

EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL Y EL PROCESO PENAL.

UNA REFORMA URGENTE

THE PRINCIPLE OF OBJECTIVITY IN THE PROSECUTORIAL INVESTIGATION AND THE CRIMINAL PROCEDURE.

AN URGENT REFORM

LORENZO IGNACIO MIRANDA MORALES* **

RESUMEN

El trabajo plantea la necesidad de introducir una reforma legal y constitucional al denominado principio de objetividad en la investigación del Ministerio Público, atendido que el mismo importa una afectación de la presunción de inocencia. Este planteamiento encuentra justificación en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en la doctrina y en los principios más básicos de la investigación científica, todos los cuales nos indican la inconveniencia de imponer al órgano persecutor del sistema procesal penal chileno, la obligación de investigar no sólo aquellos hechos que establecen y agravan la culpabilidad del imputado, sino que, además, aquellos que permiten acreditar su inocencia. En efecto, tales obligaciones son contrarias a las necesidades de la investigación, en cuanto proceso técnico y científico destinado a demostrar una determinada hipótesis comisiva de un hecho delictual; y además, porque al investir a la fiscalía como garante de la verdad

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Dirección postal: Alameda Bernardo O'higgins 252 oficina 72, Santiago. Correo electrónico: Lmiranda@aguilaycia.com

** Abreviaturas: art(s): artículo(s); Ibid.: Ibídem; LOC: Ley Orgánica Constitucional; LOCOMP: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público; n°: número.

y la objetividad, se altera la igualdad de armas respecto de la defensa, confiriendo a la prueba del Ministerio Público una calidad que en efecto no tiene.

Palabras claves: *principio de objetividad, investigación fiscal, presunción de inocencia, ministerio público.*

ABSTRACT

The article reviews the need for a legal and constitutional reform of the so-called Principle of objectivity in the prosecutorial investigation, based on the fact that the principle affects the principle of innocence. This proposal is founded on the true legislative history of the law, in learned treatises, and in the most basic principles of scientific research. All of these elements indicate the convenience of imposing to the prosecutorial branch of the Chilean criminal procedure system the obligation to investigate not only those facts that establish and aggravate the responsibility of the accused, but also those facts that allow to prove his innocence. In effect, such obligations run contrary to the needs of the investigation, regarded as a technical and scientific procedure destined to demonstrate a determined hypothesis establishing a criminal act. Furthermore, as the prosecutorial function is a guarantee of truth and objectivity, the equality of arms is altered with respect to the defense, thus attributing a weigh to the evidence provided by the prosecutor that it does not possess.

Key words: *principle of objectivity, prosecutorial investigation, presumption of innocence, prosecutor's office.*

I. INTRODUCCIÓN

“No tengo datos todavía. Es un error capital tratar de formular teorías antes de tener datos. Insensiblemente, uno empieza a retorcer los hechos para que se adapten a las teorías, en lugar de que las teorías se adapten a los hechos”. Sherlock Holmes.¹

A diez años de la entrada en vigencia del actual sistema procesal penal, de sus códigos e instituciones, el mismo se ha consolidado en la conciencia de la comunidad jurídica, en la jurisprudencia y también en la ciudadanía, y ello trae consigo también el asentamiento de algunas verdades que resultan hoy inherentes e intrínsecas al mismo.

En efecto, la implantación del sistema y su puesta en marcha requirió de un esfuerzo comunicacional importante, que permitiera llevar a la comunidad la idea de un modelo de persecución penal de carácter acusatorio, donde la figura del Fiscal del Ministerio Público sería la encargada de dirigir la investigación, ejercer la acción penal y dar protección a las víctimas.

Esta institución, pilar fundamental del nuevo sistema, fue creada mediante reforma a la Constitución Política de la República, plasmada en la Ley 19.519, publicada en el Diario Oficial el 16 de septiembre del año 1997, y que fue ingresada al Congreso Nacional por mensaje presidencial de 19 de diciembre de 1996. No era éste el primer intento de reforma², pero fue el definitivo, y

¹ DOYLE, Arthur Conan, “Escándalo en Bohemia”, en *Las Aventuras de Sherlock Holmes*, The Strand Magazine, julio, (1891), p. 3. Disponible en: http://holmes.materialdescargable.com/novelas/strand_magazine/Escandalo_en_Bohemia.pdf. [Consulta: 20 julio 2010].

² Previamente fueron ingresados al Congreso Nacional, el proyecto Ley Orgánica del Ministerio Público, el 12 de noviembre de

consagró la creación del órgano persecutor en el artículo 83 de la Carta Fundamental, cuyo texto es el siguiente: *“Un 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. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”*.

Concordante resultó también el texto de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (n°19.640), que agregó, además, en su artículo tercero lo que constituye el motivo central de este artículo, cual es el denominado “principio de objetividad”. El texto legal prescribe: *“En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”*.

Como aparece evidente, esta obligación de investigación objetiva que se impone al fiscal es equivalente a la que tenían los jueces instructores del sistema inquisitivo, consagrado en el art. 109 de nuestro Código de Procedimiento Penal.

A saber: *“El juez debe investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen”*.

En el presente artículo nos preguntamos si el principio de objetividad en la investigación penal, tal como fue plasmado en el texto legal y más importante aún, en la forma como ha sido internalizado por los operadores del sistema y por la comunidad en general, es propio de un sistema adversarial acusatorio como el actualmente vigente en nuestro país. Además, si el mismo principio resulta útil a los fines de la fiscalía, si es garantía de respeto de los derechos de los imputados, y particularmente, si es garantía suficiente de respeto al principio de inocencia, consagrado en nuestra Constitución Política y en los Tratados Internacionales que nos obligan.

El texto legal citado, y que hoy damos por verdad legal y judicial, ¿fue concebido en esta forma por los autores intelectuales de la reforma?

¿Resulta posible entregar a una misma persona, en este caso al fiscal, la obligación de satisfacer dos hipótesis que entre sí son contradictorias, opuestas e inconciliables?

¿Está respetando nuestro país el principio de inocencia consagrado en los tratados internacionales suscritos y ratificados?

En el desarrollo del presente trabajo revisaremos, en primer lugar, ciertos aspectos doctrinarios relacionados con la investigación; luego, analizaremos la historia de las reformas legales que dieron origen al Ministerio Público, para finalmente, plantear desde esta tribuna, en forma modesta, pero no por ello menos enérgica, la necesidad urgente de una reforma a los cuerpos legales que dieron origen y conforman la institucionalidad del Ministerio Público de Chile, con la finalidad de corregir el sentido y alcance que se le ha dado al ya mencionado principio de objetividad.

La reforma procesal penal ya no es tal. Se trata del sistema procesal penal vigente y consolidado en nuestro país. A diez años de su entrada en vigencia la cuestión es la siguiente: ¿satisface la necesidad de justicia penal en un Estado Democrático la existencia de un Ministerio Público que cuenta entre sus obligaciones las que eran propias de los jueces del crimen del sistema inquisitivo abolido por la reforma?

1992 (Boletín N°860-07). Retirado el 1 de agosto de 1995; y además, el 9 de abril de 1996, por Mensaje ingresado con el Boletín N°1828-07, se propuso una reforma constitucional para la creación del Ministerio Público. El Ejecutivo no perseveró en su tramitación, retirándolo en 2002.

II. LAS HIPÓTESIS Y EL MÉTODO CIENTÍFICO: EL MOTIVO Y LA FUNCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación está siempre orientada por un fin determinado. La investigación sin una pregunta previa no es tal.

Para abordar este tema, diremos que el historiador Heródoto, en el segundo libro de su Historia, describe los diversos fenómenos naturales del río Nilo durante uno de sus viajes y analiza las explicaciones dadas por otros observadores, para luego entregar la propia³. Lo que movía al historiador era la búsqueda de una verdad científica a partir del conocimiento, a partir de la observación de los hechos. Pero, no de los hechos aislados, sino de aquella conexión general entre la inundación periódica del Nilo y otros sucesos que la explicaran⁴.

Al decir de Molina “*La idea de que debe buscarse la verdad ‘estudiando los hechos’, es pues, totalmente superficial; pues no puede iniciarse ninguna investigación hasta no haber experimentado alguna dificultad en una situación práctica o teórica*”⁵.

En efecto, si usted camina por una calle y mientras mira el suelo ve un casquillo de bala, una mancha de sangre o una billetera abierta, tales constataciones son carentes de todo sentido y utilidad, en tanto no se haga alguna pregunta relevante.

“*Si el motivo de la investigación es un problema determinado, su solución es el objetivo y la función de aquélla*”⁶.

Así, el Ministerio Público y más precisamente, los fiscales en la investigación, son enfrentados a un problema determinado, cual es reunir la prueba necesaria para sostener la acusación en contra de la persona a quien se le imputa la comisión de un determinado hecho punible y enfrentarán tal desafío proponiendo una hipótesis determinada que pretenderá dar solución al problema señalado⁷.

En efecto, cabe decir desde ya que en ello no existe nada de perverso: los fiscales deben proponer una hipótesis para dirigir su trabajo investigativo y la misma no puede ser genérica e indeterminada, como podríamos pensar.

De nada serviría a la labor del órgano persecutor preguntarse: ¿será el señor Pérez culpable de estos hechos? cuando en realidad lo que se requiere para un trabajo efectivo es proponer —como hipótesis investigativa— que el señor Pérez fue quien dio muerte a su cónyuge. Sólo de esta forma existirán hechos que confirman o desvirtúan las distintas versiones del imputado y los testigos.

Así, el investigador —sea policial o científico— enfrentado al problema se propondrá una serie de hipótesis resolutorias del mismo, “*todas ellas destinadas a dar alcance al problema para atacarlo después desde su punto más flaco o vulnerable y que al mismo tiempo sea el más hacedero y fácil*”⁸.

Lo que corresponde al trabajo investigativo del Ministerio Público es confirmar o corroborar la versión de las víctimas y luego, realizar actuaciones tendientes a desvirtuar la versión del imputado, ya que la hipótesis de trabajo encuentra su justificación y sentido en aquéllo.

El proyecto de reforma que sirvió de sustento a nuestro actual sistema procesal penal, tiene una clara inspiración adversarial (Adversarial System⁹), y cuyas experiencias italiana y alemana han

³ MOLINA, Andrés, *Ciencia, tecnología y sociedad*, Santo Domingo, Instituto Tecnológico de Santo Domingo, 1999, p. 159.

⁴ MOLINA, Andrés, *op. cit.*, p. 161.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ver LEÓN PARADA, Víctor Orielson, *El ABC del nuevo sistema acusatorio penal: el juicio oral*, Bogotá, Ediciones ECOE, 2005, pp. 164-176.

⁸ JÁÑEZ BARRIO, Tarsicio, *Metodología de la Investigación en Derecho: una orientación metódica*, 2ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 143.

⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, ciudad de México, Universitat Jaume, España, editado por Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 28.

caminado en los últimos sesenta años desde lo inquisitivo a lo acusatorio (adversarial) siguiendo el modelo más puro existente, cual es el de los Estados Unidos de Norte América¹⁰.

Al respecto, al decir de Montero Aroca¹¹, señalar que un sistema procesal penal está inspirado en el principio acusatorio, es decir, en definitiva, que busca garantizar la imparcialidad del juzgador, proponiendo, además, que el sentido de tal principio sea delimitado de la siguiente forma:

- a) *que no pueda existir proceso sin acusación, a formular por una persona distinta a quien va a juzgar (que recoge la máxima “el que juzga no puede acusar”)*
- b) *que no quepan condenas por hechos distintos de los reflejados en la acusación, ni contra persona distinta de la acusada (que es un tema de fijación del objeto del proceso penal)*
- c) *que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, por tanto, ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio (es decir, que el juzgador debe ser tercero en el proceso).*

Concluyo entendiendo, a partir de lo señalado, que en nuestro sistema penal, donde el proceso es sólo una herramienta para la imposición de las penas¹² (herramienta y no fin en sí mismo), se corresponde de manera exacta con todos los enunciados anteriores y, particularmente, que así fue pensado por el ejecutivo al proponer la abolición del sistema inquisitivo.

Dicho lo anterior, nace naturalmente la interrogante sobre la finalidad del proceso penal actualmente vigente en nuestro país, en cuanto a la tan pretendida búsqueda de la verdad en el juicio, y particularmente, si lo que nuestro sistema ha pretendido al dar origen a sus instituciones es el establecimiento de la verdad material a través del proceso de enjuiciamiento oral y público.

Lo anterior, por cuanto el juez instructor del procedimiento penal efectivamente tenía esa obligación superior. No solamente debía investigar sino que, además, debía hacerlo con igual celo tanto para condenar como para absolver, y además, sin solución de continuidad -por así decirlo- estaba enfrentado a la obligación de acusar y condenar.

Ante tamaños desafíos, resulta evidente que este juez tenía la obligación de investigar todo, incluso aquello que fuera contrario a la convicción que ya había adquirido al momento de dictar el auto de procesamiento.

Sin embargo, no me cabe duda y no puedo sino concluir que jamás fue el espíritu del legislador obtener a través del nuevo proceso penal el conocimiento de la verdad material. Tampoco quedó constancia de ello en los cuerpos normativos que regulan el ramo¹³, siendo una oscura excepción el principio de objetividad.

Concuerda con esta posición María Inés Horvitz quien, al referirse a la legitimación del nuevo proceso penal, señala que éste se contrapone “al modelo sustancialista de la desviación” en el cual resulta “esencial la búsqueda de una verdad material o sustancial, de naturaleza ontológica, carente de límites y alcanzable más allá de rígidas reglas procedimentales”; la verdad se obtiene, dice la autora, “mediante la investigación inquisitiva sin constreñimientos garantistas”¹⁴.

Concluye, entonces, que la legitimidad del sistema en un estado democrático y que respeta los derechos del hombre, se encontrará aspirando únicamente a una “verdad procesal, entendida sin implicaciones metafísicas, como correspondencia (nominal) y lo más aproximada posible entre las pro-

¹⁰ Ibid., pp. 17, 18 y 22.

¹¹ Al decir de Juan Montero Aroca, citado por GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *op. cit.*, p. 25.

¹² Al decir de La Fave e Israel, citados por GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *op. cit.*, p. 28.

¹³ No opina de igual forma VEGA ETCHEVERRY, Félix J.C., “La verdad en el nuevo proceso penal chileno”, en *Revista Procesal Penal*, 44, (2006), pp. 23-27. Disponible en http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP02/nivel%20400035.htm. [Consulta: 5 agosto 2010].

¹⁴ HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, I, p. 26.

*posiciones jurisdiccionales y las proposiciones fácticas y jurídicas del caso*¹⁵, siendo entonces la verdad objetiva, cierta y absoluta, una quimera, un imposible.

En el mismo orden de ideas, también podemos afirmar que la reforma, motivada por la búsqueda de un sistema de justicia más eficiente y efectivo¹⁶, renunció expresamente al objetivo de establecer una verdad material, desde que incorpora las denominadas salidas alternativas, en cuanto respuestas del Estado distintas a la decisión judicial, en casos calificados y con las limitaciones que la propia ley señala.

Para Sabas Chahuán Sarrás, en términos restringidos, corresponden estas salidas alternativas a la suspensión condicional y al acuerdo reparatorio, pero en un sentido más amplio, a toda forma de anticipar el término del proceso, evitando el juicio oral¹⁷.

Dicho esto, nos preguntamos, ¿qué grado de acercamiento a la verdad material se obtuvo en una suspensión condicional o en un acuerdo reparatorio? En otras palabras ¿qué clase de verdad se obtuvo si el imputado por manejo en estado de ebriedad, para evitarse una eventual condena, acepta le sea suspendida la licencia de conducir por el plazo de seis meses? ¿Cuánta verdad existe en la sentencia de procedimiento abreviado que condena al imputado de un robo con violencia que acepta la imputación sin discutir su propia versión de los hechos, que apuntaban por ejemplo a un robo por sorpresa? Huelga decir que ninguna verdad material. No importan los hechos ni las razones. Importa el reconocimiento, la aminorante de responsabilidad y la pena para obtener un beneficio de cumplimiento alternativo.

Del mismo modo y con suficiente base, podemos afirmar que los fiscales tampoco buscan la verdad material de lo sucedido en un determinado hecho. Aquélla no es su función ni su misión. Buscan simplemente ser capaces de sostener la acusación en juicio mediante prueba obtenida válidamente; nada más.

Confirma lo anterior, el Oficio Ordinario n°114 de 2001 del Ministerio Público, que instruyó a los fiscales en el siguiente sentido: *“En consecuencia, es presupuesto de la acusación por un ilícito penal determinado, que los datos de la investigación que acrediten el hecho punible y la participación sean más gravitantes que los exculpatorios o bien los que no permiten dar por acreditado la comisión del delito. Además, es necesario que los antecedentes que inculpan al acusado por un delito en particular sean graves, de peso. Lo anterior, no implica que los fiscales deban tener plena convicción de que obtendrán una sentencia condenatoria en el juicio oral, de lo contrario los fiscales se abstendrían de acusar por falta de certeza absoluta en la obtención de una condena”*.

Es decir, jamás se ha buscado por el Ministerio Público el establecimiento de la verdad material en los hechos investigados, sino simplemente –como debe ser– la convicción de tener antecedentes para enfrentar un juicio oral con opciones razonables de obtener sentencia condenatoria.

Más claro aún resulta el siguiente párrafo del mismo documento, que expresa: *“b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica.*

En esta parte, el fiscal debe efectuar un estudio no sólo de los hechos que estima que pueden ser probados en el juicio oral, sino que además de su exacta calificación jurídica.”

Es decir, nuevamente podemos apreciar un criterio de actuación claro de parte del Ministerio Público, en cuanto a no exigir conductas que finalmente resulten en un absurdo. No se pide a los fiscales incluir en su acusación aquellos hechos que también puedan acreditar la inocencia del imputado, sino sólo aquellos que estime *“pueden ser probados en el juicio oral”*, obviamente en función

¹⁵ HORVITZ LENON, María Inés, citando a Lesch, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶ Mensaje presidencial del Proyecto de ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal (hoy Código Procesal Penal). Santiago, 9 de Junio de 1995.

¹⁷ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2007, p. 231.

del contenido de su acusación.

En el mismo orden de ideas, no existe en la planificación estratégica del Ministerio Público¹⁸ una sola directriz o meta destinada a orientar el trabajo del órgano persecutor en el sentido de buscar “con igual celo” las pruebas que establezcan la inocencia del imputado. En efecto, ni siquiera una que los invite a seguir tal línea de investigación.

Es más, no existe siquiera un incentivo que premie al fiscal adjunto que, en el desarrollo de su trabajo, logre establecer la inocencia del imputado y la falsedad de la imputación que se había formulado en contra de aquél.

Todo lo dicho hasta aquí es concordante con la función investigativa y acusatoria que corresponde a la Fiscalía y, por cierto, contradictoria con el principio de objetividad, tal como quedó incorporado en el texto constitucional y legal.

Por tanto, la idea de una investigación objetiva -entendida aquélla como equitativa- es totalmente errada e inexistente en nuestro sistema procesal penal, y la valoración positiva que pueda tener un Juez de la República, respecto de la prueba que el Ministerio Público presenta en juicio, por haber sido obtenida con “objetividad” es el grave defecto que hoy nos acecha.

Interesante resulta leer al Fiscal Nacional don Sabas Chahuán Sarrás quien, señala sobre el particular:

“Ya aludimos a las normas que consagran este principio, a saber; el art. 80 A de la CPR y el art. 3º de la LOCMP (...) Este criterio parece acercarse al rol de “garante” de la legalidad, que dentro de las opciones posibles de construcción del Ministerio Público, algunos le han atribuido, desplazando la función unilateral de persecución a la de “custodio” de la ley. Concebido de tal manera, implicaría atribuir al fiscal la tarea de “velar, en favor del imputado, porque se obtengan las pruebas de descargo y por que ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”, lo que, unido al tenor del inciso 2º del art. 3º de la LOCMP, podría llevar a un “desperfilamiento” de los otros intervinientes (piénsese en el defensor) y a una posible “relajación” de los controles que, los tribunales, deben tener sobre el actuar del Ministerio Público”¹⁹.

Clarificadora resulta la opinión del profesor Chahuán en torno al “desperfilamiento de los otros intervinientes” y a una posible “relajación de los controles” que corresponde ejercer a los tribunales, y que interpretamos, sin lugar a dudas, más acorde con la visión angloamericana del persecutor penal²⁰, lo que sería congruente con la inspiración de nuestro sistema adversarial, tal como hemos venido razonando.

Existen asimismo, datos empíricos que demuestran que la aspiración a la “investigación objetiva” es una ilusión, y ellos constan en una encuesta formulada por profesionales de la Fundación Paz Ciudadana en el año 2009 a un total de noventa y dos jueces de las regiones quinta, metropolitana y octava, sobre temas relacionados con la aplicación de medidas cautelares personales en el contexto de la Reforma Procesal Penal.²¹

En dicha encuesta, entre otras cosas, se preguntó a los jueces respecto del nivel de confianza sobre la información relativa a los datos personales del imputado (domicilio, existencia de trabajo, etc.) al

¹⁸ Plan Estratégico del Ministerio Público de Chile para el período 2009 a 2015. Disponible en: http://www.ministeriopublico.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf. [Consulta: 3 agosto 2010].

¹⁹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *op. cit.*, p. 61.

²⁰ BINDER, Alberto, “Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal”, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/binder09.htm>. [Consulta: 10 agosto 2010].

²¹ AHUMADA, Alejandra, FARREN, Diego y WILLIAMSON, Bernardita. “Encuesta de opinión de jueces: Evaluación de las Medidas Cautelares Personales y otros temas relacionados”, Fundación Paz Ciudadana, 2009.

momento de resolver sobre la prisión preventiva del mismo, y sobre lo cual el informe señala “*Algunos se manifestaron críticos de la función del Ministerio Público en este aspecto, en el sentido que se habría desvirtuado el principio de la objetividad, que, según la ley, debe, orientar su actividad, permitiendo diligencias policiales incompletas o solicitando las cautelares más gravosas con escasos antecedentes, lo que estaría fuertemente influenciado por la presión de la opinión pública sobre los fiscales*”²².

Se consigna asimismo en el citado informe la opinión de algunos jueces que se expresaron en torno a la insuficiencia y baja calidad de la información aportada por los fiscales, y que “*no se constituyen realmente en un filtro de la labor de las policías, más bien incitan o permiten un actuar poco prolijo por parte de estas con fines puramente gananciales*”²³.

La gravedad de lo consignado no radica en esta supuesta falta de cumplimiento de los deberes del Ministerio Público, sino que en el hecho de esperar los jueces que sea el propio ente persecutor el encargado de “revelar ante sus ojos la verdad”, como asimismo, en atribuir al fiscal, y no al defensor, el deber de ser un filtro de la labor de las policías y del Ministerio Público, casi como si éste fuera una figura meramente decorativa.

III. EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA REFORMA PROCESAL PENAL: RESABIO ESPURIO DEL SISTEMA INQUISITIVO

Como señalamos precedentemente, lo que no se puede pedir a la Fiscalía, por cuanto es contrario a sus fines, es que ordene realizar diligencias para acreditar la “inocencia” de los sospechosos, ya que habría en ello una aspiración de equidad *naïf*, y que no se vincula con las necesidades de eficiencia y eficacia que la política criminal actual demanda.

Conveniente resulta entonces revisar la historia fidedigna del establecimiento de la ley que creó al Ministerio Público, y cuyo primer antecedente es el Proyecto de Reforma Constitucional, iniciado por mensaje presidencial, en el cual se propone al Congreso Nacional modificar el sistema de persecución penal vigente desde hacía más de cien años, por uno verdaderamente adversarial y acusatorio, cuyas características fundamentales serían las de “*un proceso con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso genuinamente imparcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas presentadas por las partes, juzgando como tercero imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica*”²⁴.

Para conseguir este objetivo, el proyecto propone la creación por un lado, de un Ministerio Público que actuaría “*en representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito, que litigará a través de los fiscales y que representará asimismo los derechos de la víctima del delito*”²⁵ y por el otro, coloca al ciudadano imputado de la comisión de un ilícito, a quien el Estado le proveería de la correspondiente defensa técnica en caso de no contar con recursos para pagar una privada.

Agregó, además, el mensaje el siguiente párrafo:

“*Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado*”²⁶.

²² Fundación Paz Ciudadana, *op. cit.*, p. 20.

²³ Fundación Paz Ciudadana, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ Mensaje de S.E. el Presidente de la República N°98-334, de 15 de noviembre de 1996, p. 2.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Luego, en un párrafo dedicado específicamente a enumerar las características del Ministerio Público, el mensaje señalaba al referirse a sus funciones lo siguiente:

a.- Investigar los delitos que se cometan.

b.- Formular la acusación ante los tribunales del crimen en el juicio oral ante los tres jueces de derecho que componen el tribunal.

c.- Sustentar la acusación durante el desarrollo del juicio oral”.

Finalmente, el mensaje consigna el texto del proyecto de ley, cuyo artículo único contiene un nuevo artículo 80 bis, cuyo texto original era el siguiente:

“Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales”.

Resulta entonces que la idea de una investigación “objetiva” no estaba contenida en el proyecto original de Ministerio Público, toda vez que la misma resulta contraria a un sistema adversarial regido por principios acusatorios.

Así las cosas, durante el trabajo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y específicamente con motivo del primer informe²⁷, fueron estudiados en cuanto a su organización y atribuciones en legislación y experiencia comparada, los Ministerios Públicos de Bolivia, Brasil, Colombia, México, Perú, España, Italia, Portugal, Alemania y Francia, no encontrándose en ninguno de ellos antecedentes que apuntaran a la necesidad de que tal órgano tuviere la obligación de investigar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal al imputado de un delito.

Sin embargo, y a pesar de que en la discusión en general no queda duda que las funciones del Ministerio Público son “(...)investigar, acusar y sostener la acusación, que son asignadas al Ministerio Público” separadamente de la función jurisdiccional la que “permanece radicada en los tribunales de justicia”²⁸, al producirse la discusión en particular, la misma se desarrolló sobre la base del proyecto alternativo presentado por el H. Senador Miguel Otero, complementada por los H. Senadores Fernández y Larraín, y además de un documento elaborado por los H. Senadores Hamilton y Sule, que introdujo observaciones a la propuesta alternativa.

En dicho contexto, se resolvió por la comisión dotar al Ministerio Público de total independencia y autonomía, otorgándole rango constitucional y creándolo separadamente del Poder Judicial, y al pronunciarse respecto de las facultades que se le concederían, fue precisamente aquí donde se incorporó la idea de una investigación tanto de los hechos que configuren un delito, de los que determinen una participación punible en él y de “los que acrediten la inocencia del imputado”²⁹.

En el debate sobre el punto, se justificó la indicación en el sentido de acotar el alcance de la función de la Fiscalía, en orden a “establecer la existencia del delito, la participación del delincuente, o su inocencia”, declarando la comisión que “las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entreguen al Ministerio Público en razón de su función investigadora no importan de

²⁷ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, “Primer Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional”, que crea el Ministerio Público, en *Boletín Nº1.943-07*. Valparaíso, 8 de abril de 1997, pp. 3-10.

²⁸ *Ibid.*, p. 18.

²⁹ *Ibid.*, p. 25.

*ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia: no es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso*³⁰.

De esta forma, la comisión en su informe propuso la incorporación a la Constitución Política del artículo 80 A, cuyo texto fue el siguiente: “*Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos que configuren el delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales*”.

Es preciso señalar que –tal vez por el peso cultural que el sistema inquisitivo tenía y tiene en nuestra conciencia social– algunas de las indicaciones hechas al proyecto tenían por finalidad otorgar facultades de investigación a los jueces³¹ o incorporar elementos más propios de un sistema inquisitivo y no adversarial acusatorio³².

Idéntica opinión tiene el profesor Raúl Tavolari Oliveros, quien al referirse a las “Características, sentido y finalidad de la investigación del Ministerio Público”, y previo a comentar la redacción final del artículo 80 A de la Constitución Política de la República que consagra la creación del órgano persecutor, señala que “*Es efectivo que ni el constituyente ni el legislador nacional pudieron, a su turno, apartarse absolutamente de la realidad jurídico-positiva que conocían, y ambos, en ocasiones, sucumbieron al peso de esa tradición cultural, cuestión perfectamente comprensible y con la que, de momento, se debe operar, a la espera que el decantar de los acontecimientos y el transcurso del tiempo permitan profundizar, sin embages, en los institutos que resultaron imperfectamente delineados*”³³, para concluir finalmente que “*no se investiga para sentenciar: se investiga para saber si corresponde acusar*”, o como diremos más adelante, si es posible sostener la acusación en el juicio oral con la prueba reunida durante la investigación.

Tal es así que, actuando de buena fe, con ocasión del informe en segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, señalaba lo siguiente a la Cámara Alta:

*“Durante la investigación preliminar, el Ministerio Público actúa con criterios de objetividad, como sucede hoy en día con los jueces del crimen; se le imponen deberes en función de la víctima, siendo el principal de ellos el deber de dar toda la información que la víctima requiera; se obliga a los fiscales a motivar sus decisiones y requerimientos, y se les exige inhabilitarse si les afecta una causal que obste a su objetividad”*³⁴.

³⁰ Ibid, p. 25.

³¹ “El H. Senador señor Diez explicó que la intención es eliminar la exclusividad, para que también los jueces puedan ordenar o solicitar al Ministerio Público actos de investigación, cuando les parezca que hace falta una pesquisa complementaria. El texto aprobado en primer informe, señaló, podría interpretarse en el sentido de que no pueden hacerlo, porque la facultad de dirigir la investigación incluye la iniciativa exclusiva para decidir si se pone en marcha una inquisición, o no”. SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que crea el Ministerio Público. Boletín N°1.943-07, p. 6.

³² “La Comisión la rechazó, por la unanimidad de los HH. Senadores señores Fernández, Hamilton, Otero y Sule, precisamente para mantener la facultad de los jueces de ordenar actos de instrucción. Se ha incluido en el inciso tercero del artículo 73 la frase “que determine la ley”, de modo que los jueces siempre lo podrán hacer, en la oportunidad, forma y condiciones que ella señale, sea la ley orgánica constitucional del Ministerio Público o cualquiera otra”. SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que crea el Ministerio Público. Boletín N°1.943-07, p. 6.

³³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 83.

³⁴ INFORME EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que crea el Ministerio Público. Boletín N°1.943-07, p. 3.

Curiosa resulta esta oración si pensamos que el sistema inquisitivo, que era abolido por esta reforma, contaba con aquella característica de investigación objetiva, cuestión a todas luces insuficiente y que no daba garantía alguna de imparcialidad, por los motivos expuestos anteriormente en relación a la naturaleza misma de la actividad investigativa.

En efecto, la entonces Ministra de Justicia Soledad Alvear, justificaba ante el Senado la necesidad de crear un órgano autónomo encargado de investigar con las siguientes palabras: “(...) una de las razones por las cuales se requiere de la definición de un modelo de Ministerio Público es por su relación íntima con el sistema acusatorio aprobado en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se separan, radicalmente, las funciones del órgano jurisdiccional llamado a juzgar de aquéllas encomendadas al órgano encargado de la persecución penal pública.

A su juicio, “no es posible estructurar un sistema genuinamente imparcial y acusatorio si en la reforma no se distinguen, orgánica y funcionalmente, estas tareas, confiando cada una de ellas a órganos diversos, cuyos actos y decisiones responden, definitivamente, a lógicas totalmente distintas.

En esa perspectiva, el Ministerio Público otorga mayores garantías a los inculpados, en la medida en que favorece la existencia de jueces con el mayor grado de imparcialidad posible (...)”

Queda de manifiesto, entonces, que las mayores garantías de un proceso racional y justo no están dadas en este nuevo sistema por la forma en que se dirige la investigación, sino más bien por la existencia de jueces alejados de ella, sin facultades de instrucción y sin vinculación alguna con la imputación o acusación, encargados de controlar las actuaciones del Ministerio Público y de resolver si la prueba aportada en el juicio oral por aquél, es capaz de destruir la presunción de inocencia que a todo ciudadano le favorece.

Sin embargo, creemos que al imponerse a los Fiscales la obligación de investigar los hechos que determinen la existencia y participación en un delito, como asimismo los que establezcan la inocencia del imputado, constituye una verdadera vulneración del principio de inocencia consagrado en Tratados Internacionales, en nuestra Constitución y en nuestras leyes, ya que la inocencia se presume de derecho, sin que sea necesaria prueba alguna ni aún indiciaria para ello.

Sin embargo, el texto que la comisión propuso al senado corresponde al que tiene actualmente el artículo 83 de la Constitución Política de la República, incorporándose de esta manera lo que hemos denominado el “resabio espurio o impropio de la reforma procesal penal”, el principio de objetividad en la investigación fiscal.

De esta forma, cuando se inició el debate respecto de la LOC del Ministerio Público, se encontraban aprobados el Código Procesal Penal y la reforma Constitucional que le dio origen, viéndose por tanto afectado en su tramitación por la circunstancia ya referida.

Sin embargo, el análisis de la tramitación de este último cuerpo normativo resulta de gran ayuda para ilustrar cuál es y debe ser el verdadero alcance de este principio que hoy es malentendido por los actores del sistema.

En efecto, durante el debate del trabajo de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en su primer informe³⁵ respecto de la LOC del Ministerio Público, se aprobó el siguiente texto para los artículos primero y tercero:

“Artículo 1º.- El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación punible del imputado. Asimismo, ejercerá, en su caso, la acción penal pública en la forma

³⁵ Cámara de Diputados, Congreso Nacional. PRIMER INFORME COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA, de fecha 12 de Julio de 1998, en relación al Boletín N°2152-07-1, sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, p. 55.

prevista por la ley. De igual manera, le corresponde la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

“Artículo 2º.- En sus actuaciones, los fiscales del Ministerio Público deberán ceñirse estrictamente a criterios de objetividad.

En consecuencia, en toda investigación deberán considerar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que configuren el delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

Como se puede apreciar, la comisión modificó sustancialmente la redacción del artículo primero en relación con el texto del artículo 80-A (hoy 83) de la Constitución Política, toda vez que se eliminó la obligación del Ministerio Público de investigar los hechos que acrediten la inocencia del imputado, sin hacer mención a ello.

De igual modo, en el caso del artículo segundo (hoy tercero de la LOC del Ministerio Público), se consagra el principio de objetividad, pero se usa en su inciso segundo, la expresión “*en toda investigación deberá considerar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que configuren el delito (...) sino también los que le eximan de ella (...)*” y no, como una obligación de “*investigar con igual celo*”, como dispone el texto que en definitiva fue aprobado.

Sobre el particular, el Primer Informe de la Comisión señala en relación al artículo primero que “*era preocupante que la ley no repitiera de manera exacta la norma constitucional, sea porque omite o porque cambia el orden de las disposiciones. En la especie, la norma legal propuesta originalmente omite lo relativo al ejercicio de las funciones jurisdiccionales y lo relativo a los hechos que acrediten la inocencia del imputado*”, a lo cual se explicó durante el debate que “*el artículo 2º de la ley orgánica constitucional regula la materia*”, y “*en vez de hacer una mención expresa del principio de la inocencia, se opta por consagrar el principio de objetividad en el artículo 2º, en virtud del cual el fiscal debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que configuren el delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen*”³⁶.

Sin embargo, para algunos diputados la cuestión era de fondo y no sólo relativa a la concordancia entre el precepto constitucional y el legal, y en este sentido “*(...) se manifestó que la función del Ministerio Público no es acreditar la inocencia del imputado, sino perseguir los delitos. Es la parte acusadora la que va a investigar los elementos que permitirán acusar. El principio de objetividad obliga al fiscal a hacer presente las eximentes o atenuantes de responsabilidad criminal que surjan claramente durante la investigación. Esto es distinto de buscar la inocencia del inculpad*”.

En efecto, señala el informe que “*el principio de la presunción de inocencia, que lamentablemente fue mal consignado en el artículo 80-A de la Constitución, es un tema, y otro tema es el principio de objetividad, que constituye una exigencia, sobre todo para las fiscalías autónomas. El Ministerio Público tiene la obligación de expresar las eximentes que aparezcan de la investigación. Lo mismo ocurre con las pruebas ilícitas, las que no podrán ser utilizadas por el fiscal*”.

Tan claro era el carácter adversarial del cual el proyecto dotaba al sistema, que incluso se señaló que era el defensor público “*quien tendrá que investigar para sustentar la inocencia del inculpad*”, liberando de toda obligación en tal sentido a la Fiscalía.

Así entonces, el sistema no consideraba la existencia de una Fiscalía que investigaba con imparcialidad y equidad los hechos que le eran denunciados, sino que se reconocía su función persecutora sin matices, quedando por cierto obligada a respetar los derechos de las personas, las leyes y a proceder de forma racional.

En este sentido, la no existencia del principio de objetividad –tal como quedó consignado

³⁶ Ibid, pp. 25-32.

en los cuerpos legales en estudio— no implica que el Ministerio Público deba dejar de actuar con inteligencia y buena fe: inteligencia, respecto a naturalmente investigar las inconsistencias de su propia teoría del caso, que podrían demostrar que era incorrecta, por lo que pudiera ser más adecuado buscar una teoría alternativa, para evitar que un acusado sea absuelto por ineptitud en la investigación o acusación; y buena fe para con la defensa, en cuanto a no ocultar evidencia que beneficie al imputado.

En suma, la redacción que actualmente tienen los artículos primero y tercero de la LOC del Ministerio Público, le dan a las pruebas obtenidas durante la instrucción por el órgano persecutor, un ropaje de pureza, equidad y objetividad que la hacen en muchos casos, incontrarrestables por la defensa, particularmente cuando puede existir alguna duda, caso en el cual ésta favorecería a la fiscalía, imbuida en tan altos principios de actuación.

A contrario sensu, la prueba de las defensas carece de estas características, se trata —ante los ojos de la comunidad y de los jueces— simplemente de prueba exculpatoria, que no ha sido obtenida ni será producida a la luz de una pretendida objetividad, que obligaría al defensor a exponer con igual celo no sólo aquello que exculpe al acusado sino también, aquello que establezca o agrave su responsabilidad, y cuyo fin último no es entendido como la protección de un bien jurídico de interés común, sino como la defensa del delincuente frente a la comunidad.

Muestras claras de lo señalado son las iniciativas de organizaciones civiles, del gobierno y de algunos parlamentarios por instaurar una “defensoría de las víctimas”³⁷, cuyo fin no es la investigación de los hechos, sino que simplemente obtener la condena del imputado, para supuestamente, equilibrar el debate procesal frente a la defensoría de “los delincuentes”³⁸.

En la práctica, la existencia del ya tantas veces mencionado principio de objetividad, ha venido a significar el establecimiento de pruebas de primera y segunda categoría en el juicio penal, lo que provoca una notable desigualdad de armas que redundará en la afectación del principio de inocencia, aunque no se haya buscado tal efecto.

Cómo no concluir aquello, si para el juez y para todos los actores, el Ministerio Público ha investigado con objetividad y por tanto, si ha tomado la decisión de acusar al imputado y llevarlo a juicio oral, es porque la prueba reunida es de la máxima pureza y ha sido sometida por el propio fiscal, apegado a la constitución y la ley, a un pre-examen de verdad, todo lo cual redundará en que sea el imputado el encargado de probar su inocencia.

En este sentido, sorprende revisar el tenor del debate al interior de la Comisión con objeto del primer informe sobre el proyecto de LOC del Ministerio Público, en el cual por cierto los diputados se pronunciaron sobre el particular, según se lee a continuación: “... *acreditar la inocencia del imputado violentaría los principios emanados de los tratados internacionales sobre derechos humanos y ratificados por Chile, conforme a los cuales la inocencia no se debe acreditar, sino que se presume. Por lo mismo, no es necesario que exista una institución del Estado para acreditar la inocencia de los inculcados. Si la ley orgánica constitucional nada dice, no se comete ningún error jurídico. En cambio, si se*

³⁷ Disponible en: http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2008-03-12.8331656418. [Consulta: 8 agosto 2010].

³⁸ Obviamente nos manifestamos desde ya contrarios a una iniciativa de estas características, por cuanto la misma colocará al Estado en posición de perseguir a través de dos organismos diversos a los imputados, como si ya no fuera suficiente el poder omnímodo persecutorio del Ministerio Público, de las Policías y de los demás órganos auxiliares del Estado. No existe interés público alguno en la defensa de los intereses de las víctimas. Ellos son particulares, vinculados a la reparación o el deseo de justicia subjetiva. Esto, sin duda, es materia de un debate más amplio, y contribuyen a ello comentarios como los siguientes: 21.1) CASTILLO VAL, Ignacio. Defensoría de las Víctimas: Les devolvemos el conflicto o terminamos con los querellantes. Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de Talca. Disponible en: http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2008-03-12.8331656418. [Consulta: 8 agosto 2010]; 21.2) Editorial Diario La Tercera Versión on-line. Defensoría de las Víctimas, una solución cuestionable. Disponible en: http://www.latercera.com/contenido/895_266192_9.shtml. [Consulta: 8 agosto 2010]; 21.3) BLANCO, Javiera. Chile: ¿Una defensoría de las víctimas? Disponible en: <http://sclera.wordpress.com/2010/06/21/chile-¿una-defensoria-de-las-victimas-javiera-blanco/>. [Consulta: 8 agosto 2010].

repite la expresión de la Constitución sobre la materia, se incurre en un error. El tema de la inocencia no debió ser considerado en la norma constitucional, porque es un resabio del sistema inquisitivo”.

De igual forma, en el debate del artículo segundo (actual tercero) del mismo cuerpo legal, y que contempló el principio de objetividad, se observó que el mismo “*no estaba suficientemente explicitado, pues se obliga al fiscal a investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que configuren el delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen*”, imponiéndole una obligación que no le correspondía, cuando lo que procedía era que el fiscal tuviera la obligación de hacer presente en la investigación, aquellas pruebas que aparezcan desvirtuando la responsabilidad del imputado.

En este mismo orden de ideas, se consignó en el informe que “*este error también estaría presente en el artículo 94 del proyecto de ley sobre nuevo Código Procesal Penal*”, y para intentar obviar el problema, se sugirió agregar el siguiente texto: “*deberán hacer presentes con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que configuren el delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen*”, buscando con ello eliminar la expresión “investigarán” y en reemplazo de aquéllo, obligar a los fiscales a que no oculten información.

IV. DE LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL Y LA INCORPORACIÓN DE OBLIGACIONES ACORDE A SU NATURALEZA

Luego del estudio que hemos realizado, nos desalienta saber que no hemos sido nada de creativos y menos innovadores, ya que en la misma discusión de la LOC del Ministerio Público, la Diputada Pía Guzmán votó rechazando la redacción dada por el Senado a los artículos 1° y 3° de la LOC del Ministerio Público, toda vez que en su opinión “*la Fiscalía del Ministerio Público es un órgano acusador que debe investigar los hechos punibles y la responsabilidad de quienes participaron en ellos; pero no le corresponde investigar la inocencia de los responsables, tal como señala el artículo 1° de este proyecto de ley orgánica constitucional. Reconozco que está así en el texto constitucional; pero me parece que el criterio de establecer la inocencia en la ley orgánica, como la despachó la Cámara de Diputados, era exigir un principio de objetividad, es decir, que cuando emergieran hechos que exculparan de responsabilidad o la atenuaran, el Fiscal debía tenerla en consideración al momento de acusar*”³⁹.

De igual opinión fue el profesor y Diputado Juan Bustos Ramírez, quien para fundamentar su voto de rechazo a los preceptos señalados, sostuvo que “*los artículos 1° y 2° que propone el Senado se apartan de la función del fiscal, ya que exigen que investigue tanto las inculpaciones como las pruebas que acrediten la inocencia, en circunstancias que esa tarea es totalmente contradictoria y va en contra de un buen procedimiento*”, toda vez que tal obligación “*va más allá del principio de objetividad en que se funda el Ministerio Público, principio que sólo significa que no debe ocultar una prueba de inocencia*”. Sin embargo, como ya lo adelantamos, fue la propia Constitución la que obligó a redactar la norma en este sentido, “*porque señala la doble función del Ministerio Público, lo que nos lleva a que en el futuro se le introduzca una modificación para que se especifique que la tarea del fiscal es la de investigación y, por lo tanto, de preparación de la acusación, pero no la de acreditación de la inocencia*”⁴⁰.

Así las cosas, de esta discusión parlamentaria colegimos que en definitiva se legisló sabiendo que ello constituía un error, que se alejaba el texto de la ley del espíritu de la reforma propuesta y lo que es peor, de la doctrina sobre la materia.

³⁹ Sesión 32, Legislatura Ordinaria 340, Discursos incorporados.

⁴⁰ Ibid.

Como hemos sostenido, la inspiración de los sistemas adversariales encuentra su máximo referente en el sistema procesal penal federal de los Estados Unidos de Norte América, y por ello es que resulta interesante revisar, más allá de lo dicho, cuál es verdaderamente la función del fiscal o “prosecutor”, en relación con la investigación y la prueba encontrada durante aquella.

Sobre el particular, el profesor Tavolari se refiere a la denominada institución del “discovery”⁴¹ y que impone al fiscal la obligación de informar a la defensa la prueba encontrada en el curso de la investigación preparatoria para el juicio que permita eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado

En este sentido, no tiene la obligación de ofrecer ni producir tales probanzas en el juicio, “*Pero la jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba si no desea correr el riesgo de la condena que pueda obtener sea anulada*”⁴², ya que, como a estas alturas nos resulta evidente, “*La decisión jurisprudencial entiende, simplemente, que no puede existir una persecución “objetiva” por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir*”⁴³.

Esta aseveración se contiene en varias sentencias judiciales de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, las que son citadas reiteradamente por los autores, destacándose particularmente la del caso “Brady vs Maryland”⁴⁴.

En este caso, el defensor de Brady antes del juicio solicitó al “prosecutor” que le fueran exhibidas todas las declaraciones que ambos imputados hubieran formulado, produciéndose precisamente en este momento la vulneración del debido proceso o “due process”, toda vez que el fiscal ocultó una declaración del coimputado de Brady, con lo cual, en opinión de la Court of Appeals of Maryland, se violó la decimoquinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual garantiza precisamente este derecho⁴⁵.

El fallo de Maryland vs Brady, estableció que no resulta relevante la astucia, estrategia, buena o mala fe con que pudiera haber actuado el fiscal para determinar si ha existido vulneración del debido proceso. El solo ocultamiento de la prueba es suficiente para ordenar un nuevo juicio, aun cuando resulte discutible la utilidad o trascendencia de dicha prueba en favor del imputado que fue perjudicado con la señalada vulneración de su derecho al debido proceso⁴⁶.

A estas alturas, exponremos de forma más libre nuestra posición frente a la naturaleza del principio de objetividad en la investigación fiscal, su utilidad y la necesidad de eliminarlo para dar paso a normas que sean más acordes con la naturaleza del nuestro sistema procesal penal.

Cabe citar aquí al connotado procesalista italiano Piero Calamandrei, quien, refiriéndose al tradicional símbolo de la justicia, la balanza, señala que el mismo representa la oposición de fuerzas (los abogados) que intentan convencer al juez, central en la discusión, sobre la verdad que sus argumentos envuelven.

Y sobre estas fuerzas, dice Calamandrei que: “*Un abogado que intenta cumplir su función con imparcialidad no sólo duplicará inútilmente la tarea del juez, sino que además, se transformará luego en el peor enemigo de aquél: fallando en compensar la parcialidad de su adversario, en lugar de ayudar a*

⁴¹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *op. cit.*, p.92.

⁴² “Las principales decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. que impusieron este deber al fiscal, de comunicar al defensor la existencia de prueba exculpatória, son: a) Mooney vs Holohan, 294 US 103 (1935); b) Brady vs Maryland, 373 US 83 (1963); y c) United States vs Agurs, 427 US 97 (1976)”. BOVINO Alberto, *Ingeniería de la verdad, Procedimiento Penal Comparado*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,248,0,0,1,0>. [Consulta: 27 julio 2010].

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Brady vs Maryland, 373 U.S. 83 (1963) No. 490, U.S. Supreme Court. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/373/83/case.html> [Consulta: 10 agosto 2010].

⁴⁵ BIBAS, Stephanos, *The Story of Brady vs. Maryland: From adversarial gameship toward the search for innocence?*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Law School, 2005, p.7.

⁴⁶ Ibid.

*la justicia, alentaría a la injusticia*⁴⁷.

Con este criterio bajo el brazo y convencido de aquello, no cabe sino aceptar de forma natural, sin rasgar vestiduras ni levantar la voz, que la tarea de la persecución penal está regida por sus propios fines, intereses y paradigmas.

En efecto, al decir del profesor Chahuán, la imposición de misiones contradictorias (investigar los hechos que incriminan y los que liberan de responsabilidad con igual celo), resultarán en un desperfilamiento, relajación o pérdida de convicción en las tareas que cada actor tiene⁴⁸.

Nadie exige al defensor que acoja la tesis del fiscal. Nadie, pues, debe pretender que el fiscal, sí recogerá la tesis del defensor y en virtud de aquello, dispondrá de sus medios y recursos para acreditar la inocencia del imputado, que sería lo necesario para obrar “con igual celo”.

Así, la norma que impone esta obligación al Ministerio Público, tanto en la Constitución, como en la Ley Orgánica de dicha institución y del Código Procesal Penal, deben necesariamente ser derogadas, incorporándose disposiciones sustantivas que obliguen a los Fiscales y las Policías, a no ocultar información alguna de la investigación, especialmente, aquella que resulta relevante para el establecimiento de la inocencia del imputado, bajo sanción de nulidad de la sentencia condenatoria y sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales que pudieren corresponderles.

Además, creemos necesario modificar la facultad del fiscal de resolver discrecionalmente sobre las diligencias que aceptará ejecutar y que fueran solicitadas por la defensa, limitándola a negar aquellas que resulten manifiestamente dilatorias, sin que pueda calificar su pertinencia.

Esta modificación encuentra sustento en la realidad económica y social de nuestro país, y en el hecho que la mayoría de los imputados jamás podrá contratar los servicios de investigadores privados (no regulados además en la ley) o de peritos expertos en criminalística, siendo por tanto, las policías y los órganos del Estado, los únicos a los que podrán recurrir, y, ante la negativa del fiscal de ordenar una diligencia, el derecho a defensa en cuanto investigación racional y justa, también se vería afectado.

Tal como ya hemos señalado, ambas modificaciones se justifican, en primer lugar por cuanto el Ministerio Público, por su condición de autoridad, de persecutor y representante de los intereses de la sociedad, ya tiene suficiente crédito y su función investigativa es valorada positivamente en función de aquéllo, como para que, además, los actores del sistema tengan que reconocer en la prueba recabada durante la investigación, un valor intrínseco superior al de la prueba de la defensa. La primera es limpia, pura, exenta de vicios, es objetiva. La segunda es simplemente “prueba de descargo”.

Vale la pena recordar que el sentido y significado del principio de inocencia es doble⁴⁹, ya que por un lado el precepto enunciado por al Asamblea Nacional Francesa en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789, consagra el derecho “natural, inalienable y sagrado del hombre”, como regla procesal según la cual “*el acusado no está obligado a rendir prueba alguna sobre su inocencia*”, y por otro, “*como principio que impide la adopción de medidas restrictivas de libertad personal del acusado, hasta encontrarse acreditada su culpabilidad, salvo casos de absoluta necesidad*”⁵⁰.

En este sentido, y siguiendo a Gomes Filho, es necesario comprender que la presunción de inocencia dice relación con un valor ideológico y político, “*en la medida que expresa una orientación*

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero, *Eulogy of Judges*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2006, p.88.

⁴⁸ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995, p. 13.

⁵⁰ *Ibid.*

*arraigada del legislador, cual es la de garantizar la posición de libertad del acusado frente al interés colectivo de la represión penal*⁵¹, siendo por tanto necesaria la derogación de cualquier norma que pueda turbar o distorsionar tal voluntad legislativa y constituyente.

En suma, si la Constitución Política, los Tratados Internacionales y la propia Ley, coloca la presunción de inocencia en una escala superior en la pirámide de normas respecto de la necesaria represión de la conducta delictiva, es imperativo ajustar el ordenamiento positivo y las instituciones de nuestro sistema de persecución a la altura de dicho mandato, resultando inaceptable que se pueda, por vía de una sospechosa legitimación de facto, colocar en riesgo el equilibrio del sistema adversarial vigente en nuestro país, y junto con ello, se afecten seriamente los derechos y garantías constitucionales del imputado.

V. CONCLUSIONES

De todo lo señalado podemos decir, sin temor a equivocarnos, que las normas que regulan la institucionalidad del Ministerio Público, y específicamente el artículo 83 de la Constitución Política de la República, los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y el artículo 77 del Código Procesal Penal, en cuanto se remite a la norma anterior, adolecen de un vicio grave que afecta en primer lugar las propias funciones y deberes del Ministerio Público, en tanto le impone una obligación que resulta anti-natura, contraria a la lógica de la investigación criminalística y contraria al espíritu que tuvo el ejecutivo en su calidad de co-legislador, al momento de proponer la reforma de nuestro sistema procesal penal.

Por otro lado, es dable concluir que la obligación impuesta a la fiscalía, esto es, la de investigar los hechos constitutivos del delito, los que determinen la participación punible y, además, los que acrediten la inocencia del imputado, reviste a la prueba reunida durante la fase de investigación de un halo de limpieza, pureza y calidad que la hacen más digna de crédito ante los ojos no sólo de la ciudadanía, sino también de los jueces. Resultan más creíbles los testimonios reunidos por el fiscal, los antecedentes recabados en la carpeta investigativa y los elementos materiales que obran en su poder. En efecto, jamás se habla en estrados de “la carpeta de la defensa”, jamás se da valor a los testimonios previos que pudieren haber prestado los testigos ante los defensores, siendo sólo valiosos para contrastar versiones los prestados ante la policía o los fiscales.

Además, como la investigación ha sido objetiva, esto es, el fiscal ha analizado todos los elementos que se le presentaron, y en virtud de ello, agotó sus esfuerzos para investigar si el imputado era inocente, entonces el peso de la prueba reunida por el persecutor al ser llevada a juicio es incontrarrestable, particularmente en casos dudosos. Un observador que desconozca los principios y el sistema diría que, si el imputado está en juicio “por algo debe ser” y si el fiscal decidió acusarlo, deben existir antecedentes graves en su contra, desvirtuando de entrada el hecho de que, si un abogado lo quiere defender, también podríamos pensar que existen antecedentes serios que permiten sostener su inocencia.

A esta igualdad aspiramos; ese es el equilibrio que deseamos, de modo que la obligación de condenar sólo cuando el tribunal haya adquirido una convicción “más allá de toda duda razonable”, sea una realidad y no una mera consigna doctrinaria.

[Recibido el 18 de agosto y aprobado el 11 de noviembre de 2010]

⁵¹ Al decir de Mario Pisani, en GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, op. cit., p. 43.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, Alejandra, FARREN, Diego y WILLIAMSON, Bernardita. “Encuesta de opinión de jueces: Evaluación de las Medidas Cautelares Personales y otros temas relacionados”, Fundación Paz Ciudadana, 2009.
- BIBAS, Stephanos, *The Story of Brady vs. Maryland: From adversarial gameship toward the search for innocence?*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Law School, 2005.
- BINDER, Alberto, “Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal”, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Disponible en: <http://www.ciencias-penales.org/REVISTA%2009/binder09.htm>. [Consulta: 10 agosto 2010].
- BLANCO, Javiera. Chile: ¿Una defensoría de las víctimas? Disponible en: <http://scela.wordpress.com/2010/06/21/chile-%C3%A9-una-defensoria-de-las-victimas-javiera-blanco/>. [Consulta: 8 agosto 2010].
- BOVINO Alberto, *Ingeniería de la verdad, Procedimiento Penal Comparado*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,248,0,0,1,0>. [Consulta: 27 julio 2010].
- CALAMANDREI, Piero, *Eulogy of Judges*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, CONGRESO NACIONAL, Primer informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de fecha 12 de Julio de 1998, en relación al Boletín N°2152-07-1, sobre Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA, Informe en segundo trámite Constitucional recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que crea el Ministerio Público. Boletín N°1.943-07.
- CASTILLO VAL, Ignacio. Defensoría de las Víctimas: Les devolvemos el conflicto o terminamos con los querellantes. Centro de Estudios de Derecho Penal Universidad de Talca. Disponible en: http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2008-03-12.8331656418 [Consulta: 8 agosto 2010]
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2007.
- DOYLE, Arthur Conan, “Escándalo en Bohemia”, en *Las Aventuras de Sherlock Holmes*, The Strand Magazine, julio, (1891). Disponible en: http://holmes.materialdescargable.com/novelas/strand_magazine/Escandalo_en_Bohemia.pdf. [Consulta: 20 julio 2010].
- EDITORIAL Diario La Tercera Versión On-Line. Defensoría de las Víctimas, una solución cuestionable. Disponible en: http://www.latercera.com/contenido/895_266192_9.shtml [Consulta: 8 agosto 2010].
- GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, ciudad de México, Universitat Jaume I, España, editado por Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, I.
- JÁÑEZ BARRIO, Tarsicio, *Metodología de la Investigación en Derecho: una orientación metódica*, 2ª edición, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- LEÓN PARADA, Víctor Orielson, *EL ABC del nuevo sistema acusatorio penal: el juicio oral*, Bogotá, Ediciones ECOE, 2005.
- MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA N°98-334, 15 de noviembre de 1996.

Mensaje ingresado con el Boletín Nº1828-07, propone reforma constitucional para la creación del Ministerio Público.

Mensaje Presidencial del Proyecto de ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal (hoy Código Procesal Penal). Santiago, 9 de Junio de 1995.

MOLINA, Andrés, *Ciencia, tecnología y sociedad*, Santo Domingo, Instituto Tecnológico de Santo Domingo, 1999.

PLAN ESTRATÉGICO DEL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE PARA EL PERÍODO 2009 A 2015. Disponible en: http://www.ministeriopublico.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf: [Consulta: 3 agosto 2010].

PROYECTO LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, 12 de noviembre de 1992 (Boletín Nº 860-07).

SENADO DE LA REPÚBLICA, primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional, que crea el Ministerio Público. Boletín Nº1.943-07 . Valparaíso, 8 de abril de 1997.

SESIÓN 32, LEGISLATURA ORDINARIA 340, discursos en sala con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

VEGA ETCHEVERRY, Félix J.C., “La verdad en el nuevo proceso penal chileno”, en *Revista Procesal Penal*, 44, (2006), pp. 23-27. Disponible en http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP02/nivel%20400035.htm. [Consulta: 5 agosto 2010].

JURISPRUDENCIA CITADA

Brady vs Maryland, 373 U.S. 83 (1963) No. 490, U.S. Supreme Court. Disponible en: <http://supreme.justia.com/us/373/83/case.html>. [Consulta: 10 agosto 2010].

