



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
INFORME EN DERECHO
V-2004 / Noviembre
**“SOBRE LAS POTESTADES DE LOS ABOGADOS AYUDANTES DE
FISCAL”**

Raúl Bertelsen Repetto

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

SOBRE LAS POTESTADES DE LOS ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL

RAÚL BERTELSEN REPETTO

1. Consulta. Los abogados asistentes del fiscal.

De acuerdo a lo solicitado tengo el agrado de informar en derecho sobre la constitucionalidad de la incorporación al nuevo sistema procesal penal de los abogados asistentes del fiscal, y específicamente, sobre la modificación que se estudia al Art. 132 CPP para permitir que a la primera audiencia judicial del detenido, llamada usualmente audiencia de control de la detención, concurra el fiscal “o el abogado asistente del fiscal”.

En lo que interesa a los efectos de este informe y para una mejor comprensión de la consulta formulada, cabe recordar que el Art. 132 CPP trata de la “Comparecencia judicial” y está situado dentro del Libro Primero del Código en el Título V “Medidas cautelares personales”, Párrafo 3° “Detención”.

Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del Art. 132, “A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal. La ausencia de éste dará lugar a la liberación del detenido”. Luego, en el inciso segundo, se establece que “En la audiencia, el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

De acuerdo a los antecedentes que se me han proporcionado, la reforma en estudio en el Congreso Nacional modifica el inciso primero del Art. 132 que queda redactado de la siguiente forma: “A la primera audiencia judicial del

detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido”. El inciso segundo mantiene su redacción y se añade un inciso tercero, conforme al cual “Si el juez declarare ilegal la detención el fiscal podrá apelar de tal resolución”.

Existe, según los antecedentes que conozco, el propósito de indicar de modo explícito que las atribuciones que el inciso segundo del Art. 132 confiere al fiscal, sean también ejercitadas por el abogado asistente del fiscal. De prosperar, entonces, la modificación que se discute actualmente en el Congreso Nacional, no sólo los fiscales que integran el Ministerio Público, sino también los abogados asistentes del fiscal quedarán habilitados para concurrir y actuar en la primera audiencia judicial del detenido.

Sin embargo, la aparición de los abogados asistentes del fiscal en el Código Procesal Penal no ha sido acompañada, hasta la fecha, por la correspondiente modificación a la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, siendo que se trata de una figura nueva que altera la organización de dicho organismo.

Para responder a la consulta formulada es necesario tener presente los diversos cuerpos normativos existentes que inciden en la materia objeto del informe. Ellos son, en primer lugar la Constitución Política, cuyas disposiciones y principios básicos son claves para resolver el problema, pero también la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público; y el Código Procesal Penal, cuyo análisis ha de efectuarse en forma tal que se respete la supremacía de las normas constitucionales sobre las legales, y que entre éstas exista la debida correspondencia y armonía como lo exige el criterio sistemático de interpretación de la ley consagrado en el Art. 22 CC.

2. Consagración constitucional del Ministerio Público

El Ministerio Público fue introducido en la Constitución Política en 1997 mediante la Ley N° 19.519 de Reforma Constitucional que agregó a la Carta de 1980 el capítulo VI-A, titulado precisamente “Ministerio Público”.

La consagración con rango constitucional de un órgano del Estado trae importantes consecuencias jurídicas que deben tenerse siempre presentes cuando se estudia la legislación complementaria de uno de esos órganos.

Al crearse un nuevo órgano del Estado en la Constitución Política, o al darse rango constitucional a uno ya existente, su fundamento jurídico descansa directamente en las normas constitucionales y no en la ley, razón por la que queda situado en una posición de supremacía frente a la legislación que no puede alterar en adelante las bases constitucionales de su existencia.

Por ello es muy importante determinar la modalidad que la Constitución haya seguido al consagrar constitucionalmente un órgano del Estado. En ocasiones, la Carta Fundamental se limita a crear un nuevo órgano y a señalar una o más de sus características esenciales, remitiendo de modo amplio al legislador la determinación de su composición, funciones y atribuciones. Otras veces, en cambio, las normas constitucionales son mucho más detalladas, y entran a reglar, por una parte, su integración, señalando qué personas lo compondrán, cómo serán designadas en sus cargos y el modo en que se hará efectiva su responsabilidad, y por otra, sus funciones y atribuciones.

Si la creación constitucional de un órgano es escueta, la competencia de la ley es mucho más amplia y, en gran medida es ella la que configurará jurídicamente el organismo constitucional. El legislador, en tal caso, podrá más adelante introducir al mismo las modificaciones que estime convenientes, siempre, naturalmente, que no afecten su base constitucional. Pero si ha sido la propia Constitución la que reguló en forma más precisa un órgano, la competencia de la ley es mucho más reducida y el legislador únicamente podrá actuar de modo válido dentro de los márgenes que la Carta Fundamental le permita, sin apartarse de sus normas, que pueden haber fijado detalladamente la composición, funciones y atribuciones del órgano. Esta es, como se sabe, una de las consecuencias de los principios de supremacía constitucional y de juridicidad, consagrados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

La creación con rango constitucional en 1997 del Ministerio Público no se limitó a la introducción en la Carta Fundamental de un nuevo órgano del Estado, al que las normas constitucionales sólo caracterizaran en sus rasgos fundamentales, remitiendo su composición, organización, funciones y atribuciones a una ley complementaria, como hiciera el artículo 97 de la Constitución Política de 1980 con el Banco Central, sino que, además de crearlo, la propia Constitución reguló de modo preciso la integración del nuevo organismo y señaló ella misma sus funciones.

La modalidad seguida en 1997 por la Constitución para la creación del Ministerio Público trae importantes consecuencias jurídicas. Al contemplarse en la Carta Fundamental la composición del nuevo organismo de rango constitucional, la legislación complementaria, que para el Ministerio Público –al igual que sucede para la mayor parte de los órganos constitucionales- ha de contenerse en una ley orgánica constitucional, no puede introducir variaciones en los cargos que lo integran, y lo mismo ocurre con las funciones que con carácter exclusivo la Constitución le asigne. Estas funciones no sólo no pueden asignarse a otros poderes u organismos constitucionales, sino que han de ser ejercidas dentro del organismo constitucional de que se trate, en este caso el Ministerio Público, por las personas que desempeñan los cargos que la Constitución contempla y no por otras.

La técnica jurídica utilizada en 1997 para la creación del Ministerio Público exige, entonces, precisar con claridad las normas constitucionales que lo configuran, y eso es lo que haré a continuación en este informe.

3. Marco constitucional del Ministerio Público

El Art. 80 A, inciso primero, de la Constitución Política, establece que “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”.

En cuanto a la composición del Ministerio Público, varias disposiciones del capítulo VI-A de la Constitución se ocupan de ella. El Fiscal Nacional aparece en el Art. 80 C, norma ésta que señala los requisitos que debe reunir una persona para poder ser nombrada en el cargo, y también la forma en que se le designará y la duración en el ejercicio de sus funciones. El Art. 80 D, a su vez, dispone la existencia de, al menos, un Fiscal Regional en cada una de las regiones del país, fija los requisitos para ser nombrado y la duración en el cargo, como también las autoridades que intervienen en su designación. Por su parte, el Art. 80 F contempla la existencia de fiscales adjuntos, la forma de designarlos y los requisitos que deben reunir las personas que desempeñen dichos cargos. Es importante asimismo el Art. 80 G relativo a la responsabilidad del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales, ya que en ese precepto se establecen las causales –incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones- por las que pueden ser removidos en sus cargos por la Corte Suprema y el modo como ésta debe actuar. La Constitución, sin embargo, en el Art. 80 B, inciso primero, remitió a la ley orgánica constitucional el establecimiento de las causales de remoción de los fiscales adjuntos.

Estamos, pues, ante un organismo constitucional que está integrado por las autoridades y órganos que ha señalado la propia Carta Fundamental. Ellos son, como he recordado: el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos. La ley orgánica constitucional, entre otros cometidos, tiene el que señala el Art. 80 B de la Constitución, determinar su organización, encargo que se ha cumplido en la Ley N° 19.640. Esta, como analizaré más adelante en este informe, además de los distintos fiscales contempla la existencia de una serie de jefaturas administrativas, de funcionarios, e incluso de un Consejo General del Ministerio Público, el cual es, sin embargo, sólo un órgano asesor y de colaboración del Fiscal Nacional, pero reserva el ejercicio de las actuaciones procesales del Ministerio Público, esto es, de los actos por medio de los cuales cumple sus funciones constitucionales, únicamente a los fiscales.

Las funciones que la Constitución asigna al Ministerio Público –dirección exclusiva de las investigaciones criminales, ejercicio de la acción penal pública y adopción de medidas de protección a las víctimas y testigos-, aunque las normas constitucionales no lo dicen de modo explícito, debe entenderse que sólo corresponde ejercitarlas a los órganos que integran el Ministerio Público –Fiscal Nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos-, sin que pueda la ley radicar el ejercicio de estas funciones en otros funcionarios.

No cabe duda que la Constitución Política reserva a los fiscales el ejercicio de las funciones propias del Ministerio Público. De ahí que el Art. 80 B, inciso segundo, encomiende a la ley orgánica constitucional el establecimiento del 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, que son las dos funciones principales del organismo. Independencia y autonomía, por una parte, y responsabilidad, por otra, son elementos complementarios en la configuración de los únicos órganos –los fiscales- a través de los cuales puede el Ministerio Público ejercer las funciones que la Constitución le asigna.

Este entramado de potestades estatales y las responsabilidades que le son conexas, sólo tiene sentido en la medida en que ellas radican y pueden hacerse efectivas en personas que tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas. Tal como ocurre con otras autoridades, la Constitución establece un sistema de responsabilidad de los fiscales, entre otras razones, por una cuestión de control público y para garantizar el efectivo cumplimiento de los deberes que les son exigibles. Todo ello muestra que la Constitución ha excluido la asignación de atribuciones que representen dirección de la investigación criminal o ejercicio de la acción penal pública, a otras personas que no sean los fiscales, aunque formen parte de la planta del Ministerio Público, pues nos encontramos ante potestades públicas cuyo indebido ejercicio lleva aparejado las responsabilidades consiguientes.

Por tal razón, como veremos, es que resulta inconstitucional que la ley confiera una atribución que implique el ejercicio de alguna de estas funciones a

personas diversas de los fiscales, aunque sean funcionarios o profesionales contratados por el Ministerio Público.

4. Ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Aceptación por el Tribunal Constitucional de sus disposiciones

La Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, desarrolla en su articulado la idea básica consagrada en la Constitución que reserva a los fiscales el ejercicio de las funciones del Ministerio Público. Diversas disposiciones, todas ellas concordantes entre sí, se refieren a la materia.

El punto de partida se encuentra en el Art. 2, inciso primero, al establecer que “El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas”, y luego en el inciso segundo, al precisar que “Los fiscales, en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley”.

Según lo dispone el Art. 80 I de la Constitución Política, “El Fiscal Nacional tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva”. Ésta, en su Art. 13, inciso primero, lo define como “jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento”, y luego en el Art. 17 le otorga una serie de atribuciones necesarias para ejercer la superintendencia que la Constitución le encomienda.

Ello no impide, sin embargo, aunque no sea lo que ocurra usualmente, que el Fiscal Nacional realice directamente, en ciertos casos, las actuaciones procesales a través de las cuales el Ministerio Público cumple sus funciones constitucionales. Así, el Art. 18 de la Ley N° 19.640, establece que “El Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren

constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciera necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía”.

Es, sin embargo, en los fiscales regionales en quienes recae de modo primordial la actividad propia del Ministerio Público. De ahí que el Art. 27 de la Ley N° 19.640 señala que: “A los fiscales regionales corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en la región o en la extensión geográfica de la región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo, por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia”. Naturalmente, a los fiscales regionales corresponden también una serie de atribuciones de índole administrativa, necesarias para el buen funcionamiento del Ministerio Público y a las que se refiere el Art. 32 de la ley.

En concordancia con los Arts. 2° y 27 de la Ley N° 19.640 a los que ya me he referido, otras normas de la ley precisan la labor de los fiscales adjuntos. El punto de partida en esta materia es el Art. 38 cuyo contenido es necesario examinar.

En su inciso primero, el Art. 38 establece que “Las fiscalías locales serán las unidades operativas de las Fiscalías Regionales para el cumplimiento de las tareas de investigación, ejercicio de la acción penal pública y protección de las víctimas y testigos”, fiscalías que, según señalan los incisos segundo y tercero de la misma disposición, contarán con fiscales adjuntos, profesionales y personal de apoyo, como también con los medios materiales que se les asignen, y que están a cargo de un fiscal adjunto con la denominación de fiscal jefe.

Este fiscal jefe, de acuerdo con lo que indica el Art. 40, es a quien corresponde distribuir los casos entre los distintos fiscales adjuntos cuando una fiscalía local cuente con más de uno de dichos fiscales, de acuerdo con las instrucciones del Fiscal Nacional y en base a criterios objetivos, pero las actuaciones propias del Ministerio Público las realizan en forma individual los fiscales adjuntos. Cabe, al respecto, citar el inciso primero del Art. 44 de la Ley N° 19.640, el que

señala que “Dentro de cada fiscalía local los fiscales adjuntos ejercerán directamente las funciones del Ministerio Público en los casos que se les asignen”, para añadir a continuación que “Con dicho fin dirigirán la investigación de los hechos constitutivos de delitos y, cuando proceda, ejercerán las demás atribuciones que la ley les entregue”.

El Ministerio Público cuenta, por cierto, con funcionarios de planta, y también puede contratar servicios externos necesarios para su funcionamiento, pero la ley no admite la posibilidad de que sus funcionarios ejerzan tareas propias de los fiscales, y de modo explícito excluye que la contratación de servicios externos se extienda a actividades que son propias de los fiscales. Interesa, al respecto, recordar que el Art. 85 de la Ley N° 19.640, en su inciso primero señala que “El Fiscal Nacional y los fiscales regionales podrán determinar la contratación de servicios externos para el desempeño de funciones que no sean de las señaladas por la Constitución Política de la República”, y en su inciso segundo añade que “De igual forma, podrán contratar, sobre la base de honorarios, a profesionales y técnicos de nivel superior o expertos en determinadas materias”.

No existe, como puede apreciarse, referencia alguna en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público a los abogados asistentes del fiscal, que es la figura que ahora aparece en la modificación que se estudia al Art. 132 del Código Procesal Penal. Su introducción, no cabe duda que es materia de ley orgánica constitucional pues incide en la organización de dicho organismo, la cual, según lo dispuesto en el Art. 80 B de la Constitución, corresponde que sea determinada por normas de ese rango, como lo hizo, por lo demás la Ley N° 19.640 en todo lo relativo a su organización.

Las normas que he analizado, al igual que todas las contenidas en la Ley N° 19.640, fueron consideradas de rango orgánico constitucional por el Tribunal Constitucional, el que las examinó antes de su promulgación en su sentencia de 28 de septiembre de 1999. Las normas citadas, además, fueron declaradas conformes a la Constitución, lo que no debe causar sorpresa alguna.

En efecto, las funciones que el Art. 1 de la ley menciona como pertenecientes al Ministerio Público -dirección exclusiva de la investigación criminal, ejercicio de la acción penal pública, y protección de víctimas y de testigos- las entrega la propia Constitución al Ministerio Público, y éste sólo puede ejercerlas a través del Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos, que es lo que la Ley N° 19.640 ha consagrado en su articulado. Si el artículo 85 de esta ley no hubiera, entonces, respetado este límite constitucional y hubiese permitido que profesionales a contrata desempeñaran alguna de las funciones del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional no habría declarado, como lo hizo en su sentencia de 28 de septiembre de 1999, conforme a la Constitución el citado Art. 85. La contratación de profesionales y de servicios externos que faculta el Art. 85 de la citada ley al Fiscal Nacional y a los fiscales regionales, no puede, pues, extenderse a aquellas funciones que la Constitución señala como propias del Ministerio Público.

5. Alcance de la normativa incluida en el proyecto de ley de que conoce el Congreso Nacional

La modificación en estudio en el Congreso Nacional altera, en cambio, de modo sustancial la reserva a los fiscales de las actuaciones procesales que corresponden al Ministerio Público.

En efecto, de aprobarse la modificación al Art. 132 CPP que he reproducido en el punto 1 de este informe, en la audiencia que la doctrina llama de control de la detención, en lugar del fiscal, que es lo que prescribe actualmente el inciso primero del Art. 132, podrá concurrir el “abogado asistente del fiscal”, el cual, aunque el texto que he tenido a la vista no lo indica de modo expreso, entiendo que existe el propósito de precisar que le corresponderá ejercer las mismas atribuciones del fiscal, esto es, formalizar la investigación, solicitar medidas cautelares o una ampliación del plazo de detención para reunir más antecedentes.

Este abogado asistente del fiscal, que no aparece mencionado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, será sólo un funcionario de éste,

o quizá un profesional contratado a honorarios, pero no un fiscal. No ocupa, entonces, uno de los cargos que según la Constitución integran el Ministerio Público y a los que corresponde, como he examinado anteriormente, realizar las actuaciones procesales que implican un ejercicio de las funciones que la Carta Fundamental entrega al Ministerio Público.

En la medida, pues, que en la audiencia de control de la detención tenga lugar una actuación que signifique dirigir la investigación criminal, que es una función entregada en forma exclusiva al Ministerio Público en el Art. 80 A de la Constitución, la participación del abogado asistente del fiscal no resulta ajustada a la Carta Fundamental.

Ahora bien, basta la mera lectura de las disposiciones del Código Procesal Penal para concluir que en la audiencia judicial del detenido se tocan aspectos que, inequívocamente, deben entenderse incluidos en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal. En esa audiencia, además de verificarse el cumplimiento de las normas que inciden en la legalidad de la detención y en el respeto de los derechos del imputado, el fiscal, según lo dispuesto en el Art. 132 inciso 2º CPP, si cuenta con los antecedentes necesarios y siempre que se encontrare presente el defensor del imputado, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que correspondieren. Y formalizar la investigación, de acuerdo con el concepto que de ella da el Art. 229 del mismo Código, “es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”. En la audiencia de formalización de la investigación, según indica a su vez el Art. 232, el fiscal tiene que exponer verbalmente los cargos que presenta en contra del imputado y las solicitudes que efectúa al tribunal, y sus efectos son, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 233: a) la suspensión del curso de prescripción de la acción penal; b) el comienzo del plazo de dos años que tiene el fiscal para el cierre de la investigación, y c) la pérdida de la facultad del Ministerio Público de archivar provisionalmente el procedimiento.

Si, en cambio, en la audiencia a que se refiere el Art. 132 CPP no pudiere procederse a la formalización de la investigación, el fiscal puede solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación, solicitud a la que el juez accederá cuando estimare que los antecedentes justifican la medida.

No cabe, por consiguiente, que en vez del fiscal, desde el momento en que se efectúa el control de la detención y aunque no se solicite la ampliación de la misma ni se formalice la investigación, asista en su lugar el abogado asistente del fiscal. Debe la ley excluir en todo caso la intervención de dicho abogado en la audiencia de control de la detención, porque en ese momento el Ministerio Público ejerce sus funciones constitucionales de carácter privativo y excluyente, competencia que no puede ser delegada y que sólo corresponde ejercer a los fiscales.

En efecto, intervenir en el control de la detención, solicitar una ampliación del plazo de detención con el fin de contar con más antecedentes, comunicar a una persona -el imputado-, que se desarrolla una investigación en su contra, indicándole los cargos que se le presentan, y pedir medidas cautelares, son todas ellas actuaciones que reflejan una orientación, o dirección, de la investigación criminal hacia los objetivos que señala el Art. 80 A de la Constitución Política: determinación de los hechos constitutivos de delito y de los hechos que determinan la participación punible de una persona en los mismos. De ahí que deba estimarse que en la audiencia judicial en que comparece el detenido, tienen lugar actuaciones que implican una dirección de la investigación. Y lo mismo ocurre en otras actuaciones procesales, como es la facultad de recurrir en contra de resoluciones judiciales que contempla el Art. 352 CPP, la que se otorga al Ministerio Público, quien, al igual los demás intervinientes agraviados con una resolución judicial, debe concurrir a la audiencia en que se vea el recurso para que no se declare su abandono de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 358 del Código.

Asimismo en la audiencia de control de la detención, en el caso en que se formalice en ella la investigación, hay un cierto ejercicio de la acción penal, y

por eso es que se suspende la prescripción de la acción penal, la cual, si no de forma exclusiva sí de modo principal, corresponde ejercer al Ministerio Público.

En la audiencia judicial del detenido o audiencia de control de la detención, se manifiesta, pues, la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público a través de sus fiscales. Se controla la legalidad de la detención o se solicita una ampliación de la detención para reunir más antecedentes, se formaliza la investigación, con el alcance que esta formalización tiene según los Arts. 229, 232 y 233 CPP, a los que antes me he referido, y se solicitan también medidas cautelares, actividades procesales todas ellas que representan el ejercicio de funciones propias de un organismo del Estado –el Ministerio Público- que sólo debe actuar a través de las autoridades u órganos que la Constitución señala.

No se trata en los casos examinados de una representación procesal en que corresponda aplicar las normas de la Ley de Comparecencia en Juicio, conforme a la cual el Ministerio Público pudiera actuar representado, sino del ejercicio de potestades públicas a las que son anexas una serie de responsabilidades de quienes las tienen a su cargo, y a través de las cuales se cumple una función reservada por la Constitución de modo exclusivo a un organismo, el Ministerio Público, el cual, está integrado por los órganos que la Constitución señala –Fiscal Nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos-, que son, por consiguiente, los únicos órganos mediante los cuales el Ministerio Público puede realizar la dirección de la investigación criminal y ejercer la acción penal, como lo reconoce su ley orgánica constitucional.

6. Inconstitucionalidad del traspaso legal de una función reservada por la Constitución Política a un determinado órgano del Estado.

Es un principio básico del Derecho Público, reconocido en la Constitución Política y reafirmado en su vigencia por el Tribunal Constitucional, el que afirma que el ejercicio de las potestades reservadas por la Constitución a un órgano del Estado no puede la ley transferirlo a otro, a menos que la misma Carta Fundamental lo permita.

Existen varias sentencias del Tribunal Constitucional en que éste ha estimado inconstitucional el traspaso del ejercicio de potestades públicas a un órgano diverso a aquél al que la Constitución Política le ha reservado su ejercicio.

Una de estas sentencias del Tribunal Constitucional es la de 16 de abril de 1991, recaída al efectuar el control previo y obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y que facultaba al Presidente de la República para delegar en los Ministros de Estado la facultad de formular indicaciones a los proyectos de ley en tramitación en el Congreso Nacional.

Transcribo, para su mejor comprensión, los considerandos pertinentes de esa sentencia:

“5° Que el Presidente de la República en su carácter de colegislador tiene la facultad de formular indicaciones a un proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional en conformidad con lo que disponen los artículos 32, N° 1 y 66 de la Constitución Política de la República;

6° Que, sin embargo, no tiene la atribución de delegar dicha facultad en sus Ministros de Estado, no existiendo precepto alguno que autorice dicha delegación de acuerdo con nuestra Carta Fundamental;

7° Que, por otra parte, la facultad de que se trata es una atribución legislativa del Presidente de la República y los Ministros de Estado son sus colaboradores directos e inmediatos en el gobierno y la administración según lo dispone el artículo 33, inciso primero, de la Constitución Política, más no en el ejercicio de las atribuciones legislativas que al Jefe de Estado le corresponden;

8° Que, cuando el constituyente ha querido que los Ministros de Estado intervengan en el ejercicio de la función legislativa en representación del Presidente de la República lo ha señalado expresamente como ocurre en el caso del artículo 37 de la Carta Fundamental, situación que no se da respecto de la facultad en análisis;

9° Que, en conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, ningún órgano del Estado puede ejercer otras atribuciones que aquellas que expresamente se le hayan conferido”¹.

Otra sentencia de gran interés del Tribunal Constitucional es la que declaró inconstitucional un decreto del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo de carácter reglamentario, y que había sido expedido con la sola firma del Ministro respectivo “por orden del Presidente de la República”. Es la sentencia de 25 de enero de 1993 que acogió el requerimiento en que se impugnaba el decreto que había aprobado el Plan Regulador Intercomunal de La Serena-Coquimbo. Conviene, igualmente, transcribir los considerandos que contienen la doctrina que resulta también aplicable para resolver el problema que nos ocupa:

“15....como se desprende con toda claridad del artículo 35 de la Carta Fundamental, el constituyente ha hecho una clara distinción entre los requisitos de forma que deben tener los reglamentos, los decretos y las instrucciones, de tal manera que los decretos e instrucciones pueden expedirse con la sola firma del Ministro respectivo “por orden del Presidente de la República” y previa autorización legal;

16. Que de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución Política es dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de delegación de firma y necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y además, por el Ministro respectivo;

17. Que del examen del decreto impugnado se concluye con toda nitidez que se trata de un reglamento y no de un simple decreto, por lo que para que sea válido debe cumplir con las formalidades legales, según lo prescribe el artículo 7°, inciso primero, de la Constitución Política que dice: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investigación regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”, y en su inciso tercero agrega: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”;

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de abril de 1991, recaída en el rol N° 122.

18. Que, en consecuencia, es evidente que el decreto objeto del requerimiento no cumple con las formalidades que exige la Constitución, pues se trata de un reglamento que no aparece firmado por el Presidente de la República, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad, en conformidad con las disposiciones indicadas en el considerando anterior”².

Puede apreciarse que, en una y otra sentencia, el Tribunal Constitucional examina primeramente a quien corresponde según la Constitución Política cierta atribución, sea ésta la presentación de indicaciones durante la tramitación de un proyecto de ley o la aprobación de un reglamento. Luego, recuerda que la potestad que la Carta Fundamental asigna a un órgano del Estado no puede delegarse, a menos que la propia Constitución lo permita. Y por último, concluye que en ausencia de una autorización constitucional que faculte la delegación de una atribución, si la ley o la autoridad gubernativa lo hacen, ello infringe la Constitución.

Esa misma situación es la que ocurre con la creación de los abogados asistentes del fiscal. El ejercicio de las funciones que la Constitución asigna al Ministerio Público, sobre todo la dirección de la investigación criminal que se le confiere con carácter exclusivo, únicamente puede serlo por los fiscales que lo integran. Si la ley, en ausencia de una norma constitucional que permita encomendar las funciones del Ministerio Público a otros órganos que a sus fiscales, lo hace, permitiendo que una figura nueva –el abogado asistente del fiscal- realice actuaciones que impliquen una dirección de la investigación criminal o un ejercicio de la acción penal pública, vulnera la Carta Fundamental.

7. Conclusiones

A modo de síntesis puedo formular las siguientes conclusiones:

² Sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de enero de 1993, recaída en el rol N° 153.

1. El Ministerio Público es un organismo de rango constitucional creado en 1997 por la Ley N° 19.519 que reformó la Constitución Política y que fijó de modo preciso la integración del nuevo organismo y sus funciones, entre las que destaca la dirección exclusiva de las investigaciones criminales.

2. Las normas constitucionales relativas al Ministerio Público establecieron las autoridades y órganos que lo componen: el Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos.

3. Las funciones que la Constitución confiere al Ministerio Público –dirección exclusiva de las investigaciones criminales, ejercicio de la acción penal pública y adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos-, representan el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio corresponde á los fiscales que lo integran sobre los que recaen una serie de responsabilidades.

4. La Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispuso como principio general que “El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualesquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas” (Art. 2), regulando luego en diversas disposiciones la actuación que corresponde al Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos. No contempló, en cambio, que sus jefes administrativos, funcionarios y profesionales a contrata, pudieran, en caso alguno, realizar las actuaciones procesales reservadas a los fiscales, ni tampoco menciona a los abogados asistentes del fiscal, cuya creación es materia de ley orgánica constitucional pues incide en la organización del Ministerio Público.

5. El proyecto de ley que se discute actualmente en el Congreso Nacional, sin que se contemple modificación alguna a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, introduce la figura del abogado asistente del fiscal, el cual, podrá concurrir en lugar del fiscal a la audiencia de control de la detención que contempla el Art. 132 CPP y en la que corresponde pedir una ampliación del plazo de detención para reunir más antecedentes, o bien formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares.

6. Esas actuaciones significan inequívocamente que el abogado asistente del fiscal tomará en parte, a su cargo, la dirección de la investigación criminal, actividad reservada por la Constitución Política al Ministerio Público quien sólo puede realizarla por medio de sus fiscales.

7. La atribución reservada por la Constitución Política a una autoridad u órgano constitucional no puede ser transferida ni encomendada por la ley a otra persona u órgano, y si lo hace adolecerá de un vicio de inconstitucionalidad. Este criterio corresponde a un principio fundamental del Derecho Público, que tiene en Chile carácter de base de la institucionalidad, y que ha sido reafirmado en su vigencia por el Tribunal Constitucional.

8. No se ajusta, por consiguiente, a la Constitución Política, el precepto legal en estudio que permite al abogado asistente del fiscal actuar en lugar del fiscal en la audiencia de control de la detención del Art. 132 CPP.

Es todo lo que puedo informar de acuerdo a la consulta formulada y a los antecedentes del caso.

Raúl Bertelsen Repetto
Profesor de Derecho Constitucional

Santiago, 22 de noviembre de 2004