el plano internacional es realizado por la propia Corte Interamericana, cuando verifica la compatibilidad de las normas aplicables a una situación concreta con aquellas de la CADH¹¹ y la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos a su decisión. Se ha señalado que el efecto de este control es la *expulsión* de normas contrarias a las reglas convencionales¹², o la imposición de criterios e interpretaciones que se ajusten a las mismas y permitan garantizar efectivamente los derechos, principalmente por la vía de la imposición de medidas de reparación¹³. El control ejercido por la Corte es, sin embargo, objeto de críticas, especialmente por las dudas sobre la real competencia que tendría para invalidar o derogar normas nacionales¹⁴. En lo que interesa a esta presentación, a nivel interno, la obligación se dirige al Estado, subsistiendo en este ámbito las preguntas sobre su fundamentación y destinatarios.

La jurisprudencia de la Corte ha ido ampliando con el tiempo¹⁵ el rango de organismos públicos locales a los que dirige la obligación de efectuar un control de convencionalidad, desde que incluyera solo al “Poder Judicial” en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y el mismo año a los “órganos del Poder Judicial” en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro) y otros vs. Perú*. En este último fallo conceptualiza la doctrina en los siguientes términos: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Ju-*

11 Y más en general de otros instrumentos internacionales, parte del *corpus iuris* interamericano, sobre los que la Corte tiene competencia, vid. III *infra*.

12 NASH, ob. cit., p. 404. En este sentido se ha pronunciado la propia Corte, por ejemplo en el caso *Barrios Altos vs. Perú* señaló: “*Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), para. 44, Serie C N° 75.

13 NOGUEIRA, Humberto. “La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chileno”. En: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit., pp. 566-7.

14 Algunos han apuntado que la CADH no ha entregado expresamente a la Corte facultades o competencias para ejercer un control de convencionalidad, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 63 y, aunque pudiera desprenderse tal facultad interpretativamente del texto íntegro de la Convención, su falta de regulación explícita haría del instituto uno “poco claro”. En este sentido, se ha señalado: “(...) *no hay sustento normativo general ni regional, para un control ejercido por la Corte que derive en efectos referidos a la validez o vigencia de normas o actos internos del Estado objeto de la contienda internacional (...) no hay norma expresa en la Convención Americana que señale la existencia de un control cualquiera, que pueda ejercer la Corte en términos de forzar a órganos internos a actos que excedan las competencias atribuidas a ellos en el ordenamiento nacional*”, BENAVIDES-CASALS, María Angélica. “Armonizar el Derecho nacional y el Derecho internacional. Un asunto de compatibilización”, en: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit., pp. 451-2. Otros cuestionan que el control ejercido por la Corte alcance efectos derogatorios, comportándose como un verdadero Tribunal Constitucional nacional. Así, SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, p. 133. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>.

15 Una completa revisión de la jurisprudencia hasta el 2016 puede encontrarse en FERRER, ob. cit.

dicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”¹⁶.

En efecto, el tribunal muy temprano extiende sus alcances. En *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, el año 2010, la Corte incluye en este deber de control a jueces y órganos de administración de la justicia en general, los que deberán ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana¹⁷. En algunos casos posteriores incluso menciona expresamente al Ministerio Público, como ocurre en la sentencia del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, donde sostuvo: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos internacionales, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana”¹⁸.

Finalmente, en el caso *Gelman vs. Uruguay* incluyó como sujetos de la obligación a todos los funcionarios del Estado: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...) que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”¹⁹.

Dicho criterio expansivo se mantuvo recientemente en *Urrutia Laubreaux vs. Chile*, en el que la Corte señala: “En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 128. Serie C N° 158.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 225. Serie C N° 220.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 262. Serie C N° 250.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), para. 239. Serie C N° 221.

Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”²⁰.

Las sentencias de la Corte, entonces, constituyen una primera posible *fuentes* de la obligación para el control de convencionalidad a ser ejercido por el Ministerio Público. Ello puede afirmarse al menos respecto de las sentencias dictadas en casos en que el Estado de Chile ha sido parte del proceso, teniendo a la vista lo dispuesto en el artículo 62 N° 1²¹ y 68 N° 1 de la CADH²². *Más discutible podría ser la invocación de sentencias dictadas en procesos en los que el Estado de Chile no ha sido parte, asignándoles a éstas efectos generales o erga omnes.* Para Benavides-Casals, la normativa en su estado actual indicaría que las sentencias dictadas en el ámbito internacional solo tienen efectos respecto de los Estados parte en el proceso respectivo y no efectos generales, sin perjuicio de reconocer la validez de la aplicación general de los “criterios interpretativos” (por ejemplo el principio *pro homine* o pro persona y efecto útil) y su utilidad como elementos de guía y ponderación en procesos de interpretación domésticos²³.

Sobre lo anterior, la Corte ha señalado que cuando la sentencia fue dictada en un proceso en que el Estado fue parte, este se encuentra sometido al tratado (la CADH) y a la sentencia en cuestión, lo cual obliga a todos los órganos del Estado a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y de la sentencia de la Corte no se vean limitadas por normas o resoluciones judiciales o administrativas contrarias a su objeto y fin. Si en cambio el Estado no participó en el proceso, la obligación de control de convencionalidad subsistiría fundada en las propias normas de la CADH y *según corresponda* en los precedentes jurisprudenciales de la Corte: “(...) *Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el*

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Sentencia del 27 de agosto del 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 93. Serie C N° 409.

21 Art. 62 N° 1: “*Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.*”

22 Art. 68 N° 1: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.*”

23 BENAVIDES-CASALS, María Angélica. “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: 27 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 141-166 (2015). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n27/n27a05.pdf>. Sobre la aplicación general de criterios interpretativos y su recepción en el Tribunal Constitucional chileno puede verse GALDAMEZ, Liliana. “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 329-364. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-5202014000100008&lng=pt&nrm=iso. También, puede verse GARCÍA, Gonzalo. “La Consideración de los estándares sobre derechos fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”, en: CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*, ediciones DER, Santiago, 2020. MEDINA, Cecilia. “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? En: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 661 y ss.

solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”²⁴.

A continuación, a nivel convencional *positivo*, la Convención Americana contiene normas de las cuales es posible desprender obligaciones para los Estados Parte que permiten fundar el ejercicio de un control de convencionalidad. Así, el artículo 1.1 obliga a los Estados a *respetar* los derechos y libertades contenidas en la Convención; y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. El artículo 2º, por su parte, determina a los Estados a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a lo señalado en la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades, cuando ellos no estuvieren ya garantizados. El artículo 29 dispone que las reglas de la Convención no podrán ser interpretadas en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades consagradas en ella²⁵, y el 63.1 señala los efectos de la declaración –judicial– de haberse violado los derechos o garantías allí consagradas²⁶.

Para Nogueira, las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2º implica para los Estados “(...) *adecuar todo el ordenamiento jurídico estatal al cumplimiento de los estándares interamericanos de derechos humanos, como asimismo las conductas de todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales, mediante las adecuaciones normativas y de sus actos a los deberes jurídicos convencionales*”²⁷. Las reglas de interpretación consagradas en el artículo 29, por su parte, constituirían “(...) *las normas jurídicas de derecho interno, sin dejar de ser derecho internacional, con mayor fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia, conforme a las cuales todos los órganos, autoridades y funcionarios estatales quedan vinculados y deben concretar al interpretar y aplicar derechos*”²⁸.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gelman vs. Uruguay*. Resolución del 20 de marzo de 2013 (Supervisión de cumplimiento de la sentencia), para. 69.

²⁵ Artículo 29: “*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”.

²⁶ Artículo 63.1: “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”.

²⁷ NOGUEIRA, ob. cit., p. 566.

²⁸ NOGUEIRA, ob. cit., p. 571.

En efecto, tales normas tienen plena vigencia y aplicación en nuestro país fundamentalmente por dos vías complementarias: primero, a través del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política, reformado el año 2005, que entrega la atribución al Congreso Nacional para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. El inciso quinto de la norma, además, dispone: “*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”. De esta manera, la regla en su conjunto establece que los tratados internacionales, luego de su tramitación ante el Congreso, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico vigente en Chile, generan consecuencias para el Estado –el cumplimiento de las obligaciones que de él emanan o su responsabilidad internacional por el incumplimiento²⁹ y sus normas no pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas por otras internas, sino solo en la forma prevista en el instrumento en cuestión o en normas generales de derecho internacional.

Lo dicho se ve reforzado por otras dos normas de derecho internacional: la primera se encuentra en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados³⁰, que consagra el principio *pacta sunt servanda* en los siguientes términos: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. La segunda, en el artículo 27, que dispone en lo pertinente que los Estados Parte no podrán invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado³¹. Ambas vienen a ratificar la vigencia y deber de cumplimiento que adquieren tratados como la CADH cuando han sido aprobadas por el Congreso luego del trámite legislativo respectivo³². En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado: “*(...) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional (...) una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud para derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez*”³³.

La segunda vía es la del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política, que dispone: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Más allá de la discusión sobre la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento

29 NASH, ob. cit., p. 408.

30 Promulgado a través del Decreto N° 381, del 5 de mayo de 1981, publicado en el Diario Oficial con fecha 22 de junio de 1981.

31 NASH, ob. cit., p. 406; NOGUEIRA, ob. cit., p. 567.

32 Se ha discutido si los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide* pueden justificar una aplicación *preferente* de la Convención sobre normas internas; o si derechamente consagran la supremacía de la norma internacional. Sobre lo primero, vid. ZÚÑIGA, Francisco. “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Dilemas y perspectivas”, en: HENRÍQUEZ y MORALES, ob. cit., pp. 554-5. Rechazando el segundo argumento, FUENTES, Ximena. “La jerarquía y el efecto jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno”, citada por BENAVIDES-CASALS, “Armonizando...”, ob. cit. Crítico en general de los fundamentos esgrimidos por la Corte para justificar el control de convencionalidad a propósito de las reglas de la Convención de Viena citadas, CONTRERAS, Pablo. “Análisis crítico del control de convencionalidad”, en: CONTRERAS y GARCÍA, ob. cit., pp. 191 y ss.

33 Tribunal Constitucional. Sentencia del 28 de diciembre de 2007, Rol N° 807-2007, consid. 14.

jurídico, o más en general la recepción interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁴, lo cierto es que la norma impone la obligación a los órganos del Estado, incluido entonces el Ministerio Público, de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y por tratados internacionales como la CADH³⁵. Lo anterior además se complementa con lo dispuesto en el artículo 6º de la Constitución, que establece en su inciso primero que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

La lectura conjunta de todas estas reglas, entonces, permite concluir que las normas de la CADH son parte del ordenamiento jurídico chileno y generan además obligaciones concretas a los órganos del Estado, entre los que se encuentra el Ministerio Público. Bajo esta lógica, fiscales y funcionarios de la institución sí están llamados a realizar este ejercicio de compatibilidad o no contradicción de las normas internas con el estándar internacional en los casos concretos, dando así forma a la obligación de respeto y promoción de derechos humanos por la vía de efectivizar la normativa interna hacia la plena realización y protección de los derechos y garantías fundamentales, en la esfera de sus propias atribuciones y competencias.

En este sentido, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado: “(...) *En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a garantizar el pleno respeto de los derechos (...) La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aún por gobiernos de facto*”³⁶.

En otros fallos el mismo tribunal ha dicho: “*No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además –o como consecuencia de lo anterior–, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y 68, N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo esta Corte– deben tener en consideración dichas obligaciones, para dar cumplimiento a la responsabilidad del Estado. Así, en la interpreta-*

34 Vid., por ejemplo, HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, ob. cit., pp. 380-4. También GARCÍA, Gonzalo. “¿Cómo compatibilizar el orden convencional y constitucional de derechos? Relectura del Artículo 5º de la Constitución”. En: CONTRERAS, P.; GARCÍA, G., ob. cit., pp. 67-107.

35 Ampliamente sobre el punto y citando jurisprudencia de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional en el mismo sentido, NOGUEIRA, ob. cit., pp. 567-570. En general sobre la *autoejecutabilidad* de tratados internacionales y la situación de aquellos relacionados con derechos humanos desde la perspectiva de su aplicación directa, puede verse FUENTES, Ximena y PÉREZ, Diego. “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 25 N° 2, 2018, pp. 138 y 144-5. Antes se había referido en términos críticos al *instituto* del control de convencionalidad, pp. 125-131.

36 Corte Suprema. Sentencia de fecha 10 de mayo de 2007. Rol N° 3452-2006. Para una visión de la recepción –o no– del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional puede verse HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, ob. cit.; NASH, ob. cit. y NOGUEIRA, ob. cit.

*ción y aplicación de las normas que tratan la acción de revisión, en especial la causal de invalidación invocada, no debe preterirse que lo que está en juego no es sólo la resolución de un caso concreto, sino que la responsabilidad internacional del Estado de Chile en caso de optar por una lectura restrictiva de los derechos humanos y, en particular, del derecho a un mecanismo efectivo y rápido para revisar y hasta anular las sentencias dictadas como corolario de un proceso injusto cometido por los Consejos de Guerra convocados*³⁷.

La postura expansionista de los “sujetos obligados” ha sido criticada por algunos, que entienden que los destinatarios *naturales* del control de convencionalidad serían solo los jueces, y en particular aquellos con competencia para *inaplicar* o expulsar normas en casos concretos. Entregar esta facultad a organismos distintos, que no tengan asignadas estas competencias –justamente como el Ministerio Público–, implicaría una contravención al principio de legalidad, por la vía de entregar facultades a un órgano que nos las tiene así fijadas por la Constitución o la ley, por mecanismos distintos a los institucionales³⁸. Sin embargo, dicha opinión parte de la premisa de que el control de convencionalidad es uno de carácter *normativo*, cuyo efecto es solo la declaración de invalidez o inaplicabilidad de normas, que efectivamente requiere atribuciones específicas en ese sentido. Pero la noción más amplia de control de convencionalidad, que abarca también la doctrina de la *interpretación conforme* sin efectos derogatorios o de inaplicabilidad, sí permite considerar, a mi juicio, a organismos distintos de los tribunales como sujetos obligados, siempre en el marco de las respectivas competencias. Nos abocaremos a esta cuestión en el siguiente apartado.

III. CONTENIDO Y ALCANCES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Una segunda pregunta es aquella relativa al contenido y alcances del control de convencionalidad cuando es ejercido por el Ministerio Público, es decir, en qué consiste en concreto la “actividad controladora”. Al respecto, conviene recordar una vez más que hemos conceptualizado la doctrina del control de convencionalidad como el ejercicio de verificación de compatibilidad o no contradicción entre normas internacionales –en particular la CADH y otros instrumentos interamericanos–, junto a la jurisprudencia de la Corte IDH, y normas domésticas aplicables a un caso concreto, que puede realizarse a través de un control *normativo* de contraste que derive en la inaplicabilidad o expulsión de normas internas; o a través de un ejercicio de *interpretación conforme* entre el estatuto doméstico y el internacional cuyo efecto no es la eliminación de normas contradictorias sino su aplicación armónica.

La primera alternativa, de acuerdo a Sagüés, representa la “faceta destructiva” del control de convencionalidad: “*Hasta ahora, el control de convencionalidad parece operar como una suerte de rayo exterminador de normas locales*”³⁹. La segunda, en cambio,

37 Corte Suprema. Sentencia de fecha 20 de mayo de 2021, Rol N° 79.499-20. La sentencia cita fallos anteriores en el mismo sentido.

38 HENRÍQUEZ, ob. cit., p. 125.

39 SAGÜÉS, ob. cit., p. 130.

muestra una faceta positiva o “constructiva” del control: “(...) *no solamente habría que reputar inválidas (por “inconvenientes”) las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino que también deberían, en todo lo posible, interpretarse “de acuerdo”, o “de conformidad” a dicho Pacto (...) También, deberían, asimismo en todo lo posible, ser interpretadas las normas domésticas en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”⁴⁰.

Otros autores, como Ferrer, entienden expresamente al control de convencionalidad como un acto interpretativo: “*Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el corpus iuris interamericano (...) En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Así, las autoridades estatales deben ejercer ex officio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados*”⁴¹.

Ahora bien, sea que se trate del control “destructor” o del “constructivo”, siempre deberían ser ejercidos por las autoridades públicas en el marco de sus respectivas atribuciones y competencias y de las reglas procesales domésticas. Ello fue reconocido desde temprano por la propia Corte en la sentencia del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*⁴², criterio que ha reiterado luego en otras sentencias, algunas de ellas mencionando expresamente al Ministerio Público como veíamos precedentemente⁴³. Dicha postura es además consecuente con lo dispuesto en el artículo 2º de la CADH, que obliga a los Estados Parte a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales* y a las disposiciones de la Convención.

Esta forma de entender los efectos del control de convencionalidad autoriza a dotar de contenido a la “actividad controladora” cuando es ejercida por el Ministerio Público, en tanto es claro que, de acuerdo al diseño institucional vigente en Chile, no tiene atribuciones para aplicar un “rayo exterminador” a normas *inconvenientes*. La única institución que expresamente cuenta con facultades de no aplicar normas por resultar contrarias a la Constitución es el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo

40 Ibid. En el mismo sentido, calificando el control de convencionalidad como “fuerte”, “débil” o como “directriz”, vid. CONTRERAS, Pablo. “Análisis crítico del control de convencionalidad”, en: CONTRERAS y GARCÍA, ob. cit., pp. 178 y ss.

41 FERRER, ob. cit. 37-8. Del mismo autor, FERRER, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: Estudios Constitucionales, Año 9, No 2, 2011, pp. 531 – 622. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>. Similar, NASH: “A lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”, ob. cit., pp. 404-5.

42 Ob. cit.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, ob. cit.

93 de la Constitución Política⁴⁴, e incluso es materia de debate si contaría o no con atribuciones, al menos explícitas, de ejercer un control de *convencionalidad* propiamente tal⁴⁵. Los tribunales superiores, por su parte, también tienen un rol relevante en tanto competentes para conocer infracciones específicas de derechos a través de las acciones de amparo, protección y amparo económico y más en general en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. En particular, la Corte Suprema se ha referido a su obligación de ejercer un control de convencionalidad en los siguientes términos: “*Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad (...) La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional*”⁴⁶.

Más allá de las funciones de los tribunales y en particular del Tribunal Constitucional, lo cierto es que fiscales y funcionarios del Ministerio Público tienen asignadas competencias que en nada se asemejan a las de estos tribunales. En efecto, de acuerdo al artículo 83 de la Constitución Política, sus atribuciones específicas consisten en la investigación, de forma autónoma y exclusiva, de los hechos constitutivos de delito, la persecución penal en su caso y la asistencia y protección a víctimas y testigos. Le está expresamente vedado ejercer funciones jurisdiccionales. Y según dispone el artículo 7° de la Constitución, “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*”.

Lo anterior, entonces, confirma que el contenido de la obligación de ejercer un control de convencionalidad por parte del Ministerio Público no puede consistir en no aplicar –ni menos derogar– normas, pero sí al menos de efectuar una *interpretación conforme* entre

44 En su numeral 6 establece como atribución del tribunal: “*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. El numeral 7, por su parte, agrega la siguiente competencia: “*Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”.

45 GARCÍA estima que la única alternativa posible de concretar el control de convencionalidad bajo la regulación chilena, es la del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad consagrado en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, ob. cit., pp. 467-8. Para HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, el Tribunal Constitucional chileno ejerce un control concentrado de constitucionalidad que no ha reconocido el “bloqueo de convencionalidad” como parámetro de control, por estimar que los tratados internacionales tienen rango *infraconstitucional* y *supralegal*. Mientras no existan normas constitucionales de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “*(...) cualquier intento por efectuar alguna especie de control de convencionalidad en Chile no será más que un soliloquio*”, ob. cit., p. 401.

46 Corte Suprema. Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013, Rol N° 9031-2013.

ellas y los tratados internacionales, cuando le corresponda aplicarlas, siempre en el ámbito de sus atribuciones y facultades. Esta forma de interpretar exige al fiscal o funcionario *elegir* aquella que coincida, o no se oponga, a la Convención Americana, permitiendo la subsistencia –convivencia– de la norma local en el ordenamiento jurídico⁴⁷. La *preferencia de normas por vía interpretativa*, así conceptualizada, se funda, como vimos, en las normas de la propia CADH (especialmente los artículos 1.1, 2 y 29), otras normas internacionales (artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y nuestras normas internas (artículos 54 N° 1, 5° inciso 2° y 6° de la Constitución Política)⁴⁸.

Henríquez, explicando la postura de quienes entienden al control de convencionalidad como un ejercicio interpretativo, apunta que la regla –criterio– básico de interpretación es aquella conforme al principio *pro homine* o favor persona, según el cual debiera siempre aplicarse aquel enunciado que asegure mayor cantidad de criterios o garantías a los derechos⁴⁹. Agrega la autora: “De esta forma, los jueces y demás autoridades públicas, en cumplimiento de la normativa internacional que el Estado ha recibido internamente, están obligados a realizar un ejercicio interpretativo que busque la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente, más cuando éstos constituyen derechos que emanan de la dignidad humana”⁵⁰. El control de convencionalidad, en este sentido, se constituiría en un *metacriterio interpretativo* que permitiría la aplicación alternativa de normas sin declarar inaplicable o invalidar ninguna de ellas⁵¹. El objeto de la labor interpretativa, por su parte, es el contenido material más que la literalidad del precepto, es decir, en la materialidad del derecho o garantía con independencia de la fuente formal que lo consagre⁵².

La Corte Suprema, acogiendo estos criterios interpretativos, ha señalado: “Que los convenios constituyen un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas aisladamente, ya que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entregan los aspectos fundamentales o básicos de la protección humanitaria, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de modo que las obligaciones cuya realización y cumplimiento precisan

47 SAGÜÉS, ob. cit., pp. 130-1. BENAVIDES-CASALS señala que más que control de convencionalidad debiera hablarse de un control de *compatibilidad* en el cual el operador judicial debe buscar la aplicación armónica del derecho nacional e internacional, dejando a salvo la validez de ambas y procurando su mayor despliegue en el sentido de protección de los derechos de la persona humana. “Armonizar...”, ob. cit., p. 457.

48 NASH, ob. cit. En Constituciones como la mexicana, reformada el año 2011, existen normas expresas sobre interpretación en materia de derechos humanos. En efecto, su artículo 1° inciso tercero dispone: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Un extenso análisis de la norma puede verse en FERRER, “Interpretación conforme...”, ob. cit.

49 Al que podrían agregarse otros criterios como el de “efecto útil” (*effet utile*), según el cual las normas deben ser interpretadas de manera que otorguen una real y efectiva protección.

50 HENRÍQUEZ, ob. cit., p. 136.

51 *Ibid.*

52 Para un completo panorama puede verse AGUILAR, Gonzalo. “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (online), 2016, vol. 49 N° 146, pp. 13-59. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332016000200013&script=sci_abstract. También GALDAMEZ, ob. cit.

no resulten ilusorias. Valiéndose, por lo pronto, del denominado principio *pro homine*, según el cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos” (Mónica Pinto: “El principio *Pro Homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Martín Abregú: “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales”, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, año mil novecientos noventa y siete, página 163). Lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones⁵³.

La Corte IDH, por su parte, ha dicho: “Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana⁵⁴.”

En relación a los parámetros entre los cuales se verifica esta labor interpretativa, se encontraría, por una parte, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁵. Cabe preguntarse si podrían agregarse otros instrumentos internacionales como parámetro del control. La Corte ha entendido que sí, al menos para aquellos otros tratados sobre los que tiene competencia: “El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia⁵⁶.” También ha indicado más explícitamente qué otros convenios pueden servir de guía, como el “(...) Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera⁵⁷”, entre otros⁵⁸. El objeto

53 Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de mayo de 2007, ob. cit., considerando cuadragésimo sexto.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 209, para. 338.

55 Teniendo presente lo dicho sobre los efectos de las sentencias de la Corte (*erga omnes* o *inter partes*), vid., *supra*. II y HENRÍQUEZ, ob. cit., pp. 126-9.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia del 1° de septiembre de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 217, para. 199.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores Cesados del Congreso...* ob. cit., voto razonado juez Sergio García Ramírez, para. 3.

58 NOGUEIRA se refiere en general al *corpus iuris* interamericano, ob. cit. Otros instrumentos internacionales –en el sistema universal– servirían más bien para fines interpretativos, establecer contexto, estándares, etc. HENRÍQUEZ, citando a Sergio García Ramírez, ob. cit., p. 130.

del control, estaría determinado por las normas internas (leyes, decretos y reglamentos) y según alguna jurisprudencia de la Corte IDH, también las “prácticas internas”⁵⁹.

En el plano operativo, estimo que esta forma de entender el control de convencionalidad para el Ministerio Público se puede desarrollar en dos ámbitos, uno interno y otro externo. A nivel interno, el ejercicio interpretativo tendría como objeto los protocolos, reglamentos y demás normativa interna dictada por la propia institución. Tienen particular relevancia en este sentido las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional, que contienen criterios o directrices genéricas para la actuación de fiscales y funcionarios en sus áreas propias de competencia, por ejemplo para la investigación y persecución penal especializada de determinada clase de delincuencia, la protección y atención de víctimas y testigos y las relaciones con otros intervinientes del proceso penal, en particular víctimas e imputados⁶⁰. La interpretación conforme de estas instrucciones, bajo criterios como el *pro homine*, permitirían adecuar la actividad investigativa y proteccionista de víctimas de manera más explícita desde el prisma de los derechos humanos, en especial de aquellas garantías directamente vinculadas al proceso penal (por ejemplo, las garantías judiciales consagradas en el artículo 8° de la CADH).

También en el plano interno, el control de convencionalidad se manifiesta en la implementación de prácticas que tienden a favorecer el pleno ejercicio de derechos. Un ejemplo reciente es la publicación de la política de persecución penal creada por el propio Ministerio Público, que entre sus principios rectores incluye, entre otros, el respeto a los derechos fundamentales (“*El Ministerio Público actuará con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas. Fiscales y funcionarios respetarán y protegerán en sus actuaciones la dignidad humana, contribuyendo al buen funcionamiento del sistema penal*”) y la igualdad ante la ley⁶¹. Otro caso es la política de género diseñada e implementada por la Fiscalía, que comienza señalando que “(...) *el marco ético jurídico de los derechos humanos, los derechos de las mujeres y la perspectiva de género constituyen el fundamento de esta Política*”, para luego reconocer como sus referentes tanto a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) como a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará)⁶².

59 Entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentencia del 12 de agosto del 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 186, para. 18o.

60 Reguladas en el artículo 17 letra a) de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, en los siguientes términos: “*Corresponderá al Fiscal Nacional: a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos. El Fiscal Nacional dictará las instrucciones necesarias que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18...*”. Un listado de criterios generales dictados por el Fiscal Nacional puede encontrarse en www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do.

61 Ministerio Público. *Política Nacional de Persecución Penal*, pp. 19-21. Disponible en: www.fiscaliadechile.cl/politica_persecucion_penal.pdf.

62 Ministerio Público. *Política de Igualdad de Género de la Fiscalía de Chile*, pp. 12 y ss.

A nivel externo, se traduciría en la forma en que fiscales y funcionarios interpretan normas jurídicas cuando las invocan ante los tribunales de justicia para su aplicación. En otras palabras, bajo esta manifestación del control de convencionalidad, fiscales y funcionarios del Ministerio Público debieran dar una interpretación conforme a las reglas internacionales, de aquellas normas que solicitan a los jueces aplicar a los casos concretos. Este ejercicio puede derivar en uno propiamente interpretativo (el fiscal o funcionario le da a la norma un determinado sentido y alcance, conforme a la CADH o jurisprudencia de la Corte IDH, y en ese *sentido* la invoca); o utilizan las normas para lograr efectos conforme a ellos (por ejemplo, solicitando suspensión de una audiencia de formalización hasta que no se garantice la presencia de un traductor o intérprete del imputado extranjero que no habla español, conforme lo dispone el artículo 8.2.a) de la Convención). En ambos casos, la norma convencional puede ser usada directamente en el sentido de servir como fundamento de la solicitud, de forma independiente o complementaria a otras leyes que resultaren aplicables. Ciertamente, esta forma de entender y citar normas jurídicas no obsta a lo que se resuelva en definitiva por parte del tribunal competente. Este, a su turno, deberá efectuar su propio control de convencionalidad en el ámbito de sus facultades y atribuciones.

Finalmente, si la norma en cuestión fuera insalvablemente *inconvenional* subsistiría, me parece, la posibilidad de que el Ministerio Público active los mecanismos procesales idóneos para buscar al menos su inaplicabilidad al caso concreto, avanzando hacia un control *normativo* de efectos invalidantes para la norma cuestionada. Dos ejemplos pueden ser citados. El primero, la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que formuló el Ministerio Público del artículo 162 incisos primero y tercero del Código Tributario, por estimar que contravenían lo dispuesto en el artículo 83 inciso primero de la Constitución y vulneraba las garantías consagradas en los artículos 6, 7 y 19 N°s 2 y 3 de la Carta Fundamental. Alegaba la Fiscalía, en esencia, que la norma tributaria, al entregar al Director del Servicio de Impuestos Internos la facultad de iniciar o no la investigación y persecución penal de aquellos delitos tributarios sancionados con penas privativas de libertad por la vía de limitar su inicio solo a aquellos casos en que este hubiera deducido denuncia o querrela, o hubiera solicitado al Consejo de Defensa del Estado la presentación de una querrela (inciso primero) o, en los casos en que el delito tuviera asignada pena de multa o privativa de libertad, discrecionalmente pudiera deducir denuncia o querrela o remitir los antecedentes al Director Regional del Servicio competente para que persiguiera la aplicación de la multa mediante un procedimiento administrativo (inciso tercero), violaba la regla constitucional según la cual el Ministerio Público tiene la facultad *exclusiva* de investigar delitos y perseguir penalmente a sus responsables. Como se ve, se trata de un caso propiamente de *constitucionalidad* más que de *convencionalidad*, pero sirve como guía de actuación de lo que se viene analizando. Debe consignarse, en todo caso, que el Tribunal Constitucional no entró al fondo del debate ya que no acogió a tramitación el requerimiento por cuestiones formales relacionadas a la representación del Ministerio Público en el proceso⁶³.

Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Politica_de_Igualdad_de_Genero_de_la_Fiscalia_de_Chile.pdf.

63 Según puede leerse en la resolución de fecha 27 de febrero de 2019. Rol N° 6091-19.

El segundo ejemplo es un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Isla de Pascua. El tribunal remite los antecedentes al Tribunal Constitucional luego de que en la audiencia de preparación de juicio oral, en un proceso seguido por el delito de violación cometido en territorio insular, la defensa del imputado, perteneciente a la etnia rapanui, solicitó se incorporara como prueba al juicio oral determinados antecedentes que permitirían en definitiva aplicar los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, conocida como “Ley Pascua”⁶⁴. La primera de dichas normas autoriza imponer a los condenados por determinados delitos, entre estos el delito de violación, cometidos por naturales de Isla de Pascua en dicho territorio, la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley; el segundo, que en el evento de ser condenado a una pena privativa de libertad, pueda cumplir hasta dos tercios de ella fuera del establecimiento carcelario, debiendo el juez fijar en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado.

Si bien en este caso el requerimiento fue formulado por el juez, el Ministerio Público se hizo parte del proceso, solicitando se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ambos preceptos, fundado en la vulneración que los preceptos impugnados representaban a derechos garantizados en la Constitución –en particular, la igualdad ante la ley–, y en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la CEDAW y la Convención Belém do Pará, citando en su argumentación el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política. El Tribunal, en su sentencia, dedica un apartado al “(...) ámbito del derecho convencional en la resolución del presente caso”. Al respecto señala: “Solo en ese sentido se pronunciará esta Magistratura, sin perjuicio de estimar que los tratados internacionales de derechos humanos deben ser interpretados, conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ordenando una interpretación de buena fe y respetuosa del *pacta sunt servanda*. En tal sentido, hay que estimar el sentido expansivo de los derechos que contempla y en donde deben distinguirse adecuadamente el tipo de mandatos que regula puesto que algunos son de aplicación inmediata y otros de realización progresiva”⁶⁵. El Tribunal termina declarando inaplicables por inconstitucionales los preceptos impugnados⁶⁶.

IV. OTROS TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA PENAL

Por último, toca analizar la recepción y aplicabilidad que tienen otros instrumentos internacionales, que desde el ámbito penal se vinculan de alguna manera a las garantías consagradas en la CADH. Utilizaré dos ejemplos concretos: la prohibición de la tortura y la prohibición de la trata de personas. La primera se encuentra consagrada en el artículo 5.2 de la CADH en los siguientes términos: “*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada*

64 Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua. Publicada en Diario Oficial con fecha 1 de marzo de 1966.

65 Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 29 de enero de 2021, considerando décimo tercero. Rol N° 8792-2020.

66 Dos completos análisis del fallo pueden leerse en VILLAGRÁN, Lorena. “Del elemento cultural a la cultura del abuso: inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la “Ley Pascua” en materia de delitos sexuales. Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en causa Rol N° 8792-2020.”; y MURCIA, Álvaro. “La costumbre indígena en el fallo dictado por el Tribunal Constitucional en el marco del denominado “Caso Isla de Pascua””, ambos en: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 81, abril 2021. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do>.

con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. La segunda, por su parte, encuentra su explicitación en el artículo 6.1: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”.

Ambas prohibiciones encuentran correlato en otros instrumentos internacionales que definen su contenido e imponen obligaciones de criminalización interna a los Estados Parte. La tortura en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984⁶⁷; y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985⁶⁸; y la trata de personas en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000⁶⁹. Este grupo de convenciones internacionales forman parte de lo que se ha denominado *Derecho Penal Transnacional*⁷⁰, categoría que agrupa a las reglas convencionales, consuetudinarias y de *soft law* que en el plano internacional regulan cierta delincuencia que tiene caracteres transnacionales actuales o potenciales, fenomenológicos o normativos⁷¹, y no alcanzan a constituir crímenes internacionales propiamente tales o *nucleares*⁷².

67 Promulgada mediante Decreto N° 808, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 07 de octubre de 1988. Publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de noviembre de 1988.

68 Promulgada mediante Decreto N° 809, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 07 de octubre de 1988. Publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de noviembre de 1988.

69 Tanto la Convención como el Protocolo (y junto a ellos, el Protocolo Adicional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire), fueron promulgados mediante Decreto N° 342, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 20 de diciembre de 2004. Publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2005.

70 BOISTER, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. 2ª edición. Oxford University Press, Reino Unido.

71 El término *crimen transnacional* puede definirse, según lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de la siguiente manera: “A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”. A esta definición que incluye elementos transnacionales *fenomenológicos*, pueden agregarse los *normativos*, aplicables al caso de la tortura: crímenes cuya supresión interesa a los Estados a nivel global por su lesividad o el reproche moral transversal que genera. BOISTER, Neil. “Transnational Criminal Law?” En: EJIL (2003), p. 967; BOISTER, *An Introduction...*, ob. cit., pp. 3-11.

72 En general, se sostiene que se trata de aquellos crímenes punibles directamente bajo el derecho internacional y que pueden ser conocidos y juzgados por tribunales internacionales (además de los nacionales). Existe cierto consenso de que al menos los crímenes para cuyo juzgamiento tiene competencia material la Corte Penal Internacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º del Estatuto de Roma (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión), tendrían el estatus de *crímenes internacionales*. Para un panorama general, puede verse: BOISTER, Neil. “Transnational Criminal Law?”, ob. cit., pp. 961 y ss.; CASSESE, Antonio. *Cassese s International Criminal Law*. Revisado por CASSESE, Antonio.; GAETA, Paola; BAIG, Laurel; FAN, Mary; GOSNELL, Christopher; WHITING, Alex. Tercera edición. Oxford University Press, Reino Unido, 2013, p. 3; BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, second revised edition. Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2014, pp. 137-143; WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 98 y ss. Se encuentra asimismo vigente el debate acerca de la *internacionalización* de otros delitos, especialmente el terrorismo y la tortura (en el caso de esta última, la prohibición de la tortura constituiría una norma imperativa o de *ius cogens*). Al respecto puede verse: DE LONDRAS, Fiona. “Terrorism as an international crime”, en: SCHABAS, William; BERNAZ, Nadia (eds). *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Estados Unidos, 2013; AMBOS, Kai. “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para El Líbano: ¿Es el Terrorismo un Crimen Internacional?”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, No 7, UNED, España, enero 2012; CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elisabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Tercera edición.

Los instrumentos internacionales que forman parte del Derecho Penal Transnacional han sido llamados *convenciones para la supresión*, en tanto su objetivo consiste justamente en *suprimir* la delincuencia transnacional a la que cada convenio se aboca⁷³. Para lograr este objetivo, las convenciones incluyen, en general, tres grupos de reglas: obligaciones de criminalización doméstica de las conductas (incluyendo asignación de penas acorde a la gravedad del delito; inclusión de diferentes formas de participación punible, sanción de etapas preparatorias, normas procesales, entre otras); obligaciones de ejercer jurisdicción (bajo el principio de territorialidad y otros si lo permiten las normas o principios jurídicos de cada Estado (nacionalidad, personalidad pasiva, protección); y cooperación internacional en sentido amplio, es decir, normas que favorecen y facilitan la colaboración entre Estados en los procesos penales en los que se ven involucrados, incluyendo la extradición, la asistencia mutua en materia penal y otras formas de cooperación como el traslado de personas condenadas⁷⁴. La finalidad es lograr la creación de un sistema de persecución penal doméstico *globalizado* que impida la impunidad, por la vía de evitar la creación de territorios de refugio o paraísos fiscales.

Para esta presentación, utilizaremos la obligación de criminalización como parámetro de análisis. El artículo 4° de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura establece: “1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.* 2. *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*”. Una norma similar se encuentra consagrada en el artículo 6° inciso 2° de la Convención Interamericana contra la Tortura. El artículo 5° del Protocolo Adicional sobre Trata de Personas de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (también, Convención de Palermo), por su parte, dispone: “1. *Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.* 2. *Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo*”.

Tales obligaciones han sido asumidas por el Estado de Chile, a través de reformas legislativas que incorporaron al ordenamiento jurídico nacional las definiciones convencionales de los delitos respectivos. La primera de ellas se materializó a través de la Ley N°

Cambridge University Press, Reino Unido, 2014, pp. 346 y ss.

⁷³ BOISTER, *An Introduction...*, ob. cit., pp. 3-11.

⁷⁴ Vid., por ejemplo, UNODC. Manual de asistencia judicial recíproca y extradición, Austria, 2012, SEGOVIA, Antonio. “Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 72 – Septiembre 2018.

20.507⁷⁵, que por una parte derogó el artículo 367 bis del Código Penal, la “antigua” figura de trata de personas, y por otra incluyó un nuevo Párrafo 5 bis al Título VIII del Libro II del Código Penal, en el cual incorporó los delitos de tráfico ilícito de migrantes (artículo 411 bis); el delito de promoción o facilitación de traslado internacional de personas con fines de prostitución (artículo 411 ter); el delito de trata de personas (artículo 411 quáter) y el delito de asociación ilícita para la comisión de alguno de los anteriores (artículo 411 quinquies)⁷⁶. La segunda, a través de la Ley N° 20.968⁷⁷, que redefinió las figuras típicas de tortura y apremios ilegítimos en los artículos 150 A y siguientes del Código Penal.

Ambas reformas legislativas tuvieron como fundamento principal, explícitamente declarado, las respectivas convenciones internacionales que, a la vez, sirvieron de fuente directa de las definiciones normativas finalmente consagradas. En relación al delito de trata de personas, ya en la Moción Parlamentaria que dio origen al trámite legislativo⁷⁸ se señalaba respecto al Protocolo Adicional a la Convención de Palermo: *“En relación al Protocolo, durante la discusión del proyecto de acuerdo internacional de ratificación (Boletín 3445-10) se hizo un análisis más detallado sobre las obligaciones que asume nuestro país al suscribirlo y ratificarlo, por cuanto este instrumento, particularizado al caso del tráfico de personas, especialmente niños y mujeres obliga al Estado de Chile a cambiar la actual tipificación penal de estos casos. En efecto, el Protocolo dispone que los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole, necesarias para tipificar como delito interno las conductas enunciadas en su Artículo 3, incluyendo, además, la protección y ayuda de las víctimas, respetando plenamente los derechos humanos. (...) En relación a este último punto, tanto en el Mensaje con que se somete a ratificación el Protocolo en el Congreso Nacional, como en la exposición del Jefe del Departamento Jurídico de la Cancillería, se menciona expresamente la necesidad de incorporar en nuestra legislación la figura general del tráfico de personas en los términos definidos por el Artículo 3”*⁷⁹. Las referencias a la Convención y su Protocolo Adicional se encuentran presentes en todo el trámite legislativo. Así, por ejemplo, ya en tercer trámite constitucional, en la discusión en Sala ante la Cámara de Diputados, la Diputada María Antonieta Saa, una de las principales promotoras del proyecto, señaló: *“De ahí la importancia para Chile de este proyecto que nos costó más de seis años aprobar. Creo que somos uno de los pocos países que no contaba con una legislación de esta naturaleza, y estábamos en deuda con la comunidad internacional. Movilizamos al Gobierno y al Congreso para ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo. Posteriormente, presentamos este proyecto que tipifica los delitos de tráfico ilícito*

75 Publicada en el Diario Oficial el 8 de abril del 2011.

76 La reforma introducida por la Ley N° 20.507 incluye normas que regulan técnicas especiales de investigación aplicables a estos delitos como el agente encubierto, la cooperación eficaz, protección a víctimas y otras.

77 Publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de noviembre de 2016.

78 Proyecto de ley que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Moción Parlamentaria de Juan José Bustos Ramírez, Jorge Burgos Varela, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Guillermo Ceroni Fuentes, María Eugenia Mella Gajardo, María Antonieta Saa Díaz, José Antonio Galilea Vidaurre, Jaime Quintana Leal y Osvaldo Palma Flores, de fecha 05 de enero de 2005. Boletín N° 3778-18. Historia de la Ley N° 20.507, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>.

79 Historia de la Ley N° 20.507, ob. cit.

de migrantes y de trata de personas”⁸⁰.

La Ley N° 20.968 también tuvo entre sus fundamentos principales el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile al suscribir y ratificar las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura⁸¹. La Moción del Proyecto señala: “Respecto al derecho internacional, la principal fuente relativa al delito de tortura está contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, sin perjuicio que se ha hecho mención a ella y regulado en otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos facultativos, etc. Chile adhirió a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entrando en vigencia el 26 de noviembre de 1988; sin embargo, su ratificación fue realizada con importantes reservas que dificultaron su incorporación plena a nuestro derecho interno, como consecuencia de las prevenciones que adoptó la dictadura de Augusto Pinochet para evitar que dicho instrumento pudiera ser aplicado a los hechos ocurridos durante el período 1973-1990. Si bien algunas de esas reservas ya se han eliminado, a través de la recepción en nuestro derecho interno de la Convención a través de la Ley N° 19.567, el estado actual de nuestra legislación referente a la tortura aún no cumple con los estándares internacionales sobre la materia. En vista que ya han transcurrido casi 26 años desde la entrada en vigencia del Convenio y siendo inaceptable que la tortura se encuentre normada en los términos actuales sin que se recepcionen adecuadamente los principios contemplados en el Convenio, se hace indispensable hacer las modificaciones legislativas correspondientes. Lo anterior se hace más urgente aún considerando nuestra historia reciente, la experiencia vivida en Chile producto de una dictadura cívico-militar que violó de manera sistemática los derechos humanos, y cuyos autores en muchos casos, gozan de total impunidad”⁸². Nuevamente, pueden encontrarse diversas referencias a las convenciones internacionales durante toda la tramitación del proyecto⁸³.

La relevancia que el legislador chileno asignó en estos casos a las convenciones internacionales no se agotó en su función como *justificación* de la ley –ajustar ordenamiento jurídico chileno a normas internacionales que el Estado había comprometido incorporar al derecho doméstico–, sino que se concretó en la formulación de tipos penales cuyo contenido y estructura es muy similar a la caracterización convencional⁸⁴. Ello permite utilizar la convención y su aplicación por parte de organismos y tribunales internacionales para *interpretar* la norma interna, en tanto se trata de su fuente directa y de la

80 Ibid.

81 Proyecto de ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad. Moción de Patricio Vallespín López, Daniel Núñez Arancibia, Karol Cariola Oliva, Lautaro Carmona Soto, Guillermo Teillier Del Valle, Camila Vallejo Dowling, Tucapel Jiménez Fuentes, Felipe Letelier Norambuena, Hugo Gutiérrez Gálvez y Sergio Aguiló Melo. Fecha 23 de septiembre, 2014. Boletín N° 9589-17. Historia de la Ley N° 20.968, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5879/>.

82 Moción Parlamentaria, Historia de la Ley N° 20.968, cit.

83 Vid., por ejemplo, Discusión en Sala ante el Senado en segundo trámite constitucional, ibid.

84 Lo que puede constatarse de la lectura del artículo 411 quáter del Código Penal y 3° del Protocolo Adicional de la Convención de Palermo, en el caso de la trata de personas; y del artículo 150 A del Código Penal y 1° de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y 2° de la Convención Interamericana contra la Tortura.

cual se han tomado textualmente algunos o todos de sus elementos y caracteres. Para Cárdenas, a propósito de las figuras contempladas en la Ley N° 20.357 (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y simples delitos de guerra), el derecho internacional es aplicable para la interpretación de estas figuras, sin que ello vulnere el principio de legalidad ni se oponga a ninguna de las reglas de interpretación establecidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil. Concluye la autora: *“De allí que sea posible predicar, también para Chile, la máxima de interpretación aceptada para el Código Penal Internacional alemán: también para la Ley N° 20.357 ha de preferirse, en general, entre las interpretaciones posibles, la que coincida de mejor manera con el derecho (penal) internacional”*⁸⁵. El razonamiento efectuado nos parece aplicable también, en términos generales, a los delitos de tortura y trata de personas.

Los tribunales han utilizado en determinadas ocasiones las convenciones internacionales como referencia o parámetro de interpretación del sentido y alcance de los tipos penales locales. En particular respecto al delito de trata de personas, por ejemplo, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago ha señalado: *“Resulta menester destacar que aun cuando nuestra ley 20.507, no se indica de manera expresa que el consentimiento de la víctima no será tomado en cuenta cuando se haya incurrido en conductas de trata de personas, es un elemento que se debe analizar a la luz de los instrumentos internacionales vigentes en Chile, y determinar si se trata de un consentimiento libre, aceptado por una persona con plenas facultades para tomar una decisión, o existen constreñimientos que limitan su voluntad y que pueden hacer que tome una decisión que en condiciones más favorables no hubiere tomado. Esto implica, como plantea el Protocolo de Palermo, que el consentimiento no debe ser tomado en cuenta cuando se ha recurrido a cualquiera de las formas descritas en la definición de trata para efectuar el delito, es decir, la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad”*⁸⁶.

En relación al delito de tortura, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, ha dicho: *“El origen de esta Ley obedeció a la necesidad de ajustar la legislación interna con la normativa internacional en materia de tortura, tal como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (...) Para aquilatar o ponderar, la sutil diferencia entre la figura en comento y los apremios ilegítimos, por tratarse de una modificación reciente, y cuyo origen es internacional, utilizaremos como insumo o baremo aquello que han decidido tribunales con dilatada experiencia en esta materia, así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”*⁸⁷.

85 CÁRDENAS, Claudia. “La aplicabilidad del derecho internacional por tribunales chilenos para interpretar la Ley N° 20.357”, en: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 20 – N° 2, 2013, pp. 121-145. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1950/1576>.

86 Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia de fecha 01 de abril de 2021, RUC N° 1700264150-K, RIT N° 264-2020. Aunque en este caso pareciera que la referencia era innecesaria pues nuestra legislación también considera *medios comisivos* como aquellos consagrados en el Protocolo Adicional.

87 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, RUC N° 1710007224-6, RIT N° 293-2018, cons. vigésimo primero.

En este sentido, entonces, dichas convenciones internacionales y más en general la aplicación que les han dado los organismos que sirven de depositarios y los tribunales internacionales –como la propia Corte IDH–, se transforman en parámetro de interpretación del contenido de los delitos nacionales, que puede ser utilizado por fiscales y funcionarios en su labor investigativa propia y en la invocación que de ellos realicen ante los tribunales competentes.

V. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad es una doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que puede ser conceptualizada como el ejercicio de verificación de compatibilidad o no contradicción que determinados organismos deben realizar entre normas internacionales –en especial la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos que forman parte del *corpus iuris* interamericano– y la jurisprudencia de la Corte IDH, por un lado; y normas nacionales en su aplicación a casos concretos, por el otro. Sus efectos pueden ser intensos –la inaplicabilidad de la norma al caso o su *expulsión* del ordenamiento jurídico– o más tenues –*interpretación conforme* entre la norma internacional y la doméstica, que permite la subsistencia armónica de ambas–, dependiendo de las competencias y atribuciones específicas que tenga el organismo encargado de su aplicación.

Este control puede ser ejercido a nivel internacional por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. A nivel interno, es una obligación que se dirige a todos los órganos del Estado, incluyendo el Ministerio Público. Los fundamentos de tal obligación pueden encontrarse en las propias sentencias de la Corte –al menos aquellas en que el Estado respectivo ha sido parte del proceso–, pero especialmente en normas de la CADH y en su recepción a nivel doméstico. En relación a las primeras, las más relevantes son los artículos 1.1, 2 y 29, que imponen la obligación a todos los órganos del Estado de respetar los derechos y libertades consagrados en la CADH y garantizar su pleno ejercicio, adoptar en el plano interno medidas que los efectivicen e interpretar de manera amplia –que favorezcan su pleno ejercicio– y no restrictiva tales reglas. Dichas normas son aplicables y obligatorias para el Ministerio Público en virtud de lo dispuesto en los artículos 54 N° 1 y 5° inciso segundo de la Constitución Política, en relación a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La “actividad controladora” ejercida por el Ministerio Público no puede ser otra que la *interpretación conforme* de normas domésticas con las internacionales. Lo anterior, teniendo en cuenta que, bajo el diseño institucional vigente en Chile, el Ministerio Público no tiene facultades para *inaplicar* ni menos expulsar normas del ordenamiento jurídico, y que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución, solo puede actuar válidamente en el ámbito de atribuciones y competencias asignado por la Constitución y la ley. El ejercicio de *interpretación conforme* puede manifestarse a nivel interno –cuyo objeto son las reglas internas de la institución, en particular los criterios de actuación dictados por el Fiscal Nacional para la investigación, persecución penal y protección y asistencia a víctimas y testigos–, incluyendo las *prácticas* como la política de persecución penal o la política de género; o a nivel externo, esto es, la invocación de normas ante tri-

bunales en un sentido conforme a la CADH y otras normas internacionales. Si las normas en cuestión resultaran insalvablemente *inconvenionales*, subsistiría para el Ministerio Público la facultad de iniciar un procedimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional como organismo competente.

Finalmente, existe otro grupo de instrumentos internacionales que contienen obligaciones de criminalización doméstica a los Estados que los suscriben. Algunos de ellos se relacionan directamente con prohibiciones consagradas en la CADH, por ejemplo, las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Tortura y el Protocolo Adicional a la Convención de Palermo sobre trata de personas. Dichos instrumentos han servido como fundamento y fuente directa de la regulación chilena, lo que las transforma en un parámetro de interpretación útil del contenido y alcances de los tipos penales domésticos, sin que ello signifique contravenir los principios y reglas de interpretación consagradas internamente.

Lo anterior viene a ratificar la relevancia que tiene el derecho internacional en su conjunto –convenciones, costumbre, jurisprudencia de tribunales internacionales, etc.– para las funciones que ejerce el Ministerio Público, desde la perspectiva de su utilización directa o como parámetro de interpretación de normas internas, lo que en definitiva redundaría en una más efectiva protección, promoción y ejercicio de derechos humanos.

“EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA Y SALIDAS ALTERNATIVAS”¹

Jesús María Silva Sánchez²

Estas páginas tratan de ubicar el problema de las salidas alternativas en el marco conceptual que traté de desarrollar en mi libro *“Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal”* (Barcelona, Atelier, 2018). En él se contiene una propuesta para tratar de reducir los niveles de dolor que lleva consigo la intervención del derecho penal en la sociedad. A continuación, en primer lugar, se caracterizan las llamadas salidas alternativas. En segundo lugar, se describe brevemente en qué consiste el método de las equivalencias funcionales. En fin, en tercer lugar, se enmarca la llamada justicia restaurativa en el contexto de las equivalencias funcionales.

Desde mediados del siglo XX, el discurso de las alternativas ha sido permanente en derecho penal. Cuando se habla de alternativas, ello se hace en tres sentidos distintos. Por un lado, en el sentido más estricto, alude a las alternativas a la ejecución, fundamentalmente de la pena privativa de libertad. Todos somos conscientes de los costos de todo tipo que entraña la pena privativa de libertad. Por tanto, un primer ámbito de salidas alternativas viene dado por formas de suspensión condicional de su ejecución. Ahora bien, en un segundo sentido las salidas alternativas ya pretenden ser operativas antes de que tenga lugar la propia declaración de culpabilidad y la condena. El tercer sentido, en fin, alude a las salidas alternativas al propio proceso penal. La justicia restaurativa puede ser ubicada en cada una de estas tres dimensiones. Puede ser una alternativa al proceso penal, una alternativa a la declaración de culpabilidad y a la condena, o bien a la ejecución. Una figura próxima –salvadas todas las distancias– a la justicia restaurativa es la justicia transicional. Esta se sitúa –en el caso colombiano, por ejemplo– con claridad como alternativa al proceso. La pregunta es en cuál de los tres planos debe situarse, en su caso, la justicia restaurativa y con qué configuración.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Profesor Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. España

Las razones que se han esgrimido en contra de las soluciones alternativas varían de intensidad en función del plano en que estas se quieran ubicar. Pero básicamente son siempre las mismas. La primera, que de ese modo no se retribuye al delincuente con la pena que merece, así que no se hace justicia. La segunda, que se pierde eficacia en términos de prevención general negativa (de intimidación), así como de prevención general positiva. Las objeciones tienen que ver, pues, con la inidoneidad de las alternativas para cumplir los fines asignados al derecho penal: retribución, prevención general negativa, prevención general positiva. Ahora bien, si estas son las críticas, también es verdad que existen razones muy importantes a favor de las alternativas. Por un lado, argumentos utilitarios de costo/beneficio. El costo del sistema de prisiones –no solo económico, sino también social y humano– es insoportable en realidad para cualquier sociedad. Por otro lado, se dan razones de fomento de la reparación, la satisfacción de la víctima, la resocialización del delincuente y el restablecimiento de los vínculos comunitarios.

Hablar de salidas alternativas es replantear la discusión sobre el castigo. La pena tradicional –que consiste en la privación de libertad del sujeto después de una declaración de culpabilidad y una condena que tiene un lugar en el marco formal de un proceso penal– cumple una función tanto fáctica como expresiva. Por un lado, produce dolor; por otro, expresa reproche. A través de la expresión de reproche y la inflicción de daño contribuye a la superación del delito, permite dejarlo atrás, pasar a una nueva situación restableciendo la paz. La pregunta es si disponemos de otros mecanismos que, siendo distintos de la pena y en particular de la pena privativa de libertad, pueden cumplir la misma función que la pena –es decir, superar el delito–. En mi libro de 2018 traté de poner de relieve que existen muchos fenómenos sociales que cumplen la misma función. A veces los genera el propio delincuente tras el delito, en otros casos se trata de comportamientos de terceros o de acontecimientos que suceden en la sociedad. Existe una posibilidad de entender que los fines de la pena se pueden cumplir sin pena, al menos sin la pena privativa de libertad que inflige el Estado. Algunos de estos “equivalentes funcionales” son radicalmente distintos a la pena. Son equivalentes funcionales sin ninguna semejanza estructural con la pena, como, por ejemplo, el paso del tiempo. Por eso existe la institución de la prescripción, porque el tiempo produce un efecto de superación del pasado. Sin embargo, existen otras instituciones que se parecen más a la pena en términos estructurales. Estas tienen que ver con alguna forma de inflicción de daño al delincuente por parte de terceros o por el Estado. Por ejemplo, son equivalentes funcionales de la pena las violaciones procesales que se producen por parte de la policía o de los tribunales de justicia. De hecho, estas violaciones suelen producir un descuento de la pena, es decir, se toman como parte de aquella. Incluso hay equivalentes funcionales mucho más próximos, que tienen que ver con el hecho de que el delincuente padezca conductas de terceros, como, por ejemplo, la venganza o la legítima defensa. Por lo demás, existen equivalentes funcionales totales y otros que son parciales. Dos equivalentes funcionales parciales que tienen entidad institucionalizada en prácticamente todos los sistemas jurídicos son la confesión y la reparación. En efecto, la confesión del delincuente y la reparación a la víctima por parte de aquel suelen tener reconocimiento como atenuantes. Otro, que en cambio ha sido muy poco considerado, es el comportamiento auto-punitivo del delincuente. Mi tesis es, resumidamente, la siguiente. Existe un abanico amplísimo de posiciones que

se atribuyen la condición de propuestas de justicia restaurativa. Sin embargo, solo una retribución restaurativa o una restauración retributiva –es decir, una restauración que tenga sentido auto-punitivo– podrá convertirse en una auténtica alternativa a la pena estatal. En efecto, solo ella podrá caracterizarse como un equivalente funcional de la pena. Para concretar esta idea, es preciso plantearse la primera pregunta sobre la justicia restaurativa, a saber: ¿qué hay que restaurar?

Normalmente se restauran los muebles viejos, lo que está roto. En el caso del delito, lo que se ha quebrado es el vínculo entre sujeto activo y víctima –si es que esta existe–, pero también el vínculo entre sujeto y comunidad, así como el vínculo entre sujeto y Estado. Es decir, se ha roto, por un lado, una relación horizontal (entre sujeto y víctima, sujeto y comunidad) y, por otro, una relación vertical (entre el ciudadano y el Estado). El delito rompe un orden, es decir, provoca desorden. Eso es lo que hay que restaurar. Un daño a la víctima que no solo es material, sino que trasciende en términos morales (el agravio de la humillación), un daño a la comunidad y un daño al Estado que también son fundamentalmente simbólico-comunicativos y tienen su núcleo en la noción de deslealtad. En última instancia, todo ello son daños que también el delincuente se infiere a sí mismo.

La siguiente pregunta es si, para restaurar todo este complejo de relaciones, basta cualquier procedimiento. Por ejemplo, un procedimiento sin mayor contenido que poner en contacto a autor y víctima a través de una mediación. Algunas concepciones de la justicia restaurativa son fuertemente procedimentales y hacen abstracción del contenido de lo que tiene que suceder en el seno de ese procedimiento. A mi juicio, sin embargo, el mero procedimiento no es suficiente. Si no se asigna un contenido claro a los procedimientos de justicia restaurativa, entonces es imposible hallar en ella un equivalente funcional de la pena. Este contenido tiene que guardar relación con figuras que ya conocemos: confesión y reparación, comportamiento auto-punitivo, restauración del desorden externo e interno mostrado por el delito.

En primer lugar, no puede haber justicia restaurativa sin reconocimiento de los hechos. La restauración no es un mero “acuerdo”, sino que es un acuerdo que tiene que mostrar determinadas características. No es una negociación ni un arbitraje civil, sino que uno de sus pilares fundamentales ha de ser la verdad. En segundo lugar, debe darse una exigencia de justicia, que es el reconocimiento de la culpabilidad por el hecho antijurídico. El daño no ha sido casual, sino que ha tenido lugar de modo culpable. Esto significa que se ha hecho una injusticia a la víctima. Esa injusticia, en tercer lugar, demanda arrepentimiento y solicitud de perdón. La solicitud de perdón ya es una reparación moral o inmaterial. Pero si existe un daño material, entonces este también ha de ser reparado.

Verdad, justicia y reparación. Esto no es nada nuevo, pero constituye la única alternativa realmente factible a la punición clásica. Naturalmente, del otro lado tiene que producirse el perdón. Sin estos elementos, sin un acuerdo sobre lo verdadero, lo justo y lo reparable, que permita dejar el hecho en el pasado, es improbable que los procedimientos de justicia restaurativa lleguen a tener una mínima difusión. La razón es que solo si estos concurren puede afirmarse que la justicia restaurativa es realmente un equivalente funcional del castigo estatal porque, si bien lo observamos, aquí también hay punición. En primer lugar, el sujeto activo reconoce que ha obrado mal. Todos tenemos una experiencia per-

sonal de lo que es el remordimiento. Sabemos lo que cuesta decir que algo se ha hecho mal. Por lo tanto, aquí se da un primer aspecto, muy relevante, de auto-reproche. En segundo lugar, la petición de perdón y la reparación son costos que el autor soporta, costos muy personales nada irrelevantes. Solo la suma de todo ello permite que se produzca la reconciliación, la única posible, que se basa en la verdad, la justicia y la reparación.

El problema es que todo esto, además, ha de tener lugar en un contexto de doble vía. Por un lado, la vía de la justicia restaurativa. Por el otro, la del proceso ordinario, la de la declaración de culpabilidad o la de la ejecución de la pena. En este marco, la gran cuestión es si lo que suceda en la vía restaurativa será sincero o estratégico, será razonable o excesivo, legítimo o sembrado de injusticias procesales. Incluso una justicia restaurativa-retributiva como la mencionada no va a dejar de suscitarse en un esquema de vías paralelas, con puentes constantes. El dibujo es atractivo, hay razones suficientes para avanzar por ese camino, pero no es oro todo lo que reluce. Hay que pensarlo muy seriamente, para evitar las previsibles disfunciones.

“HACIA UN ENFOQUE RESTAURATIVO DE LAS SALIDAS ALTERNATIVAS”¹

Raúl Carnevali Rodríguez²

Quien primero experimenta la injusticia de un acto delictivo es la víctima. Sin duda, el ser despojada de un bien por un acto ilícito y sentirse menospreciada por otra persona, que la cosifica y le niega su calidad de ser humano digno de ser respetado, requiere de una respuesta que permita su restauración. En términos amplios, se requiere imponer la justicia. En consecuencia, cabe preguntarse cómo podemos responder justamente con el objeto de reparar la vivencia primera del acto injusto. Cuando estamos frente a un delito, como un hecho injusto, hay una víctima que debe ser atendida, pues es quien materialmente ha vivido tal injusticia³.

Si bien es cierto, el Estado pone a disposición de los ciudadanos toda una estructura organizativa establecida para resolver conflictos penales dentro del marco del sistema procesal penal de corte retributivo, empero, el énfasis está centrado, esencialmente, en el castigo del autor, esto es, en la imposición de una pena. Dentro de este marco, la víctima no tiene un espacio mayor de reconocimiento, salvo simbólicamente cuando sanciona al autor. Aun cuando puede argumentarse que el sistema también ofrece otros instrumentos para solucionar el conflicto, sin que sea necesario la punición del ofensor, como son las salidas alternativas, estas, a mi modo de ver y tal como se llevan a cabo en la práctica, no cumplen un propósito restaurativo y por ende, no atienden satisfactoriamente los intereses de la víctima. Asimismo, tampoco se hacen cargo de la responsabilización del autor. Estimo que todavía se las aprecia, fundamentalmente, como mecanismos de descongestión de la carga de trabajo de los intervinientes del sistema.

¹ Se hace presente que el formato de este trabajo es el propio de una exposición oral, al que se agregan algunas referencias bibliográficas. Gran parte de las ideas expuestas estarán desarrolladas con mayor profundidad en el artículo titulado “Justicia Restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación”, que será publicado próximamente en la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Esta investigación se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N°1200083.

² Profesor Universidad de Talca

³ REYES, Mate, *Tratado de la injusticia*, Barcelona: Anthropos Editorial, 2011, p. 298.

Atendido lo recién expuesto, cuando se habla de Justicia Restaurativa, esto es, brindarle al conflicto penal un enfoque restaurativo debemos centrarnos, principalmente, en tres pilares⁴, a saber:

Restauración: que tiene como principal centro de atención a la víctima.

Reintegración: que se dirige, tanto al autor como a la víctima.

Responsabilización: que el autor enfrente las consecuencias de sus actos. Este punto me parece particularmente importante y voy a referirme más adelante.

Ahora bien, debemos tener presente que, en estricto rigor, el sistema retributivo se centra en la relación Estado y autor, en donde la víctima tiene un papel más bien secundario. Dicho en otros términos, el Estado a través del órgano persecutor se dirige a quien ha cuestionado al mandato de la ley. Por tanto, al sancionar al autor, se pretende, fundamentalmente, el restablecimiento de una norma que ha sido infringida por parte del ofensor. En este sentido, lo que se está haciendo es atender la dimensión vertical del delito. No obstante, surge la pregunta: ¿qué sucede con la dimensión horizontal? Y es que el delito no solo es infracción de norma, también es expresión de cosificación de la víctima por parte del autor, quien le ha negado la calidad de persona. Esta última, también requiere ser restaurada. Estas ideas han sido magistralmente expuestas por el prof. Jesús M. Silva Sánchez en su obra *Malum Passionis*, donde se evidencia la necesidad de atender a la víctima, restaurándola de las heridas causadas por el delito, que muchas veces pueden ser más intensas desde una perspectiva emocional que física⁵. La pregunta que surge entonces, cómo podemos atender esta dimensión horizontal, si la pena no tiene como misión “curar” tales heridas.

A continuación, quisiera dar a conocer qué aspectos del sistema penal de corte retributivo dificultan este proceso restaurativo, incluso, no solo respecto de la víctima, sino también del autor. Para luego, ofrecer mi posición frente a la Justicia Restaurativa y cómo debe entenderse la responsabilización del autor y la restauración de la víctima. Cuestiones estas últimas que también deberían ser consideradas dentro del marco de las salidas alternativas que ofrece nuestro ordenamiento.

Soy del parecer que hoy existen serios cuestionamientos como para seguir sosteniendo que la pena se constituya como la única o, al menos, como principal respuesta frente al delito. Ciertamente, no se pretende con esta afirmación admitir posturas de orden abolicionista, todo lo contrario. Estimo que debemos abrirnos a otras formas de solución de los conflictos penales, pero siempre dentro del sistema procesal. No cabe duda que instrumentos propios de la Justicia Restaurativa siempre deben entenderse respaldados por la autoridad pública, siendo para ello fundamental que una resolución judicial refrende lo acordado en los encuentros restaurativos. De este modo, se ven satisfechas funciones estabilizadoras, tanto en un plano comunicativo como aflictivo, que también son las que se esperan de la pena.

4 VAN NESS, Daniel W. y STRONG, Karen Heetderks, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5ª edición, Elsevier, Waltham, MA, USA: Anderson Publishing, 2015, p. 114.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018, p. 221.

Pues bien, la pena lleva consigo efectos negativos ya no solo para el autor –basta tener en consideración, su carácter estigmatizador y desocializador–, sino también respecto de la víctima. En efecto, como ya se ha resaltado precedentemente, la pena tiene un escaso o nulo contenido restaurador, salvo su reconocimiento simbólico de haber sido víctima de un delito. Todo ello, me hace pensar que resulta una tarea prácticamente ineludible, preguntarse qué podemos hacer para ofrecer otras respuestas para hacer frente al delito. Por cierto, resultaría discutible pedir a la Justicia Restaurativa que uno de sus objetivos sea la disminución de las tasas de reincidencia, pero sí al menos, que a través de los encuentros restaurativos y la asunción de responsabilidad se puedan producir cambios en el ofensor, al reforzar valores compartidos con la víctima y la comunidad⁶.

Unido a lo anterior, dentro del sistema procesal de orden acusatorio pueden observarse algunos estímulos negativos que no se pueden desatender y creo que atentan a una real asunción de responsabilización por parte del autor.

Esbozaré algunas ideas a fin de comprender lo que pretende resaltar. Durante el desarrollo del juicio, el acusado puede sentirse desalentado a comprender las consecuencias de su acto, pues, se enfrenta al Estado, considerando a su órgano persecutor como a su antagonista, al que debe procurar vencer⁷. Es más, también para el acusado la víctima es su adversario, por cuanto el ofensor la individualiza como la responsable de su situación judicial –aprecia que su denuncia, por ejemplo, lo ha colocado en esta situación–. Todo ello da lugar a una suerte de negación de lo sucedido, que, en no pocos casos, su propio abogado defensor lo impulsa, dentro la estrategia que se está siguiendo. Precisamente, la actitud asumida por el acusado, al negar responsabilidad en los hechos, puede causar un gran impacto emocional en la víctima, pues lo valora como un ocultamiento de la verdad, profundizando la distancia y generando rencor, no solo respecto del propio hechor, sino también hacia la sociedad, pues, de algún modo, ha tolerado que el sistema procesal admita tales prácticas. Es cierto, el sistema se construye sobre la base de dos actores principales: el Estado representado por el Ministerio Público y el acusado, existiendo ciertos procedimientos que se explican dentro de lo que es propio de un proceso penal. Con todo, no pueden obviarse estas consideraciones, más aún si en esta construcción del proceso, la víctima es prácticamente un actor muy secundario, y algunos casos, apreciada como una molestia.

Es cierto que la pena comunica reproche o reprobación por el acto realizado, y que tal comunicación de censura también considera a la víctima –aunque de un modo más bien simbólico– y al causante, por cuanto al desaprobando a este último, se reconoce el daño que ha causado a aquella⁸. No obstante, tales consideraciones acerca de la pena no impiden estimar que es posible también recurrir a otras respuestas, distintas al castigo penal, para formular tal desaprobación por lo realizado. La expresión de reproche también es posible por otros medios. Es más, como se explicará, tales respuestas, como las prove-

6 WARD, Tony, FOX Kathryn J. y GARBBER, Melissa, “Restorative justice, offender rehabilitation and desistance”, en *Restorative Justice: An International Journal*, vol. 2, issue 1, 2014, pp. 38 y ss.

7 WALGRAVE, Lode, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, 2008, p. 50.

8 VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid: Ed. Trotta, 1998, p. 35.

nientes de la Justicia Restaurativa, pueden tener igual o mayor eficacia disuasiva, amén de brindarle a la víctima un mayor reconocimiento y, por cierto, reparación. Y en este sentido, las salidas alternativas tienen una gran capacidad de rendimiento, si le otorgamos el debido enfoque restaurativo.

La Justicia Restaurativa se entiende como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen, principalmente, el autor, la víctima y, en algunos casos, otras personas como los familiares o miembros de la comunidad, quienes a través de encuentros pueden llegar a acuerdos satisfactorios que permita reparar los daños causados por el hecho delictivo. Se trata pues, de una relación de abajo hacia arriba *–bottom up–*, a diferencia de la Justicia Retributiva que es de arriba hacia abajo *–top down–*⁹.

Ahora bien, es preciso destacar que la circunstancia que no se contemple un castigo como fundamento para la solución del conflicto no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Por cierto hay una asunción de responsabilidad, la que puede también entenderse como expresión de censura o reprobación a su comportamiento. En todo caso, sí cabe advertir que los procesos restaurativos también pueden tener lugar aun habiéndose aplicado una pena. Por ejemplo, en los casos de mediación penitenciaria, en donde los encuentros restaurativos pueden incidir para los otorgamientos de beneficios en los cumplimientos de penas privativas de libertad.

Considero que hoy en día la capacidad de los procesos restaurativos para alcanzar una solución del conflicto penal se ha ido aceptando y que no se aprecia una mirada desconfiada hacia sus aportes, como sí existía en el pasado. En este sentido, han ido aumentando los ordenamientos nacionales que comprenden respuestas restaurativas. Por otro lado, el que estas se incluyan dentro del sistema procesal reafirma su dimensión pública, no se trata pues de una solución entre privados donde se resarcan los daños, al modo que lo planteaban los abolicionistas. Sobre esto último es preciso ser claro, toda respuesta que procede de algún mecanismo propio de la Justicia Restaurativa se entiende que proviene de un pronunciamiento de la autoridad pública, pues existe una resolución judicial que la autoriza. El hecho que las condiciones que se imponen se logran dentro del sistema procesal penal, permiten satisfacer dimensiones comunicativas y aflictivas, que también se pueden esperar de la pena. Además, no debe olvidarse que el incumplimiento de lo acordado lleva consigo una consecuencia, a saber, que el autor del hecho quedará sometido a las reglas propias de la Justicia Retributiva. Todo se comprende reglado dentro de un proceso institucionalizado¹⁰. Esto último es muy importante, pues al estar frente a un delito, toda la comunidad está interesada en que brinde una respuesta.

A continuación, cabe preguntarse qué parámetros se pueden establecer para la responsabilización del ofensor. Este uno de los pilares de un proceso restaurativo, en donde estimo que se presenta una de las falencias de cómo se llevan a cabo las salidas alternativas, particularmente los Acuerdos Reparatorios. En efecto, en no pocos casos, el énfasis

9 ZEHR, Edward, "Retributive justice, restorative justice", *New perspectives on crime justice*, Issue N° 4, 1985, pp. 2-18; BRAITHWAITE, John, "Principles of Restorative Justice", en Andrew VON HIRSCH *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003, pp. 1-20.

10 CARNEVALI, Raúl, "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta *de lege ferenda*", en *Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, 2019, pp. 415 y ss.

está más bien puesto en poner término rápidamente al proceso, más que atender si el ofensor ha comprendido el acto cometido y la responsabilidad que en él le ha cabido.

La responsabilización se puede entender apreciar desde dos perspectivas, a saber, la pasiva cuando se confronta al autor con las consecuencias de sus actos y la activa, cuando se reconoce el daño y se busca de qué forma repararlo.

Como se ha señalado precedentemente, si en la Justicia Restaurativa no se considera a la pena como la consecuencia para resolver el conflicto penal¹¹, la pregunta que surge entonces: ¿cómo debería ser la respuesta que proceda de estos mecanismos a fin de poder estimarla como una especie de equivalencia a la pena?

En este sentido, debe exigirse que la responsabilización que asume el ofensor debe entenderse también como una forma de censura a su comportamiento. En efecto, debe valorarse que la respuesta que proviene de estos instrumentos restaurativos está íntimamente vinculada con su acto delictivo. Si bien, se alcanzó a través de un acuerdo, es importante hacer presente que es el Estado el que lo ha impuesto, a través de una resolución judicial. Por tanto, es importante resaltar, como ya se ha señalado, que las funciones estabilizadoras, tanto comunicativas como aflictivas –que también deben concurrir en la pena–, están presentes.

Ciertamente, la necesidad de censura puede expresarse de otras formas que no sean el castigo. Y es que los entornos restaurativos pueden comunicar la desaprobación y dar espacio para el arrepentimiento por parte del ofensor. Incluso, de mejor forma que los procedimientos sancionatorios tradicionales. En este sentido, no puede obviarse que buena parte de los ofensores sí están dispuestos a la comunicación y al encuentro si existe un entorno adecuado, lo que facilitaría sentir empatía por el sufrimiento de sus víctimas, tomar conciencia de su contribución al mismo, sentir culpa, permitiendo gestos restaurativos. Todo ello sin perjuicio, de que permitiría una mejor comprensión del significado de la norma que ha sido infringida.

Ahora bien, para una efectiva responsabilización del autor, es fundamental entender que este debe asumir una carga, es decir, debe existir una aflicción por lo que ha realizado y lo que ha significado para la víctima. Como afirma Duff, no serían suficientes las meras disculpas¹². Es esencial que haya expresión de reconocimiento por lo realizado y además un compromiso de evitación en el futuro¹³. Así también, la asunción de una reparación que exprese arrepentimiento por lo hecho delictivo.

En lo que respecta a la reparación a la víctima, que es uno de los pilares fundamentales de todo mecanismo restaurativo, debe entenderse, para su legitimidad, que se desarrolla dentro de un proceso de diálogo y de encuentro¹⁴. Dicha reparación no solo puede ser

¹¹ Aunque la pena pueda caber en otras instancias restaurativas, como en la mediación penitenciaria.

¹² DUFF, Antony, "Restoration and Retribution", en Andrew VON HIRSCH *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 50.

¹³ FOLEY, Tony, *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Routledge: New York, 2014, p. 86.

¹⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep M., "La reparación y el apoyo a las víctimas", en Josep M. TAMARIT SUMALLA (Coordinador), *El*

concebida solo desde una perspectiva económica, sino que también puede ser emocional y simbólica, en cuanto a que la propia víctima vuelva a sentir confianza, reincorporándose en la comunidad. Para alcanzar esto último, la expresión de arrepentimiento por parte del ofensor es particularmente significativo, incluso para su salud mental. El encuentro entre ambos, centrados en el hecho delictivo, que ha sido la fuente del conflicto, dirigiéndose a buscar la superación del daño y la satisfacción de la víctima, en cuanto a su reparación, tiene efectos preventivos indudables.

Precisamente, este encuentro al tener como punto central el hecho delictivo cometido, fundándose en que la participación de ambos es voluntaria, puede llegar a tener incluso, un efecto tan positivo desde la perspectiva restaurativa como la misma respuesta que se pueda derivar. En efecto, la restauración se puede alcanzar, tanto por el mismo encuentro de discusión y negociación entre la víctima y el autor, como por las medidas reparadoras que, en definitiva, se logren. En todo caso, es preciso tener presente que, para la efectividad de los encuentros, la discusión no puede centrarse sobre la licitud o no del hecho –invocar, por ejemplo, alguna causa de justificación o exculpación–. Tales cuestiones que pueden ser controversiales dentro de un juicio no pueden tener lugar en procesos cuyos objetivos son otros, a saber, la superación del conflicto a través de la reparación de la víctima.

En definitiva, si se pretende que las salidas alternativas tengan un efectivo enfoque restaurativo, resulta esencial tener presente la triada: responsabilización, restauración y reintegración.

estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 307 y ss.

“EXPERIENCIAS EN JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA REGIÓN DE VALPARAÍSO”¹

Claudia Perivancich Hoyuelos²

Intentaré transmitirles la experiencia en la Región de Valparaíso en materia de este concepto que estamos trabajando el día de hoy, la justicia restaurativa. Primero una cuestión previa que vale la pena darle una vuelta, en torno a si hay espacio, no solo nosotros al interior la institución, sino que en la percepción general de la sociedad hay espacio para esto.

Yo creo que tiene dos dificultades centrales el advertir que exista esta oportunidad. Lo primero es que efectivamente el último tiempo estamos vivenciando, y hablo en particular por esta región, pero también a nivel nacional, un incremento de delitos con una gravedad, complejidad, organización e incluso a propósito el crimen organizado, realmente creciente y eso nos posicionan un lugar en que es más difícil tomar decisiones respecto de abordar una carga de trabajo que dice relación con otro tipo de conflictos penales, que eventualmente podrían solucionarse por la vía de la justicia restaurativa. Sumado a ello hay una exigencia también en el sentir de la población respecto de instar siempre por el cumplimiento efectivo de la pena, sin ver este otro escenario. A mí me parece que esas dos son las dos más grandes dificultades de poder avanzar en estas temáticas, pero soy optimista en este sentido, por eso quiero mostrarles la experiencia de esta región y creo que podemos avanzar.

Para entenderlo como una resolución alternativa al conflicto, que no vamos a llegar por la vía de la imposición de una sanción, que debiera ser lo natural y esto porque desde el inicio nuestro sistema, por cierto, se advierte que no todo debiera concluir con un procedimiento penal que culmine con una sentencia. Pero hay que abordar desde este mecanismo alternativo como profundizando en aspectos de mediación. Y lo segundo, ya lo destacaban los expositores que me precedieron, especialmente el profesor Carnevali, aquí lo que interesa, con lo cual es muy relevante comprometer las voluntades se aúnan para abordar la justicia restaurativa, es instar por el fortalecimiento del rol de la víctima en el proceso penal, en el que por cierto comparten que estamos al debe, como sistema y también en algún sentido como institución.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Fiscal Regional de Valparaíso

Quiero compartir esta que me pareció una buena definición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, porque entrega gran amplitud al proceso restaurativo. Señala que podemos entender como cualquiera proceso restaurativo, que nos ubique dentro de la justicia de esta característica y supone que víctima y ofensor, y cuando es posible otras personas también, o miembros de la comunidad afectada por un delito, participan juntos, activamente en la resolución de problemas generados por el delito cometido y generalmente con la ayuda de un facilitador. Menciona además los mecanismos que puedan servir de conducto para este término restaurativo, mediación, conciliación, conferencia, círculos de sentencia, que son distintas modalidades que se han dado en sistemas comparados.

Los principios y los objetivos que de algún modo se confunden en esto, es que aspiramos a un resolución del conflicto penal que tenemos en ciernes, pero también hay otros componentes como la reconciliación, la reparación, desde el punto de vista de la intervención protagónica que queremos dar a la víctima y más del punto de vista de la persona de quien se considera imputado en esta actuación de justicia restaurativa, la responsabilización y la reinserción que también son, y por eso lo vamos a ver especialmente en uno de los programas que les voy a comentar, objetivos centrales de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Hay aquí una reconstrucción de lo que está dañado producto de la incidencia del delito. Y creo también desde una perspectiva positiva, que estos sistemas nos permiten fortalecer nuestro sistema procesal penal, darle validación al mismo y un objetivo, y a veces también una de las más frecuentes en herramientas para determinar la efectividad del sistema como este, es la disminución del riesgo de reincidencia. En definitiva un objetivo genérico de paz y de seguridad social, que es el que está la base finalmente de la persecución.

En nuestro sistema no están regulados formalmente estos mecanismos de mediación, desde el inicio de la ley que estamos aportas de modificar de responsabilidad penal adolescente, en la discusión legislativa del año 2007 se conversaba sobre la posibilidad de incorporar el mecanismo de mediación y no fue así. Hoy la que próximamente debiera ser la Ley del Servicio Nacional de Reinserción Social, habla de mediación. Es decir, la establece como un mecanismo al que puede echarse mano en la solución de este conflicto. Hay algunas restricciones que impone el que actualmente es el proyecto en su último texto, de tiempo, de plazos máximos de mediación, de delitos respecto de los cuales se puede mediar, y de limitaciones acerca de las salidas procesales o las oportunidades más bien procesales que puede tener la causa, que creo son quizás demasiado restrictivas desde el punto de vista de la experiencia que les quiero relatar. Y menciono los Tribunales de Ejecución, porque como todos sabemos también no existe en nuestra realidad un sistema formal de esto, pero es lo que se echa en falta y que pudiese ser un mecanismo de vía o de conducto para la implementación de un modo más masivo de estas soluciones.

Los dos proyectos que actualmente están en ejecución en nuestra región son los Tribunales de Tratamiento de Droga y la Justicia Restaurativa en Responsabilidad Penal Adolescente sus aspectos comunes, ya lo hemos dicho varias veces, la alternativa del conflicto, la coordinación interinstitucional con quienes forman parte de las mesas que

coordinan las mediaciones o los acuerdos propiamente tales. Y la forma como se presentan al poder judicial, ahí hay una coordinación que es clave. La voluntariedad, ni el imputado, que eventualmente va a ser beneficiario de una salida alternativa, ni la víctima, pueden participar de este proceso si no es en función de su voluntariedad. La especialización de los operadores, muy lentamente hemos podido avanzar en aquello y también hay un sistema de exclusión de delitos, que en general, supone restricciones respecto delitos por ejemplo, como delitos dolosos con resultado de muerte, delito cometido en contextos de violencia intrafamiliar, vamos a hacer un punto esto más adelante. En particular en materia de responsabilidad penal adolescente, contamos con un catálogo, pero lo cierto es que hay cierto rango de flexibilidad del punto de vista de los delitos. En mi concepto no es tan relevante la gravedad del delito, sino más bien que concurren otras circunstancias, otros requisitos que permitan avanzar en la mediación. Y es más elegante aquello, que excluir per se ciertos delitos por su gravedad.

Respecto de los Tribunales de Tratamiento de Droga. Tienen un origen en esta misma región el año 2004, cuando somos convocados por la Fundación Paz Ciudadana y la embajada de Estados Unidos. El Ministerio Público lo acoge, en esta región por cierto, por quien es hoy el Fiscal Nacional. Comienza a generarse un movimiento de invitación a otras instituciones a participar del proyecto. Allí quien era en ese entonces el Servicio Nacional en materia de abuso de drogas y alcohol, participa traspasando recursos humanos para trabajar en este Tribunal de Tratamiento Drogas y en definitiva, se suscriben convenios que permiten avanzar. Hoy día existen once regiones que están trabajando con los Tribunales de Tratamiento Drogas, TTD como los llamamos, en un total de 31 Juzgados de Garantía. ¿Y en qué consisten? A propósito del término, precisamente de la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, tanto para adultos como para adolescentes que tienen o que presentan un consumo problemático de drogas o alcohol, se conviene esta suspensión condicional del procedimiento, en el cual una de las condiciones por cierto, es someterse a este tratamiento médico para intentar superar la situación de dependencia de esta sustancia. El objetivo central es que hay un intento de disminuir la brecha entre la población consumidora de sustancias y quien puede contar con un sistema de rehabilitación. Y además apuntar a que desde el punto de vista de los estudios hay una mucho mayor prevalencia de consumo a esta sustancia en quienes delinquen, que en quienes conforman parte de la población en general.

Hay una mesa regional que está compuesta por todas las autoridades que allí ustedes ven (Poder Judicial, SENDA, Defensoría Penal Pública, Ministerio Público, SENAME, Seremi de Justicia y DDHH) en que resulta vital esta coordinación y seguimiento recíproco. Desde el punto de vista de los requisitos para entrar al programa, ya hablamos de la voluntariedad, de este consumo perjudicial y desde el punto de vista del infractor, se requiere que cuente con los requisitos para convenir una suspensión, o aceptar la suspensión condicional del procedimiento, en términos genéricos, es decir, no presentar condenas por simple delito, que el delito no tenga una pena superior a tres años y no encontrarse con otra suspensión vigente. Pero en materia de adolescentes también hemos extendido la posibilidad de incorporar esta salida, incluso respecto de investigaciones que ya están formalizadas y que se encuentra cumpliendo el adolescente alguna medida cautelar o incluso al nivel de la etapa de la ejecución de las sentencia, en virtud de que la propia

Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, permite que una de las vías o de las sanciones posibles, en el estatuto adolescente sea efectivamente someterse a un tratamiento médico. Y así mismo pueden ser parte de esta rehabilitación o este programa de los propios planes de integración, que se encuentran asociados a las penas tanto privativas de libertad, como las de cumplimiento en régimen cerrado, semi cerrado o de libertad asistida especial. Entonces es posible llevarlo también a escenarios del cumplimiento de la condena. El flujo que tenemos definido para estos Tribunales de Tratamiento de Drogas son: primero el levantamiento del caso que puede tener lugar en el Ministerio Público, la defensoría o el propio tribunal. Se lleva esta dupla psicosocial, se trata de profesionales psicóloga y asistente social, que abordan en primer término una entrevista con quien podría ser candidato para ingresar al programa. Y lo que aquí resulta más relevante es que en esta primera instancia o compromiso, las profesionales deben abordar no solo si esa persona no solo reconoce su situación de consumo problemático, sino que además, está dispuesta a reconocer que en virtud de aquello incide en la comisión del delito. Si no hay una comprensión respecto de esto, en orden a que la persona ya no está pudiendo manejar ese consumo problemático, no es posible incorporarlos al programa. Una vez incorporados entonces se convienen estas condiciones de la suspensión condicional del procedimiento ante el tribunal y aquí, lo más relevante del programa, a diferencia de lo que ocurre en los otros escenarios de salidas alternativas, hay un control permanente en las audiencias en que es mensualmente se revisa el estado de cumplimiento del tratamiento al que está sometido el imputado y en ellas se define por todo el grupo, especialmente en lo que se denomina la pre audiencia, cuál es la situación, cuál es el seguimiento que se puede dar, si hay una oportunidad de efectivamente avanzar o no en la suspensión condicional, a pesar de que haya habido algunos rangos de incumplimiento y en definitiva aquello permite que en presencia del propio Magistrado, se advierta cuáles son las dificultades del programa, cuales se pueden superar y si es posible seguir adelante hasta avanzar a este egreso y sobreseimiento.

Supone también una importante flexibilidad del punto de vista de advertir estos incumplimientos que no supone necesariamente la revocación de la suspensión, sino que cuando la persona pierde compromiso con el programa es posible reemplazar por una condición en la suspensión condicional distinta al tratamiento. Entre los años 2019 y 2021 hay 33 adultos que salen exitosamente del programa y 13 adolescentes. Tanto respecto de adultos como especialmente respecto de adolescentes, a la Fiscalía le cabe, y hacemos aquí también una autocrítica, de no poder motivar más el levantamiento del caso por parte de nosotros mismos y eso tiene que ver también donde están puestas nuestras metas y nuestras indicaciones de medición de gestión. Y que tienen que ver por cierto con advertir la mayor cantidad posible de resultados judicializados, que nos permitan dar una mejor calidad de respuestas, pero que a veces en estos casos es necesario darle una segunda mirada. Del total de los casos ingresados hay un 73% de egreso exitoso en adultos y un 69% en los adolescentes. Y desde el punto de vista de un análisis muy artesanal, que todavía estamos haciendo, en relación a las reincidencias, esos egresos exitosos solamente han reincidido en un 37% en ingresos a posteriores. Es decir denuncias que los vinculan. Y un 11% en condenas, sin embargo, un 52% no presenta reincidencia.

El segundo programa es la Justicia Restaurativa en la Responsabilidad Penal Adolescente.

te, también es solo en los Tribunales de Garantía de Viña del Mar y Valparaíso. Un proyecto que se inicia en la Fiscalía Centro Norte, pero que esta región acoge luego en un convenio local y en virtud del cual precisamente estos conceptos, que tienen que ver con la responsabilización o resocialización en materia de responsabilidad penal adolescente, resultan claves. En un marco además de igualdad entre las partes y con vistas al interés superior del adolescente, junto con la reparación del daño. Los requisitos necesarios, que haya un daño se pueda reparar, que haya un reconocimiento del ofensor de su participación, la disposición de la víctima, que haya un involucramiento y aquí tenemos una situación un poco distinta en el caso del tratamiento drogas, veíamos a la suspensión condicional como una vía de resolución de una situación que básicamente al infractor, que pueda haber cometido otro tipo delito, pero que está condicionado por ese consumo problemático. En cambio acá lo que requerimos es que la víctima esté disponible para participar del procedimiento.

Tenemos la mesa regional, que en el flujo de caso, el levantamiento también pueden ser de cualquiera de las instituciones. Hay un tamiz previo de la fiscalía que advierte cuales son básicamente, el contexto de comisión del delito, lleva una derivación en simultáneo. Por una parte la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos contacta a la víctima, es necesario que la víctima entienda de que vamos a estar hablando en este proceso de mediación, y que manifieste su disponibilidad o no de participar en el mismo. Al mismo tiempo, que la Corporación de Asistencia Judicial, con los profesionales que trabajan al interior de la mesa abordan al imputado, desde el punto de vista de invitarlo entonces a participar en este programa. Si hay acuerdo de ambos se inicia el proceso de mediación, hay una pre mediación, y una mención en adelante, que supone el ir acordando con ambos la vía posible, en la cual ambos se sentirían satisfechos, desde el punto de vista de que el imputado no arriesgue el enjuiciamiento en un procedimiento ordinario y la víctima, por otro lado, advierta una vía de resolución de esta situación de conflicto que pasa por su propia reparación. Si en definitiva se logra el acuerdo en los términos de la mediación, se redacta un acta que es suscrita por las partes y se lleva a una, que hemos denominado, homologación, que supone una salida propia del sistema. Se ha hecho un archivo provisional, un principio oportunidad que desestimamos la persecución, las salidas alternativas per se, que son la suspensión condicional y el acuerdo reparatorio. Y que puede llegar respecto de los adolescentes incluso a una condena por imposición de una sanción que suponga trabajo en beneficio de la comunidad o reparación del daño, o incluso sustituir una sanción que ya se encontraba aplicada por la derivación posterior a este proceso de mediación.

La fórmulas de reparación son variadas, desde las disculpas a una restitución o compensación puntual, prestación de servicios hacia esa víctima afectada, un aporte en la vía de una reinserción social laboral del joven, reparación del daño social cuando hay una afectación de ese tipo. El compromiso de escolarización ha estado muy presente, no solo en el interés de quienes integran la mesa, - sino de las propias víctimas que ven en ello una reconstrucción de lo perdido o lo dañado por la comisión del delito. Lo mismo con la compensación económica, con lo cual por cierto hay que tener muchos resguardos del punto de vista de las capacidades del sujeto imputado y en la entrega de información del delito, ahí no se explica mucho, pero la idea en eso es que las víctimas en ocasiones

querían entender por qué a ellas les había pasado lo que había ocurrido. Y la respuesta a veces era tan simple que se sentían satisfechas desde el punto de vista de entender que el imputado refirió también que cometió el delito derivado de circunstancias que no tenían nada que ver con la persona de la víctima y así como la afectó a ella, podía haber sido cada persona, pero no había algo que decía relación o lo que dijera relación con esa víctima en particular.

La descripción del delito es muy amplia con una fuerte presencia del robo. Desde el punto de vista de la incidencia hay también figuras de mayor gravedad como el robo con violencia o intimidación, que especialmente. Aquí hay un incidencia un poco mayor que lo que veíamos en TTD, pero aún sigue siendo baja la condena posterior solo en un 6% de todos los casos que egresaron exitosamente.

Nos manifestamos absolutamente partidarios de que modalidades como estas sigan teniendo lugar, lo que me parece que está a la falta es la necesidad de organizarlo con una estructura permanente, en la que haya profesionales que puedan dedicarse tiempo completo a abordar esto. No está en nuestras posibilidades llevar adelante estos programas sin la concurrencia de los profesionales del servicio SENDA, de rehabilitación de drogas, ni la Corporación de Asistencia Judicial en materia de justicia restaurativa. Es necesario contar con esos profesionales capacitados, es necesario abrirles un espacio dentro de nuestro sistema y al mismo tiempo comprometer y agradecer, por cierto, a las instituciones que realizan este trabajo en común y con un importante foco en el monitoreo y el seguimiento permanente. Creo que pueden ser pocos los casos en número, pero es lo más relevante el compromiso de la gente que está trabajando en esto, de nuestros equipos y que estamos muy bien aspectados para poder seguir profundizando en estas materias. Quería mostrar que esa era nuestra experiencia y nuestra valoración en positiva de la misma. Muchas gracias.

“PENSANDO EN LA FISCALÍA DE NUESTRO DECENIO”¹

Alberto Ayala Gutiérrez²

Aclaro que todo lo que diga representa solo mi particular visión de lo que han sido estos 20 años y lo que debiera ser en lo que queda del decenio y no representa necesariamente la opinión de la institución ni la del Sr. Fiscal Nacional.

Lo primero a preguntarse es si vale la pena atrevernos a pensar la fiscalía para los próximos años, o por el contrario, si debiéramos mantenernos como estamos. La primera alternativa no es solo una opción sino un imperativo para concretar una mejora continua que nos permita cumplir con nuestra misión y nuestra visión.

Chile es un país extremadamente conservador y tradicionalista, mayoritariamente reacio a los cambios, generalmente nos asustamos cuando se plantea la idea de modificar lo existente y para que decir lo que sucede cuando los cambios involucran temas de orden valórico.

Basta recordar en materia económica cuando se discutió años atrás el término de la prisión preventiva para el delito de giro doloso de cheques, donde muchos sostenían que con esto se acabarían las operaciones comerciales.

Para que decir cuando se discutió la ley de divorcio con disolución del vínculo y no pocos señalaban que ello terminaba con la institución del matrimonio.

Así, podríamos señalar muchos otros ejemplos como la ley de interrupción del embarazo en tres causales, y proyectos hoy en discusión como el derecho a una muerte digna y ni que decir lo que por mucho tiempo se venía discutiendo sobre un cambio de Constitución.

Como no recordar que con la reforma procesal sucedió lo mismo, y no pocos apostaban y esperaban incluso su fracaso, en especial se preocupaban algunos actores de la pérdida de poder e influencia.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Fiscal Regional de Antofagasta

Pues bien, han pasado más de 20 años desde que se implementó y la pregunta es si debemos seguir igual o es posible evolucionar a otras formas de operar el sistema, en especial, en lo institucional e interno que nos atañe.

En lo personal creo que debiéramos centrar nuestros esfuerzos a lo menos en tres ámbitos, cada uno con materias que deberían ser a lo menos abordadas y discutidas.

Esto no significa que exista la obligación de cambiar, pero sí la voluntad de no cerrarnos a discutir los temas.

En una sociedad democrática es nuestro deber como hombres y mujeres de derecho que se establezcan las condiciones para poder discutir abiertamente todo tipo de ideas, única forma de avanzar hacia una sociedad democrática, inclusiva, moderna e igualitaria.

Algunos de estos aspectos que voy a reseñar brevemente, para quien les habla son esenciales para la existencia de la institución y otros simplemente son ideas que podrían constituir mejoras tanto para la operativa del sistema en general como en el plano interno institucional.

Así, para efectos didácticos se clasifican las ideas en tres ámbitos.

I.- Autonomía institucional.

II.- Modificaciones en la operativa interna.

III.- Modificaciones legales para potenciar la operatoria

I. AUTONOMÍA INSTITUCIONAL

Es el aspecto determinante y constituye un requisito de la esencia de la Fiscalía y que la nueva carta fundamental debiera recoger, garantizar y fortalecer.

Este principio debiera reflejarse y concretarse a lo menos en cuatro aspectos:

- 1.- En la forma de elección de sus autoridades internas.
- 2.- Asegurar un sistema objetivo y seguro de Financiamiento
- 3.- Autonomía para fijar las Políticas de Persecución Criminal
- 4.- Obligación de ser consultados en temas operativos frente a reformas legales que afecten la operación.

En el primero de ellos, soy de la opinión que se mantenga la actual forma de designación, pero si llegara a cambiarse, lo determinante es garantizar la transparencia, idoneidad y por sobretodo evitar la injerencia del poder político en las designaciones más allá de lo que hoy está regulado.

La autonomía implica que tanto el Fiscal Nacional como los Fiscales Regionales no pueden depender del gobierno de turno, ya que afectaría la idoneidad de las investigaciones en especial cuando pudieren estar dirigida contra personas que no concuerdan con el régimen imperante.

En el aspecto financiero es necesario contar con un estatuto jurídico que garantice de manera permanente el funcionamiento de la institución y más allá de la existencia de un

marco presupuestario, en el evento de no concordar con la autoridad política de turno, se debiera garantizar como base segura una asignación presupuestaria no inferior a lo otorgado al ejercicio anterior y sin que ello implique necesariamente mayores metas de gestión para el año respectivo en relación a los Compromisos de Gestión Institucional.

El tercer aspecto es propio y tal vez el más distintivo de la autonomía institucional. Hay que ser claro, corresponde al Ministerio Público y no a otro órgano o poder del Estado fijar las políticas de persecución penal.

El último aspecto visualizo la necesidad de establecer una norma que obligue, al igual como sucede con la excelentísima Corte Suprema, para que el poder legislativo tenga el deber de consultar la opinión del Ministerio Público cada vez que se discuta la dictación de una norma que afecte nuestra operación aun cuando nuestra opinión no sea necesariamente vinculante.

Si bien muchas veces hemos sido consultados, ello no siempre se ha dado y se han dictado normas sin consultarnos no obstante que han implicado nuevos delitos o nuevas cargas de trabajo sin traer asociados recursos suficientes.

II. MODIFICACIONES EN LA OPERATIVA INTERNA

- 1.- Capacitación, concursos y movilidad.
- 2.- Academia de la Fiscalía. Diseño y creación de cursos habilitantes y convenio con la academia del Poder Judicial.
- 3.- Fortalecimiento de los sistemas de teletrabajo.
- 4.- Rediseño del modelo de evaluación del desempeño.
- 5.- Reincorporación de los FR.

En relación al primer y segundo tema si bien han existido mejoras en la materia creo necesario estudiar posibles cambios tendientes a posibilitar un mejor y más rápido acceso a cargos y privilegiar la carrera funcionaria.

Así como se modificó el plazo de vigencia de la prueba para postular a cargo de fiscal, me pregunto por qué siendo fiscal se debe rendir nuevamente una prueba. No sería mejor generar por intermedio de la academia la realización de cursos habilitantes dependiendo del grado al cual postular.

De igual modo y para facilitar la movilidad dentro de la fiscalía y propender al crecimiento profesional individual propongo posibilitar que fiscales puedan desempeñarse en otras funciones y guardar su cargo para retornar a las mismas.

En cuanto a la Academia de la Fiscalía.

Creo que ya es tiempo de que al igual que en el Poder Judicial, exista un curso habilitante para ingresar como fiscal adjunto al Ministerio Público y se generen cursos habilitantes para acceder a cargos superiores, incluyendo un curso para ser fiscal jefe, independiente que este se mantenga como cargo de confianza del Fiscal Regional.

De igual modo y pensando en el desarrollo profesional integral de los miembros, principalmente abogados, debiera existir un convenio que permitiera cursar estudios en la

Academia Judicial y permitir que aquellos abogados que pudieren estar interesados en ingresar al Poder Judicial, puedan contar con un acceso especial.

Fortalecimiento de los sistemas de teletrabajo.

La pandemia no solo ha traído cosas negativas.

Una de las cosas positivas ha sido la implementación de nuevos sistemas de trabajo en la fiscalía y otros organismos asociados al sistema de administración de justicia.

Creo necesario potenciar estas nuevas formas de trabajo aumentando su ámbito de aplicación, e invirtiendo en elementos tecnológicos de punta que permitan desarrollar mejor el trabajo y hacerlo más productivo.

Rediseño del modelo de evaluación de desempeño.

Nadie discute que la fiscalía es una institución jerárquica donde nuestra LOC determina quienes son sus autoridades, quien dirige a nivel Nacional y quien a nivel Regional.

No obstante lo señalado, y sin que ello constituya una forma de cogobierno, en materia de evaluación de desempeño debemos avanzar a evaluaciones de 360 grados dada la importancia de todas y cada una de las personas que desempeñan funciones en la institución.

Debemos transitar hacia un sistema donde además de existir una participación cruzada, las notas reflejen las diferencias existentes y lo mismo aplica para la evaluación de los FR.

Reincorporación de los FR al término de su mandato.

Este es un tema que no ha sido pacífico en la historia institucional y sé que ha existido oposición de parte de los fiscales adjuntos al hecho de que los FR sean reelegidos.

No obstante ello, todas las Cortes de Apelaciones han refrendado la posibilidad de reposición en una región diversa a la cual está desempeñando su mandato, lo que ha sido permanentemente ratificado por la Contraloría General de la República, sin embargo este tema sigue produciendo división al interior de la institución y me alegro que está siendo estudiado por una mesa de la asociación de fiscales.

Qué sentido tiene impedir que los FR puedan reincorporarse.

Qué incentivo existe para un fiscal adjunto joven de postular a FR si sabe que al cabo de 8 años acabará en la calle

Veamos que ha sucedido en los últimos concursos.

Arica y Parinacota 3 postulantes. Sin exposición.

Araucanía 4 postulantes. A que obedece tan poco interés.

Si se tuviera la certeza de permanecer en la institución al finalizar el mandato, tendríamos muchos candidatos, en especial entre fiscales jóvenes de gran calidad.

Es por ello que creo se deben modificar las normas permitiendo con los FR se puedan reincorporar como fiscales adjuntos grado IV o V al término de su mandato.

III. MODIFICACIONES LEGALES PARA POTENCIAR LA OPERACIÓN

- 1.- Dictación de norma que permita excepcionalmente desestimar derechamente una denuncia teniendo la posibilidad de no abrir investigaciones frente a una imputación que no cuente con ninguna base o sustento.
- 2.- Creación de unidad especial para investigar a fiscales.
- 3.- Creación de una fiscalía supraterritorial en DDHH.
- 4.- Reestructuración completa del proceso de formación de las policías y consecuentemente modificación de tareas asignadas a fiscales privilegiando el trabajo jurídico en tribunales y como contrapartida aumentar las facultades de las policías en el desarrollo de las investigaciones.

Respecto del primer tema no busco eliminar el denominado principio de legalidad consagrado en el artículo 66 del CPP que involucra a su vez el principio de promoción necesaria y mucho menos pretendo buscar evadir responsabilidades.

Más de alguno podrá decir que para esto existe la facultad de no inicio de la investigación regulada en el artículo 168 del CPP, pero la experiencia demuestra que existen denuncias sin ningún mérito o fundamento que son presentadas por motivos espurios especialmente cuando pudieren estar dirigidas en contra de fiscales con el único objetivo de poder sacarlos de una investigación porque molesta a terceros.

Sin contar la pérdida de tiempo y recursos por la apertura de investigaciones frente a denuncias sin sentido, el hecho es que hoy tenemos a un número importante de fiscales, incluyendo regionales y en más de una oportunidad al propio Fiscal Nacional siendo objeto de investigaciones con propósitos que defino simplemente como incalificables.

En relación al segundo tema, creo conveniente terminar con el sistema que pone en manos de un Fiscal Regional las investigaciones penales seguidas en contra de un adjunto, de un Fiscal Regional o en contra del propio Fiscal Nacional.

Planteo esto no por tema de desconfianza sino por razones de transparencia, por temas de debido proceso y de clima laboral. Debiera existir un órgano interno encargado de estas investigaciones y así se garantizaría de mejor manera los derechos de todos los intervinientes.

En cuanto a las investigaciones sobre violación a los DDHH, creo que, por la complejidad y especialidad del tema, por la falta absoluta de recursos, y por la importancia del mismo, se debiera crear una fiscalía supraterritorial apoyada por equipos investigativos especializados de la policía, que al igual se hiciera con las investigaciones a la violación de los DD.HH. durante la dictadura, se encargue de centralizar este tipo de investigaciones bajo un solo prisma y orientación.

El último aspecto es fundamental para el futuro del sistema y dice relación con la formación y capacitación de las policías, especialmente Carabineros.

En mi opinión, se requiere una reestructuración completa del proceso de formación de las policías de manera tal de especializarla en investigaciones criminales.

La idea es que la policía se ocupe y responda por el resultado de investigaciones policiales y los fiscales respondan por el trabajo jurídico ante y para ante los tribunales.

La forma en que hemos operado estos 20 años ha significado que los fiscales por la forma en que se diseñó el sistema hemos terminado respondiendo por el trabajo policial y no por lo que nos corresponde principalmente.

Son las policías las llamadas a investigar no los fiscales y debieran incluso poder desarrollar un trabajo directo con los jueces de garantías y solo una vez que tengan una investigación acotada presentarla al fiscal para que se evalúe la posibilidad de ejercer la acción penal pública.

Al fiscal lo que le corresponde es una labor de dirección. De asesoría legal a la investigación y no se instauró exclusivamente así porque la reforma fue temporalmente inmediata al término de la dictadura donde las policías y su labor no se caracterizaba precisamente por investigar para detener y había que garantizar la integridad de la prueba, el respeto por los DDHH y garantizar el debido proceso.

Han pasado más de 20 años de esto y casi 50 desde el Golpe Militar y ya es hora de potenciar avanzar, apoyar la legitimación democrática de las instituciones policiales, fortalecer en el proceso formativo especialmente el respeto por los DDHH y hacerlas responsables del debido proceso.

En cuanto a los fiscales la idea es poder dedicarnos a investigar con mayor profundidad las cosas relevantes y no gastar parte importante de nuestro tiempo a trámites burocráticos como seguir a cargo de archivar provisionalmente investigaciones que no cuentan con insumos suficientes aportados por la investigación policial que permitan ejercer la acción penal pública, dedicarnos a buscar salidas de calidad y ahondar nuestro trabajo en temas que vayan más allá de la simple flagrancia.

Se me ha ido el tiempo otorgado y para finalizar esta conversación no puedo soslayar que como Nación estamos viviendo un momento histórico y único como es la generación de una nueva Constitución, y tanto como fiscalía como individuos no podemos estar ajenos a lo que esto significa, no solo porque esta nueva carta debiera reflejar el pensamiento plural de nuestra Nación, sino porque existe un capítulo completo destinado al Ministerio Público del cual debiéramos preocuparnos.

Es por ello que debemos buscar formas activas y concretas de participar en su elaboración, aunque sea de manera indirecta y debemos ser capaces de influir y convencer a los constituyentes de lo determinante que es mantener la institución en esta nueva carta fundamental y resguardar el principio de la autonomía institucional, única forma de mantener al Ministerio Público como un órgano garante del Estado de Derecho.

“PROSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO. DESAFÍOS”¹

Xavier Armendáriz Salamero²

Debemos iniciar esta ponencia agradeciendo la iniciativa de poder repensarnos, de mirarnos hacia el interior, hacer un balance, un alto en el camino, pero también imaginarnos cómo nos vemos en el futuro, qué y cuáles son los desafíos y las perspectivas; eso es lo que me tocó abordar hoy día.

No se trata entonces de revisar una carpeta investigativa, analizar una norma o un caso que es parte de nuestra función y es lo que nos apasiona, pero no tiene el componente de imaginación, de ensoñación que tiene el pensar la institución hacia adelante, lo que quisiéramos ser, lo que nos gustaría alcanzar. Yo imagino el proyecto y deseo una institución robusta, eficiente, legítima desde la acción. Si me pidieran una frase me quedaría en: “una institución legitimada en la acción”.

Quiero desarrollar algunos puntos pero había uno que traía Alberto Ayala, que ya lo dijo y no lo voy a repetir, pero un tema clave es la policía. Conversando hace poco en un seminario en una Universidad que está muy ligada al inicio de la reforma, uno de los profesores me decía, yo creo que la piedra de tope en la reforma son las policías y yo estoy de acuerdo y no porque estén integradas por malas personas o gente que no tiene conciencia de su deber, no tiene responsabilidad, no tiene esfuerzo y no tiene también el compromiso y su querer, pero evidentemente que el diseño normativo y que lo abordó Alberto y por eso no quiero ahondar, el diseño normativo de la reforma, unido al diseño de la reforma en el sentido de un sistema de interacción de tribunales, Defensoría y por supuesto nosotros con respecto al diseño de las policías todavía no se junta y parece que realmente no se va a juntar nunca y yo con la frase que me quedo de Alberto y como que la pondría en algún lado es: **el Ministerio Público permanentemente está respondiendo por una labor respecto de la cual mayormente no tiene injerencia y que es la labor de las policías y eso es una situación tremendamente ingrata.** En su oportunidad hablamos de una policía para el Ministerio Público y me tuve que poner casco. Lo que deseo ahora sí y no voy a ahondar mayormente en eso, pero como les digo las palabras de Alberto fueron claras en eso y mejor de lo que yo pueda decir.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Fiscal Regional Metropolitano Norte

Cuando miramos hacia adelante el primer tema es lo institucional, es un aspecto hoy día esencialmente incierto, líquido como se usa en el lenguaje moderno, porque tenemos un cambio institucional, la República vive uno de sus albores, uno de sus renaceres. No me quiero referir a las posibilidades del diseño institucional son demasiadas variables, ocuparía todo el tiempo que tengo. Posiblemente mucho más interesante es lo que está haciendo la asociación de fiscales, hay un trabajo de Francisco Bravo y yo creo que hay que mencionar, hay que destacar, ponerle ojo. Pero hay un tema que a mí me parece esencial. Desde luego despejemos un tema, yo no he escuchado, –espero no escucharlo– iniciativas entre los constituyentes, en los círculos de opinión, de estudio de respecto que haya una intención de suprimir la institución, o sea de terminar con el Ministerio Público que evidentemente llevaría a cambios profundos respecto al sistema de Justicia penal, por tanto, parece razonable pensar que el Ministerio Público va a perdurar en el tiempo. Cualquiera sea el diseño, yo insistiría en un punto que también lo dijo Alberto y que es central y que es la **autonomía** y yo la autonomía fundamentalmente la veo (hay aspectos orgánicos, funcionales), pero para mí hay un tema que es fundamental; las decisiones de persecución penal tanto en política criminal, como en la causa en particular, deben nacer y ser asumidas a llevar adelante, exclusivamente desde el interior de la institución, sin injerencia de otros organismos de los poderes del Estado o en lo que ustedes crean, yo creo que esa, no es que sea digamos de esta manera, es la única, no lo mejor, es la única manera de poder llevar adelante una investigación penal y un enjuiciamiento que cumpla estándares del debido proceso, pero que al mismo tiempo permita llevar adelante el cumplimiento de la ley un estado democrático de derecho. Otra cuestión distinta es la determinación de las autoridades que dentro del Ministerio Público toman esas decisiones o las ejecuta. Yo he visto algunas posturas que permítanme decirlo, que son demasiado endogámicas, solo fiscales, que los fiscales sean regionales o no, o lo que corresponda, sean nacionales, vuelvan o suban y yo al revés, pienso que órganos como el Consejo General o el órgano que haga sus veces o quien sea, lo pienso más heterogéneo, más pluralista, más variado, pero creo que una parte importante de la legitimación social de nuestras decisiones sobre todo de las de política criminal, que son fundamentalmente que les corresponde al Consejo, me gustaría verlas como les digo, definida por una composición más heterogénea pero dentro de la institución.

En un segundo aspecto que me parece esencial mirando al futuro, son los fiscales, todas las personas que desempeñan sus funciones cualquiera sea ella dentro de la institución son y serán muy valiosos, la institución la hacemos todos, pero es evidente que en el centro de esta actividad están los fiscales y no hace falta explicar por qué, por lo tanto, el tiempo que le dediquemos a formar a un fiscal, desde luego seleccionando, a formar fiscales, a perfeccionar su acción, nunca va a ser un tiempo malgastado, nunca vamos a exagerar en eso, y aquí yo quiero llevarlos a un tema que creo que se ha prestado poca atención y que es la proyección de los trabajos de los fiscales en el tiempo. Para esta ponencia, revisé algunos antecedentes, el 75% de los fiscales del Ministerio Público, tienen entre 45 y 60 años, 3/4 partes. Los fiscales más jóvenes son el 7% hasta digamos los 40 años. Para ser claro, tenemos que enfrentar el problema del envejecimiento de los fiscales. Hoy sabemos que sus funciones duran hasta los 75 años, creo que es difícil que personas que se vayan acercando a esa edad puedan tener o mantener el esfuerzo físico

y el esfuerzo mental que significa ser fiscal. Hay que preocuparse de este tema, hay que imaginar, primero diseñar, después y desde luego ejecutar, y evaluar mecanismos que puedan compatibilizar edad con desempeño, creo que es un tema al que necesitamos prestarle atención.

Un tercer tema que me parece relevante para el quehacer institucional, son las investigaciones de causas catalogadas como de violaciones a los derechos humanos. Hemos vivido, todos lo sabemos, épocas de convulsión social que se manifestaron y que nos corresponde a nosotros, y no es la única manifestación ni mucho menos, pero que nos corresponde a nosotros, los fenómenos delictivos. Espero como fiscal y en realidad también como ciudadano, que los mecanismos de solución de esta crisis que existían y también los que se han creado, permitan darle un cauce democrático a esta crisis. Pero en la forma como hemos abordado las causas abiertas con respecto a derechos humanos, o sea violencia institucional, me interesa señalar, si bien es muy cierto que no son las únicas que hemos tenido, pero me interesa relevar este punto.

El 2019 entraron de este tipo de causas 10.056, en 2018 octubre hasta fin de año el 2020, el año pasado casi el mismo N° 10.079 y en lo que vamos de este año tenemos 2.200 causas, o sea más de 22.000 causas asociadas a este fenómeno. La mayoría de los cuales, 16 mil y tantas son apremios ilegítimos, 42% de Santiago, 20% en la Centro Norte, etcétera, vigentes más de la mitad. El rol que desempeña el Ministerio Público, cómo se lleven adelante estas causas, cómo se terminen estas causas, a mí me parece que va a ser un elemento esencial para juzgar la labor del Ministerio Público en los próximos años. Hay que evidentemente llevar adelante una acción eficiente, objetiva y también enérgica para dar respuesta a este conflicto penal. En este sentido, la Fiscalía Nacional ha diseñado un plan, sabemos que hay dos cuestiones fundamentales que se nos ha pedido, una suerte de recopilación de información y un plan. Hay que tener presente que esta iniciativa, de poner la Fiscalía Nacional este tema en la mesa no significa que anteriormente no se hubiera hecho nada, justamente el plan es una buena herramienta para conocer el trabajo que ya se había hecho, pero también para potenciarlo y llevarlo adelante. Una acción seria y responsable de la Fiscalía que resista tanto un examen a la luz del debido proceso pero también a la luz de los estándares internacionales de la persecución de delitos que puedan ser cometidos por agentes del Estado, me parece como les indiqué que es un aspecto esencial de nuestra legitimidad.

Otro aspecto que quería reseñar es respecto a la política de persecución penal. El actual Fiscal Nacional ha diseñado una política de persecución penal, no podemos analizarla aquí, me parece una iniciativa extraordinariamente valiosa, de hecho también que exista una comisión de evaluación de nuestra política, pero hay un fenómeno delictivo que me preocupa mucho y que en realidad es mucho más que un fenómeno delictivo y es la presencia de la violencia en nuestras relaciones sociales y por supuesto también en la comisión de delitos. Perdón que hable de uno mismo, pero llevo 30 años en la persecución penal y el fenómeno delictivo se ha hecho cada vez más violento, o sea, es hoy más violento que hace 5 años, esos 5 años más que los anteriores y como vamos hoy es menos violento que en 5 años más y esa línea no va a ser interrumpida por el solo transcurso del tiempo sino que al revés, se va a ir empeorando. Los minutos son escasos, pero la res-

puesta que suele darse frente a esto es abordar este fenómeno con mayor rigor, más delitos, más penas, más policías. Yo creo que eso no resulta, será bueno a lo mejor ustedes me pueden decir que es necesario, pero no es suficiente, yo creo que el Ministerio Público tiene que liderar, instalar en nuestra sociedad, en nuestro colectivo, que se requieren medidas de mucha valentía, de mucho rigor, pero no son subir las penas, son acciones a nivel social, por ejemplo si a mi me lo pidieran, yo prohibiría las armas de fuego, se las dejaría aquellos organismos estatales que tienen el uso y el monopolio de la fuerza. Que vamos a afectar intereses comerciales, gente que hace deporte, lo que ustedes quieran, pero creo que la valentía de llevar adelante ese tipo de medidas y las que podamos discutir, me parece que requiera como les digo un rigor que hasta hoy día no he visto porque creo que a pesar de que lo decimos, no hemos asumido como país el problema de la violencia.

Hay un par de temas que yo creo que podrían ayudar bastante a el Ministerio Público a llevar adelante su labor y que lo hemos hablado y es la **mediación penal**.

Fíjense que estaba viendo que solo en la Fiscalía Centro Norte tenemos unos 20.000 casos al año que no llegan a puerto de una solución, o sea hay aquí archivo provisional, principio de oportunidad, decisión de no perseverar, solo respecto a cuasidelitos, estafa, apropiación indebida y hurto, 20.000 causas al año. No podríamos entonces considerando que son de baja entidad social, entregarlas a un sistema de mediación (es barato, es rápido, si llega a una solución evidentemente que nace desde los interesados intervinientes, o sea, una víctima, un imputado), ¿no sería una solución de buena calidad?, en ese sentido yo creo que le debemos mucho a nuestras víctimas, y no me voy detener en ellas, pero cuando nosotros hablamos del futuro del Ministerio Público y en realidad cuando hablamos del Ministerio Público, nunca puede dejar de estar arriba de la mesa el tema de las víctimas.

El año 2019 ingresaron al Ministerio Público 1.500.000 víctimas, si seguimos esta proyección en 10 años sería más o menos el total de la población nacional o démosle un par de años más, pero ese es el nivel de nuestra actividad, ahí es donde se juega nuestra legitimidad. Por Dios que todavía le debemos mucho a las víctimas, no hay un Ministerio Público proyectado en el futuro robusto como les dije, legitimado en la acción, eficiente, si no mejoramos en este aspecto.

Ya lo dijo Alberto y yo no voy a ahondar como otro tema, los fenómenos de la automatización de nuestro trabajo a través de los sistemas informáticos es una cuestión esencial, estamos al debe, porque el Fiscal Nacional está llevando la red de gestión penal, cada día la entendemos más, cada día la asumimos más. Hay distintos enfoques pero hoy en día ya estamos embarcados en este diseño, pero no es lo único que se puede hacer, hay distintas cuestiones que se pueden llevar adelante y permítanme en eso sacar y como penúltimo tema y estoy terminando (alegatos), el sistema que conforma el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y los tribunales, estamos al debe en lo que es la **atención de las víctimas y en definitiva la solución al conflicto penal**.

Fíjense que el año pasado 2020, habrá pandemia y lo que ustedes quieran, el tiempo promedio total en la tramitación de las causas judiciales y no judiciales, 233 días, el 2010 era de 103 días, el 2019 anduvo en los 180 o sea no le echemos la culpa a la pandemia. Si

el sistema, ya no el Ministerio Público, el Ministerio Público que yo me imagino robusto y legitimado a la acción, no, el sistema, porque la gente ve empleados públicos, todavía a nosotros nos hablan de jueces, somos lo mismo, si no nos tomamos en serio el llevar adelante las causas en tiempos razonables, esa legitimidad no va a existir. Los tribunales tienen que abrirse a organizar las audiencias de otro modo, no solo por el tema de las cargas de trabajo de los jueces, la Defensoría Penal tiene que tomar conciencia que el alargar los procedimientos podrá servirnos para el caso particular, pero es un tremendo desprestigio para el sistema y nosotros por supuesto tenemos que acordarnos del principio de unidad de acción. Todavía yo escucho en demasiadas audiencias que se pide nuevo día y hora porque yo no soy el fiscal de la causa, solo vine a la audiencia. Pues bien, a ver si el artículo segundo de la Ley Orgánica que nos diseñó, lo puso ahí a la entrada de la puerta para que lo viéramos y todavía no lo vemos 20 años después, y llegar con la carpeta preparada y con la decisión negociada con la defensa. Fíjense que hoy día, el tiempo promedio para fijación de la audiencia va de 3 a 4 meses, o sea usted pide un día y hora y vuelve a pedir día y hora y se le fue el año. Por favor aprendamos las posibilidades que nos ha dado el desarrollo tecnológico. Alberto es cierto, la pandemia, esta desgracia que le cayó al mundo entero ha tenido, como son las experiencias humanas, también sus aspectos positivos y hemos aprendido muchas cosas; hemos aprendido a organizarnos de manera distinta, a hacernos distintos. Si a mí me hubieran dicho en enero o marzo del año pasado, que iba a pasar un año y medio con el 20% de dotación en la Fiscalía hubiese dicho imposible eso no se puede y aquí estamos y pudimos hacerlo. Bueno entonces por qué no empezamos a pensar en grande como sistema y que podemos alcanzar desafíos que hoy día, así como el otro nos parecía imposible, o nos hubiera sonado raro qué es eso, ¿como un año y medio a ver fiscales en audiencia desde su casa y sin carpeta?, lo hacemos todos los días, hoy una institución a 20 años, de una institución que tiene que pensar en este desafío y dejo para el final y con esto termino, una cuestión que me parece que hoy el término de todo, el más importante y son los **aspectos comunicacionales** pero sobre todo el aspecto de la **imagen institucional**.

Fíjense que la encuesta CEP, que por lo menos es conocida, existe hace tiempo, etc., el porcentaje de confianza del Ministerio Público el año 2008 el 23% de los encuestados; el año 2013 17%; el año 2017 de 17 bajó a 14%, el 2021 bajó a 11%. Hoy día un 11% de las personas confían en el Ministerio Público, ¿nos merecemos eso? Aunque nos digan todas las instituciones tienen % bajos, todo el mundo o todos los ciudadanos chilenos piensan que sus funcionarios públicos son incompetentes, son flojos y son corruptos, así que no se preocupe; perdón me preocupa muchísimo, la imagen institucional no se hace de un día para otro, no depende de los encargados de los esfuerzos comunicacionales, depende del trabajo serio y sostenido de todos, pero no únicamente, no basta un buen trabajo. Voy a terminar y perdonen que les señale algo que de alguna manera me tocó más de cerca; hace pocos días atrás falleció un sacerdote acusado de delitos sexuales en el ámbito de la parroquia que él mantenía bajo su cargo en el sector Oriente de aquí de la ciudad de Santiago, su caso trascendió como la propia Iglesia católica escucharon muchísimo, todas las notas de prensa y para que hablar de las redes sociales, destacaron una cuestión, “impunidad”, no hubo sanción criminal, “Impunidad” y dijeron redes de apoyo, corrupción, falta de ganas, lo que ustedes quieran. Nadie señaló dos cuestiones, primero que

esta persona no fue enjuiciada exclusivamente por la prescripción de la acción penal en delito sexual; sabemos que hoy día normativamente está superada pero en aquella época nadie lo mencionó que fue eso lo que lo llevó a la impunidad, no la falta de acción al respecto y enseguida nadie mencionó que en este caso (sabemos el caso Karadima), no hubiera existido sin la labor del Ministerio Público y sin embargo la Fiscalía no tuvo ningún espacio en la mente, en las almas de nuestros ciudadanos en cuanto a ese conflicto penal. Esa situación de imagen institucional, es la que me preocupa, porque más allá de las adecuaciones legales, de las adecuaciones operacionales, de los temas de gestión, de las redes que podamos tejer, incluso del diseño constitucional, si no tenemos una imagen corporativa fuerte, esta imagen que yo les decía al empezar, robusta, eficiente y legitimada desde la acción, si no existe esa imagen, esto que les acabo de decir, la robustez, la eficacia, etcétera, tampoco van a existir.

“PROSPECTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO. DESAFÍOS”¹

Jorge Abbott Charme²

Creo que en este congreso hemos tratado temas de la mayor relevancia para nuestra institución como los que han tratado hoy tanto Javier como Alberto, que son esenciales en la discusión pública, me refiero a la autonomía del Ministerio Público, sobre los cuales tuvimos expositores excepcionales como Marisol Peña, Carlos Peña y también Marta Herrera.

Asimismo, la paridad de género problemática, hoy por hoy, cardinal para el Ministerio Público sobre la que escuchamos las ponencias de Marcela Ríos, Verónica Undurraga e Ymay Ortiz Directora de la Unidad de Derechos Humanos, Equidad de Género y Delitos Sexuales.

La relación del Ministerio Público con las Policías también fue abordado por la profesora Alejandra Mohor el profesor Mauricio Duce y la fiscal Tania Sironvalle.

Un tema que nos resulta acuciante resolver que es el tratamiento de la alta complejidad en el proceso penal en escuchamos con mucha atención las ponencias de los profesores Javier Zaragoza y Juan Ignacio Piña junto Ximena Chong a la fiscal no hemos dejado de abordar el tema de la víctima en el marco del proceso penal que fuera tratado por los profesores Josep Tamarit y Guillermo Oliver junto a nuestra Gerenta de la División de Atención a Víctimas Erika Maira.

La vigencia de los tratados internacionales en el orden interno con el tema el control de convencionalidad y el Ministerio Público sobre el que expusieron el profesor Francesco Vigano, la profesora Liliana Galdames y el Director de la UCIEX Antonio Segovia nos ha permitido repasar nuestras obligaciones a partir de los compromisos suscritos por nuestro país.

¹ Este texto es una transcripción revisada de la exposición oral. Se ha respetado el estilo propio de tal discurso.

² Fiscal Nacional

Por último, el tema tratado hoy en la mañana sobre la ampliación de las salidas alternativas en el marco del proceso penal. Ya nos refería recién Xavier Armendáriz lo importante que resultan para lograr una mejor solución del conflicto penal. Nos decía que en solo su Fiscalía, en un año, tiene 20.000 causas que eventualmente pueden terminar con una salida alternativa de buena calidad, que no sea simplemente un archivo, una decisión de no perseverar o un principio de oportunidad las podríamos derivar a una solución del conflicto penal negociada en que los intereses y necesidades de víctimas se vean acogidas conciliadas con la responsabilización del imputado. Sobre el tema escuchábamos con mucho interés al profesor Jesús Silva Sánchez y al profesor Raúl Carnevali quién ha sido un verdadero apóstol en esta materia junto a nuestra fiscal regional Claudia Perivancich con quién tuviera la oportunidad de trabajar estos temas siendo Fiscal Regional de la Región de Valparaíso.

Toda esta temática tratada en todas estas jornadas nos hace ampliar la mirada hacia nuestra institución y proyectarla hacia el futuro en base al compromiso y experiencia de todas y todos quienes somos parte de ella.

Quisiera plantear mi visión sobre Ministerio Público desde una experiencia múltiple. La vida, y aquí perdónenme con una referencia personal, me ha llevado a estar vinculado con el sistema procesal penal desde lugares muy diferentes, desde dirigir la Defensoría Penal Pública en la provincia del Limarí, cuando recién comenzaba la reforma procesal penal, luego haciéndonos cargo de una Unidad de Atención de víctimas en la Región de Atacama, labores que me correspondieran en mi calidad de Director General de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso en que participamos como querellante en representación de la víctimas. Cabe señalar que también en dicha Corporación tuvimos un rol protagónico en la incorporación de la mediación a nuestra cultura legal. Luego mi experiencia a cargo de la Fiscalía Regional de Valparaíso, para una vez terminado mi mandato, después de un año, ejercer la profesión en materia penal y haber actuado tanto como querellante como defensor. Para luego volver al Ministerio Público como Director Ejecutivo Nacional y ahora como estar desempeñándome como Fiscal Nacional. A pesar de toda esta mirada holística de la institución me acerco mucho a lo que han planteado Alberto y Xavier que también han vivido experiencias similares ya sea antes de la reforma o durante la misma, por lo que parte de lo que quería compartir con Uds. ya ha sido expuesto, de mejor manera a la que yo pudiera hacerlo.

Un tema central de los ya tratados tiene que ver con la responsabilidad que tenemos como Ministerio Público de lograr una adecuada materialización del respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas mediante el reproche penal oportuno y enérgico a quienes vulneran los mismos. Como asimismo, en nuestra propia actividad ser y exigir el mayor respeto a la dignidad de las personas cualesquiera sean las conductas que estemos investigando. Unido a ello la conciencia que debemos tener en el sentido de que vamos a ser juzgados como institución de acuerdo como sean los resultados de nuestras investigaciones sobre la violación de derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahí tenemos una responsabilidad enorme y si esperamos tener un posicionamiento, un reconocimiento de la comunidad, estos son temas esenciales para la convivencia social para los que debemos tener respuestas eficaces y también oportunas.

Por otra parte es preciso mirar al Ministerio Público inserto dentro de un sistema judicial que, desgraciadamente hasta ahora, no ha tenido la virtud de funcionar como sistema y más bien los hemos hecho cada una de las instituciones en forma bastante autónoma. Este sistema de justicia penal que como todos en el mundo, tiene que manejar recursos que son escasos y al hacerlo hay que hacer una selección de causas y de soluciones que sean viables y que satisfagan de la mejor manera las expectativas de la comunidad. De allí la importancia de tener políticas de persecución penal lo más legitimadas posible y un abanico de posibilidades para la solución del conflicto penal.

Pues bien, este sistema no ha funcionado como un sistema integrado que es una condición necesaria para su mejor funcionamiento. Como refiere el viejo dicho “toda cadena es tan robusta como el más débil de todos sus eslabones”. Pues bien aquí no hemos logrado funcionar como tal y se mira, desde el Estado, a cada institución individualmente y podemos encontrar algunos ejemplos prácticos: cuando se discutió el fortalecimiento del Poder Judicial, se contrataron ciento y tantos jueces más en el área penal y no se consideró ni un solo fiscal, o funcionario más para el MP, es decir, se estaba fortaleciendo la oferta de servicios jurisdiccionales pero no la demanda de los mismos, lo cual para cualquier persona que tenga una noción mínima de economía resulta evidente que se va a producir un serio problema en las agendas o en las cargas de trabajo.

Creo que aquí hay una responsabilidad, que nos corresponde a todos los entes del Estado que participamos dentro del sistema procesal penal, la de lograr que el mismo sea mirado como una sola forma de administrar justicia, donde el diseño funcional y recursos de cada una de las instituciones, sea armónico y proporcional con el resto.

Un anhelo de futuro es lograr una visión global del funcionamiento del sistema procesal penal como un todo, que se vea así, especialmente en primer lugar por las propias instituciones del sistema y luego por las autoridades, particularmente aquellas que tienen la misión de asignar los recursos.

Algo se ha avanzado en el último tiempo a raíz de precisamente los problemas que hemos tenido producto de la pandemia. Al día de hoy existen una enorme cantidad de audiencias que están postergadas y hemos trabajado juntos con el Poder Judicial y con la Defensoría Penal Pública para hacer un diagnóstico que nos permita evaluar con precisión cuáles son las necesidades que tenemos para poder abordarlas en un plazo razonable, que hemos estimado en dos años, para poder hacernos cargo de todas ellas. Esperamos que la autoridad política tome este planteamiento que por primera vez hacemos conjuntamente y no desde la mirada de las necesidades de cada una de nuestras instituciones.

Otro tema que quisiera abordar el que dice relación con la política nacional de persecución y aquí quiero compartir con Javier también y probablemente en un matiz respecto de lo que mencionaba Alberto. Creo que la política de persecución penal debe ser fijada con una profunda legitimidad democrática. Cuando nos ha tocado establecer la política de persecución penal desde la mirada del Ministerio Público nos hemos preguntado, cuál es nuestra legitimidad para fijar esa política, en qué medida nosotros estamos representando a toda la comunidad para priorizar el uso de los recursos, cuáles son los énfasis

que importa definir al establecer una política de persecución penal, por eso me parece interesante la propuesta que plantea Javier que es abrir el Consejo del Ministerio Público a otras autoridades, a otros sectores de la sociedad civil.

Cuando formulamos nuestra actual política de persecución penal escuchamos a actores tanto internos como externos, entre ellos a los Decanos de Derecho de diversas Universidades y a otras autoridades.

En la propuesta de un Consejo ampliado la actual composición del mismo debería continuar conociendo los problemas internos de la institución. Este Consejo ampliado debería tener una alta legitimidad social para los efectos de establecer cuáles son las prioridades, cual es la forma en que vamos a distribuir, como lo hemos dicho antes, los recursos siempre escasos con que contamos tanto en materia de investigación como de litigación.

Comparecí hace un par de días atrás en la Cámara de Diputados y parlamentarios de un sector nos reprochaban estar dedicando demasiado recursos para la investigación de delitos vinculados con violación de derechos fundamentales y de otro sector nos reclamaban exactamente lo contrario, que los recursos destinados a investigar la delincuencia común de baja lesividad los deriváramos a las causas de DDHH, fijando claramente posiciones muy divergentes que están presentes en la propia sociedad y probablemente inciden, en alguna medida en la baja valoración social que tenemos los tribunales de Justicia y el Ministerio Público.

Sin que esto signifique que sea autocomplacencia en absoluto, creo que el nivel de confianza que tiene la comunidad en nosotros, que es preocupante, francamente no es el que nos merecemos y debemos hacer todo lo necesario para poder lograr una mayor confianza por parte de la ciudadanía.

También quisiera referirme brevemente a un tema trascendental y que es la autonomía del Ministerio Público, el que hemos venido tratando no solo al interior del MP en Chile, sino también ha sido una preocupación de los Ministerios Públicos de Iberoamérica. El Ministerio Público de Chile actualmente preside la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y en todas las últimas asambleas ha sido un tema central la autonomía de los Ministerios Públicos entendida un poco en los términos que nos planteaba en la primera charla, Carlos Peña, la autonomía con un valor extrínseco, que no nace solo por el hecho de ser Ministerios Públicos sino que emana de la función que nosotros desarrollamos, pero esta autonomía trae aparejada obligaciones ineludibles como el deber de dar cuenta de los resultados de la misma. Asimismo la necesidad de un debido control de las decisiones del Ministerio Público, pero un control que no diga relación con la investigación y el ejercicio de la acción penal, que le corresponde a los órganos jurisdiccionales, sino que fundamentalmente con aspectos sobre los cuales hoy no existe control externo para el Ministerio Público. Me refiero, por ejemplo, al control presupuestario. Uno debería instar a que en un nuevo modelo de Ministerio Público debería considerar rendir cuentas a un órgano externo que perfectamente podría ser la Contraloría General de la República respecto del uso de nuestros recursos, con la única limitación de excluir la de aquellos destinados a la investigación y litigación penal para mantener así la plena autonomía en el uso de los mismos, condición sine qua non para el desarrollo de una investigación libre de toda interferencia externa que no sea el control jurisdiccional.

Tener que dar cuenta al uso de los recursos en lo que dice relación con la investigación y la persecución penal constituye un serio riesgo porque a través de ese control eventualmente puede verse afectada nuestra autonomía. La profesora Marisol Peña en la primera conferencia de este ciclo distinguía entre autonomía e independencia de los fiscales respecto de la autoridad y también se refería, de alguna manera, a la independencia al interior del propio Ministerio Público, independencia que hoy día se da fundamentalmente con la forma en que se encuentran divididas las competencias en nuestra institución, al entregar el ejercicio de la acción penal a cada fiscal regional inhibiendo o prohibiendo al fiscal nacional dar instrucciones de carácter particular, situación que a mi parecer debe mantenerse, pero con la limitación de establecer algún control colegiado de algunas decisiones de los fiscales regionales en el ejercicio de la acción penal. Estimo que debe existir dicho control porque hay muchas decisiones que se toman por los fiscales regionales que tienen un impacto importante en la comunidad y, a su vez, en la propia institución y quien está a cargo de su dirección a nivel nacional. Además, espacios de discrecionalidad, sin un adecuado control, pueden devenir en actos reñidos con la probidad. Alguna vez propuse la posibilidad de crear, dentro del propio Consejo General comités a los cuales debieran llevarse temas que tengan alguna particular relevancia por sus efectos sobre las personas, la comunidad o la propia institución de manera de establecer un sistema de control cruzado de ciertas decisiones.

Esta facultad de absoluta autonomía tiene la dificultad de muchas veces tomarse decisiones que tienen un gran impacto para toda la institución, las que pudieron haberse discutido en un ámbito más amplio y eso también sirve para dar tranquilidad a los propios fiscales a cargo de las mismas. Lo que debemos tratar de evitar que existan competencias exclusivas y excluyentes que puedan en algún momento también traer la corrupción al interior del MP, no tenemos por qué pensar que estamos totalmente ajenos a ella.

La autonomía, por otra parte, no supone irresponsabilidad, tampoco descontrol como nos decía Marta Herrera en la misma conferencia, ni menos aislamiento. Como decía antes, trabajemos coordinada y colaborativamente con el resto de las instituciones y muy cercanamente con las policías. La persecución penal requiere de instituciones fuertes y coordinadas como planteaba Javier, fuertes pero debidamente controladas añadiría por mi parte.

Ahora en lo que dice relación con el control interno creo imprescindible crear una instancia interna, que sea autónoma dentro de la institución que tenga a su cargo el ejercicio de la potestad disciplinaria del Ministerio Público y también la de investigación y persecución penal respecto de aquellos hechos en los cuales aparezcan como imputados fiscales o funcionarios del Ministerio Público. Debe tratarse de un órgano absolutamente autónomo de la estructura central, naturalmente dependiendo ya del Consejo General o del Fiscal Nacional que funcione con plena autonomía de modo tal de dar respuesta a la interrogante que se reformula muy frecuentemente sobre quién controla a los fiscales. Tenemos que tener un sistema de control interno que tenga una gran legitimidad y que sea muy robusto.

Finalmente creo que estamos enfrentados también un cambio absoluto del paradigma de la forma en la cual nosotros llevamos adelante la tramitación de causas, hoy tenemos

que invertir el esfuerzo de destinar una mejor dotación y buenos procesos al inicio de la investigación, al momento en que nos llegue a la denuncia, poner un gran esfuerzo en ese minuto de modo tal de tomar en ese momento las mejores decisiones. Sabemos y estamos conscientes que las mejores investigaciones son aquellas que desde un primer momento logran tener una adecuada prognosis, una adecuada evaluación en términos del destino o de la misma y, junto con ello, definir términos tempranos o decretar las primeras diligencias para luego derivar la investigación. Para ello hemos establecido el sistema de preclasificación entendiendo que ahí están las personas más capaces, porque de algún modo, esas son las personas que tienen que determinar, desde un inicio, el destino de la causa y el uso de los recursos que ello conlleva. Por cierto, con la limitación de causas de alta complejidad que deben ser conocidas desde su inicio por los fiscales especializados.

La uniformidad en el sistema de procesos a lo largo del país también es un desafío de modo que el Ministerio Público funcione de una sola manera a lo largo del país. Xavier nos decía hace unos momentos que echa de menos la unidad de acción que la ley nos mandata y por cierto que esta se ve dificultada cuando tenemos múltiples procesos de diferente naturaleza a lo largo del país.

Una institución fuerte, robusta, una institución que requiere tener respuestas relativamente homogéneas, sin perder de vista las particularidades de cada región y su adaptación en la persecución penal, debe contar con un eje central de funcionamiento que debe ser homogéneo lo que nos permite, además, integrar investigaciones que tienen expresiones suprarregionales y, cada vez más frecuentemente, internacionales como hoy día estamos viendo.

Pues bien yo simplemente termino volviendo a agradecer a todos quienes han participado y también a felicitarnos como institución, vemos que los fiscales han hecho toda una reflexión, algunas asociaciones de funcionarios también han hecho jornadas de reflexión para mirar este Ministerio Público del futuro para así tener un planteamiento frente a esta nueva manera de abordar nuestro orden constitucional. Tenemos la obligación de hacer un aporte y construirlo colaborativamente desde el Ministerio Público de modo tal de poder poner los temas que para nosotros son de particular relevancia y que nos parecen esenciales para el futuro de la institución, muchas gracias.