



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

DEFENSORIA NACIONAL

06-DICIEMBRE/2009

“Informe en derecho respecto del requerimiento de una contienda de competencia promovida ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente con el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago”

Lautaro Ríos Alvarez

Para ver la versión íntegra de los fallos ingrese a LexDefensor o solicítelo a:

biblioteca@dpp.cl

I.- ANTECEDENTES:

1. Materia de la consulta.
2. Antecedentes tenidos a la vista.
3. Concepto de “contienda de competencia”.
 - 3.1. Idea de la competencia en el ámbito judicial.
 - 3.2. Concepto de competencia en el derecho público general.
 - 3.3. Definición de “contienda de competencia”.
4. Forma como se plantea la controversia entre sus actores.
 - 4.1. Requerimiento de la Fiscalía del Ministerio Público.
 - 4.2. Informe del Juez de Garantía requerido.
 - 4.3. Posición de la Defensoría Penal Pública, como tercero interesado.
5. Resumen de la controversia planteada.

II. INFORME DE DERECHO:

6. El papel del Ministerio Público en la nueva justicia procesal penal chilena.
7. Naturaleza de las funciones del Ministerio Público.
8. La función jurisdiccional del Juez de Garantía.
9. Facultades exclusivas de la Fiscalía en materia de inhabilitación y remoción de los Fiscales adjuntos.
10. Las facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía en resguardo de “un procedimiento y una investigación racionales y justos”.
11. Actuación del Juez de Garantía en relación con la incompatibilidad de un agente para ser, simultáneamente, Fiscal y testigo en el proceso que investiga.
12. Inexistencia de una real contienda de competencia entre potestades que se ejercitan por el distinto riel.
 - 12.2. No puede haber contienda en el ejercicio de potestades que no son excluyentes.
 - 12.3. El Juez de Garantía sólo ha constatado una incompatibilidad (“inhabilidad de hecho”), solicitando al SR. Fiscal Regional subsanarla.-
 - 12.4. Conclusión acerca de la inexistencia de contienda de competencia en la especie.
13. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES

1. Materia de la consulta

La opinión que se nos solicita consiste en establecer si existe una verdadera contienda de competencia, a la luz de los antecedentes ofrecidos, entre el Sr. Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana y el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, conforme a los motivos que se fundamentan el requerimiento de aquél al T.C. y las razones que aduce este justificando su actuación.

2. Antecedentes tenidos a la vista

2.1. Requerimiento presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional, de fecha 09-XI-2009, por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente del Ministerio Público, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

2.2. Resolución del Excmo. Tribunal Constitucional, recaída en el requerimiento, de fecha 09-XI-2009, confiriendo traslado al Juez requerido y decretando la suspensión del procedimiento solicitada.

2.3. Informe de 12- XI- 2009, emitido por el Juez titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, es respuesta al oficio N° 3753 de 09-XI-2009 del Excmo. Tribunal Constitucional.

2.4. Escrito presentado por la Defensora Nacional, Sra. Paula Vial Reynal, en la causa Rol N ° 1531-2009, del Excmo. Tribunal Constitucional.

2.5. Recurso de queja presentado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 06-XI-2009, por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente del Ministerio Público. Sr. Xavier Armendáriz Salamero, Rol de ingreso I. C. N° 2428-2009.

2.6. Oficio N ° 5185-2009 de 03-XI-2009, del Juez Titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, al Sr, Fiscal Regional Fiscalía Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

2.7. Escritorio del Fiscal del Ministerio Público Sr. Carlos Gajardo Pérez en la causa RUC N ° 0801000636-9, ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, en el que solicita certificación de los hechos que indica.

2.8. Certificado de 05-XI-2009, del jefe de Unidad de Causas y Sala del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Sra. Carolina Hernández Rios.

2.9. Constancia de 02-XI-2009, del Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

3. Concepto de “contienda de competencia”

3.1. Idea de competencia en el ámbito judicial

Dice Giuseppe CHIOVENDA que “El poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta **limitado**; estos límites constituyen su **competencia**. La competencia de un órgano es, por lo tanto, la parte de poder jurisdiccional que puede ejercitar.”¹

Ya José Ma. MANRESA había sostenido que: “**jurisdicción** es la potestad que dé se hallan revestidos los jueces para administrar justicia; y **competencia**, la facultad que tienen para conocer de ciertos negocios...: la primera es el género y la segunda, la especie.”²

En Chile, el Prof. Juan COLOMBO CAMPBELL, siguiendo a Ramiro PODETTI, a Enrico REDENTI y a Adolfo SCHONKE, ha definido la competencia como “Una parte de jurisdicción que corresponde a un tribunal”.³

Aunque sin duda, uno de los actores en este conflicto –el Sr. Juez de Garantía- estima haber obrado en uso de su competencia, la noción jurisdiccional de este término no nos sirve para referirnos a una eventual contienda que se desarrolla entre un órgano de esta naturaleza y otro que pertenece a una órbita distinta; de carácter esencialmente administrativo.

3.2. Concepto de derecho público en general

Para los efectos de definir las contiendas de competencias a la que se refiere el artículo 93, inciso 1°, N ° 12 de la Constitución Política de la República – en adelante C.P.R.- tenemos que acudir al concepto de competencia en el derecho público general.

En este plano el profesor español Juan José LAVILLA ha dicho que “La competencia es el conjunto de potestades conferidas por el ordenamiento jurídico a un ente público o aun órgano”.⁴

En el ámbito administrativo el Prof. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA desarrolla esta materia bajo el concepto técnico de **potestad**. Sostiene que “La legalidad otorga facultades de

¹ Giuseppe CHIOVENDA: “Principios de Derecho Procesal Civil”, traducción del Prof. José Casaís y Santaló, t. I, pg. 599, Ed. Reus, Madrid, 1992.

² José Ma. MANRESA Y NAVARRO: “Comentario a Ley de enjuiciamiento Civil”, t. I, págs. 162-163, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

³ Juan COLOMBO CAMPBELL: “La competencia”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1959.

⁴ Juan José LAVILLA RUBIRA: “Competencia, Organización” en Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Vol. I, pg. 1210, Madrid, 1995.

actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la administración no puede actuar simplemente.⁵

En el mismo ámbito, el Prof. Enrique SILVA CIMMA ha dicho que “La competencia como elemento del acto es la aptitud o facultad de obrar del órgano administrativo.”⁶

El Prof. José CEA EGAÑA sostiene que “...la competencia es la suma de potestades, funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan, limitadamente, a cada órgano del estado.”⁷

El diccionario de la Lengua Española define la competencia como “atribución legítima a un juez u a otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”.

Podemos concluir entonces, que la competencia comprende dos nociones integradas: el conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico pone a cargo de un órgano ente público y potestades respectivas para ejercitarlas.

3.3 Definición de “contienda de competencia”

Siendo así que el término contienda significa –en lo atinente a este asunto- “Disputa, discusión, debate” (R. Acad.), podemos definir la contienda de competencia como la disputa o controversia que se genera entre dos autoridades u órganos del Estado cuando ambos se atribuyen el poder de ejercitar, exclusivamente la misma facultad con respecto a una determinada materia. En tal caso nos encontramos frente a una contienda positiva de competencia.

La contienda negativa se suscita cuando dos o más órganos de poder se niegan o rehúyen ejercitar una atribución que estiman que no les corresponde, provocando así un vacío u omisión en que el ejercicio de una actividad necesaria; aunque éste no es el caso.

4. Forma como se plantea la controversia entre sus actores

4.1. Requerimiento de la Fiscalía del Ministerio Público

El requerimiento formulado ante el T. C. por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente del Ministerio Público, Sr. Xavier Armendáriz Salamero, plantea una contienda de competencia suscitada entre dicho Fiscal Regional y el 8° Juzgado de

⁵ Eduardo GARCIA DE ENTERRIA Y Tomás –Ramón FERNANDEZ: “Curso de derecho administrativo”, t. I, 4ta.ed.,pgs. 418-419, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

⁶ Enrique SILVA CIMMA: “Derecho Administrativo Chileno y Comparado- Actos, Contratos y Bienes”, págs. 46-47, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

⁷ José Luís CEA EGAÑA: “ Derecho Constitucional Chileno”, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, t. I, pg.250.

Garantía de Santiago, cuyo juez titular es don Daniel Aravena Pérez, a raíz del pronunciamiento que este último hiciera en la audiencia de preparación de juicio oral celebrada el día 03-XI-2009, en el proceso RUC 0801000636-9, RIT8867-08 de este mismo Tribunal, correspondiente a la causa seguida por los delitos de robo con homicidio y otros, cometidos en las personas de don Francisco Zamorano Marfull, Héctor Arévalo Olivero y Diego Schmidt-Hebbel Niehaus.

Señalara el requirente que, en uso de sus atribuciones, con fecha 04-XII-2008, designó como Fiscales Adjuntos de la Fiscalía local de Ñuñoa. Sres. Vinko Fodic, Carlos Gajardo y Patricio Caroca; que dichos Fiscales adjuntos realizaron diligencias o participaron en audiencia en forma conjunta o cada uno por separado, o dos de los tres nombrados, según lo amerita el curso de la investigación. Que una vez cerrada la investigación y presentada acusación por el Ministerio Público, la audiencia de preparación del juicio oral se llevó a cabo en diversas sesiones.

Agrega que, en la audiencia de preparación del juicio oral del día 3 de noviembre de 2009, el Juez titular del 8° Juzgado de Garantía rechazó el incidente de nulidad procesal, la reposición con nuevos antecedentes y la nulidad de derecho público deducidas por el fiscal adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo, en contra de la resolución del mismo Tribunal que lo incluyó como testigo de la defensa del mismo Juicio oral; y resolvió que al Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo, le afectaba una causal de inhabilitación para seguir actuando en la causa indicada, conforme consta del registro de audio de la audiencia que reproduce. Asimismo, cita textualmente el Oficio N°5185-2009, de 03-XI-2009, por el cual el Juez titular del 8° Juzgado de garantía pone en conocimiento del requirente que, por resolución dictada en la causa referida, se determino la existencia de una inhabilitación de hecho en relación al Fiscal Adjunto Sr. Caroca Luengo, lo que comunica en conformidad a lo dispuesto en el art.269 del Código Procesal Penal, para que adopte las medidas pertinentes para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación del Juicio oral.

Explica que la resolución judicial dictada por el referido Tribunal invade el ejercicio de una atribución propia que la constitución y la ley N ° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, le asignan a la autoridad administrativa, como es el Ministerio Público; y que conforme a lo dispuesto en el art. 59 de la mencionada L. O. C . es el Fiscal Regional el único competente para resolver las inhabilidades de un Fiscal Adjunto que dependa jerárquicamente de él para impedir que siga sosteniendo la persecución penal y sólo por alguna causal establecida por la Ley.

Estima el requirente que el Juez de Garantía mencionado ha vulnerado la normativa constitucional referida a las competencias institucionales y el principio de legalidad, consignados en los arts. 6°, 7° y 83 a 91 de la carta Fundamental en dos sentidos. En efecto, explica que el Juez recurrido se ha excedido de sus atribuciones, invadiendo las Privativas del Ministerio Público, al impedir al Fiscal Sr. Caroca Luengo ejercer la acción penal pública en la causa mencionada, en circunstancias que éste pertenece a un ente autónomo que no está bajo la subordinación funcionaria del tribunal; que el Tribunal Tampoco invocó la causal de inhabilitación que le afectaría, siendo así que la ley tampoco contempla tal inhabilitación ni el tribunal tiene facultades para resolverlas, con lo que estima también hay vulneración de las competencias, por cuanto el Tribunal habría ordenado al

Fiscal Regional adoptar medidas necesarias para concluir con la audiencia de Juicio Oral, lo que significa que se impone al requirente la designación de otro Fiscal, en circunstancias que esta designación de otro Fiscal es de competencia del Fiscal jefe de cada Fiscalía local, conforme a lo dispuesto en el art. 40 de la **L.O.C.** del Ministerio Público, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal Regional contenidas en los arts. 12, 27, 32 letras a), c) y d) de la misma ley y del Fiscal Nacional, en su caso, disposiciones que también estima vulneradas; siendo así que dicha atribuciones fueron ejercidas, en su oportunidad, por el Fiscal Regional requirente al nombrar a los fiscales adjuntos de la causa mencionada.

Finalmente, la requirente estima también vulnerada el art. 14 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto el juez no cauteló las garantías y prerrogativas del Ministerio Público, sino que, por el contrario las desconoció al inhabilitar al fiscal aludido e invadir facultades internas del Ministerio Público, no obstante que a los jueces de garantía les corresponde cautelar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, dentro de los cuales se encuentra en fiscal.

Por todo lo cual, interpone requerimiento sobre contienda de competencia entre el Ministerio Público, Fiscal Regional Metropolitano Oriente y el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago y solicita al T. C. que se resuelva que dicho juzgado “no es competente y ha excedido sus atribuciones al inhabilitar a un Fiscal del Ministerio Público por haberlo considerado testigo de la defensa, no estando facultado para ello, y no existiendo causa legal para dicha inhabilitación, y que en definitiva declare que esta competencia corresponde exclusiva y excluyentemente a las autoridades del Ministerio Público”; pide dejar sin efecto la referida inhabilitación y la solicitud de designar otro Fiscal Adjunto para la causa en que incide el requerimiento, además de las medidas que se estimen necesarias para remediar las infracciones legales e invasión de atribuciones señaladas.

4.2. Informe del Juez de Garantía requerido

El Juez titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago requerido, Sr. Daniel Aravena Pérez, expone en su Informe que, a partir del día 13-X-2009, se inició la audiencia de preparación del juicio oral de la causa en la que se incide el requerimiento, la que se desarrollo en 7 audiencias. Que en la audiencia del día 27-X-2009 para dar lectura al auto de apertura del juicio oral. Que a esta última audiencia compareció por el Ministerio Público, el Fiscal el Sr. Patricio Caroca Luengo, quien no había comparecido a la causa desde el mes de octubre del año 2008. Que se dio inició a la audiencia y dicho fiscal solicitó la nulidad de todo lo obrado, reposición y nulidad de derecho público, incidencias que, previo debate, fueron denegadas en la misma audiencia, la defensa de los imputados dedujo un incidente respecto de la capacidad del Fiscal para representar al Ministerio Público para los efectos de dar lectura al auto de apertura, cuestión que fue resuelta por el juez requerido, decidiéndose que el Fiscal se ha “Inhabilitado en los hechos” y, conforme a lo dispuesto en el art. 269 del Código Procesal Penal, se suspendió la audiencia para solicitar al Fiscal Regional respectivo que nombrara a los representantes del Ministerio Público.

Aclara en su informe que el Fiscal Sr. Caroca Luengo dirigió la investigación en contra del Sr. Claudio Ernesto Soza Zamorano, en la causa RUC0801000636-9, RIT 8867- 2008, Respecto de quien obtuvo la medida cautelar de prisión preventiva y compareció ante el Tribunal desde el 24-VIII-2008 al 10-X-2008. Que en la audiencia de de fecha 09-XII-2008

se dictó sobreseimiento definitivo parcial respecto del imputado, en la cual no compareció el Fiscal Sr. Caroca Luengo.

Que en el mes de noviembre de 2008 aparecen dos nuevos imputados y de esa fecha que el fiscal Sr. Caroca Luengo no ha desarrollado ninguna gestión relevante que diga relación con éstos y sin que hubiese comparecido durante el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral.

El juez requerido plantea que no ha dictado resolución alguna que declare la inhabilidad del Fiscal Adjunto Sr. Caroca Luengo; y que el requerimiento formulado por el Fiscal Regional, no constituye una contienda de competencia sino que una cuestión de legalidad, en lo que respecta a la interpretación de las inhabilidades que dispone la L. O. C. del Ministerio Público y las del Código Procesal Penal.

Que lo que se pretende es revertir una decisión jurisdiccional de incluir una prueba, en circunstancias que el Código Procesal Penal sólo prevé la posibilidad de excluir una prueba aportada por el Ministerio Público con infracción a los derechos fundamentales, conforme al art. 276 del Código Procesal Penal.

Que las inhabilidades se dirigen a proteger a los ciudadanos y no ha amparar al Fiscal de eludir la carga de declarar como testigo.

Que dentro de las inhabilidades para ser testigos no figura el hecho de tener la calidad de Fiscal, conforme a lo dispuesto en los art. 298 y siguientes del Código Procesal Penal.

Agrega que la determinación de las personas que debe concurrir al tribunal a declarar como testigos, es una atribución eminentemente jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en los art. 276 y 277 del Código Procesal Penal; y que constituiría una desviación del fin de la ley, el permitir que el Ministerio Público pueda impedir que los fiscales sean llevados a declarar como testigos, poniéndolos a cargo de cualquier diligencia del juicio con tal objeto; lo que si sería contrario a la Constitución y a la ley.

Que no existe ninguna garantía constitucional del Ministerio Público que se haya visto afectada con alguna resolución del tribunal, toda vez que se trata de una persona jurídica; ni en el requerimiento se menciona una conculcación de las garantías constitucionales del Fiscal Sr. Caroca Luengo.

Señala que lo que busca el requirente es excluir que declare como testigo de la defensa el Fiscal del Ministerio público impidiendo que contemple el Sistema Americano Sólo para declarar como testigo del Ministerio Público, no así para la defensa, situación similar a lo que contempla el art. 336 del Código Procesal Penal.

Agrega que a través este requerimiento se busca de manera encubierta transformar al Tribunal Constitucional en una especie de segunda instancia revisora de, las decisiones adoptadas por el Juez de Garantía en la Audiencia de preparación de juicio oral con relación de las pruebas aportadas por las partes; desconociendo y vulnerando las reglas básicas de la competencia y desnaturalizando el sistema adversarial que impera en el proceso penal.

Concluye solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento sobre contienda de competencia presentado por el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

4.3. Posición de la Defensoría Penal Pública, como tercero interesado

La Defensoría Penal Pública se hizo parte en el requerimiento, a través de la Defensora Nacional Sra. Paula Vial Reynal, formulando diversas observaciones.

En primer lugar, la Defensoría Efectúa algunas precisiones en cuanto a los hechos expuestos en el requerimiento.

Señala luego que el Sr. Patricio Caroca Luengo actuó como Fiscal en la causa RUC 0800375048-6 dirigida en contra de don Claudia Zamorano, pero no así en la causa RUC0801000636-9 en que incide el requerimiento y que fue acumulada a la anterior, a petición del Ministerio Público, con fecha 06-XII-2008, como consta de la certificación del mismo tribunal de 05 de noviembre de 2009, cuya copia acompaña. Que a las 7 sesiones en que se desarrolló la audiencia de preparación de juicio oral, sólo comparecieron representando al Ministerio Público, los Fiscales Sres. Carlos Gajardo Pinto y Vinko Fodich Andrade, conjunta o individualmente. Que estos dos últimos fiscales son los que estaban a cargo de la investigación, con otras personas formalizadas, y cuya línea investigativa es diversa a la siguió en la causa anterior el fiscal Sr. Caroca Luengo.

Indica que la constancia de fecha 02-XI-2009, en la cual consta que el Fiscal Regional designó con fecha 04-XII-2008 a los Fiscales Adjuntos, Sres. Vinko Fodich Andrade, Carlos Gajardo Pinto y Patricio Caroca Luengo, a fin de que asumieran la investigación RUC N° 0801000636-9 y comparecieran al respectivo juicio oral, carece de toda validez porque este último Fiscal nunca realizó diligencias ni tubo actuación en la investigación que iniciaron los Sres. Fodich y Gajardo y porque no existe documento ni antecedente alguno emitido en la época en que el Fiscal Regional hubiese dispuesto la designación de los solicitados fiscales.

Y señala también que el Ministerio Público tomó conocimiento desde el primer día de la audiencia de preparación del juicio oral celebrada el 13-X-2009 que el Fiscal Sr. Caroca Luengo sería citado como testigo de la defensa; y que fue en la audiencia del día 27-X-2009 cuando el tribunal resolvió aceptar dicha prueba. Que en la audiencia del día 29-X-2009 se debatieron las últimas pruebas ofrecidas por la defensa, declarándose cerrada el debate, y citándose a todos los intervinientes para la notificación del auto de apertura de juicio oral para el día 03-XI-2009. Que a esta última audiencia compareció por el Ministerio Público, por primera vez, el Sr. Patricio Caroca Luengo, deduciendo diversas incidencias. Y que, en esta audiencia, el juez requerido manifestó que respecto que el fiscal se ha producido una inhabilidad de hecho y oficio al Fiscal Regional para que informara quiénes comparecerían a la terminación de la audiencia de preparación de juicio, suspendiéndose la audiencia de notificación respectiva.

En cuanto al fondo, estima que el asunto planteado en el requerimiento no es una contienda de competencia por dos razones.

Porque el 8° Juzgado de Garantía de Santiago no expidió un acto jurídico público en que hubiera inhabilitado al fiscal en virtud de alguna de las causales contempladas en el art. 55 de la Ley 19.640, ni se ha atribuido facultades del Fiscal Regional. Señala que el Juez de dicho tribunal dictó una resolución judicial, que es la consecuencia de lo resuelto anterior

mente por él mismo, en cuanto aceptó la prueba testimonial del Fiscal referido, ofrecido por la defensa y que sólo constató una incompatibilidad procesal. Cita en apoyo la doctrina de los profesores Claus Roxin y Eduardo M. Jauch.

Y, en segundo lugar, porque el Juez de dicho tribunal sólo ejerció una función propia como la que es de cautelar el debido proceso y garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes, conforme lo establece el art. 10 y 276 del Código Procesal Penal. En efecto expone que el Juez requerido estimó necesario para cautelar el debido proceso dejar establecida una incompatibilidad procesal de facto del Fiscal llamado a declarar como testigo por la defensa y oficiar a su superior jerárquico para que adoptara las medidas del caso; garantizando también, de esta forma, el derecho de defensa de los acusados.

Reprocha también al Ministerio Público la inobservancia del principio de objetividad al cual se encuentra sujeto, conforme a lo dispuesto en el art. 77 del Código Procesal Penal y al art. 1° de la su L.O.C., al intentar evitar, en este caso, que el Sr. Caroca Luengo declare como testigo; y no obstante que, en otros procesos que individualiza, se ha presentado la misma situación, sin que el Ministerio Público la hubiese objetado.

Agrega también, conforme a los documentos que acompaña, que el mismo requirente dedujo un recurso de queja y subsidiariamente queja disciplinaria en contra el Juez titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, sobre la base de los mismos hechos y fundamentos de derecho que sustentan este requerimiento, en las Causa Rol N° 3447-2009 y 2428-2009 de la I Corte de Apelaciones de Santiago; y que, por lo mismo, el asunto se encuentra sometido al imperio de los tribunales ordinarios superiores de justicia.

5. Resumen de la controversia planteada

El Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente del Ministerio Público formuló un requerimiento ante el Excmo. Tribunal Constitucional planteando una contienda de competencia, en cuanto estima que el 8° Juzgado de Garantía de Santiago requerido habría ejercido una atribución propia, Constitucional y legalmente establecida a favor del Fiscal Regional, al resolver la inhabilidad del Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo en la causa RUC N° 0801000636-9 de dicho Tribunal.

Por su parte el Juez titular del Juzgado de Garantía requerido plantea que no dictó resolución alguna en que se haya declarado la inhabilidad del Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo; y que el requerimiento formulado por el Fiscal Regional, no constituye una contienda de competencia por cuanto el Juez requerido no expidió ningún acto jurídico que declarase la inhabilidad del Fiscal, sino que sólo ejerció una atribución propia, como es cautelar el debido proceso y garantizar el respeto de las Garantías Constitucionales de los intervinientes.

La hipótesis planteada también genera un problema de fondo. ¿Puede un Fiscal Adjunto a cargo de la investigación y de la persecución penal ser llamado a declarar como testigo de la defensa? Y en caso negativo, ¿cuál sería la manera de impugnar una decisión semejante?

II. INFORME EN DERECHO:

6. El Papel del Ministerio Público en la nueva Justicia procesal penal chilena

Existe consenso generalizado en que la Reforma Procesal Penal significó un vuelco trascendental en esta importante área del Derecho Público Chileno.

Durante casi un siglo -a partir del 1º-III- 1907- estuvimos regidos por un Código de Procedimiento Penal que ya era vetusto al momento de nacer. Al respecto, son elocuentes algunos párrafos del mensaje original del Presidente de don Jorge Montt, en 1907: *“Ni siquiera ha sido posible separar en este proyecto las funciones del juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República de Argentina.*

“Los Criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menesteres confesar que las razones que aducen e apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles.

“... Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El Juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.

Pese a estas convicciones de los autores del Código original, razones financieras, junto con la falta de jueces idóneos para asumir las distintas funciones del juez instructor y las del sentenciador, imposibilitaron seguir el consejo de la razón.

La Reforma Procesal Penal viene cumpliendo este objetivo.

De un modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal –propio de las concepciones autocráticas del ejercicio del poder- en que la investigación se desarrollaba de una manera hermética y sin consideración de las garantías del inculpado, en que tanto esta fase como la acusación del procesado y su juzgamiento se concentraban en un solo actor- el Juez sin atender ni resolver la contradicción resultante del ejercicio sucesivos de estos roles incompatibles entre sí, se pasó a un modelo en que las distintas fases del enjuiciamiento quedan en manos de diferentes actores; en que una magistratura especial -la del Juez de Garantía – se encarga de resguardar los derechos del inculpado; en que la defensa de éste queda siempre asegurada mediante la Defensoría Penal Pública; en que la publicidad de las audiencias queda asegurada termina con el secretismo del pasado; en que la intermediación del juez con el desarrollo del proceso pone fin a la ominosa intermediación de los actuarios y en que- esencialmente, en lo que atañe a este informe – un órgano autónomo, establecido constitucionalmente y regulado también por una Ley Orgánica Constitucional -el Ministerio Público- asume la dirección, en forma exclusiva, de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y estas tareas al tribunal sentenciador, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal

pública en la forma prevista por la ley. También corresponde al Ministerio Público la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos (art. 83, inc. 1° C.P.R.).

Para cumplir eficazmente sus funciones, el Ministerio Público puede impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública- es decir, al Cuerpo de Carabineros y a la Policía de Investigaciones- las que deben cumplir sin más trámites, sin estarles permitido entrar a calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad (art. 83, inc.3° C.P.R.).

Sin embargo- y no obstante su autonomía jerárquica y funcional -no debe olvidarse que el Ministerio Público es un órgano colaborador del Poder Judicial- particularmente en la función exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delito y la participación de ellos de quienes resulten responsables estando expresamente impedido de ejercer funciones jurisdiccionales (art. 83, inciso 1°- LOC .N ° 19.640).

Este es –a grandes rasgos- el papel fundamental que juega el Ministerio Público, a través del Fiscal Nacional, de los Fiscales Regionales y de los Fiscales Adjuntos, en la nueva justicia procesal penal chilena.

7. Naturaleza de las funciones del Ministerio Público

Importa precisar la naturaleza de estas funciones a la hora de resolver sobre una contienda de competencia con respecto a la actuación de otro órgano.

A nuestro juicio, las funciones del Ministerio Público así como las actuaciones de sus Fiscales son de carácter administrativo.

Para empezar, recordemos que tanto la C.P.R. como la LOC. del Ministerio Público **prohíben ejercer funciones jurisdiccionales.**

El art. 7° de la LOC. n ° 19.640 prescribe el ejercicio de un **control jerárquico permanente** del funcionamiento y de la actuación de las unidades y de la actuación de los funcionarios subordinados, por parte de las autoridades y jefaturas del Ministerio Público, **“dentro del ámbito de su competencia administrativa”**.

El mismo art. 8° se refiere a la adopción, por parte del Ministerio Público, de medidas administrativas y de la observancia de diversos principios que el principio de la actividad administrativa.

*“El personal del Ministerio Público – dice el art. 11 de la LOC de este órgano – estará sujeto a **responsabilidad administrativa**, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera afectarle “. (Todos los destacados son nuestros).*

El art. 5° de la misma Ley establece la responsabilidad patrimonial del Estado – en forma análoga a la responsabilidad de la administración que establece el art. 38 inc. 2° -C.P.R.- por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

Finalmente, el art. 84 de la LOC., tantas veces referidas, dispone en su inciso primero “serán aplicables a los funcionarios de la Administración del Estado establecidas en la ley N ° 19.296”.

De todo lo cual cabe colegir la **naturaleza administrativa** del Ministerio Público y de las funciones que desempeñan sus fiscales.

8. Función jurisdiccional del Juez de Garantía

La afirmación de naturaleza jurisdiccional de la función del Juez de Garantía no requiere de una argumentación exhaustiva. Este sujeto procesal –inexistente en el sistema anterior- fue especialmente creado por la Reforma Procesal Penal para resguardar los derechos y garantías del imputado o de terceros a través de actuaciones de contenidos esencialmente jurisdiccional, sin perjuicio de su competencia para realizar las funciones que la ley le asigna desde el inicio de la etapa de la investigación hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral.

Dice el art. 9 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo: C. P. P.):

“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos de la constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

“En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente **autorización al juez de garantía**.

Añade el artículo 10° “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorga las garantías judiciales consagradas en la constitución política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.”

En el mismo sentido, el art. 70° del C. P. P. prescribe que “El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las **autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución.**”

El juez de garantía dirige personalmente las audiencias que proceden desde la audiencia del control de detención (art. 132 C. P. P.) hasta la audiencia de formalización de la investigación (art. 232 C. P. P.) Sin perjuicio de otras como la de preparación del juicio oral o la audiencia de juicio en el procedimiento por delito de acción penal privada; todas las cuales son acción de naturaleza jurisdiccional.

Cabe señalar finalmente que la competencia del juez de garantía se extiende tan bien a la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad a las que se refiere el Título VII del libro IV del C. P. P. Dice el art. 466: “Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad sólo podrán intervenir **ante el competente juez de garantía** el ministerio público, el imputado y su defensor.”

Todo lo cual denota la naturaleza jurisdiccional del cargo y de las funciones del Juez de Garantía.

9. Facultades exclusivas de la Fiscalía en materia de inhabilitación y remoción de los Fiscales Adjuntos

El artículo 59 ° de la LOC N °19.640 el Ministerio Público denunciado como infringido por el Sr. Juez de Garantía prescribe en lo pertinente:

“Las inhabilidades que afecten a un fiscal adjunto serán resueltas por el Fiscal Regional respectivo “.

Y añade: “Si se rechaza la concurrencia de la causal, el Fiscal continuará con la investigación del caso.

“si se acoge la causal de inhabilitación invocada, se deberá asignar al caso a otro fiscal para que inicie o continúe la tramitación del asunto en que recae.

“La resolución que acoja o rechace la causal de inhabilitación invocada no será susceptible de reclamación alguna.”

Por su parte el artículo 55° -También supuestamente infringido por el mismo juez – establece dieciséis causales de inhabilitación, que son las únicas que , una vez invocadas, permiten al Fiscal Regional respectivo acogerlas o rechazarlas.

La decisión del Sr. Juez de Garantía -en palabras el señor Fiscal requirente “al dar lugar a la petición de la defensa de incluir (entre los testigos) al propio **Fiscal que investigó los hechos, y consecuentemente inhabilitarlo de seguir interviniendo en la causa que investigó y en la que actúa...**”, no invoca ninguna de las causales de inhabilitación contenidas en el artículo 55 °, recién referido, que son las únicas sobre las cuales el Fiscal Regional tiene competencia para pronunciarse.

Tampoco el Juez de Garantía –según declara en su presentación de 12-XI-09 al Excmo. Tribunal Constitucional– ha inhabilitado al Sr. Fiscal adjunto don Patricio Caroca Luengo para ejercer el cargo de fiscal. “Es más –agrega el mismo juez – él sigue realizando presentaciones a este tribunal y sigue tramitando las causa como de suyo lo ha hecho durante todo este tiempo”.

No se advierte, entonces, que el Juez de Garantía haya invadido atribuciones propias de la Fiscalía invocando una causal de inhabilitación del Fiscal Adjunto Sr. Caroca, que sólo a dicha Fiscalía le corresponde calificar; ni tampoco aparece ejerciendo la facultad que el artículo 59 de la LOC. del Ministerio Público atribuye exclusivamente al fiscal respectivo para acoger o rechazar una causal de inhabilitación de las contenidas en el artículo 55°.

10. Facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía en resguardo de un procedimiento y una investigación racionales y justos”

El juez de garantía no sólo tiene las atribuciones que sucintamente hemos descrito anteriormente. Tiene también deberes que están señalados en la Constitución, en el Código Procesal Penal y en el Código Orgánico de Tribunales (C. O. T.).

Entre los primeros, el principio de supremacía de la Constitución le obliga a “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.” (art.6 – C.P.R). Le obliga también a vigilar que en los procesos en que interviene se respeten “las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos)... adoptará **de oficio** o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

Por su parte, el art. 14, letra a) del C. O. T., prescribe: “Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

11. Actuación del Juez de Garantía en relación con la incompatibilidad de un agente para ser, simultáneamente, Fiscal y testigo en el proceso que investiga

En la especie, el señor Juez de Garantía - en la audiencia del 27-X-2009- negó lugar a la exclusión del fiscal adjunto don Patricio Caroca Luengo, solicitada por la Fiscalía, para declarar como testigo “por estimarse relevante y pertinente su declaración a los intereses de la defensa que lo presentaba” y atendido a que –conforme se registraba en el historial computacional de la acusa- el Sr. Caroca Luengo dejó de participar en ella el día 6 de diciembre de 2008, tres días antes de la audiencia de sobreseimiento celebrada a favor del imputado Soza Zamorano, audiencia a la cual el fiscal Sr. Caroca Luengo no compareció. Posteriormente comparece a la última sesión de la audiencia de preparación de juicio oral el día 3 de noviembre de 2009 y –luego de haberse resuelto los incidentes deducidos de nulidad y reposición – la defensa se opone a la notificación del auto de apertura respectivo, que en el caso de cuestión debía realizarse, pues la comparencia del Sr. Caroca Luengo como fiscal era incompatible con su calidad de testigo que ya había sido resuelta por el juez de garantía. Y fue en ese escenario donde el Juez decidió suspender la audiencia por identificar una “inhabilidad de hecho” entre la calidad a de fiscal que invocada el Sr. Caroca Luengo y el rol de testigo.

En mérito de esta constatación el Sr. Juez de Garantía habría decidido oficiar al Sr. Fiscal Regional comunicándole la existencia de está “inhabilidad de hecho” y pidiéndole que adoptara “las medidas pertinentes para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación el juicio oral.”

No nos corresponde juzgar la pertinencia ni el acierto o desacierto de la decisión del Juez de Garantía que negó lugar a la exclusión del fiscal adjunto Sr. Caroca, como testigo de la defensa de la inculpada.

Pero ninguna duda nos cabe de que esa determinación -así como la subsecuente constatación de la incompatibilidad sobrevenida- son decisiones de carácter jurisdiccional que ninguna relación admiten con la facultad de orden administrativo del Sr. Fiscal Regional para nombrar y remover a los fiscales adjuntos ni con si potestad de calificar sus eventuales inhabilidades, específicamente descritas en el art. 55 de la LOC. del Ministerio Público, de las cuales tampoco ha hecho uso el Sr. Juez de Garantía.

12. Inexistencia de una real contienda de competencia

De los antecedentes relacionados y de las definiciones que hemos adelantado sobre la competencia y la contienda de competencia, podemos derivar las siguientes consecuencias:

12.1 No puede haber contienda de competencia entre potestades que se ejercitan por el distinto riel

En efecto, el ejercicio de las potestades que el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero reclama como propias del Ministerio Público, efectivamente corresponden a éste de manera exclusiva y son de carácter administrativo.

En cambio, las situaciones desplegadas por el Sr. Juez Titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, - consistentes en rechazar la exclusión de un testigo presentado por la defensa en la persona del Fiscal Sr. Patricio Caroca; y de oficiar al Fiscal Regional Sr. Armendáriz, señalándole la existencia de una incompatibilidad ("inhabilidad de hecho) en relación con la participación de aquél como representante del Ministerio Público en la misma causa (RIT N ° 8867-2008, RUC N °9080100636-9) "a objeto de que adopte las medidas pertinentes para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación de juicio oral" - son de naturaleza esencialmente jurisdiccional.

Siendo así, que una verdadera contienda de competencia es aquella que se genera entre dos autoridades u órganos del Estado cuando ambos se atribuyen, de manera exclusiva, el poder de ejercitar una misma facultad con respecto a determinada materia, no puede estimarse que hay contienda cuando dos órganos reclaman o ejercitan potestades que pertenecen a esferas tan distintas como son la administrativa y la jurisdiccional.

12.2. No puede haber contienda en el ejercicio de potestades que no son excluyentes

Las potestades que los artículos 40, 44, y 59, en relación con las inhabilidades que establecen los artículos 54 y 55 de la LOC. N° 19.640 del Ministerio Público atribuye a los Fiscales, no son en absoluto incompatibles con las atribuciones y deberes que tanto el Código Procesal Penal, en sus artículos 9°, 10°, 70°, 71°, 276° y 277° así como el Código Orgánico de Tribunales establece en su artículo 14 respecto de los Jueces de Garantía.

En otras palabras, ambos órdenes de potestades pueden ejercerse pacíficamente por sus titulares. No se advierte, en la especie, que ninguno de los órganos de la controversia entablada haya invadido las atribuciones del otro. Por consiguiente, tampoco advertimos aquí -desde este punto de vista- una auténtica contienda de competencia.

12.3. El Juez de Garantía sólo ha constatado una incompatibilidad ("inhabilidad de hecho"), solicitando al Sr. Fiscal Regional subsanarla

Dice el artículo 60 de la LOC. N ° 19.640 que "*No podrán ser fiscales quienes tengan alguna incapacidad o **incompatibilidad** que los inhabilite para desempeñarse como jueces*".

Esta disposición, situada en el Título V que trata de las "INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES", constituye un indicio claro del carácter de tercero independiente e imparcial que debe tener un fiscal para desempeñar este cargo, cualidades que la disposición asemeja a las de un juez.

Y así como resultaría impresentable -además de contrario a derecho- que un juez actuara como testigo en la causa que ha substanciado, también contraría la razón y los principios del proceso justo y racional que propicia nuestra Constitución, la presencia de un fiscal en el proceso en que ha sido llamado a declarar como testigo.

Ahora bien, existe una curiosa contradicción cuyo esclarecimiento podría hacer variar substancialmente el planteamiento del caso. En su requerimiento al T.C., el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero sostiene -en diversos pasajes- que habría designado al Fiscal Adjunto en cuestión, don Patricio Caroca Luengo "desde el 04 de diciembre de 2008", para la investigación que incide en la causa RUC N° 0801000636-9 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago seguida por los delitos de robo con homicidio y otros, cometidos en las personas de Francisco Zamorano Marfull, Héctor Arévalo Olivero y Diego Schmidt-Hebbel. Esta afirmación está hecha al final de la hoja 1, se repite en la hoja 3 (Antecedentes de Hecho), se reitera en la hoja 9, párr. 4°; y se sustenta en una "CONSTANCIA" que se acompaña con el N° 2 en el primer otrosí de la misma presentación, la que aparentemente está suscrita por el propio Sr. Fiscal requirente. Además, en la hoja 6, párr. 5° se atribuye al Juez de Garantía requerido, "**Fiscal que investigó los hechos, y consecuentemente inhabilitarlo de seguir interviniendo en la causa que investigó y en la que actúa**" (lo destacado y subrayado es del texto transcrito).

Sin embargo, en sentido contrario, el Juez de Garantía Sr. Daniel Aravena Pérez, en su Informe al Sr. Presidente del T. C., de fecha 12-XI-2009, sostiene que "con fecha 27 de octubre de 2009 se accedió a la petición de la defensa de incorporar (como testigo) al **señor fiscal don Patricio Caroca Luengo, quién, si bien es cierto figuró en la causa RUC N° 0801000636-9... como el fiscal de la causa, no debe olvidarse que él la mantuvo a cargo mientras se dirigió la investigación en contra del Sr. Claudio Ernesto Sosa Zamorano (en lo que se refiere a diligencias ante el Tribunal, desde el 24 de agosto de 2008 al 10 de octubre del mismo año), respecto de quién solicitó y obtuvo la medida cautelar de prisión preventiva, imputado que estuvo privado de libertad por aproximadamente un mes. Con posterioridad, el 9 de diciembre de 2008 se dictó sobreseimiento definitivo parcial, en relación a aquel imputado, y por encontrarse establecida su inocencia, audiencia a la cual ya no compareció el Fiscal señor Patricio Caroca Luengo**" (el destacado y subrayado es del texto original).

Luego el Sr. Juez informante agrega que en noviembre de 2008 aparecieron los nuevos imputados José Mario Rodríguez Ruz y María del Pilar López Pérez y asienta que "En otras palabras el Sr. Patricio Caroca Luengo estuvo a cargo de la investigación sólo cuando ésta fue dirigida en contra del Sr. Claudio Ernesto Soza Zamorano, ... El Sr. Patricio Caroca Luengo no ha comparecido durante todo el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral y tampoco ha desarrollado algún tipo de gestión, cualitativa o cuantitativamente relevantes, que digan relación con los Sres. José Mario Rodríguez Ruz y María del Pilar López Pérez que son los actuales acusados".

Más categórica aún es la versión entregada por la Defensora Nacional, doña Paula Vial Reynal, en el primer otrosí del escrito en que se hace parte ante el T. C. en el ROL ING. N° 1531-2009. En el punto 4 (hojas 2 a 4) señalan que "El señor Patricio Caroca Luengo actuó como fiscal en la causa RUC N° 0800375048-6 dirigida en contra del Sr. Claudio Soza Zamorano, quien fue sobreseído definitivamente. **En la causa RUC N° 080100036-9, donde se generó esta aparente contienda de competencia, no ha actuado como tal**" (el

subrayado es del punto 4.1) del texto original). Añade en el punto 4.3): "Como se señaló en la citada resolución de fecha 6 de diciembre de 2008 se determinó, conforme lo solicitara el Ministerio Público, acumular la causa RUC N ° 0800375048-6 (contra don Claudio Soza Zamorano) a la causa RUC 0801000636-9, en esta última la investigación estaba a cargo de los fiscales señores Carlos Gajardo Pinto y Vinko Fodich Andrade" más adelante la Defensoría expresa que "La Constancia aludida (de fecha 2-XI-09, suscrita por el Fiscal Sr. Armendáriz) carece de toda validez, primero porque el Sr. Caroca Luengo nunca realizó diligencia o actuación alguna en la investigación RUC 0801000636-9 que iniciaron los fiscales Sres. Fodich y Gajardo; y, segundo, porque no existe documento ni antecedente alguno, suscrito o emitido en la época (4 de diciembre de 2008) en que el Sr. Fiscal Regional hubiese dispuesto la designación de los citados fiscales."

No nos corresponde dilucidar cuál es la versión ajustada a los hechos.

Pero interesa señalar que, si efectivamente el Sr. Patricio Caroca Luengo no actuaba como Fiscal de la causa en que fue incluida su nominación como testigo de la defensa, ni siquiera existe la "inhabilidad de hecho" o -mejor dicho- la incompatibilidad que creyó advertir el Juez de Garantía entre el supuesto papel del Fiscal del Sr. Caroca en esa causa, cuando no lo era, y su admisión como testigo de la defensa en dicha causa. Y, si esto fuera así, no se da en la especie ni siquiera una contienda aparente de competencia, toda vez que la "inhabilidad de hecho" representada por el Sr. Juez de Garantía estaría basada en un error de hecho consistente en creer que el Sr. Caroca era Fiscal actuante en la causa donde no lo era y se había aceptado su inclusión como testigo. Si el Sr. Caroca no era interviniente, como Fiscal, en esta causa, no se advierte qué inhabilidad podría afectarle para declarar como testigo en ella. Creemos que esto es así, primeramente, porque el artículo 276 del C. P. P. atribuye al Juez de Garantía la facultad de seleccionar las pruebas que serán admitidas en el juicio oral; en segundo lugar porque el artículo 309 del C. P. P. prescribe que "*En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles*"; en tercer lugar, porque no existe ninguna norma que prohíba a un Fiscal -por el sólo hecho de serlo- declarar como testigo en la causa en que no actúa en ese carácter; por el contrario el artículo 63 letra c) permite a los fiscales comparecer ante los tribunales de justicia como testigos respecto de hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, prohibiéndoles hacerlo **sin previa comunicación a su superior jerárquico**; y, finalmente, porque el artículo 298 del C. P. P. establece el deber de comparecer y declarar, del siguiente modo: "*Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial*; ... "siendo así que los fiscales no están legalmente exceptuados de hacerlo ni en el artículo 300 C P. P. ni en ninguna otra disposición legal.

Demás está señalar que -en esta hipótesis- se derrumba toda la elaboración teórica de la contienda de competencia planteada por el requirente, ya que no existiría ninguna inhabilidad ni incompatibilidad para ser testigo, que afectara al Sr. Patricio Caroca, por no ser Fiscal actuante en la causa RUC 0801000636-9 donde fue admitido como testigo; porque en dicha causa fueron designados oportunamente dos fiscales adjuntos que no han sido removidos de ella -los señores Vinko Fodich y Carlos Gajardo-; y porque, de esta manera, están suficientemente resguardadas las funciones y garantías del Ministerio Público para cumplir su cometido en dicho proceso.

12.4. Conclusión acerca de la inexistencia de contienda de competencia en la especie

Regresando a la hipótesis original planteada por el Sr. Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero, en su requerimiento al Excmo. Tribunal Constitucional, estimamos que en la controversia suscitada en la especie a raíz de la supuesta "inhabilidad de hecho" constatada por el Sr. Juez de Garantía en la audiencia de preparación del juicio oral de 3 de noviembre de 2009 y el Oficio 5185-2009, de la misma fecha, dirigido por el citado juez al Sr. Fiscal Regional mencionado, no se produce "la invasión de atribuciones" que imputa éste a aquél (hoja 10 párr. 2º), toda vez que el Juez de Garantía se ha ceñido a sus facultades jurisdiccionales y no ha hecho uso ni de las atribuciones propias del Fiscal Regional para inhabilitar a un Fiscal adjunto (artículo 59, inc. Iº LOC. N° 19.640) ni ha utilizado alguna de las causales de inhabilitación que contempla el artículo 55 de la misma LOC. y cuyo uso es de resorte de la Fiscalía.⁸

En la especie se trata, más bien, de una diferente interpretación de normas infraconstitucionales que no corresponde resolver al Excmo. Tribunal Constitucional.

Estimamos que un diferendo de esta naturaleza corresponde ser resuelto en sede jurisdiccional, por las vías procesales ordinarias o mediante la vía correctiva extraordinaria.

Al parecer esto fue lo que hizo la Fiscalía, deduciendo en la audiencia desarrollada el día 3-XI-09 ante el Juez de Garantía Sr. Daniel Aravena Pérez, la incidencia de nulidad procesal, recurso de reposición con nuevos antecedentes, y nulidad de derecho público, respecto de la inclusión del Fiscal Sr. Patricio Caroca como testigo de la defensa. Así consta de la solicitud de certificado presentada en el 8º Juzgado de Garantía de Santiago por don Carlos Gajardo Pinto, Fiscal del Ministerio Público en la causa tantas veces señalada y del Certificado mismo emitido con fecha 13-X-09 por la Jefe de la Unidad de Causas y Sala del citado Juzgado de Garantía.

Ante la ineficacia de la interposición de los recursos señalados, el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero con fecha 5-XI-09, esto es, antes de la interposición del requerimiento ante el T. C. dedujo ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de queja en contra del 8º Juzgado de Garantía de Santiago fundándose en los mismos hechos en que justifica el requerimiento presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional en el Rol Ing. N° 1531-2009 del T. C.

Estimamos que esta es la manera correcta de dilucidar y resolver la cuestión planteada entre la Fiscalía del Ministerio Público y el 8º Juzgado de Garantía de Santiago, es decir, ante los tribunales ordinarios de justicia encargados de interpretar la legislación aplicable en un proceso penal y, eventualmente, corregir las actuaciones inapropiadas de los jueces.

⁸ Ver sobre esta materia "Contiendas de Competencia" en Revista Gaceta Jurídica N°168, junio de 1994.

13. Conclusiones

13.1. No puede existir una contienda de competencia entre órganos del Estado que ejercen atribuciones de distinta naturaleza; esto es, de carácter jurisdiccional por parte del Juez de Garantía y de carácter administrativo, por parte del Ministerio Público.

13.2. Tampoco puede existir dicha contienda si ninguno de los órganos supuestamente concernidos en ella han invadido las atribuciones exclusivas del otro órgano. En la especie, el Juez de Garantía no ha invocado ni utilizado las facultades que los artículos 55 y 59 de la LOC. N ° 19.640 atribuyen exclusivamente al Ministerio Público.

13.3. En el evento de que el Sr. Patricio Caroca no haya estado actuando como fiscal en el proceso en que se le incluyó como testigo de la defensa ni siquiera existiría el hecho básico que pudiera dar lugar a una contienda de competencia. Por el contrario, esta persona tendría la obligación legal de comparecer y declarar en dicho proceso conforme a las disposiciones citadas a este respecto.

13.4. La constatación por parte del Juez de Garantía de la incompatibilidad aparente entre el supuesto fiscal adjunto en la causa, Sr. Caroca, y su admisión como testigo, así como su comunicación por oficio al Sr. Fiscal Regional es una decisión de carácter jurisdiccional, en resguardo de las garantías del debido proceso y de los derechos del imputado y no puede considerarse una invasión de las atribuciones administrativas del Ministerio Público que tienen distintos fundamentos legales y diferentes objetivos.

13.5. No existiendo en la especie una auténtica contienda de competencia, no corresponde plantear la controversia ante el Excmo. Tribunal Constitucional sino ante los tribunales ordinarios de justicia, sede apropiada para resolver esta clase de asuntos.

-000-

En atención al escaso tiempo que se me ha concedido para emitir esta comunicación, solicitada en carácter urgente, no he podido adentrarme en el estudio del derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia existente en la materia; por lo que doy aquí por concluido el presente Informe.

Saluda atentamente a usted,

PROF. DR. LAUTARO RIOS ALVAREZ

Valparaíso, 02 de diciembre de 2009.-