



**Observatorio
Judicial**

**SERIE CONSTITUCIONAL 4/5 :
MINISTERIO PÚBLICO: QUÉ PROTEGER
Y QUÉ EVITAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL**



www.observatoriojudicial.org



INTRODUCCIÓN

Sin lugar a duda el Ministerio Público (“MP”) es una institución fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y esto, por dos razones. La primera, es que el MP es el organismo encargado de investigar y perseguir los ilícitos penales, es decir, las conductas que como sociedad consideramos más dañinas y la segunda razón es que el MP -y el sistema de justicia penal en general- representa uno de los mayores poderes del Estado sobre los derechos y libertades de los individuos. No es casualidad que los gobiernos despóticos utilicen el sistema penal como un medio para eliminar toda disidencia¹ y mantener el control social².

Dado el actual proceso constituyente y la relevancia del MP, es necesario reflexionar qué elementos institucionales del mismo debemos proteger y cuáles evitar. En otras palabras, qué principios y valores deben regular al Ministerio Público en el proyecto de nueva constitución. Para lo anterior es necesario revisar dos aspectos: el primero es explicitar el sentido institucional del MP, en otras palabras, ¿por qué motivo existe y qué función cumple? El segundo aspecto es exponer sobre cómo la actual Constitución Política (“CPR”) regula al MP y señalar qué elementos son relevantes para proteger la adecuada función institucional de éste en el proyecto de nueva constitución.



HISTORIA INSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para comprender el sentido del MP en nuestra institucionalidad es necesario remitirse a la historia de su creación. En efecto, el MP nace en la década de los noventa, a raíz de un proceso de modernización del sistema penal chileno, el cual sustituyó al añejo Código Procesal Penal que databa de 1906³. Este proceso de modernización implicó una serie de innovaciones institucionales que se agruparon bajo el macroproceso de la *Reforma Procesal Penal*.

En ese sentido, el año 1997 significó un profundo cambio de paradigma en la persecución de los delitos en nuestro país. Ese año se dictó la ley N°19.519 que introdujo en la Constitución la figura del Ministerio Público, *organismo autónomo* y cuyo principal mandato es dirigir la investigación y ejercer -de ser necesario- la acción penal. Al mismo tiempo la creación del MP gatilló importantes reformas legales: primero la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (1999) y el Código Procesal Penal (2000).

Ahora bien, el proceso de reforma no fue simplemente una “puesta al día” del sistema penal, sino más bien un radical cambio de paradigma impulsado por la necesidad de ajustar la persecución penal a estándares democráticos básicos. En efecto, durante todo el siglo XX rigió

en Chile un sistema *penal inquisitivo*, el cual estaba estructurado en la figura del juez de instrucción, que se caracterizaba por reunir las tareas de *investigar y juzgar*. Lógicamente el sistema inquisitivo no asegura un principio judicial básico: la imparcialidad, toda vez que el proceso de investigación tiende a generar un sesgo de culpabilidad hacia los imputados. Además, si se suma el secretismo que regía la investigación y la excesiva ritualidad, el resultado era un sistema donde el presunto culpable carecía de las garantías básicas de un debido proceso, tales como un procedimiento justo y racional.

Dado los déficits del Código Procesal Penal de 1906, la reforma sustituyó el sistema inquisitivo⁴ por *un sistema penal acusatorio*, cuya esencia es separar las funciones de investigar y juzgar. Así, para la tarea de investigar y acusar se creó la figura del Ministerio Público que es autónomo de los poderes Ejecutivo, judicial y legislativo con el fin de asegurar que la persecución penal sea inmune a los vaivenes políticos y tendencias ideológicas. En cuanto a la función de juzgar se crearon los tribunales orales en lo penal, compuestos por tres jueces encargados de dictaminar, en base a la acusación y prueba rendida por los fiscales, la culpabilidad o inocencia del imputado.



A juicio del profesor Julián López, el sistema acusatorio no sólo separa las funciones de investigar-acusar de la función de juzgar, sino que trae aparejado una serie de garantías que buscan asegurar que el sistema penal respete la dignidad de los ciudadanos⁵:

“En el procedimiento de verificación de la verdad a través del método de prueba y refutación resultan fundamentales las llamadas garantías primarias o epistemológicas del proceso penal acusatorio, a saber: “no hay juicio sin acusación”, “la carga de la prueba corresponde al acusador” y “el derecho de defensa del imputado”. A las señaladas se añaden otras cuatro que aseguran las observancia de las primeras (garantías secundarias): la publicidad, que permite el control interno y externo de toda la actividad procesal; la oralidad, que implica la inmediación y concentración de la actividad probatoria; la legalidad del procedimiento, que exige que toda la actividad judicial se desarrolle, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente establecido, y la motivación, que garantiza el carácter

cognoscitivo del sistema, esto es, la existencia de fundamentación de la acusación a la luz de las pruebas y contrapruebas” (p. 30)⁶.

De esta manera, el proceso de reforma muestra el objetivo de crear un organismo que concilie dos fines: por un lado, el castigo de los culpables y por otro, la protección de los inocentes⁷. Pero, ese objetivo sólo es posible, en la medida que las funciones de investigar y acusar estén separadas de la función de juzgar -independencia del Poder Judicial- y de los intereses políticos -independencia del Ejecutivo y Legislativo-. Dicha separación es el paso fundamental para asegurar garantías nucleares.

Por tanto, la historia de la creación del Ministerio Público nos muestra el rol que ocupa en nuestra institucionalidad, a saber: asegurar -en lo posible- una persecución penal racional que garantice el principio básico de igualdad de todo ciudadano ante la ley. Por ese motivo, el *principio de autonomía* es clave, sin este, el MP perdería su valor y sentido, porque si dependiera de otros poderes se corre el peligro de que la persecución penal sea parcial, o bien responda a intereses políticos o ideológicos⁸.



EL MP EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN Y SU PROYECCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Aclarado el sentido institucional del MP, veamos ahora algunos aspectos que la actual Constitución Política regula. Por supuesto, la CPR vigente será un antecedente importante que prefigurará las futuras normas del proyecto constitucional. Por lo tanto, es útil mirar los actuales elementos que inciden de una manera especial en la independencia del MP con el fin de evitar propuestas que puedan perjudicar su naturaleza. Tres son los elementos centrales: el principio de autonomía del MP y sus atribuciones, los mecanismos de nombramiento y el sistema de responsabilidad política.

A) AUTONOMÍA Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Lo medular se encuentra en el inciso primero del artículo 83 de la CPR, el cual establece que el MP es:

“Un organismo autónomo, jerarquizado (...) dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito (...) 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”.

Así, lo primero que la CPR consagra son la *autonomía* del MP y su estructura *jerárquica*. Luego establece tres atribuciones: 1) dirigir la investigación de los delitos, 2) ejercer la acción penal pública⁹ y 3) tomar medidas de protección a las víctimas y testigos. Lo que nos interesa destacar es la estrecha relación entre la autonomía del MP y sus dos primeras atribuciones. En efecto, la independencia del MP es un requisito necesario -aunque no suficiente- para una persecución penal objetiva. Al mismo tiempo, su estructura jerárquica coopera a uniformar la actuación de los fiscales bajo criterios comunes y, con ello, disminuir márgenes de arbitrariedad. Por tanto, en el futuro proyecto de constitución es fundamental conservar estos dos principios: la autonomía y la jerarquía.

El estatuto de autonomía del MP es un tema debatido por la doctrina. En efecto, la solución institucional chilena no es unánime, por ejemplo, países como Colombia han optado porque el MP esté bajo la dirección del Poder Judicial, sin embargo, dichas alternativas presentan serios problemas. Respecto a que el MP dependa del Ejecutivo, presenta la dificultad de que la Administración quede protegida de la persecución penal, lo cual podría dificultar la investigación de



delitos de corrupción pública. En cuanto a que el MP esté bajo la dirección del Poder Judicial, conlleva el problema de volver a unir las funciones de investigar y juzgar, lo cual es un retroceso en términos de garantías.

Ahora bien, la autonomía del MP está lejos de significar aislamiento. En efecto, una crítica común al MP es que ha auto-comprendido -y defendido con celo- su autonomía como una especie de inmunidad institucional¹⁰ ante la ciudadanía y los demás poderes del Estado¹¹. Lo anterior es problemático, como ha señalado la profesora M. Inés Horvitz:

Las mayores objeciones giran en torno al fuerte déficit de legitimidad democrática que aqueja al ministerio público cuando la designación de sus autoridades superiores no responde a una elección democrática directa y la inexistencia de controles públicos eficientes sobre el mismo¹².

Desde esta perspectiva es importante pensar propuestas que refuercen el control ciudadano y aumenten la participación técnica de la sociedad civil -i.e. universidades- en la elaboración y ejercicio de la política criminal, es decir, las reglas que el MP establece para regular sus facultades discrecionales en la investigación y ejercicio de la acción penal.

Por ejemplo, una facultad discrecional muy importante del MP es el *principio de oportunidad* regulado en el artículo 170 de Código Procesal Penal¹³ (“CPP”), el cual permite al fiscal no iniciar una investigación, o bien, abandonar una investigación iniciada cuando el delito no comprometa gravemente el interés público. Este mecanismo permite al fiscal introducir criterios de eficiencia en los denominados “delitos de bagatela”, que son muy habituales, pero de baja lesividad. Si bien su ejercicio es necesario y se regula mediante instrucciones generales, éstas son elaboradas de forma autónoma por el MP. Es en estos márgenes de discrecionalidad donde la sociedad civil especializada podría colaborar con el fin de una mayor legitimidad ciudadana.

B) NOMBRAMIENTO DE LOS FISCALES

En los artículos 85, 86 y 88 la CPR regula los mecanismos de nombramiento del fiscal nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos. El sistema de nombramiento puede ser un factor muy influyente en la autonomía, porque quienes nombran pueden querer asegurar la protección de sus intereses. Además, genera incentivos en la conducta de quienes aspiran a ser elegidos, por ejemplo, no emprender acciones que disgustarían de quienes toman la decisión de nombramiento, tales como no investigar cierta clase de delitos.



En consecuencia, el futuro sistema de nombramientos debe prevenir, lo más posible, la captación política de los fiscales o de intereses ajenos a una política criminal imparcial. En ese sentido, el fiscal debe responder a una persecución objetiva de los delitos, en vez de a determinadas agendas personales, políticas o grupos de presión. Desde esta perspectiva, la propuesta de una elección popular de los fiscales es una idea no aconsejable, porque incentiva el personalismo y más peligroso aún, el populismo penal.

También en el actual sistema de nombramientos se ha criticado, en especial, el nombramiento del fiscal nacional donde participa el Poder Judicial, el Ejecutivo y el Congreso¹⁴. Se ha razonado que este mecanismo no asegura la calidad técnica y el mérito, más bien se considera que los intereses políticos son muy gravitantes en la designación. Por esta razón, se ha propuesto, por ejemplo, que el nombramiento dependa de una comisión técnica especializada¹⁵, se ha planteado también elevar a rango constitucional que la conformación de la quina sea un proceso competitivo, abierto, transparente y que asegure el mérito¹⁶.

C) RESPONSABILIDAD POLÍTICA DE LOS FISCALES

En su artículo 89 la CPR regula el mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad política -sistema de remoción-, tanto del fiscal nacional, como de los fiscales

regionales. Una vez más, el mecanismo de responsabilidad es una cuestión sumamente sensible para la autonomía de un organismo. En efecto, las conductas pueden verse muy condicionadas según quien tiene el poder para decidir la remoción.

La actual CPR establece que la remoción puede ser solicitada por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros¹⁷. Las causales para solicitarla son tres: incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Por último, el organismo encargado de decidir es la Corte Suprema y la remoción requiere, al menos, el voto favorable de la mayoría de los ministros en ejercicio.

Si bien se ha criticado que sea la Corte Suprema quien decida la remoción¹⁸, en los hechos ha demostrado imparcialidad. En efecto, en el juicio de remoción promovido por el Frente Amplio contra el fiscal nacional Jorge Abbot en 2018, la Corte Suprema desechó de forma unánime el requerimiento. Dicho caso nos alerta de que cualquier propuesta de incluir algún mecanismo al estilo de acusación constitucional -donde el Congreso decida la remoción- es peligroso dado el alto nivel de politización o posible presión ciudadana sobre los parlamentarios. En ese sentido, los ministros de la Corte Suprema están más blindados de la contingencia, con lo cual se protege de mejor manera la autonomía del Ministerio Público.



CONCLUSIONES

En síntesis, el sentido institucional del MP es la existencia de un organismo autónomo encargado de investigar y perseguir los delitos. Dicha autonomía -frente al Poder Judicial y los poderes políticos- tiene el fin de crear las condiciones para una política criminal imparcial que respete la igualdad ante la ley. Por tanto, el proyecto de nueva constitución debe evitar toda propuesta que atente con-

tra la independencia del MP, tales como elección popular de los fiscales o que el Congreso pueda decidir la remoción de estos. En ese sentido, los convencionales deben poner especial atención en el sistema de nombramientos, los mecanismos de responsabilidad política y en equilibrar la autonomía con un debido control ciudadano que refuerce la legitimidad democrática de los fiscales.



NOTAS AL PIE

1 | El caso actual de Nicaragua es muy ilustrativo, donde Daniel Ortega ha utilizado el sistema penal para impedir que opositores políticos se presenten como candidatos a la presidencia.

2 | Las protestas ocurridas en Hong Kong durante el año 2019, tuvieron su origen en el proyecto de ley que presentó la gobernadora Carrie Lam, el cual permitía que los ciudadanos hongkoneses fueran extraditados para ser juzgados bajo el sistema penal de China. La vaguedad de los delitos incluidos en el proyecto -i.e. poner en peligro la seguridad nacional-, así como la falta de imparcialidad de los tribunales chinos instaló el fundado temor de que el gobierno comunista chino haría uso del sistema penal para controlar paulatinamente a Hong-Kong.

3 | El proceso de modernización de Chile se enmarca en un movimiento ocurrido a nivel amplio en Latinoamérica, que se inicia en la década de los ochenta después del final de las dictaduras militares. Precisamente el objetivo compartido era actualizar los sistemas penales a estándares democráticos.

4 | El Mensaje presidencial de 9 de junio de 1995, que acompañó al proyecto de ley del nuevo Código Procesal Penal es muy claro sobre este punto: "...el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpa-do y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático" (obtenido en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>).



5 | En este sentido, la Reforma Procesal Penal también creó los juzgados de garantía cuyo principal objetivo es asegurar que el Ministerio Público en sus actuaciones respete los derechos humanos, principalmente de los imputados.

6 | María Inés Horvitz y Julián López, *Proceso Penal Chileno. Volumen I* (Santiago: Editorial Jurídica, 2005), 30.

7 | *Ibidem*, 29.

8 | Es evidente que la sola consagración jurídica de la autonomía del MP no asegura una persecución penal racional e imparcial. Efectivamente el MP, como todo órgano público, puede caer en la arbitrariedad o abuso. Por esa razón se crearon los juzgados de garantía para velar por las garantías y derechos de los imputados.

9 | La distinción de atribuciones se explica por la diferencia entre investigar y acusar. La investigación consiste en las instrucciones que los fiscales imparten a las policías para que éstas recaben los posibles antecedentes que puedan probar la

culpabilidad o inocencia del supuesto culpable. Finalizadas las diligencias investigativas pueden ocurrir dos situaciones, la primera es que no existan antecedentes suficientes que demuestren la culpabilidad. La segunda situación, es que el fiscal considere que sí existe la prueba necesaria para demostrar la comisión del delito y el grado de participación del imputado. En esta segunda hipótesis el fiscal acusa formalmente para que sean los jueces del Tribunal Oral en lo Penal quienes decidan sobre la inocencia o culpabilidad del imputado.

10 | El profesor Mauricio Duce, ha señalado el error de que el MP comprenda su autonomía de igual manera que la independencia judicial: *“En general, un Ministerio Público moderno que desee tener un rol protagónico en la persecución penal requiere del desarrollo de diversas y complejas relaciones con los otros Poderes del Estado para poder actuar eficientemente en el cumplimiento de sus objetivos (...) relaciones de esta naturaleza resultan impensables dentro del marco cubierto por concepto tradicional de independencia judicial”* (¿Qué significa un Ministerio Público au-



tónimo?: problema y perspectivas en el caso chileno. p.10. Obtenido en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/Apuntes_Derecho_09_ministerio.pdf).

11 | En la última encuesta CEP de diciembre de 2019, el Ministerio Público contaba con sólo un 6% de confianza ciudadana. En efecto, el aislamiento del MP ha significado un déficit democrático importante (obtenido en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200116/20200116081636/encuestacep_diciembre2019.pdf).

12 | María Inés Horvitz y Julián López, *Proceso Penal Chileno. Volumen I* (Santiago: Editorial Jurídica, 2005), p. 133.

13 | Inciso 1º, artículo 170 del CPP: “*Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un de-*

lito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

14 | El mecanismo para nombrar al fiscal nacional es el siguiente: la Corte Suprema conforma una quina. Luego el Presidente elige a uno de los cinco candidatos, el cual es presentado al Senado. Por último, el Senado debe ratificar la propuesta por los 2/3 de los senadores en ejercicio. Los fiscales regionales son elegidos por el fiscal nacional a partir de una terna elaborada por las cortes de apelaciones. Por último, el fiscal adjunto es electo por el fiscal nacional de una terna elaborada por el fiscal regional.

15 | Así la ha propuesto el académico Mauricio Duce (ver: *¿Qué debiese decir la nueva Constitución en relación al Ministerio Público?* Disponible en: <https://plataformacontexto.cl/descargable/que-debiese-decir-la-nueva-constitucion-en-relacion-al-ministerio-publico/>).

16 | Un aspecto que se ha planteado dentro del ámbito constitucional



de los nombramientos es aumentar ciertos requisitos, por ejemplo la cantidad de años de ejercicio de la profesión.

17 | La remoción de los fiscales regionales también puede ser solicitada por el Fiscal Nacional.

18 | Básicamente se critica que sujetar la remoción de los fiscales en la Corte Suprema, hace dependiente al MP de los tribunales, lo cual se afectaría la separación de funciones de investigar y juzgar, siendo un resabio del sistema inquisitivo.



www.observatoriojudicial.org

