

## REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA REFORMA PROCESAL PENAL\*

RODRIGO MEDINA JARA\*\*  
Universidad de Talca (Chile)

### RESUMEN

El artículo plantea que la relación entre derecho penal y derecho procesal penal puede plantearse desde dos puntos de vista: Uno “vinculativo”, donde intérprete y aplicador del derecho se confunden y donde los tribunales adquieren un poder de creación del derecho importante, y otro “desvinculativo”, considerando ambos órdenes como compartimentos estancos. La visión de ambas fórmulas plantea algunas consecuencias sobre la relación entre nuestra reforma Procesal Penal y el Derecho Penal, coyunturales y generales. Además, y considerando la labor “creadora” del órgano investigador se deslizan críticas a la formulación normativa del Ministerio Público.

**PALABRAS CLAVE:** reforma procesal penal, críticas – derecho penal, derecho procesal penal, relaciones – Ministerio Público – bien jurídico.

### ABSTRACT

This article suggests that the relation between criminal law and criminal procedural law can be addressed from two points of view: an “interrelating” one, where interpret and law enforcer become confounded and where the courts acquire the faculty to create important laws; and another, “un-interrelating,” which considers both systems inactive sections. Both points of view suggest short-term and general consequences for the relation between criminal procedural law and criminal law. Besides, and considering the “creative” work of the investigative entity, some criticisms over the Office of the Attorney General's regulatory formulation are made.

**KEY WORDS:** Criminal procedural law, criticisms – criminal law, criminal procedural law, relations – Office of the Attorney General – Juridical right.

---

\* Trabajo presentado en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile). Ministerio de Justicia. Morandé 107, piso 10°, Santiago. Correo electrónico: rodmedina@unab.cl

## I. INTRODUCCIÓN

El breve artículo que sigue tiene por objeto deslizar algunas reflexiones de carácter crítico, no ya sobre la efectiva implantación o aplicación de la Reforma Procesal Penal, sino sobre dos problemas teóricos que ha nuestro juicio es posible avizorar en el entramado del nuevo proceso penal.

El primero de ellos dice relación con las relaciones que la Reforma Procesal Penal provoca entre el derecho procesal penal y el derecho penal sustantivo o material.

La segunda de nuestras preocupaciones tiene que ver con ciertas distorsiones de fondo o sustantivas, respecto de la estructura orgánica sobre la que se asienta la reforma en comento.

No se crea que ambos problemas dicen relación con cuestiones diferentes: De un entendimiento novedoso del primero, se seguirá la influencia del segundo.

## II. REFLEXIONES ACERCA DE LA RELACIÓN DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL IMPULSADAS POR LA REFORMA

El primero de los tópicos nos ha parecido muy relevante, puesto que no existe escrito o análisis que aborde las relaciones profundas entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, a partir de los presupuestos y bases impulsados por la Reforma.

En este punto conviene detenerse. A nuestro juicio el acercamiento a la relación entre ambos órdenes puede hacerse desde dos puntos de vista: Uno, que denominaremos “tradicional”, o “desvinculativo” y otro, que es el que más nos interesa, que denominaremos “novedoso” o “vinculativo”.

### 1. *Visión desvinculativa*

La primera visión tiende a apreciar la relación concibiendo ambas ramas del derecho como compartimentos estancos, entendidos como ramas del derecho que pueden asumirse en sí mismas, con un contingente dogmático propio y separado. Desde este punto de vista, desde ya, debemos expresar que existe una relación estrecha entre el derecho penal sustantivo, más conocido como derecho penal material y el derecho procesal penal, o que algunos autores también llaman derecho penal formal.

Entre ambos existe una importante, profunda y variada retroalimentación. El primero, necesita realizarse a través del segundo y desde ya uno de sus caracteres más relevantes, como es el hecho de ser público deviene de los procedimientos y órganos encargados de su aplicación que tienen este carácter.

Por su parte, el segundo influye decisivamente en el primero, debido a que la forma y aplicación de los delitos determinará, seguramente, el devenir de los mismos, tanto legislativa, como fácticamente. En este sentido, debemos declarar que no es banal para la subsistencia fáctica de la norma, y quién sabe si normativa, la manera en que ella es aplicada y el curso de los procedimientos en que se hace efectiva.

En resumen, el derecho penal fija lo que se juzga, mientras que el derecho

procesal penal establece los procedimientos y la forma en que lo anterior se juzga, o dicho de otra manera, en el principio se encuentra la *notitia criminis* que “viaja” hacia la sentencia en un camino procesal como un proceso “natural” desde antaño.

No es más innovadora la visión que asegura que el Derecho Penal no se materializa en el proceso, sino que persigue fines propios, como la de ser un “derecho constitucional reformulado”<sup>1</sup>. Tampoco lo son aquellos que pretenden del proceso penal ser un “sistema de garantías” que “supone otorgar al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de “aquí y ahora”, respecto de éste (y no otro) concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal”<sup>2</sup>. Ambas propuestas fomentan al aislacionismo o su integración bajo el manto constitucional.

Las visiones señaladas anteriormente mantienen la incolumidad del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal hasta el límite de relacionarlos por una necesidad o la “inercia dieciochesca” (la necesidad de que sea el Estado –y no otro– el que realice el Derecho Penal).

Esta visión aislacionista produce sus propios fantasmas: Existe la creencia que un proceso penal atiborrado de garantías es capaz de solucionar las desventuras que no han podido ser solucionadas por la dogmática<sup>3</sup>. Por otra parte, se cree que las reformas penales sustantivas son capaces de sostener procesos de talante autoritario.

## 2. Visión vinculativa

Esta segunda mirada, que, adelantando en nuestras preocupaciones, se verá más afectada que la anterior por nuestras constataciones críticas, inscriben a la relación Derecho penal y Derecho Procesal Penal en una relación desde el punto de vista de la interpretación jurídica.

Cualquiera que sea la visión que asumamos, sea esta hermenéutica o analítica, no puede haber duda que la labor del jurista penal teórico o del jurista penal práctico tiene los mismos horizontes y vicisitudes. Dworkin señalaba al respecto que la “teoría del derecho” (en nuestro caso, la dogmática penal) sólo es parcialmente escindible de la actividad de aplicación por los jueces (el Derecho Procesal Penal) y ambos comparten la común empresa de una “interpretación constructiva”<sup>4</sup>.

Pues bien, es siguiendo la vía de la actividad interpretativa, cualquiera sea la

---

<sup>1</sup> HASSEMER, Winfried, *La persecución penal: Legalidad y oportunidad*, Ciencias Penales, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7 N° 10 (septiembre de 1995).

<sup>2</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María, *El Derecho procesal como sistema de garantías*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 107 (mayo - agosto, 2003).

<sup>3</sup> Al respecto, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Crimen y prisión en el nuevo milenio*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 110 (mayo - agosto de 2004).

<sup>4</sup> Citado en DE LORA DEL TORO, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998), p. 76.

metateoría que se asuma, podemos arribar a una vía vinculativa del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

En efecto, si seguimos los planteamientos hermenéuticos, no existen dos momentos separados en el explicar y comprender, sino que un proceso que se refiere a dos momentos dialécticamente unidos<sup>5</sup>. La labor interpretativa (explicar/comprender) (¿creadora?) se nos vislumbra como la mejor forma de entender la imbricación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal: Para Ricoeur, la explicación requiere de la comprensión y necesita formar una dialéctica interna nueva. Señala que gracias a esta semántica profunda se entrega una “referencia no ostensible” que se encuentra “develada” en el texto. Estas proposiciones de mundo abiertas por la referencia del texto, el camino del significado a la referencia es lo que le cabe a la comprensión. Para que esto ocurra, el texto (que se presenta como un “acontecimiento” debe ser “apropiado” por aquel a quien va dirigido, lo que no significa apropiarse de la intención del autor ni a los lectores originales. Lo que se apropia quien comprende es del “mundo” u horizonte que el texto revela (la “futureidad del estar ahí” de Heidegger<sup>6</sup>)<sup>7</sup>. Un horizonte que puede ser el del autor con el que el mío se fusiona, en una comunidad de sentido. Esta fusión genera que la “apropiación” se transforme en “desposeimiento” del yo<sup>8</sup>.

Esta extensión imbricada del texto inicial (el Derecho Penal) hacia la comprensión (el juez o el aplicador penal) y la aplicación (la sentencia) puede apreciarse también en Gadamer. Interpretar y comprender están fusionados, junto con el “tercer momento” que es la aplicación, ya que en toda comprensión tiene lugar una aplicación. Dirá, de forma enfática que “comprender es también aplicar” y esto siempre “de manera nueva y distinta” (lo que denomina el carácter histórico de cada comprensión)<sup>9</sup>.

Por otra parte, para analíticos como Wroblewski, el proceso interpretativo (que es el del Derecho Procesal Penal, entre otros, y el de los dogmáticos penales sin conflicto) es, por esencia creativo (“podemos concluir que la decisión de interpretación es creativa según el criterio en cuestión, si no se la considera ni como el establecimiento del significado de una regla sólo para una situación concreta ni como resultado de una operación puramente lógica”)<sup>10</sup>. De manera tal que el proceso de toma de decisiones interpretativas resulta, por la vía de ser creativo, similar al proceso legislativo.

Hart, por su parte, termina concordando con Wroblewski entregándole a los tribunales un amplio poder creador de Derecho: “la textura abierta del derecho

<sup>5</sup> RICOEUR, Paul, *Teoría de la Interpretación. Discurso y excedente de sentido* (traducción de Graciela Monges Nicolau, Ediciones siglo XXI, México, 1995), pp. 84 a 86.

<sup>6</sup> Citado en GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977), p. 20.

<sup>7</sup> RICOEUR, Paul, cit., pp. 100, 103 y 104

<sup>8</sup> *Ibidem.*, p. 105.

<sup>9</sup> GADAMER, Hans-Georg, cit., p. 380.

<sup>10</sup> WROBLEWSKI, Jerzi, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1985), p. 83.

acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores”, potestad que subsiste “mientras no sea modificado por la legislación”<sup>11</sup>. En su “Post Scriptum”, dirá que los jueces ejercen su discreción y crean derecho, aunque en una labor que califica de “intestinal”<sup>12</sup>.

### 3. Conclusiones

En torno a esta doble visión (desvinculativa y vinculativa) podemos entregar algunas conclusiones preliminares:

a) En primer lugar, como veremos, ambas visiones se encuentran “contaminadas” por las críticas que se señalarán a continuación, pero sólo la visión vinculativa puede acoger también las segundas, que tiene que ver con el aspecto orgánico de la Reforma Procesal Penal.

b) En segundo lugar, esta posibilidad anterior se da porque el Derecho Penal avanza en el procedimiento “sin solución de continuidad”, donde la actividad procedimental se encuentra con la creación legislativa y constitucional en un “horizonte de sentido”<sup>13</sup>.

c) Por ello es que es importante –para una visión vinculativa mucho más que para una desvinculativa– para el Derecho Penal, *quién* juzga, con la ayuda de quién (Ministerio Público) y de qué manera.

Hechas estas precisiones iniciales en torno a establecer esta relación biunívoca vinculativa o desvinculativa que se produce entre el derecho penal y el derecho procesal penal, es menester que realicemos ciertas precisiones iniciales:

a. Nuestra primera precisión es del tipo coyuntural. Nuestro país eligió efectuar una Reforma Procesal Penal, sin duda necesaria, debido a que el procedimiento penal, vale decir, como acabamos de sostener, la forma en que los ilícitos penales son juzgados; la forma en que la ley penal recibe efectiva aplicación, había dejado de ser garantía para los ciudadanos y para el Estado. No es del caso que mencionemos las numerosas falencias que el procedimiento del Código de Procedimiento Penal, instaurado en 1906, contiene. Sin embargo, debe quedarnos claro que, pese a las ramificaciones que vinculan esta reforma con el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos, sigue siendo una reforma del procedimiento y muchas de las virtudes que fundamentaron e iniciaron esta reforma, son de naturaleza más formal que material.

---

<sup>11</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (traducción de Genaro R., Buenos Aires, Carrió, Abeledo-Perrot, 1963), p. 180.

<sup>12</sup> HART, H. L. A., *Post Scriptum: El concepto de derecho*, en *Estudios Públicos* 65 (verano de 1997), pp. 261 y 262.

<sup>13</sup> Así por ejemplo en SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel, *La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento acusatorio*, en *Derecho Penal Contemporáneo* 7 (Bogotá, Colombia, abril - junio, 2004), p. 115, donde señala que “la Constitución, la dogmática y el proceso penal de corte europeo continental funcionan con coherencia, formando una especie de cadena lógica”.

Ahora bien, este camino de la preferencia por una reforma procesal postergó una también necesaria reforma al derecho penal sustantivo. Bien sabemos que existen iniciativas gubernamentales en orden a efectuar una modificación sustancial del Código Penal, cuestión que celebramos. Sin embargo, la tardanza en esas modificaciones puede producir un desequilibrio con el avance del Código Procesal Penal y dada la imbricación entre ambos órdenes –Penal y Procesal Penal– una dilación importante en el tiempo entre ambas materias, vale decir, una separación temporal demasiado prolongada entre la Reforma Procesal Penal y la Reforma Penal, podría hacer aparecer en el procedimiento penal ciertos vicios que existen en el procedimiento antiguo o fomentar “fantasmas” como los mencionados anteriormente.

Ciertamente, a nuestro juicio, esos vicios ya existen dada la precaria modificación de ciertas ramas de delitos, como por ejemplo, de ciertos delitos contra la vida como v.gr. el infanticidio o el parricidio o del gran universo de los delitos contra la propiedad por apropiación y sus disposiciones generales. Todas esas normas, que son del ámbito penal e influyen en el juzgamiento procesal, vale decir, nuestra reflexión considera el hecho de que dos reformas, una al procedimiento penal y otra al derecho penal sustantivo, separadas de manera muy drástica por un gran espacio de tiempo, podría llevar a la subsistencia de determinadas anomalías o vicios en el procedimiento penal que deberían haber desaparecido.

b. Nuestra segunda reflexión previa tiene que ver con que los caminos del derecho penal y del derecho procesal penal parecen fluir por vías diferentes. Y esta es nuestra tesis principal. El derecho penal, al menos desde el siglo XVIII en adelante, ha ido ganando espacios en el reconocimiento de que la tipificación penal debe cumplir con ciertos parámetros básicos. Estos parámetros los podríamos resumir muy sucinta y groseramente, por cierto, en tres:

i. Primero, el respeto por el principio de legalidad, vale decir, que no existe otra forma en que el Estado pueda identificar los ilícitos que van a recibir castigo penal que no sea la ley.

ii. En segundo lugar, el respeto –hoy día puesto en duda– del principio de culpabilidad, vale decir, el hecho de que el injusto penal sólo puede ser castigado en la medida que pueda ser conectado con un sujeto declarado y constitutivamente responsable del hecho cometido.

iii. En tercer lugar, el respeto de ciertos límites materiales y esenciales del derecho penal, como son la dignidad humana, los derechos fundamentales y, muy especialmente, la limitación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos en la medida en que los atentados que se hayan efectuado en su contra sean de especial gravedad.

En suma, el Derecho Penal, al menos desde el siglo XVII en adelante, ha ido avanzando y perfeccionándose para reconocer únicamente en el Estado y en cierto tipo de Estado (el democrático de derecho) la posibilidad de fijar los ilícitos penales, cumpliendo un estricto apego a los límites inmanentes ya enunciados.

Una de las instituciones creadas por la dogmática penal para cumplir estos propósitos limitativos y por ende democráticos es el bien jurídico. El bien jurídico cumple funciones de garantía y funciones de generalización en torno a aque-

llos intereses que correspondiendo a los de todos los ciudadanos, son aquellos que el Estado considera más valiosos, en cuanto a los atentados y la gravedad que estos puedan alcanzar. Lo que se ha producido con el derecho penal, entonces, es la consolidación de una “publicación”, vale decir, el Estado se ha apropiado de aquellos mecanismos e intereses que ha considerado, en un principio de manera discrecional y luego más democráticamente, como aquellos más dignos de ser elevados a la protección penal. Y ello es correcto, toda vez que los derechos penales precedentes al siglo XVIII, se caracterizaban por la subjetividad y la arbitrariedad de los detentadores del poder. En resumen, el derecho penal ha corrido un camino de publicación de los intereses válidamente protegibles.

Pero la interrogante es ¿ha sucedido lo mismo en el ámbito del derecho procesal penal? En el derecho procesal penal, en principio en el sistema denominado inquisitivo se produjo lo que profesor Alberto Bovino y otros autores denominan la “expropiación” por parte del Estado y del poder de las facultades de persecución penal<sup>14</sup>. El sistema inquisitivo –continuamos con el término– expropió a los directamente afectados, vale decir, las víctimas, de las posibilidades y de los motivos para la persecución. En el sistema inquisitivo, el fundamento de la persecución no es la reparación del daño producido a la víctima o la restitución al *statu quo* anterior al de la ofensa, sino el fundamento es que se ha producido una infracción definida por el Estado como una lesión a intereses generalmente compartidos. Por ende, ya no será la sanción privada, la venganza u otro método de reparación los imperantes, sino que todos ellos son sustituidos por la pena estatal. La víctima individual es reemplazada por una víctima virtual y objetivizada, que es la sociedad completa.

La Reforma Procesal Penal, por el contrario, produce un cambio en esta visión inquisitiva, para pasar a un sistema acusatorio, lo que no sólo conlleva una modificación formal, vale decir, la búsqueda de la verdad no ya del poder, sino desde la alteridad<sup>15</sup>. También produce un cambio sustantivo en cuanto se restituye o se intenta restituir o reingresar a la víctima aquellas facultades que el derecho procesal penal publicado le había expropiado o quitado. Lo que actualmente se busca es el reingreso de la víctima al escenario del proceso penal y este reingreso produce crisis al considerar los caracteres que ya hemos mencionado del derecho penal.

El gran desafío, pues, consiste en incorporar a la víctima, por una parte, cumpliendo con la evolución propia de un sistema inquisitivo hacia un sistema acusatorio y participativo y de alteridad y, por otro lado, mantener la publicación de los conflictos penales, en donde el Estado define los bienes jurídicos que deben protegerse a través de las normas de derecho penal. Anticipamos que este

---

<sup>14</sup> BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en *Sistema Penal del Tercer Milenio* 4 (julio de 2001).

<sup>15</sup> PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *Verdad y Poder*; en *El Mercurio*, domingo 6 de febrero de 2000, p. E - 12; AMBOS, Kai, *¿Es el procedimiento penal internacional adversarial, inquisitivo o mixto?* en *Derecho Penal Contemporáneo* 7 (Bogotá, abril - junio, 2004), pp. 7 a 9.

desafío no es de ningún modo fácil, toda vez que la tendencia del derecho penal es, si bien es cierto, ir desalojando ciertas áreas de protección e incorporar nuevas, estas últimas no son, ni se caracterizan por ser, áreas de protección individual, sino más bien colectivas, como los delitos económicos de nuevo cuño, los delitos contra la seguridad informática, los delitos contra el medio ambiente, los delitos que amenazan la información genética, etc.

c. La tercera precisión que debemos realizar, es que la disociación aparente en las evoluciones –que se ha reseñado– del derecho penal y el derecho procesal penal, se ve acentuada hoy en día en nuestro país con la introducción de una tendencia penal que denominaremos “*de nuevo cuño*”, que enfatiza la seguridad ciudadana por sobre las garantías individuales.

Esta tendencia penal es caracterizada de manera vulgar por las expresiones como “tolerancia cero” y otras que, a mi juicio, produce un distanciamiento aún mayor que el que apreciamos en el ítem anterior, ya que se trata de una tendencia discriminadora y con una fuerte cercanía del derecho penal de autor. No se intenta la represión de los delitos, sino la represión de los delincuentes y tampoco de todos los delincuentes, sino sólo de ciertos delincuentes que cometen determinados ilícitos, extremadamente circunscritos y caracterizados. Esta tendencia ya está haciendo presión en el actuar de jueces y fiscales y produce el que salidas alternativas, del todo beneficiosas, como v.gr. el principio de oportunidad o los acuerdos reparatorios no sean utilizados en una gran cantidad de delitos contra la propiedad, donde podrían ser usados en beneficio, incluso, de las víctimas.

Las precisiones anteriores nos permiten visualizar la tesis que deseamos plantear: A nuestro juicio, las tendencias contrapuestas que visualizamos entre derecho penal y derecho procesal penal y sus evoluciones respectivas, se advierten en las instituciones insertas en el Código Procesal Penal, dando paso a dos vías o posturas claramente definidas: una tendencia que podríamos denominar “persecutora” o de “persecución” y otra, a la que podríamos dar el nombre “de solución” o de “salidas alternativas”.

La tesis que planteamos es que el Código no toma partido por ninguna de ellas, no soluciona este equilibrio, aunque estos caminos sean claramente advertibles al interior del Código.

En efecto, por una parte, existen instituciones que nos reflejan que la tendencia del Código es la de la persecución, vale decir, que los ilícitos sean perseguidos y efectivamente castigados.

¿Dónde notamos esta tendencia? En primer lugar, la notamos en la discrecionalidad en la investigación del Fiscal, antes y después de la formalización, tal que el Fiscal no puede ser obligado a formalizar, ni su formalización puede ser controvertida por la acción de otros intervinientes.

Enseguida, se advierte esta tendencia persecutora en la vigencia del principio de legalidad procesal, que se refleja en el inciso 1º del artículo 166 del Código Procesal Penal, que advierte que los delitos de acción penal pública “serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título” (El destacado es nuestro), a diferencia de lo señalado para las salidas alternativas, donde las expresiones usadas tienen un carácter bastante menos perentorio, es decir, son facultativas.

En tercer lugar, advertimos esta tendencia persecutoria en la “magnanimi-

dad” –por usar una expresión ilustrativa– del legislador en la admisibilidad de las querellas. Del análisis de los artículos 11 y siguientes del Código Procesal Penal podemos deducir que el legislador aumenta notablemente el conjunto de personas que están habilitadas para querellarse ocupando elementos normativos de enorme amplitud, que llegan a su clímax en el inciso 3° del artículo 111 que permite querellarse a “cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que afectaren *intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto*” (el destacado es nuestro). Amén del reconocimiento del carácter de los bienes jurídicos involucrados en los delitos, hecho al que hemos aludido anteriormente, la vaguedad y amplitud de los términos revela la tendencia del legislador a facilitar la persecución permitiendo la querella aun en situaciones controvertidas. A la vez, otra muestra de esta amplitud de criterio puede colegirse del hecho de que el Código Procesal Penal, a diferencia del de Procedimiento Penal, otorga mayores posibilidades a los querellantes para formular la acción penal. Tanto es así que, cuando no se hayan formulado los requisitos establecidos en el artículo 113 del Código Procesal Penal (semejante al artículo 94 del Código de Procedimiento Penal), se le otorgarán al querellante tres días para subsanar estos defectos que presenten dichas indicaciones y, aún así, cuando no se hubiesen subsanado esos defectos igualmente el juez debe poner en conocimiento esta querella al Ministerio Público, para ser tenida como denuncia.

En cuarto lugar, notamos esta tendencia de persecución criminal por los dos momentos en que el legislador ha preferido la intervención de un querellante particular por sobre la del Ministerio Público en la persecución criminal. La primera, que es denominada por el Código, el “forzamiento de la acusación” (artículo 258) y la segunda al momento de corregirse los vicios formales en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 270 inciso 3°). En ambas oportunidades, y a pesar de existir motivos, fuertes o no, para no continuar con la persecución, el Código ha preferido esta posibilidad antes de su abandono, entregándole al querellante las herramientas para sostener la acción penal, en desmedro de la opinión del Ministerio Público.

En todas estas instituciones que sucintamente hemos señalado, puede advertirse una tendencia a la persecución de los ilícitos penales que el Código considera necesarios.

Por otra parte, de otros institutos procesales se colige una tendencia opuesta, vale decir, a que bajo determinadas condiciones se abandonen la persecución de los ilícitos penales por resultar contraproducente con la administración de justicia en general y a su debida economía y eficiencia. No nos detendremos de manera pormenorizada en ellos, pero sí daremos cuenta de aquellos momentos que reflejan esta tendencia diferente a la anterior.

Un primer momento, está dado por el llamado “Principio de oportunidad”, establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal y por el cual el Fiscal puede abstenerse de proseguir o abandonar una investigación que ya se hubiese iniciado, cuando los ilícitos que se estuviesen investigando cumplan con ciertos requisitos de forma y de fondo.

En segundo lugar, tratándose de los Acuerdos Reparatorios, vale decir, convenios entre el imputado y la víctima que, cumpliéndose también ciertos requisitos contenidos en el artículo 241 del Código Procesal Penal, pueden extinguir la responsabilidad penal del imputado.

En tercer lugar, la Suspensión Condicional del Procedimiento (artículos 237 y ss.), vale decir, la imposición anticipada de ciertas condiciones por parte del juez de garantía al imputado, cuando el delito que se investiga, y los caracteres del imputado se ajustan a específicas exigencias.

Estas tres instituciones nos revelan una tendencia o una corriente adversa a la anterior, toda vez que, reconociendo la necesidad de que los delitos fueren investigados, se prefiere que algunos o muchos de ellos no lo sean, en aras de que otros puedan cumplir con el derecho a un juicio previo, oral y público del artículo 1º del Código Procesal Penal.

Nuestra conclusión es que dada la naturaleza vinculativa de la relación y advirtiendo el peligro de fantasmas como la remisión aislada al garantismo, un gran error se produciría si se interpreta al proceso como "oportunista" sin advertir la fuerte dosis de legalidad que lo impregna.

### III. REFLEXIONES SOBRE LAS DEFICIENCIAS ORGÁNICAS

La segunda de nuestras preocupaciones tiene que ver con las deficiencias en la estructuración orgánica de las entidades gestoras de la reforma y, particularmente, nos referiremos al déficit normativo que rodea la ubicación y estructura del Ministerio Público. Como hemos dicho en las conclusiones preliminares anteriores, para una de las visiones de relación entre derecho penal y derecho procesal penal, la vinculativa, que asumimos, no es banal ni de menor importancia la forma en que se estructura el Ministerio Público.

Como señala la Constitución Política en su artículo 80 letra a), el Ministerio Público es un organismo "autónomo" y "jerarquizado". A diferencia de las cartas fundamentales de España o de Argentina, por citar dos ejemplos, el Ministerio Público no ha sido definido por sus misiones o por sus atribuciones o vinculaciones más elementales, sino que ha sido definido por dos caracteres relevantes: el hecho de ser autónomo y el hecho de ser jerarquizado.

A nuestro juicio, estas dos definiciones lejos de afianzar al Ministerio Público al interior de la orgánica del Estado chileno, lo ha debilitado.

En primer lugar, porque el Ministerio Público carece de vinculaciones normativas con el resto de la Administración del Estado. Un órgano que cumple funciones estatales debe poseer una vinculación (sea de control o de relación simplemente) con el resto de los órganos del Estado. Ello garantiza no sólo un adecuado cometido, sino da garantías a la ciudadanía. De hecho, en el propio término "autónomo" se trata de una expresión relacional que pretende establecer límites al actuar de otras entidades respecto a la aludida con tal carácter.

Esto no ocurre, como se verá con el Ministerio Público, lo que lo lleva a ser, más que autónomo, un órgano autárquico o "inubicable" dentro de las necesarias vinculaciones que los órganos deben tener con el conjunto de la administración. Debe recordarse a este respecto que el Ministerio Público no fue incluido

como un órgano de la administración del Estado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado y, por lo tanto, no le es aplicable dicha normativa, siendo que otros órganos constitucionalmente autónomos, como la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, el Banco Central y las Municipalidades, sí fueron incluidos.

Pero lo que sucede a nivel orgánico impregna peligrosamente a las jerarquías y funcionarios de la entidad.

Tratándose de estos últimos, su estatuto orgánico no puede ser derechamente el de “funcionarios públicos”, ni por el estatuto normativo al que se encuentran sometidos (que no es público *sensu stricto*, de acuerdo a los artículos 66 y siguientes de la Ley N° 19.640) ni porque la Carta Fundamental ha especificado como públicas (ergo, como deberes estatales) las funciones del Ministerio Público, salvo que puedan deducirse de otras disposiciones, como v.gr. del deber de “bien común”.

Por otra parte, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, si bien es objeto de remoción por la Corte Suprema, de acuerdo al artículo 53 de la Ley 19.640, Orgánica de este órgano, no está incluido dentro de los personeros y autoridades que pueden ser objeto de acusación constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política.

Numerosas otras normas de la Ley Orgánica del Ministerio Público, a mayor abundamiento, nos llevan a la conclusión de que se trata de prácticamente un “Estado en sí mismo”, dotado de normas propias sobre probidad, transparencia, acceso a la información, eficacia y eficiencia.

De tal manera que el carácter autónomo del Ministerio Público no refleja como otros órganos su necesaria naturaleza ideal, de autonomía constitucional, pero vinculada a la Administración del Estado, sino que representa una autarquía que tendrá efectos tremendamente perjudiciales en la anomalía normativa a que puede dar origen.

Por supuesto que para una visión vinculativa esta postura autárquica conduce a una peligrosísima situación, si a ello sumamos la dotación normativa de que goza el Fiscal Nacional del Ministerio Público (artículo 17 de la Ley N° 19.640). En efecto, la noción de los “criterios de actuación” allí contenida, tan someramente tratada, podría ser el germen de las modificaciones prácticas de la legislación penal y no está de más mencionar que la potestad normativa del Fiscal Nacional no se encuentra sometida al trámite de “toma de razón” por la Contraloría General de la República y sólo indirecta y precariamente a algún sistema de aseguramiento de la supremacía legal ni constitucional, como no sea el recurso de protección.

Enseguida, su carácter jerarquizado conduce a que el Fiscal Nacional pueda fijar criterios de actuación, así como dictar instrucciones generales para el cumplimiento de los objetivos que la Constitución y la ley le ha entregado a ese órgano. El Fiscal Nacional del Ministerio Público es el jefe superior del servicio, de acuerdo a los artículos 13 y siguientes de la Ley Orgánica, sin embargo, ello parece confrontarse con lo expresado en el artículo 2º de esa misma ley, donde se

expresa que el Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de sus fiscales, que con sujeción a lo dispuesto en la ley intervenga en ellas. Este artículo 2º hace referencia preponderante a los fiscales adjuntos, quienes serán los agentes del Ministerio Público en el cumplimiento de las funciones constitucionales, de tal manera que el carácter jerarquizado más que otorgarle flexibilidad y definición al organismo obstaculiza el cumplimiento de sus funciones, ya que enfrenta la posibilidad de cumplimiento autónomo por cada uno de los fiscales adjuntos de los asuntos que están sometidos a su conocimiento, con la supervigilancia y las directrices férreamente impartidas por el Fiscal Nacional desde su cabeza.

En resumen, la Constitución y la normativa chilena, debiendo preferir una definición "misional" del Ministerio Público (como aquella que se desliza claramente del artículo 120 de la Constitución argentina o el artículo 124.1. de la Constitución española), que lo ubicase en relación al resto de los órganos del Estado, con la debida armonía, ha preferido acentuar exageradamente sus caracteres de "autonomía" (que no autarquía normativa) y "jerarquía" (que no subordinación).

[Recibido el 19 de noviembre de 2004 y aceptado el 30 de abril de 2005].