

# ESTATUTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL NUEVO MINISTERIO PÚBLICO. ANALISIS DE SUS ATRIBUCIONES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

**Guillermo Piedrabuena Richard**

Fiscal Nacional

Profesor de Derecho Procesal

## PRIMERA PARTE

**La Constitución Política**, modificada por la ley 19.519 (16.09.97), creó “un organismo autónomo y jerarquizado, con el nombre de **Ministerio Público**” que, entre otras atribuciones **“dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito...”**.

Al efecto, se agregó un capítulo VI A nuevo que se denomina “Ministerio Público” y que está separado del capítulo VI sobre “Poder Judicial”.

Al crear este nuevo organismo que no integrará el Poder Judicial y que es distinto al actual auxiliar de la administración de justicia, conformado por los Fiscales de las Cortes y que en el futuro se denominarán Fiscales Judiciales, **la Constitución se preocupó de regular las características esenciales de la nueva entidad**, sus componentes (Fiscal Nacional, Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos), su nombramiento, requisitos, remoción, distribución geográfica, vigencia de la reforma, etc.

Tratándose de un organismo nuevo tan importante, la Constitución trató de ser lo más específica en cuanto a su funcionamiento, para evitar problemas de interpretación que pudieran obstaculizar el eficiente desempeño de los nuevos fiscales. Puede que sea criticable que haya regulado en exceso la institución en materias propias de una ley orgánica constitucional, con el inconveniente de que es bien

difícil reformar o interpretar la Constitución en caso de vacíos o contradicciones. Pero, lo anterior revela la preocupación del legislador constituyente que persigue evitar que una ley posterior desvíe o desvirtúe una reforma constitucional.

No obstante lo anterior y como era imposible regular absolutamente todo el estatuto del nuevo M.P., la misma Constitución estableció en su nuevo Art. 80 B que **“una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del M.P., señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los Fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los Fiscales Adjuntos, en lo no contemplado en la Constitución”** y más adelante agrega que esta misma ley **“establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los Fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo”**.

De tal importancia es esta Ley Orgánica, que la disposición trigésima sexta transitoria estableció que “Las normas del capítulo VI - A “Ministerio Público”, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país”. Y más adelante, la misma disposición transitoria agrega que “el Capítulo VI - A “Ministerio Público”, la ley orgánica Constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones”.

Por la importancia de esta ley orgánica, se le ha dado preferencia en la tramitación legislativa de la reforma procesal penal, por sobre otras iniciativas legales. La siguiente prioridad la tiene el proyecto de modificaciones al Código Orgánico, con el fin de que a comienzos del próximo año pueda empezar el rodaje de instalación de nuevos tribunales, en especial los que tendrán que actuar en la IV y IX Región. Enseguida, se retomará el proyecto de nuevo Código

Procesal Penal, el de las leyes misceláneas y al final el de defensoría pública.

El Senado ha aprobado el proyecto de ley orgánica del M.P. en el segundo trámite y actualmente se encuentra cumpliendo el tercer trámite en la Cámara. Es de advertir, contrariamente a lo que aparece informado en la prensa, que el proyecto del Senado difiere en varios aspectos fundamentales del aprobado por la Cámara, y no es una mera corrección formal o de técnica jurídica y relativa a puntos de menor importancia.

El avance en este proyecto de ley permitirá, en caso de una tramitación expedita, que esta ley sea promulgada aproximadamente en los últimos meses de este año, a partir del cual se iniciará el rodaje legal respectivo en cuanto al nombramiento del Fiscal Nacional, de los primeros Fiscales Regionales y de su personal de apoyo y los primeros gastos e inversiones con cargo a la Ley de Presupuesto.

Sin embargo, los nuevos Fiscales no podrán sostener la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos, hasta que el sistema entre a regir gradualmente en las regiones, según Art. 4° transitorio del proyecto de Ley Orgánica, en los plazos que allí se indican que se cuentan a partir de la fecha de publicación de la ley. **Es decir, el Ministerio Público empezará a funcionar de manera administrativa, pero su actuación en el nuevo proceso penal, deberá esperar los plazos anteriores.**

Es evidente, aún cuando la ley no lo dice, que además para que empiece a funcionar el nuevo proceso penal, incluso en la IV y IX Región, será necesario la aprobación y promulgación, con un mínimo de anticipación, de los proyectos pendientes, todo esto es sin perjuicio de las inversiones en instalaciones, equipos, capacitación, etc.

**Además**, cuando empiece a actuar gradualmente en las regiones sólo podrá investigar y accionar penalmente respecto de los hechos que ocurran con posterioridad a su entrada en vigencia en las distintas regiones.

Ahora bien, **para definir el estatuto legal del M.P., hay que recurrir primeramente a la Constitución y luego a la ley orgánica del M.P. próxima a aprobarse**, sin perjuicio de que es probable que algunas de las disposiciones de los proyectos pendientes (C.O.T., leyes

misceláneas, Código Procesal Penal) también ayuden a configurar el estatuto legal del M.P.

En la charla de hoy, es imposible referirse a cada uno de los temas involucrados en lo que puede conocerse como estatuto del M.P., por lo que limitaré mi intervención a algunos de ellos que nos parecen más relevantes.

## 1. Naturaleza jurídica del organismo.

Ya se encuentra perfilado con cierta nitidez este punto, ya que se discutió ampliamente en la reforma constitucional, pero se ha vuelto a analizar en el proyecto de ley orgánica del M.P.

**El nuevo M.P. es un organismo autónomo de raigambre constitucional** como lo son la Contraloría, el Banco Central, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, etc.

- **El nuevo M.P. no tiene personalidad jurídica y patrimonio propios.** Si bien, en un proyecto primitivo el Ejecutivo había propuesto que el M.P. si los tuviera, ello se modificó en la tramitación legislativa **y a los legisladores les pareció inconveniente que el M.P. tuviera una personalidad jurídica distinta del Estado, como lo tiene por ejemplo el Banco Central, y en cambio se optó por dejarlo como un organismo autónomo “en el mismo sentido del Tribunal Constitucional”.**

**A consecuencia de lo anterior, el Fiscal Nacional no es el representante legal del M.P.,** sin perjuicio de su calidad de Jefe de Servicio, ya que el M.P. no tiene una personalidad jurídica distinta del Estado y se inserta en éste como organismo autónomo de carácter constitucional. Para los efectos de representar al M.P. en las investigaciones y procesos penales, **cada uno de los Fiscales que actúa tiene el atributo de representar al organismo.** En este punto, el Senado innovó respecto de la Cámara.

El asunto tiene trascendencia respecto de las demandas futuras sobre indemnización por responsabilidad del Estado por conductas erróneas o injustificadas de los Fiscales, las que en principio deben ser notificadas al

representante judicial del Estado que es el Presidente del C.D.E.

**En cuanto al patrimonio**, el M.P. no tendrá patrimonio propio y sus recursos provendrán de los que contemple anualmente la Ley de Presupuesto, fórmula económica que bien puede responder a razones de buena técnica presupuestaria. Sin embargo, esto puede llegar a limitar la acción del M.P. por diversas razones. Pero esta es una realidad y sobre esta base hay que definir el estatuto del M.P., aún cuando es preciso reconocer que los recursos proyectados parecen ser de bastante importancia como para que este nuevo organismo pueda cumplir sus funciones.

**La autonomía del M.P.** En cuanto a sus atribuciones específicas, esto es la dirección de las investigaciones penales, el M.P. es constitucionalmente autónomo y ningún otro poder del Estado puede discutir o interferir las decisiones propias de los Fiscales.

Existen mecanismos de control a través de los procesos de remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales, en casos de grave negligencia, que son resueltos por la Corte Suprema. Hay además mecanismos de información pública, pero **no habría fiscalización directa del Congreso.**

En efecto, en el Senado se eliminaron las normas sobre invitación obligada a representantes de los Poderes del Estado en la audiencia de rendición de cuentas del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales y también la norma que obligaba al Fiscal Nacional a enviar una copia de su rendición de cuenta a la Cámara y que obligaba a ésta a celebrar una sesión especial para discutirla, **para evitar que se pudiera entender que la Cámara podía fiscalizar al M.P.** (constancia en el Informe de Comisión).

Esta autonomía también rige respecto de la Corte Suprema, porque el Fiscal Nacional ejerce la Superintendencia directiva económica y correccional sobre todo el M.P. y a su vez no responde disciplinariamente ante la Corte Suprema porque los Fiscales no son tribunales de la nación y están

constitucionalmente en un título separado del Poder Judicial en la Constitución.

**Servicio Jerarquizado.** El Fiscal Nacional es el Jefe de Servicio; tiene una amplia potestad reglamentaria; puede impartir instrucciones generales y tiene la decisión en una serie de materias muy importantes relativas a la organización, capacitación, inversión, etc.

En la pirámide organizativa, siguen los Fiscales Regionales que tienen la organización del servicio en regiones, que conforman el Consejo Superior del M.P. y que responden de la eficiencia de los Fiscales Adjuntos, a los que pueden dar instrucciones particulares y resolver también los reclamos de los intervinientes en su contra.

Luego vienen los Fiscales Adjuntos que bien pueden trabajar con los Fiscales Regionales o en oficinas locales a cargo de un Fiscal Adjunto Jefe. Son los que deben dirigir materialmente las investigaciones y actuar ante los tribunales. Su inamovilidad está menos protegida que la de los Fiscales Regionales, porque su remoción se realiza en un proceso interno cuando existe incumplimiento grave de sus obligaciones.

Respecto del resto del personal, se divide en el personal superior formado por el Director Ejecutivo Nacional y los Jefes de Unidades Administrativas que son de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional y el resto de los profesionales, técnicos y administrativos que apoyan la labor de las Fiscalías. **En caso alguno, este personal complementario puede desempeñar el papel de los Fiscales en materia de investigaciones y de actuación en los tribunales.**

- **La probidad administrativa:** Todos los fiscales deben hacer una declaración de intereses, en los primeros días de asumir el cargo, mediante un documento público protocolizado en Notaría. El concepto de declaración de intereses está tomado del proyecto de ley sobre probidad pública próximo a aprobarse. El Art. 60 de la ley 18.575 aún no tiene existencia legal.

2. **Estatuto del Personal.** En este punto, el Senado ha modificado profundamente el proyecto de la Cámara que

excluía las normas del estatuto administrativo y las de la ley de bases generales de la administración pública y hacía aplicable las normas del Código del Trabajo, en forma supletoria, dándose como razón de que se requería de un organismo flexible en su estructura sin las trabas de la administración pública.

El Senado ha optado por preferir como **legislación supletoria de la ley orgánica del M.P. y de sus reglamentos**, a determinadas normas del **Estatuto Administrativo y del Código del Trabajo** y ha incorporado en la propia ley orgánica, algunas disposiciones de la **ley de bases generales de la administración, en especial de su Título I y del proyecto sobre probidad pública** próximo a ser aprobado legislativamente.

En resumen, el nuevo M.P. pertenece a la administración del Estado en un sentido amplio, por lo que le son aplicables las normas generales de la ley de bases, de su Título I. En cuanto al Estatuto Administrativo, le son aplicables las normas sobre la jornada de trabajo, remuneraciones y asignaciones, feriado anual, permisos y prestaciones sociales. **Respecto del Código del Trabajo le son aplicables algunas normas a los funcionarios y no a los Fiscales**, tales como las relativas al contrato individual de trabajo y a la jornada ordinaria de trabajo y además le son aplicables las normas sobre protección de la maternidad.

**La planta del Servicio** está formada por **Fiscales** (hasta 625); **funcionarios**; Director Ejecutivo Nacional, Director Ejecutivo Regional, Jefes de Unidades, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares (Art. 71).

El Fiscal Nacional fija la dotación anual del personal, previo *informe del Consejo del M.P.* En los *informes económicos* se destaca que la designación de fiscales y funcionarios es gradual, de acuerdo a la paulatina implementación del servicio y a los recursos anuales de la Ley de Presupuesto.

**Las remuneraciones** se asimilan, más o menos, a los niveles de los escalafones superiores del Poder Judicial y en su casa a los escalafones de empleados, con asignación profesional. Existe además un sistema de remuneraciones que contempla bonos por desempeño individual y por gestión institucional, que reglamentará el Fiscal Nacional.

3. **Intervención de la Contraloría General de la República** (Art. 70). El proyecto del Senado, supliendo un vacío del proyecto de la Cámara, establece que **las resoluciones de nombramiento del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales** incluyendo todos los decretos y resoluciones que los afecten, **están sujetos a los trámites de toma de razón y registro por la Contraloría**, salvo que el Contralor los eximiere de la toma de razón. En el caso de los nombramientos de los Fiscales Adjuntos y la contratación de los funcionarios y las resoluciones que los afectan, se envían a la Contraloría sólo para los efectos de su registro.

En lo demás no se aplican las disposiciones legales que rigen la acción de la Contraloría, pero la Comisión dejó constancia que las funciones constitucionales del Contralor tratadas en la Constitución, como por ejemplo las relativas a la contabilidad general de la Nación, también son aplicables al M.P.

4. **Responsabilidad de los Fiscales.** Tienen responsabilidad penal, civil y disciplinaria.

Respecto de la responsabilidad disciplinaria, los Fiscales adjuntos y regionales pueden ser objeto de diversas medidas que se imponen luego de un procedimiento administrativo, tales como amonestación, multa, etc. llegando incluso a la remoción, **excepto esta última respecto de los Fiscales Regionales que sólo pueden ser removidos por un procedimiento de acusación ante la Corte Suprema.**

El Fiscal Nacional no responde disciplinariamente ante la Corte Suprema y sólo puede ser objeto de una remoción, en casos graves.

En cuanto a la responsabilidad penal y civil por delitos ministeriales, la ley lo establece expresamente y contempla algunas normas para perseguir la responsabilidad penal de los Fiscales, a cargo de distintos fiscales, pero la competencia de los tribunales en lo penal es la que corresponde de acuerdo a las reglas generales porque a los nuevos Fiscales no le serán aplicables las normas de excepción de los Fiscales judiciales que contemplan los Arts. 50 y siguientes del C.O.T. (Proyecto pendiente).

Pero hay una novedad especial añadida por el Senado. Todas las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del



Ministerio Público, harán responsable al Estado y ello no obsta a la responsabilidad que puede afectar al Fiscal o funcionario que produjo el daño y si ha mediado culpa grave o dolo de su parte, el Estado tiene derecho a repetir en su contra (A. 5°).

La Comisión del Senado asimiló esta situación a la responsabilidad del Estado por las resoluciones judiciales manifiestamente erróneas que conduzcan al procesamiento injusto, pero la situación es distinta porque la admisibilidad de la indemnización está restringida a los casos en que la Corte Suprema accede a la declaración previa de injusto procesamiento.

5. **La potestad reglamentaria del Fiscal Nacional.** Aquí también existe un cambio importante en el Senado. En la Cámara se habían enumerado una serie de reglamentos que debían dictarse en los primeros seis meses del nombramiento del Fiscal Nacional. El Senado con mayor sentido práctico, eliminó el listado de reglamentos y el plazo para dictarlos, aún cuando en ciertas normas se ordena expresamente que debe dictarse un reglamento, como por ejemplo en materia de remuneraciones, capacitación, funcionamiento de las Fiscalías, etc.

Ahora lo importante, pero discutible, es que al personal del M.P. se le aplican primeramente las normas de su Ley Orgánica **y de sus reglamentos**, y sólo supletoriamente respecto de determinadas materias a las del Estatuto Administrativo y Código del Trabajo. **De esta manera, se posibilitaría un funcionamiento más flexible del organismo.**

6. **La contratación de personal externo** (Art. 84). El Senado restringió claramente esta contratación para el desempeño de funciones que sean propias de la institución.

Los servicios externos deben referirse a funciones que no sean propias de la institución, como por ejemplo servicios de aseo, computación, etc.

Es posible la contratación a honorarios de profesionales o expertos en determinadas materias, pero estimamos que ello no puede hacerse para que reemplacen los cometidos propios de la institución.

Por ejemplo no se podría contratar a un destacado penalista para que asumiera el papel de Fiscal en algunos casos especiales. En cambio, podría perfectamente pedirse un informe en derecho de algún especialista penal o en ciencias penales para coadyudar el trabajo de las fiscalías o incluso contratar los servicios especiales de investigadores en el extranjero para casos internacionales, siempre que haya disponibilidad de fondos.

7. **El Consejo Superior del M.P.** Definitivamente será un órgano asesor, no deliberante, al cual el Fiscal Nacional debe pedirle su opinión para determinadas materias, **pero no tiene facultades decisorias**. Atrás quedó la primitiva idea de designar a este Consejo como órgano superior del M.P. y también algunas normas de la Cámara que obligaban al Fiscal Nacional las decisiones del Consejo Superior.

Está conformado por el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales; debe reunirse a lo menos cuatro veces al año y pueden invitarse a sus reuniones a especialistas, profesionales a los que se desee escuchar.

8. **Atribuciones del Fiscal Nacional para asumir de oficio por sí o por intermedio de un Fiscal Regional, la dirección de determinadas investigaciones** (Arts. 18 y 19).

El Senado también incluyó a los Fiscales Regionales para que se hicieran cargo de una investigación importante e incluso el Fiscal Nacional puede ordenar que sea un Fiscal Regional de otra región el que tome la investigación, para evitar compromisos.

9. **La inamovilidad de los Fiscales.** Los Fiscales son inamovibles en cuanto no pueden ser removidos de sus cargos, salvo los casos establecidos por la Constitución y la ley.

Cosa distinta es si pueden ser cambiados respecto de la instrucción de un proceso penal, alternativa que se advierte como posible en el contexto de varias disposiciones que no es del caso detallar.

Aún más, no es descartable que puedan existir varios fiscales en un sólo caso, por su complejidad. También es posible que el Fiscal de la instrucción sea distinto de aquel que funcionará en

el juicio oral. **El asunto no es de una claridad meridiana y deberá aclararse en el nuevo Código Procesal Penal.**

En resumen, al revés de los jueces que no pueden ser cambiados en su competencia por impedirlo la regla de la radicación, los fiscales pueden ser intercambiables según las necesidades de las Fiscalías. Esto es una señal de flexibilidad, aún cuando el asunto puede llevar a mucha extrañeza.

10. **El sistema de instrucciones del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales.** El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación y **no podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares** (Art. 17 letra a) inc. 2°). Salvo que asuma de oficio, en casos muy excepcionales, la dirección de la investigación, etc. respecto de ciertos hechos en que aparezcan involucrados como imputados o víctimas, personas que revistan una investidura.

Sin embargo, si el Fiscal Regional estima que las instrucciones incidieren en el ejercicio de sus facultades de dirigir la investigación o en el ejercicio de la acción penal pública el Fiscal podrá objetarlas por razones fundadas. **Si el Fiscal Nacional acoge la objeción** debe modificar la instrucción con efectos generales para el conjunto del M.P. **En caso contrario**, el Fiscal Nacional asume la plena responsabilidad y el Fiscal Regional debe dar cumplimiento a lo resuelto (Art. 35).

Aparentemente hay una contradicción porque una instrucción general no podría incidir en el ejercicio específico y en un caso *determinado de una investigación a cargo del Fiscal Regional*. **Ello equivaldría a una instrucción particular que no le está permitido al Fiscal Nacional.**

A su vez (Art. 44), los Fiscales Regionales también pueden dar instrucciones generales dentro del ámbito de sus facultades en la región y **pueden dar instrucciones a particulares a los Fiscales Adjuntos quienes pueden objetar estas instrucciones por ser manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional.** Si las objeciones son acogidas el Fiscal Adjunto continúa desempeñando sus tareas y en caso contrario el Fiscal Adjunto deberá cumplir la instrucción, **asumiendo el Fiscal Regional plena responsabilidad por la instrucción.**

Como se advierte el sistema de las instrucciones es bastante complicado y en principio el Fiscal Nacional no puede inmiscuirse en las investigaciones penales, salvo por la vía de las instrucciones generales y además en los casos en que asuma directamente, por sí mismo, la investigación.

11. **Las unidades especializadas.** La Cámara aprobó una norma para que el Fiscal Nacional, previo informe del Consejo, pudiera crear unidades especializadas, siendo obligatorio crear la unidad destinada a investigar los delitos tipificados en la ley N° 19.366. Estaban a cargo de un Fiscal Adjunto quien podía trasladarse a cualquier región para actuar en todo el territorio nacional, sin perjuicio de su facultad de coordinar y asesorar a los Fiscales, de acuerdo con las instrucciones del Fiscal Nacional.

El Senado, su Comisión, estimó necesario restringir el campo operativo de estas unidades especializadas para que su finalidad fuera exclusivamente cooperar con los Fiscales que investigan, sin que tengan la dirección de ninguna investigación en particular, las que estarán a cargo del Fiscal respectivo. Se mantuvo la obligatoriedad de crear a lo menos la unidad especializada para las investigaciones de los delitos de la ley 19.366.

12. **El nombramiento del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales.** Este tema ha dividido las opiniones y debió haber quedado sanjado en la reforma constitucional.

Sin embargo, hay interrogantes que deben exponerse, a la espera de la solución final del Congreso:

- a) **Concurso público de antecedentes.** Al respecto, la Cámara opinó de una forma, la Corte Suprema de otra y el Senado cambió la fórmula de la elección.

La duda que tengo es si la fórmula del Senado cumple con el mandato constitucional porque lo que instituye es un verdadero concurso de oposición y porque no se aseguraría la publicidad del concurso.

- b) **La deserción del concurso.** La Constitución no se puso en el caso de que hubieran menos candidatos que el número necesario para formar la quina o la terna. El Senado ha suplido este vacío y establece un sistema que

si el número de candidatos no supera dicho mínimo, la Corte puede llamar a un nuevo concurso, etc. Igual sucederá en caso de que los postulantes que cumplan los requisitos legales, sean exactamente cinco.

- c) **La participación de miembros del Poder Judicial en los concursos respectivos.** Hay dos disposiciones en juego. Una el Art. 80 E y la disposición 37° transitoria de la Constitución. La ley orgánica no se refiere a este punto y es suficiente la Constitución.

En síntesis, no pueden integrar las quinas y ternas los miembros activos o pensionados del Poder Judicial, **pero en la primera quina y en las primeras ternas para proveer por primera vez los cargos de Fiscal Nacional y de Fiscales Regionales, se podrá incluir a un miembro activo del Poder Judicial.**

Por consiguiente, los miembros activos del Poder Judicial pueden presentarse a otros cargos: Fiscal Adjunto o a cargos profesionales o técnicos del M.P.

**En la primera quina o terna, no pueden incluirse a aquellos pensionados del Poder Judicial, entendiendo el Senado que el concepto de pensionado es más amplio que el concepto de jubilado.**

Por consiguiente, si un miembro retirado del Poder Judicial no está pensionado, puede presentarse a los nuevos cargos del M.P. en lo que se refiere a Fiscal Nacional y Fiscales Regionales.

13. **El nombramiento de los Fiscales Adjuntos.** Le corresponde al Fiscal Nacional, a propuesta en terna del Fiscal Regional respectivo, **la que deberá formarse previo concurso público**, cuyas bases generales las dicta el Fiscal Nacional y que tienen que ser suficientemente publicitadas a nivel nacional y regional.
14. **Nombramiento del resto del personal.** Los funcionarios del M.P. salvo aquellos de exclusiva confianza, **serán seleccionados previo concurso público de antecedentes**, por regla general.
15. **Procedimiento de remoción ante la Corte Suprema.** El Art. 53 establece una especie de debido proceso en el

procedimiento de remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales, ante la Corte Suprema, incluyendo declaración de admisibilidad, audiencia del acusado, prueba e incluso vista de la causa. En esta parte, la ley adiciona a la Constitución.

16. **Dimisión del Fiscal Nacional.** Sin perjuicio de las demás causales de expiración legal del cargo, en caso de renuncia, ésta sólo puede ser presentada por motivos fundados y aceptada o rechazada por el Presidente de la República, **previa declaración del Senado acerca de la existencia de motivos fundados.**

Es un caso más en que la ley orgánica adiciona la Constitución al establecer un requisito adicional para la cesación del cargo de Fiscal Nacional por renuncia voluntaria.

17. **Nombramiento, remoción y dimisión de los Fiscales Regionales.** Los designa el Fiscal Nacional de una terna formada por la Corte o Cortes de Apelaciones respectivas, previo concurso público de antecedentes.

Al igual que el Fiscal Nacional, al concurso deberá darse una difusión adecuada, la que comprende las publicaciones en diarios de circulación nacional. Los documentos acompañados por los postulantes y la nómina de los candidatos es pública y las Cortes deberán escuchar a todos los postulantes. El procedimiento lo fija la Corte Suprema. Si hay menos de tres candidatos, se declara desierto el concurso. Si sólo fueren tres, el Pleno resuelve si forma la terna con los candidatos existentes o declara desierto el concurso y convoca a uno nuevo.

La remoción sigue el mismo procedimiento que la del Fiscal Nacional y la dimisión debe ser fundada y aceptada por el Fiscal Nacional.

## SEGUNDA PARTE

### Las Principales Atribuciones del Ministerio Público Durante la Instrucción

1. **La dirección de las investigaciones no es jurisdiccional, pero el M.P. no podrá ejercer en caso alguno funciones jurisdiccionales.**

Al presentarse el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, en 1995, se desató una polémica doctrinaria acerca de si podía privarse a los tribunales ordinarios de justicia que tienen por misión conocer, juzgar y cumplir lo juzgado en las causas civiles y criminales, la etapa de la investigación criminal.

Los profesores de la Universidad de Chile en dos declaraciones sostuvieron que la investigación formaba parte del conocimiento de las causas criminales, lo que fue impugnado por otros profesores quienes sostuvieron que en los sistemas comparados la investigación la llevaban los Fiscales. La Corte Suprema, por mayoría de un voto, aceptó que la investigación fuera encomendada a un órgano no jurisdiccional. En los sistemas comparados, hay investigaciones preliminares a cargo del M.P., investigaciones compartidas por la Fiscalía y los jueces y también hay sistemas en que toda la instrucción está a cargo de los Fiscales y los jueces están reservados para el juicio oral.

Para superar este impasse, se suspendió la tramitación del nuevo Código Procesal Penal y se propuso una reforma constitucional en que se obtuvo el apoyo casi unánime del Congreso para separar la función de investigar del conocimiento y de la jurisdicción de los tribunales. **Sin embargo, en el Senado, se introdujo una indicación que fue aprobada finalmente para clarificar que en caso alguno el M.P. podría ejercer funciones jurisdiccionales.**

Como ya se expresó, en las primeras discusiones del proyecto se advirtió que existían discrepancias en la doctrina y en el parecer de una parte de la Corte Suprema en cuanto a que la investigación formara parte del conocimiento de las causas criminales que era de resorte exclusivo de los Tribunales de

Justicia. Según los que apoyaban el proyecto, la investigación podía entregarse perfectamente a un organismo distinto de los tribunales, sin mengua de la facultad exclusiva de conocimiento y juzgamiento que establecía la Constitución. Según otros, ello no era posible porque durante la investigación se estaba ejerciendo también una función jurisdiccional.

Para evitar todo reparo de constitucionalidad, se impulsó una reforma constitucional que introdujo el capítulo VI A, artículos 80 a) a 80 i), que consagraba el nuevo organismo que tendría la atribución de dirigir “en forma exclusiva” la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado y, en su caso, el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

Finalmente, la reforma constitucional aprobada por la ley 19.519 estableció que el M.P. **“en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”** y más adelante también aclaró que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

Esta reforma constitucional de 1999 permitió el avance y aprobación de la reforma del Código de Procedimiento penal, pero además representó una decisión irreversible del constituyente de entregarle la exclusividad de la investigación penal al nuevo M.P., restándosela a los tribunales de justicia. Por esto, en la reforma procesal penal pendiente ya no se podrá controvertir esta vía de solución de la justicia penal, aún cuando en cierta manera subsisten algunos problemas por cuanto el nuevo órgano “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

En efecto, si bien está determinado que la investigación no es una función jurisdiccional, no es menos cierto que varias de las atribuciones colaterales del nuevo M.P. en el Código de Procedimiento Penal, podrían definirse como cuasi jurisdiccionales, lo que llevará a un posible problema de constitucionalidad.

Así por ejemplo, las atribuciones del M.P. para denegar diligencias probatorias, las que se refieren al sobreseimiento y en cierto modo la exclusividad que tiene para solicitar la prisión preventiva, sin que el Juez pueda hacerlo de oficio, representan



situaciones limítrofes en que habrá intensa discusión en los tribunales.

## 2. La dirección exclusiva de las investigaciones penales.

La reforma constitucional le otorgó al M.P. esta dirección, reemplazando el concepto del proyecto que le permitían hacerse cargo de la "investigación".

El concepto básico constitucional es que al nuevo M.P. le compete la dirección "exclusiva" de la investigación. Sobre este punto, **existió un amplio debate en el Senado, a propósito de indicaciones que perseguían suprimir el término exclusivo**, dejándose constancia de que lo que el constituyente quería era unificar en un sólo organismo la investigación y persecución penal.

Concretamente, se dejó constancia que debían acabarse las investigaciones administrativas que realizaban el C.D.E., el Servicio de Aduanas, el Servicio de Impuestos Internos, los Fiscales económicos, etc.

Es sin duda una posición bastante radical y quizás poco realista porque ello involucra crear un M.P. con demasiadas tareas y responsabilidades, *excepto las de la justicia militar*.

Posteriormente, en el proyecto de leyes misceláneas se introdujeron disposiciones que eliminaron por completo la investigación preliminar del C.D.E. en los delitos de lavado de dinero, por la misma constancia anterior. Fue inútil el esfuerzo de la Presidenta del C.D.E. para convencer a la Cámara de que se mantuvieran las atribuciones referidas. No obstante lo anterior, **llama la atención de que en el proyecto no se eliminen las facultades del Servicio de Impuestos Internos y las del Servicio de Aduanas para efectuar una investigación administrativa preliminar respecto de los delitos tributarios y de los fraudes aduaneros, dándose como razón de que no se había podido llegar a un acuerdo con estos servicios.**

Por consiguiente, este es un punto conflictivo porque habrá defensores que impugnarán la legalidad de las disposiciones que le permiten investigar a I.I o a Aduanas, asunto que deberá aclarar el Senado.

### 3. **La persecución penal y los criterios de actuación criminal del M.P.**

En los primeros proyectos, el M.P. era el prosecutor penal y el artífice de la política criminal del Estado. Esta tarea fue limitada y precisada por el Senado en el proyecto de ley orgánica del M.P.

Se consideró que la política criminal la fijaba el Estado, a través de sus Poderes Legislativos y no el Fiscal Nacional. A lo sumo, éste puede proponer al Presidente de la República determinadas políticas criminales, en su rendición de cuenta tomando en consideración la experiencia del año anterior.

Otra cosa es el criterio de actuación criminal en que lo fija el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General (Art. 17 letra a).

Entendemos que por criterios de actuación criminal están aquellos que permiten orientar a los Fiscales para el uso de las atribuciones que le han dado la Constitución y la ley. Por ejemplo, los Fiscales de la instrucción pueden adoptar importantes iniciativas en materia de suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios, abandono de una investigación en virtud del principio de oportunidad, prisión preventiva de los imputados, etc.

No es que los Fiscales se arroguen facultades que la ley no les otorga, sino que deciden ejercerlas de acuerdo a criterios generales de actuación. **Así podría darse el caso de que el Fiscal Nacional instruyera para que en los casos de peligro concreto a la seguridad de la sociedad, los Fiscales soliciten la prisión preventiva** de los imputados y considere para tal efecto los criterios que actualmente tiene el Art. 363 del Código de Procedimiento Penal y que se repiten en el proyecto de Código de Procedimiento Penal. Así también los Fiscales pueden recibir instrucciones para promover al máximo los acuerdos reparatorios, etc.

### 4. **La instrucción del Fiscal no hace desaparecer la facultad que tienen los tribunales para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley.** (Modificación al inciso 3° del Art. 73 de la Constitución).

El Mensaje del Ejecutivo eliminaba del Art. 73 de la Constitución la frase “y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decrete”, lo que podía interpretarse en el sentido de que los tribunales que señala el Art. 73 sólo podían impartir órdenes directas a la fuerza pública, pero estaban impedidos de decretar actos de instrucción.

Es posible que la intención del Mensaje haya sido únicamente enfatizar que la instrucción de los procesos penales le correspondía al Ministerio Público y no a los Jueces, no obstante lo cual el Senado corrigió la redacción y aclaró el sentido de la modificación para mantener la facultad general que tienen los tribunales para dictar actos de instrucción.

Según el primer informe de la Comisión “la sustitución está en armonía con el propósito de traspasar al M.P. únicamente las atribuciones de impartir órdenes a las fuerzas de orden y seguridad, a fin de investigar hechos que revistan caracteres de delito, que determinen la participación punible o que establezcan la inocencia del imputado. **En todos los ámbitos que no sean del proceso penal, los jueces conservan las atribuciones que las leyes les otorgan para practicar o hacer practicar actos de instrucción**”. Por ello, la Comisión sustituyó las palabras “que decreten” por la expresión “que determine la ley”, en lugar de eliminar la frase en cuestión.

En el segundo informe, la Comisión acotó aún más la modificación, dejando nuevamente constancia que la decisión traspasar al M.P. la facultad de investigar los delitos, **presenta las atribuciones de los jueces para practicar y hacer practicar actos de instrucción de conformidad a la ley y que la facultad que el inciso 3° del Art. 73 otorga a los tribunales para hacer ejecutar sus resoluciones no es afectada de modo alguno por el presente proyecto y se mantiene íntegra y sin modificaciones.**

En mérito de lo anterior la Comisión aprobó una nueva redacción en que se reemplaza la frase “para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar las resoluciones que decreten” por la siguiente: “para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley”, proposición que fue aceptada en la sala y luego por la Cámara de Diputados, figurando en la reforma constitucional aprobada.

En resumen, se traspasan a los Fiscales los actos de instrucción destinados a la investigación de un hecho punible y éstos se separan de las atribuciones de los tribunales, conservando éstos todas las facultades instructorias y relativas al cumplimiento de sus resoluciones en todas las áreas distintas a la investigación del proceso penal. El único tema que puede provocar dudas consiste en que el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, aprobado en primer trámite, los jueces de control mantienen ciertas limitadas atribuciones respecto de la instrucción y en este caso tendrían imperio respecto de la investigación, pero este punto tendrá que ser resuelto más adelante.

5. **Las órdenes directas de los Fiscales a las fuerzas de orden y seguridad durante la investigación** (Art. 80 A inc. 3°).

La reforma constitucional consagra la idea de que los fiscales pueden dar órdenes directas durante la investigación a las fuerzas de orden y seguridad.

El inciso 3° establece que **“la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso”**.

A no mediar esta disposición constitucional, los fiscales del M.P. no habrían podido impartir órdenes directas durante su investigación, a las fuerzas de orden y seguridad. Ello era de resorte exclusivo de los jueces cuando conocían de una causa criminal.

Ahora bien, habiéndose definido constitucionalmente de que los Fiscales tienen la dirección exclusiva de la investigación, sin que ello constituya una función jurisdiccional, es lógico que se les haya conferido la atribución de impartir órdenes directas a la policía para investigar adecuadamente un delito.

El legislador sustituyó la referencia a Carabineros e Investigaciones por la denominación genérica de Fuerzas de Orden y Seguridad que contiene el Art. 90 de la Constitución. Esta norma determina que estas fuerzas están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública

interior, en la forma que determinen sus leyes orgánicas. No hay constancia de las razones del cambio.

Por lo anterior, no se entiende cabalmente por qué razón se sustituyó la expresión “Carabineros e Investigaciones” por la de “Fuerzas de Orden y Seguridad”, porque en el fondo son lo mismo, salvo que se haya preferido optar por una terminología constitucional que permite a las instituciones policiales actuar de conformidad a sus leyes orgánicas.

De otra parte, la remisión a las leyes orgánicas de estas instituciones, conforme lo establece el Art. 90 de la Constitución y la referencia del Art. 80 A inciso 3°, conduce a sostener que la forma específica como se cumplen los decretos del Fiscal durante la investigación, los decide la institución policial que actúa de acuerdo a los métodos policiales y a las peculiaridades de sus actuaciones.

Este es un punto de debate y su solución se afinará con el tiempo. En mi concepto, la idea es que las Fuerzas de Orden y Seguridad deben cumplir los decretos del Fiscal, sin calificar sus fundamentos o legalidad, salvo excepciones, pero que en cuanto a la forma específica como las órdenes son cumplidas, ello es resorte exclusivo de las instituciones policiales.

*Por ejemplo, si el Fiscal ordena la detención del imputado, previa autorización judicial, la institución policial debe cumplir con la orden, pero ella decide si lo cumple a qué hora en el día o en la noche, también si tiene puntos fijos en la residencia del imputado o si resuelve seguir los pasos de sus amistades y parientes, etc. El Fiscal no le puede imponer a la Policía que la detención se lleve a cabo a determinada hora y mediante un determinado procedimiento, porque ello será resuelto por la Policía y así ocurre en los EE.UU. y en otros países que tienen sistemas parecidos.*

Los detalles de las actuaciones que deben cumplir las instituciones policiales se contienen o deben contenerse en el nuevo Código Procesal Penal o en la ley Orgánica del M.P.

El legislador dejó constancia que **“la enmienda constitucional en estudio verá aminorado su impacto si simultáneamente con su puesta en vigencia no se moderniza la Policía”**. (Informe Comisión Senado).

Esta constancia se debe a que el legislador sabe perfectamente cuál es la realidad actual relativa al cumplimiento de las órdenes de los Juzgados del Crimen a la Policía y como numerosas órdenes se devuelven sin resultado por la Policía, en especial cuando se trata de detenciones de personas que no son habidas.

En cuanto a la posibilidad de que el Fiscal participe directamente en las investigaciones, se trata de un punto no resuelto en la Constitución que dará origen a discusiones jurisprudenciales. En efecto, si bien la Constitución establece que al Fiscal le corresponderá exclusivamente la dirección de la investigación, no es menos cierto que si puede lo más, también podría lo menos, es decir participar en la investigación que él dirige. De otra parte, el Art. 253 del proyecto de Código Procesal Penal establece que los Fiscales “**podrán realizar por sí mismos** o encomendar a la Policía todas las diligencias de investigación...”, lo que evidenciaría que el Fiscal puede investigar por sí mismo.

Se podría sostener de contrario que al Fiscal sólo le corresponde la dirección de la investigación, pero no participar en las diligencias encomendadas a la Policía ya que ésta necesita actuar con sus cánones como se cumple la actuación encomendada, todo esto es sin perjuicio de los riesgos que involucra la participación directa del fiscal en las actuaciones. También se puede argumentar que en el proyecto del Ejecutivo se daba al M.P. la exclusividad de la investigación y luego en el Senado se reemplazó la expresión “investigar” por “dirigir la investigación”, **porque quien ejecuta materialmente esas acciones es la Policía** (Informe Comisión Legislación).

## 6. **Las investigaciones del Fiscal deben ser racionales y justas.**

La reforma constitucional reemplazó en el inciso 5° del N° 3 del Art. 19, la frase “un racional y justo procedimiento”, por la siguiente: “un procedimiento y una investigación **racionales y justos**”.

Este agregado fue introducido por el Senado para evitar excesos de los fiscales que a pretexto de su atribución exclusiva de dirección de la investigación, lleven a cabo una investigación contraria a la razón y a la justicia.

Este agregado se debió a una indicación de los Senadores señores Díez y Piñera y se funda que dado que el M.P. no realiza una función jurisdiccional, **resulta imperativo sujetar su actuación a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento y que hay que hacer al legislador la misma recomendación que se hace respecto del procedimiento judicial, esto es que la investigación debe ser justa y racional.**

En consecuencia existe un mandato al legislador en el sentido que debe establecer siempre las garantías no sólo de un procedimiento sino que también de una investigación racional y justa. Le corresponderá decidir el punto a aquellos órganos que ejerzan el control de constitucionalidad sobre las leyes que se aprueben sobre las actuaciones del M.P. durante la investigación. En buenas cuentas, el legislador quiso expresar que en materia de atribuciones del M.P. en la investigación, no hay carta blanca para cualquier discrecionalidad del Fiscal durante la investigación.

Ahora bien, el tema a discutir es si una ley le da facultades amplias al Fiscal y si éste las ejerce en forma contraria a la razón y a la justicia y si al hacerlo en forma arbitraria, conculca algunas de las garantías constitucionales. Si ello ocurriere, la jurisdicción ordinaria tiene imperio para restablecer el imperio del derecho, sea a través de los recursos de protección o de amparo u otra vía jurisdiccional. No podría sostenerse que a pretexto de que el Fiscal no ejerza funciones jurisdiccionales, no pueda afectar algún derecho fundamental y esta infracción no pueda ser conocida por la vía que corresponda, por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, en el primer informe del proyecto sobre Ley Orgánica del M.P., los Senadores Díez y Larraín dejaron constancia de que estimaban procedente el recurso de amparo contra los excesos del Fiscal.

**7. El ejercicio de la acción penal pública y la dirección de la investigación de los hechos delictivos, en las causas que sean de conocimiento de los Tribunales Militares, seguirá rigiéndose por las normas del Código de Justicia Militar y las leyes respectivas.**

La justicia militar tiene sus propios órganos persecutorios de la acción penal y que llevan a cabo la investigación sumarial. A cargo de la investigación se encuentra un Fiscal que tiene facultades jurisdiccionales, sin perjuicio de los recursos en

contra de sus resoluciones durante la instrucción. Además, existe el Ministerio Público Militar que se encarga de representar y defender los intereses de las instituciones armadas.

El nuevo Art. 80 A inciso 4°, consagra constitucionalmente una excepción en favor de los Tribunales Militares y sus órganos, con lo que se excluye tajantemente toda intervención del nuevo M.P. en esta materia. El legislador optó por mantener el sistema actual que está funcionando y que podría verse violentamente alterado por la presencia de un nuevo órgano persecutor. Además, la instrucción del Fiscal Militar sería incompatible con la del nuevo M.P.

Esta mantención de las atribuciones actuales de la justicia militar fue impugnada por varios Senadores en razón de estimarse que ello era materia de ley y no de una reforma constitucional, pero la mayoría la mantuvo fundándose en que si el M.P. recibía consagración constitucional, era necesario consignar la excepción con el mismo rango normativo (Informe Comisión Senado).

Primitivamente sólo se habían incluido en la excepción los delitos militares del Código de Justicia Militar, pero se amplió la excepción a aquellos delitos de que conoce la justicia militar y que no están en dicho Código, como por ejemplo la Ley de Control de Armas u otras (Segundo Informe Comisión).

8. **Las atribuciones del nuevo M.P. en la dirección de la investigación no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia; no es al investigado al que le corresponde acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino que el Fiscal debe probar lo contrario, si es el caso** (Informe Comisión Senado).

Por lo anterior y dentro del principio de objetividad, el Fiscal no sólo debe intentar acreditar el hecho punible y la participación de los imputados, sino que también le corresponde “acreditar la inocencia del imputado”. Esta última frase es un tanto equívoca porque daría a entender que la inocencia debe ser acreditada, en circunstancia de que se dejó constancia en la Comisión de Senado de que toda persona se presumía inocente hasta que no se demostrara lo contrario. Lo que vale es la intención del



legislador y en esta materia no hay modificación al principio de la inocencia del imputado.

Al igual que en el Código de Procedimiento Penal actual (Art. 109) que obliga al Juez a investigar con igual celo también las circunstancias que eximan de responsabilidad al inculpado o la extingan o atenúen, el nuevo fiscal debe proceder con la misma objetividad que un Juez.

## **9. La protección de las víctimas y de los testigos.**

El nuevo Art. 80 A inciso 1° le confiere al Fiscal la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, de conformidad a la ley.

A su vez, en el nuevo Código Procesal Penal se especifica como el Fiscal debe dar esta protección y en el proyecto de nueva Ley Orgánica del M.P. se establece que dentro de la organización interna del M.P., existirá una unidad destinada a preocuparse de la protección de las víctimas y de los testigos.

Sin perjuicio de lo anterior todo fiscal que lleva una instrucción tiene como misión la protección de las víctimas y de los testigos, lo que no excluye de que también puedan ser protegidos sus derechos por la jurisdicción ordinaria, si ello resulta procedente.

Estimamos que esta nueva atribución de los Fiscales no excluye las medidas que puedan adoptar las autoridades judiciales o administrativas para proteger a los testigos y las víctimas. El M.P. no tiene la exclusividad al respecto, pero es lógico que esta protección se disponga por el Fiscal en el proceso penal.

## **10. El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.**

Esta fue una indicación del Senador Diez que se incorporó en la reforma constitucional, modificándose el criterio del proyecto del Ejecutivo que entregaba la acción penal pública únicamente al Ministerio Público.

En virtud de esta reforma, el nuevo Código Procesal Penal permite la querrela del ofendido y excepcionalmente de otras personas. Surge la duda si dentro del concepto de ofendido, cabe incluir a las personas jurídicas y aunque aparentemente el

proyecto se refiere a las personas naturales, estamos seguros que la jurisprudencia, de acuerdo a principios generales, también va a aceptar la acción penal de personas jurídicas que también pueden verse afectadas por un hecho ilícito.

## 11. Esquema de la instrucción de los Fiscales.

Debemos distinguir entre la **investigación preliminar** o no formalizada **y la judicial o formalizada**.

- a) **En la investigación preliminar**, que no tiene plazo, al Fiscal le llegan antecedentes de un hecho punible, por la vía de la denuncia o de una querrela declarada admisible por el Juez de Control o por iniciativa propia.
- b) **El Fiscal debe analizar si los hechos son constitutivos de delito y si no está prescrita la acción penal**. De ser así, no se da curso a ninguna investigación.
- c) El Fiscal puede **archivar provisionalmente la investigación** cuando falten antecedentes que permitan avanzar hacia una formulación de cargos en contra de un imputado, excepto cuando se ha dado tramitación a una querrela en cuyo caso el Fiscal debe continuar la investigación (A. 243).
- d) **El Fiscal puede no iniciar o abandonar la investigación de un hecho ilícito menor, en virtud del principio de oportunidad**. El hecho es delictual, pero la ley lo facultaría para no investigar en razón del escaso beneficio social que representaría llevar adelante un proceso (A.244).
- e) En esta etapa preliminar, **el Fiscal investiga a través de la policía o por si mismo y la investigación es desformalizada**, lo que no significa que no exista ningún registro de la investigación.
- f) El Juez de Control sólo tiene intervención cuando un afectado por la investigación preliminar reclama por la tardanza o por la incertidumbre que tiene al respecto, por lo que el tribunal puede fijarle un plazo al Fiscal para formalizar la instrucción o para cerrar la investigación, solicitándole un informe al respecto (A. 266).

La otra intervención que tiene es admitir las querellas de los ofendidos por el delito, declarándolas admisibles y enviándolas al Fiscal de la instrucción para que la agregue a los antecedentes investigatorios y los considere como interviniente, con los derechos de querellante.

- g) El Fiscal puede interrogar a testigos, hacer careos y también al posible o futuro imputado. Sin embargo, **en mi concepto no cabe hablar de imputado hasta que el Fiscal no formaliza la instrucción en su contra**, a partir de lo cual debe ser interrogado en forma indagatoria por el Juez de Control.
- h) Si durante esta investigación preliminar, el Fiscal necesita practicar actuaciones que restrinjan o limiten los derechos asegurados por la Constitución, necesita pedir una autorización judicial previa al Juez, **pero en tal caso debe formular cargos o formalizar la instrucción en contra de un determinado imputado**, de modo que la autorización previa judicial da origen necesariamente a una segunda etapa en que la investigación se formalice.
- i) Hay determinadas diligencias en que se exige que sean practicadas por el mismo juez, con asistencia del Fiscal (A. 268 a 273), como por ejemplo el reconocimiento en rueda de presos, los exámenes corporales, el examen de los vestidos y el reconocimiento de objetos.
  - a) **En cuanto a la investigación formalizada** se inicia con la formulación de cargos del Fiscal en contra de un imputado, la que se comunica por escrito al Juez de Control. Es un acto privativo del Fiscal, no sujeto a recursos procesales, salvo una reclamación a la autoridad superior del M.P., que en este caso es el Fiscal Regional. Como problema de fondo, se va a plantear por algunos la posibilidad del recurso de amparo, que sería de dudosa procedencia porque se trata de un acto privativo del Fiscal que precisamente le otorga al imputado el derecho a conocer los cargos, a defenderse y a ser parte en el proceso penal, lo que en principio no vulnera o restringe su libertad personal.

- b) El Juez cita a una audiencia de formalización de los cargos en que se leen cargos al imputado, en presencia de su defensor, la que es obligatoria bajo sanción de nulidad. Enseguida, el Juez escucha la versión del imputado, tomándole declaración y decidiendo su prisión preventiva, en el caso de que la hayan solicitado el Fiscal o el querellante, si lo hubiere.

En esta audiencia de formalización, también pueden tratarse los temas relacionados con la suspensión condicional del procedimiento a los acuerdos reparatorios.

- c) La formalización de cargos suspende el curso de la prescripción de la acción penal.
- d) En principio, desde la formalización de la instrucción hay un plazo máximo dos años para cerrar la investigación, pero este plazo puede ser reducido.
- e) Puede que también se resuelva en esa audiencia, la celebración de un juicio inmediato, es decir que la causa pase directamente al juicio oral, debiendo en ese caso el Fiscal inmediatamente formular acusación e indicar las pruebas de que se piensa valer en el juicio oral. El imputado también debe formular su defensa y ofrecer prueba. Si el tribunal hubiere acogido el juicio inmediato, al término de la audiencia dicta auto de apertura del juicio oral y envía los antecedentes al tribunal oral.

Para dar un ejemplo de esta situación, podríamos citar un hurto de características simples, en que el imputado está confeso o ha sido sorprendido in fraganti, se han encontrado las cosas hurtadas y existe un claro informe policial sobre las circunstancias del caso y el imputado no ha formulado objeción al juicio inmediato.

- f) Durante la instrucción formal que puede tomar hasta dos años, se llevan registros tanto por el Fiscal como por el Juez de Control de la instrucción, registros que estimamos son más formales que los de la investigación preliminar dado que pueden dar

origen a reclamos y eventualmente a recursos procesales.

En dichos registros tiene que constar las autorizaciones pedidas por el Fiscal al Juez, las actas de las actuaciones verbales que se celebran ante el Juez, el cumplimiento de las órdenes por la Policía, etc.

- g) Puede que algunos testigos no puedan comparecer posteriormente al juicio oral, en cuyo caso **se permite anticipar la prueba**, siempre que se haga ante el Juez de Control y con asistencia de todos los intervinientes.
- h) Por regla general, pero no absoluta, todo el material de la investigación le sirve al Fiscal para acusar o para proponer el sobreseimiento, al terminar la instrucción, pero no sirve para condenar al imputado acusado porque las pruebas deben rendirse en el juicio oral.
- i) **La publicidad en la ley orgánica y en el Código Procesal Penal.**

El Art. 8° establece la publicidad de los actos administrativos del M.P., salvo causales legales de reserva o secreto. La Comisión entendió que esta reserva se definiría respecto de las actuaciones procesales, en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

A su vez el Art. 262 establece el secreto de las actuaciones realizadas por los Fiscales y por la Policía, para los terceros ajenos al procedimiento. **Respecto de los intervinientes, pueden examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial, salvo que el Fiscal mantenga en secreto determinadas piezas o actuaciones para la eficacia de la investigación**, todo esto por regla general.

A contrario sensu, todas las actuaciones ante el Juez de Garantía deberían ser públicas.

Posteriormente, en el juicio oral y en la preparación del juicio oral, las actuaciones son públicas con las restricciones que establece el Art. 353 para proteger la honra de las personas y la privacidad de los imputados y de las víctimas. El comentario de estas restricciones que afectarán a la prensa, sería materia de un seminario propio y especializado.

- j) **El cierre de la instrucción.** Lo decreta el Fiscal y no el Juez. El plazo máximo para cerrarla es de dos años. No hay recursos en contra de esta decisión, pero el Juez puede acoger un reclamo de un interviniente para ordenar completar la investigación cuando las diligencias hayan sido denegadas durante la instrucción por el Fiscal (A. 317 y 327).

## **12. Las relaciones y conflictos de atribuciones entre los Fiscales y el Juez de Garantía.**

En principio, salvo reglas de excepción que aún se discuten en el Congreso, los jueces no pueden ordenar al Fiscal las investigaciones que éste debe hacer y están limitados a las funciones específicas que les confiere la ley.

Los requerimientos de Fiscal deben ser fundados y por escrito (Art. 98 y 267). La resolución del Juez también debe ser por escrito cuando autoriza una actuación que limita los derechos constitucionales, porque la Policía tiene la obligación de exigir que se le exhiba la orden judicial.

Sin embargo, hay zonas difusas o grises en que pueden producirse dificultades de interpretación entre ambas autoridades, sin que hasta ahora se hayan formulado reglas legales para resolver los conflictos de atribuciones.

Este es un punto de suma importancia porque dependerá de su solución, la eficacia de la investigación criminal y de otro lado, el impedir que los Fiscales se excedan en sus atribuciones, en desmedro de los derechos asegurados por la Constitución.

En efecto, las reglas sobre las atribuciones de cada cual durante la instrucción están más o menos claras. Así, el Fiscal dirige la investigación, pero cada vez que decreta diligencias o actuaciones que puedan vulnerar, limitar o restringir los derechos constitucionales, es menester que el Juez de Control las autorice previamente. Sin embargo, no se ha aclarado

suficientemente lo que sucede en el caso de que el Fiscal pide esta autorización y el Juez no la concede, o en el caso de que el Juez concede la autorización, pero los intervinientes están en desacuerdo. En términos generales, no hay reglas sobre los conflictos de atribuciones entre los Fiscales y los Jueces en cuanto quien las decide y como se deciden, lo que es delicado porque unos y otros dependen de distintos superiores jerárquicos. Lo mismo puede llegar a ocurrir cuando la Policía exige la autorización judicial previa y el Fiscal considera que tal autorización no es necesaria.

El otro ángulo de posibles conflictos se encuentra en lo relativo a los reclamos en contra de una investigación del Fiscal que no sea justa o racional. En la reforma constitucional quedó establecido de que el legislador debía establecer siempre que la investigación del Fiscal fuera justa y racional, al igual que en los procedimientos judiciales. Existe la duda sobre la procedencia del recurso de amparo para reclamar por una limitación o restricción arbitraria de la garantía de la libertad personal. En la Cámara, se suprimió el recurso de amparo por estimarse que siendo una acción constitucional no debía estar regulada en el nuevo Código Procesal Penal, por lo que se acordó que el Ejecutivo debía mandar una ley separada al respecto. En el Senado, hay dudas al respecto y los Senadores Díez y Larraín han dejado expresa constancia en los informes respectivos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que procede el recurso de amparo en contra de las actuaciones arbitrarias de los Fiscales que vulneren la garantía constitucional de la libertad personal. Aún más, el Senador Larraín dejó constancia en la discusión general en el sentido de que la Ministro de Justicia se había comprometido a reponer el recurso de amparo en el nuevo Código Procesal Penal. Si ello no ocurre, esta acción constitucional se regirá exclusivamente por la Constitución Política del Estado y subsistirá no obstante que desaparezca del Código Procesal Penal nuevo.

La otra zona difusa en las relaciones entre Fiscales y Jueces, consiste en que se han aprobado algunas normas que permiten al Juez de Control o al tribunal oral, ordenar que el Fiscal o que la Policía completen sus investigaciones para poder juzgar de manera más justa.

El proyecto aprobado por la Cámara y también la opinión de la Corte Suprema, apoyan esta facultad superior de los jueces y hasta ahora el Ministerio de Justicia se opone a que los jueces

tengan ninguna participación o decisión en la investigación de un ilícito penal, procurando que el sistema acusatorio no tenga rasgos inquisitivos.