

NATURALEZA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE SUS FUNCIONES

Hugo PEREIRA ANABALÓN*

I

La estructura del Ministerio Público (MP) debe ser acorde con la naturaleza de sus funciones, por lo cual corresponde exponer sobre aquella en primer término.

La Ley núm. 19.696, del 12 de octubre de 2000, aprobó para Chile un nuevo Código Procesal Penal, que derogó tácitamente el Código de Procedimiento Penal que rigió desde el 1o. de marzo de 1907.¹

El nuevo código significa una modificación substancial del enjuiciamiento criminal en nuestro país, al reemplazar un sistema inquisitivo escrito y secreto² por otro acusatorio público y oral, al cual se incorpora un MP que realiza funciones trascendentes.

* Profesor titular de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ A nuestro entender la derogación fue tácita porque la ley chilena contempla solamente derogaciones expresa y tácita y el nuevo código no contiene norma de abrogación del primer tipo (artículo 52 del Código Civil).

Además, “la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley” (artículo 53 de dicho código) y el propio mensaje del ejecutivo del Código Procesal Penal declara que “también ha sido fuente principal del proyecto la legislación procesal vigente, en especial el Código de Procedimiento Penal del cual se han mantenido todas aquellas normas que no resultan contradictorias con el nuevo sistema y que constituyen parámetros conocidos para jueces y abogados, existiendo muchas veces a su respecto un caudal de interpretaciones y jurisprudencias suficientemente asentadas”.

² Es conveniente aclarar que el examen del Código de Procedimiento Penal conduce a la conclusión que su normativa regula un sistema procesal penal mixto, inquisitivo-acusatorio, pero que por causas diversas se hizo en la práctica inquisitivo.

En un antiguo estudio escrito por el magistrado Rubén Galecio Gómez³ se dice que:

la figura del MP ha sido una elaboración histórica antes que doctrinaria”, e invocando a Manuel Egidio Ballesteros, nombre notable para nuestro derecho procesal, transcribe que la institución se reveló desde un principio por su acción y cuando las primeras ordenanzas hablan de él, ya estaba en ejercicio, pues nació de un conjunto de civilización: la ley no lo creó y se limitó a adoptarlo.

Como ocurre con frecuencia en las instituciones jurídicas, siempre se encuentran atisbos de ellas en Grecia y Roma. Sigue su evolución con el proceso canónico, en el medioevo, y se perfeccionan con la Revolución Francesa. A ese desarrollo no escapa el MP, pero en general puede afirmarse que no existe un verdadero MP si no se organiza antes un órgano jurisdiccional.

En el plano doctrinario, según Galecio, los problemas orgánicos tienen relación con los siguientes aspectos: *a)* ubicación del MP en la estructura general del Estado, en el sentido si debe ser un organismo autónomo o depender de los poderes Ejecutivo o Judicial; *b)* su organización interna debe ser jerarquizada monocráticamente o cada representante debe ser un órgano; *c)* las bases de su actuación en cuanto a si regirán los principios de unidad e indivisibilidad propias del arquetipo napoleónico y si dicha actuaciones se regirá por los principios de legalidad o de oportunidad; *d)* amovilidad o inamovilidad de sus integrantes; *e)* su relación con otros organismos estatales de origen común, como el Consejo de Defensa del Estado; *f)* su forma de distribución del trabajo, y *g)* su estatuto funcionario: obligaciones, prohibiciones, derechos, etcétera.

Los problemas funcionales se refieren, según ese autor, a los siguientes puntos: *a)* determinación de las labores que se le asignen y dirimir críticamente las que deben prevalecer en sus manos y cuáles deben ser entregadas a otros organismos, y *b)* concretar el carácter y la extensión de su actuación en el proceso penal.

Estamos de acuerdo con los planteamientos reseñados. Sin embargo, nos parece fundamental definir si el MP es un nuevo poder del Estado,

³ Gómez Galecio, Rubén, “Orientaciones para una reforma del proceso penal chileno”, *El Ministerio Público, Separata de la Revista de Ciencias Penales*, Santiago, t. XXIV, núm. 3, 1967, pp. 288, 289 y 293.

en el plano orgánico, y en el funcional determinar el carácter jurisdiccional o no jurisdiccional de sus atribuciones.

II

Según el léxico, poder es sinónimo de fuerza, vigor, capacidad, poderío, que cuando es examinado desde la perspectiva del derecho político, es la “potestad rectora y coactiva del Estado”.

Este concepto unívoco ha derivado en un sentido plural y se alude a los poderes públicos como modo de garantizar las libertades individuales; ello desde la publicación de dos obras clásicas: *El tratado del gobierno civil*, de John Locke (1690), y el famoso *Espíritu de las leyes*, de Montesquieu (1748). Fortifica las ideas de esos eminentes juristas la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que adoptó la Asamblea Constituyente de Francia en agosto de 1789, cuyo artículo 16 declaró que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

El principio de la separación de los poderes públicos como fundamento de la libertad del ser humano individual, ha arraigado en el derecho político occidental como un principio que se resiste en desaparecer, aunque a la concepción de Montesquieu relativa a sólo tres poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— se añaden por la doctrina varios otros, como el Constituyente, el electoral, el contralor o el del Tribunal Constitucional, etcétera.

Pero otra doctrina, muy ilustre, tiene un planteamiento diverso. En efecto, Hans Kelsen⁴ ha escrito que el Estado es concebido como un agregado de individuos, es decir, como un pueblo que vive dentro de una parte limitada de la superficie de la tierra, y se encuentra sujeto a un determinado poder: un Estado, un territorio, una población y un poder. Afírmase que la soberanía es la característica que define a ese poder. Aun cuando la unidad del poder se estimase tan esencial como la del territorio y la del pueblo, se admite sin embargo que es posible hablar de tres diferentes poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La palabra “poder” tiene diferentes significaciones de acuerdo con esos distintos usos... el “poder” del Estado tiene que ser la validez y efi-

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1969, p. 302.

cacia del orden jurídico nacional, si la soberanía ha de considerarse como una cualidad de tal poder. Pues la soberanía únicamente puede ser la cualidad de un orden normativo, considerado como autoridad de la que emanan los diversos derechos y obligaciones. Cuando, por otra parte, se habla de los tres poderes del Estado, la palabra “poder” es entendida en el sentido de una función del Estado, y entonces se admite la existencia de funciones estatales distintas”.

En suma, admite Kelsen que puede hablarse en plural de “poderes” del Estado en el sentido de “funciones” del Estado.

En similar lineamiento se encuentra Kart Loewenstein⁵ cuando expresa que lo que en realidad significa la así llamada separación de poderes, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del estado.

Por su parte, Maurice Duverger, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París⁶ coincide en que la teoría de la separación de poderes significa independencia recíproca de los órganos gubernamentales para el ejercicio de “funciones” fundamentales distintas por naturaleza que solamente podrían ejercerse por separado. Observa, sin embargo, que:

esta teoría abstracta constituye una justificación ideológica para un objetivo muy concreto: debilitar a los gobernantes en su conjunto, haciendo que se limiten recíprocamente. Bajo esta perspectiva, la separación de poderes lleva consigo dos aspectos muy distintos que se sitúan en planos muy diferentes: 1. La separación del parlamento frente al gobierno, que afecta a los gobernantes en el sentido amplio del término. 2. La separación de las ju-

⁵ Loewenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1969, p. 55.

⁶ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1970, pp. 178 y 179.

risdicciones con relación a estos gobernantes, que permite su control por jueces independientes.

La doctrina constitucional de nuestro país se orienta, en general, con la doctrina europea; pero aun así, el examen de los textos constitucionales demuestra la persistencia de la doctrina de los poderes clásicos. En efecto la Constitución de 1818 alude al “poder ejecutivo”; la de 1822, a los “poderes ejecutivo y judicial”; la de 1828, a los poderes “Ejecutivo, Legislativo y Judicial”; la de 1925, al “Poder Judicial” y la de 1980, incluyendo su gran reforma de 2005, igualmente al “Poder Judicial”. Únicamente la Constitución de 1833 se refiere al “Congreso Nacional, el presidente de la República y a la administración de justicia”, sin el uso del vocablo poderes.

En este estado de nuestra exposición cabría preguntarse acerca de la causa, motivo o razón de la persistencia del empleo del vocablo poderes para referirse a las potestades de los órganos fundamentales del Estado. Y la respuesta está contenida en el mismo planteamiento de Loewenstein cuando expresa que “la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes”, y que en otra parte de su excelente obra complementa al decir que han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos.⁷ Porque precisamente separar los poderes públicos es establecer los límites para el goce de la libertad política por el hombre común.

Por lo demás, en la vida colectiva se presentan infinidad de estructuras de diferente naturaleza que tienen variadas funciones, y es conveniente por ello mantener para los órganos del Estado la nomenclatura clásica de poderes del Estado, para diferenciarlos de otras estructuras y funciones, dándole así un sello propio.

⁷ *Ibidem*, p. 149.

III

La Ley núm. 19.519, del 16 de septiembre de 1997, incorporó a la constitución política un nuevo capítulo regulador del Ministerio Público, que se mantuvo en el nuevo texto refundido de la Carta según lo previsto por el artículo 2o. de la Ley núm. 20.050 y el Decreto supremo núm. 100, del 17 de septiembre de 2003.

Integra la normativa constitucional la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público núm. 19.640, del 15 de octubre de 1999.

Concibe la Constitución a este nuevo Ministerio Público⁸ como un organismo autónomo jerarquizado presidido por un fiscal nacional, al cual se subordinan los fiscales regionales y los fiscales adjuntos. Autónomo, en cuanto tiene independencia política sin integrarse a ningún poder del Estado y se gobierna por sí mismo; jerarquizado, porque su estructura contiene varios grados, superiores e inferiores, sin perder unidad.

El fiscal nacional es designado por el presidente de la República, a propuesta en quina de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Los fiscales regionales son nombrados por el fiscal nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región, y los fiscales adjuntos lo son también por el fiscal nacional, a propuesta en terna del fiscal regional respectivo. Todo lo anterior, según lo dispuesto por los artículos 83, 85, 86 y 88 de la Carta.

Como puede observarse, en la designación de los miembros del MP intervienen los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y el propio MP por intermedio del fiscal nacional.

La jerarquía constitucional de las bases de la organización del MP es tendencia constante en el derecho iberoamericano. Así se comprueba si se examinan las Constituciones de Bolivia de 1967, de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de México de 1917, actualizada en 1995, de Perú de 1993, de España de 1978, y de Portugal.⁹ Al seguir esta tenden-

⁸ El antiguo Ministerio Público organizado en el título XI del Código Orgánico de Tribunales, fue reemplazado por la Fiscalía Judicial en virtud de la Ley núm. 19.665, del 9 de marzo del 2000, sin competencia en materia penal ni procesal penal.

⁹ Datos expuestos por Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Ministerio Público. Antecedentes de la reforma constitucional*, Santiago, 1997, pp. 103–114.

cia, Chile indica el primer dato necesario para darle al MP el carácter de poder del Estado.

Se expresó que la organización jerárquica del MP no lesiona su unidad de acción, principio unitario que se manifiesta al crear la ley orgánica el Consejo General, integrado por el fiscal nacional, que lo preside, y los fiscales regionales, órgano que debe ser oído por el fiscal nacional para el ejercicio de su atribución principal de “fijar... los criterios de actuación del MP para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes y, en general, asesorarlo en las materias que le solicite” (artículos 24, 25 y 27, letra a).

A la independencia orgánica del MP se asocia su imparcialidad, en el sentido que “los fiscales adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”. De acuerdo con ese criterio, “deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen” (artículo 3o. de la Ley Orgánica). Esta norma, que reproduce el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, será más adelante analizada en su contenido y alcance.

Tienen los fiscales nacional y regionales la estabilidad propia de una designación por diez años, si bien no pueden ser nombrados para el periodo siguiente (artículos 16 y 32 de la Ley Orgánica), designación que requiere, a más del requisito obvio de ser abogado por cierto número de años, no estar afectado por las incapacidades e incompatibilidades previstas en esa ley (artículos 14 y 31 de la Ley Orgánica).

Los fiscales y demás funcionarios del MP deben observar el principio de probidad administrativa, ejercer sus funciones con transparencia y publicidad de sus actos administrativos, a más de asegurar a todo interesado el acceso a la institución, con pleno respeto de sus derechos y dignidad personal (artículo 8o. de la Ley Orgánica).

Los fiscales del Ministerio Público tienen potestades en los términos que se verá y, por tanto, tienen responsabilidad disciplinaria, civil y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones (artículos 11 y 45 de la Ley Orgánica). Si se tratare de responsabilidad penal por delito ministerial, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos en los términos previstos en los artículos. 424 y siguientes del Código Procesal Penal (artículo 46 de la Ley Orgánica).

En caso de mal comportamiento del fiscal nacional y los fiscales regionales, o manifiesta negligencia en el ejercicio de sus funciones, sólo serán removidos por la Corte Suprema a requerimiento del presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros. También puede solicitar la remoción de los fiscales regionales el fiscal nacional. La acción de remoción provoca un proceso abreviado, con la debida oportunidad para la defensa del fiscal inculcado. La remoción requiere el voto conforme de cuatro séptimos de los miembros en ejercicio de la Corte (artículo 53 de la Ley Orgánica).

Tema relevante atañe al derecho de acción de las personas en contra del Estado, por la conducta de los fiscales del ministerio público que les cause daño patrimonial. Este derecho está constitucionalmente reconocido, en relación con cualquier órgano estatal, en el inciso 2 del artículo 38 de la Carta y reiterado en el artículo 4o. de la Ley núm. 18.575 del 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

A su vez, en forma más específica, el artículo 5o. de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, establece: “El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”. Y en dos incisos separados, añade:

la acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina. En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra.

El paralelismo de esta cuestión con la responsabilidad del Estado por error judicial es evidente, en especial si se comparan los textos reproducidos con la norma del artículo 19, núm. 7, letra i, de la Constitución, que analizamos en otra obra.¹⁰ En efecto, tanto el artículo 5o. de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, como el indicado texto de la Constitución requieren para la procedencia de la responsabilidad

¹⁰ Pereira Anabalón, Hugo, *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, Santiago, 1993, actualizado en 1996, pp. 285 y ss.

estatal, que las respectivas conductas de los fiscales y jueces sean “injustificadamente erróneas o arbitrarias”, lo que la hace excesivamente restrictiva y, en la práctica, inoperante.

Los fiscales del Ministerio Público están afectos a un severo régimen de inhabilidades, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que tienden a asegurar su independencia personal, probidad y eficacia en el ejercicio de sus funciones, establecidas en los títulos IV y V de la Ley núm. 19.640.

La misma ley señala la planta del personal que no solamente está formada por los fiscales de todas las categorías, sino que la integran funcionarios directivos, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares, todo ello en su título VI.

Si bien no integran esa planta los miembros de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile —dependientes del Poder Ejecutivo—, son auxiliares del MP en la función de investigación en el proceso penal, para cuyo efecto los fiscales están facultados para impartirles las correspondientes instrucciones, que deben cumplir sin calificar su procedencia, conveniencia y oportunidad (artículos 83, inciso 3, de la Constitución y 79 y 80 del Código Procesal Penal).

En cuanto a su régimen financiero, el MP se sujeta a las normas de la Ley de Administración Financiera del Estado, debiendo la Ley de Presupuestos del Sector Público consultar anualmente los recursos necesarios para su funcionamiento. Para tal efecto, el fiscal nacional comunicará al Ministerio de Hacienda las necesidades presupuestarias respectivas en los plazos y según las modalidades establecidas para el sector público (artículo 90 de la Ley núm. 19.640).

IV

Expuesto el cuadro general de la estructura del Ministerio Público, corresponde referirnos a la naturaleza jurídica de sus atribuciones y funciones, las que ejerce en el proceso jurisdiccional, exclusivamente en el área penal.

No es la ocasión de extenderse sobre el concepto de jurisdicción, pero precisemos que no obstante la diversidad de visiones doctrinarias sobre el tema, los rasgos más relevantes que hemos percibidos en ellas son los siguientes: *a)* es un poder (potestad) de ejercicio reglado por medio del

proceso; *b*) composición de conflictos de relevancia jurídica por acto de juicio; *c*) interpretación y aplicación del derecho en el caso concreto y *d*) autoridad y efecto de cosa juzgada en su doble aspecto de irrevisibilidad de la decisión y ejecución de su contenido.

Del primero de los indicados rasgos se infiere claramente el carácter instrumental que tiene el proceso en el ejercicio de la jurisdicción, en cuya organización se percibe una trayectoria o procedimiento que tiene etapas, fases o momentos diversos unidos entre sí por una finalidad común: la cosa juzgada. Esos momentos están señalados en los artículos 76 de la Constitución Política y 1o. del Código Orgánico de Tribunales y son los de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas civiles y criminales. A ellos se ha referido Couture con elegancia al expresar que:

en el proceso judicial también se comienza por saber los hechos y el derecho mediante el contradictorio de ambas partes y por obra del juez; luego éste decide, esto es quiere en sentido jurídico, a cuyo querer se asigna una eficacia especial, y por último obra, esto es, asegura prácticamente el resultado de la obra intelectual y volitiva, mediante las diversas formas exigidas por el contenido mismo de la sentencia.¹¹

En suma, existe ejercicio de la jurisdicción mediante su instrumento que es el proceso, desde los primeros actos de la fase de conocimiento hasta los últimos actos de la fase de ejecución de la sentencia definitiva, si el contenido de esta lo requiere.

El Código Procesal Penal vigente regula varios procedimientos, entre ellos el ordinario, el simplificado y el abreviado, siendo el primero, como lo indica su denominación, el rito eje de todo el sistema y por ello se aplica supletoriamente en la normativa de los otros. A su vez, el procedimiento ordinario tiene las etapas de investigación, de preparación del juicio oral y el juicio oral mismo.

Por consiguiente, la investigación es parte básica del juicio ordinario penal, lo que no es contradictorio con el carácter preparatorio que el propio mensaje del Código atribuye a la instrucción. Por la inversa, opinión tan autorizada como la de Niceto Alcalá-Zamora comprende en la defini-

¹¹ Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, p. 439.

ción que construyó de la potestad jurisdiccional, las “actuaciones preliminares o asegurativas”.¹²

Ahora bien, el artículo 83 de la Constitución Política entrega al MP la atribución de dirigir “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...” norma fundamental que desarrolla el Código Procesal Penal en el título I del libro segundo, artículos 166 y ss.

Con lo expuesto queda demostrado que para el derecho positivo nacional la atribución investigativa que desarrolla el MP en el proceso penal, es ejercicio de potestad jurisdiccional.

Es ilustrativo, además, que el párrafo primero de ese título lleve el epígrafe de “Persecución penal pública”, con lo cual quiere significarse que existe esa persecución propia de la jurisdicción penal no solamente cuando el juez o tribunal sentencia, sino cuando el MP investiga el delito y la participación punible. Es decir, el poder represivo del Estado se manifiesta desde el inicio de la investigación misma.

Con todo, el MP se encuentra en esta etapa bajo el control del juez de garantía “encargado de resolver los conflictos que la actividad persecutoria del fiscal y de la policía en su auxilio pueden generar en relación con los derechos de un imputado que debe ser tenido como inocente”, según reza el mensaje.

La investigación a cargo del MP está regida por el principio de oportunidad y no por el de legalidad. En tal virtud, los fiscales están facultados para no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, si se tratare de hechos que no comprometieren gravemente el interés público; pero esta relevante atribución está sujeta a la fiscalización del juez de garantía que puede dejar sin efecto la decisión del fiscal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes señalados en el artículo 12 del Código, en especial la víctima. Es lo que se establece en el artículo 170 de ese cuerpo legal.

Cabe aquí reflexionar para plantear una interrogante en relación con la compatibilidad entre el carácter de órgano de persecución penal del MP con la exigencia de imparcialidad y objetividad establecida para él en el artículo 3o. de la ley orgánica, a la que ya nos referimos. Compartimos

¹² Alcalá-Zamora, Niceto, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núms. 2-3, 1972, pp. 477 y ss., en especial p. 506.

en este aspecto la autorizada opinión de James Goldschmidt en el sentido que estamos frente a un “error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo. En todo caso, la creación del Ministerio Fiscal (MP) no ha tenido otro fin que dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, nunca la de desnaturalizar su función, es decir, privarla del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la justicia”.¹³

Para eliminar este error es conveniente, pues, no exigir al MP, como órgano de persecución penal, imparcialidad, lo que es en cambio esencial atributo de un juez sentenciador.

VI

En la fase de investigación se efectúa la formalización de la misma, de especial trascendencia para el curso de todo el proceso que regula el Código, institución que confirma plenamente su naturaleza jurisdiccional.

Se entiende por formalización de la investigación “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” (artículo 229 del Código Procesal Penal).

De la historia del establecimiento de la norma se desprende que:

se trata de una institución procesal que obliga a judicializar la investigación, con el fin de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, a permitir su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a dar lugar a la intervención del juez para el control de la actividad investigativa y a las eventuales medidas cautelares.¹⁴

No se quiere que la formalización de la investigación sea una “formulación de cargos”, texto que propuso el Ejecutivo para el título del párrafo que la reglamenta y que la Cámara de Diputados substituyó por el actual, para diferenciarla claramente del “auto de procesamiento” que existió en el Código de Procedimiento Penal derogado.¹⁵

¹³ Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, 1961, t. II, p. 51.

¹⁴ Peffer Urquiaga, Emilio, *Código Procesal Penal anotado y concordado*, Santiago, 2001, pp. 242 y 243.

¹⁵ *Idem*.

Con todo, esta aserción se contradice en forma flagrante con lo que expone el artículo 232 del Código, ya que en la audiencia de formalización de la investigación el juez de garantía autoriza al fiscal para que “exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal”, y a su vez manifestar el imputado lo que estimare conveniente, vale decir, hacer alegaciones en su defensa, lo que indica que se ha iniciado un debate propio de la actividad jurisdiccional.

Además, de conformidad con el inciso 2 del artículo 230 del Código, el fiscal requiere de la formalización para la práctica de determinadas actuaciones de investigación, la recepción anticipada de pruebas o la resolución del juez para la práctica de medidas cautelares, no siendo dudoso que la actividad probatoria o la realización de medidas cautelares, reales o personales, importa ejercicio de función jurisdiccional.

Para verificar que la formalización tiene especial trascendencia para todo el curso del proceso penal, nótese:

La acusación del MP que en su momento deduce el respectivo fiscal, “sólo podrá referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica” (artículo 259, inciso final del Código).

La resolución del juez de garantía que contiene el auto de apertura del juicio oral debe indicar “la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas” (artículo 277, letras b y g), acusaciones congruentes con la formalización;

La sentencia condenatoria que se pronuncie en dicho juicio oral, “no podrá exceder el contenido de la acusación”, añadiendo el precepto que “en consecuencia no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella” (artículo 341 del Código), y

Si la sentencia de condena dictada en el juicio oral excediere el contenido de la acusación, puede siempre ser invalidada mediante el respectivo recurso, por constituir el motivo absoluto de nulidad contemplado en el inciso f del artículo 374.

Como conclusión puede afirmarse que la investigación que practica el MP en el juicio ordinario penal del Libro II del Código Procesal Penal y en especial su formalización, es su función principal al condicionar la existencia y el contenido de los actos más relevantes de su trayectoria.

En cuanto la formalización condiciona la existencia de esos actos se acerca al concepto de presupuestos procesales elaborado por la doctrina para el proceso civil, porque al decir de Chioventa¹⁶ ellos son “las condiciones para que se consiga un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda”, y un procesalista en lo penal, Giovanni Leone,¹⁷ manifiesta que “son los elementos de cuya existencia depende el nacimiento de la relación procesal, sin los cuales, por consiguiente, no surge el poder-deber del juez de emitir su decisión”.

Estimamos, en todo caso, que la formalización, no obstante el elemento histórico ya indicado, no es solamente un acto procesal de comunicación sino también de formulación de cargos en contra del imputado.

VII

Expresa asimismo el artículo 83 de la Constitución Política que al Ministerio Público “de igual manera le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”, cautela especial que no contemplaba el Código de Procedimiento Penal derogado.

En orden a la protección de las víctimas del delito, el Código Procesal Penal señala que:

será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos, facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir [...] señala a continuación, como obligación de esos magistrados, la realización de diversas actividades tanto cautelares como de información (artículo 78).

En cuanto a la protección de los testigos, el Código la regula en la fase de prueba del juicio oral, tanto respecto del tribunal como del MP. Si de este, expresando que “adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección” (artículo 308).

¹⁶ Chioventa, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1954, vol. I, p. 77.

¹⁷ Leone, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 234.

El Código contempla en los títulos V y VI del Libro I la regulación de medidas cautelares personales y reales, respectivamente. Las primeras las decreta el juez en resolución fundada “cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...” (artículo 122) y son de cuatro categorías: citación, detención, prisión preventiva y otras medidas taxativamente enunciadas.

Parece procedente, conceptualmente, ubicar entre éstas la de protección de los testigos, porque es obvio que contribuye a asegurar los fines del proceso penal, especialmente si se produce antes de que presten declaración.

Por lo que toca a las medidas cautelares reales (o patrimoniales), el artículo 157 preceptúa que “durante la etapa de investigación, el Ministerio Público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro segundo del Código de Procedimiento Civil”.

Ello, porque en el proceso penal la víctima u ofendido por el delito puede deducir acción civil para obtener la restitución de la cosa objeto del delito o para perseguir la responsabilidad civil derivada del hecho punible (artículo 59).

Ya sabemos que la carta fundamental y la ley señalan que el proceso jurisdiccional se desenvuelve en las fases de conocer, juzgar y hacer ejecutar los juzgados. Pero entre el juzgamiento y la ejecución existe un lapso que entraña el riesgo o peligro (*periculum in mora*) que la última etapa no se concrete por la ocurrencia de circunstancias de variada índole, de donde surge la necesidad de evitarlo. La actividad procesal idónea, para ello es precisamente la cautela que en razón de su finalidad es también de naturaleza jurisdiccional, porque según expresara Couture en su día “la función jurisdiccional en su eficiencia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho”.¹⁸

¹⁸ Couture, *op. cit.*, nota 11, p. 40. Acerca de la naturaleza de las resoluciones cautelares, ha expresado Chioyenda que “el poder jurídico de obtenerlas es una forma por sí misma de la acción (acción aseguradora); y es pura acción, que no puede, considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho existe y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez. También aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado, fundado en la necesidad general de la tute-

Es así que la actividad que desarrolla el Ministerio Público en el proceso penal para cautelar en la forma que se ha descrito, es decir disponiendo actos de protección a las víctimas y testigos, es también jurisdiccional.

VIII

Dispone también el artículo 83 de la Constitución que “... en su caso ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”, refiriéndose al Ministerio Público y al Código Procesal Penal.

El Código clasifica la acción penal en pública y privada. La primera “para la persecución de todo delito que no esta sometido a regla especial...”; la segunda, “sólo podrá ser ejercida por la víctima” (artículo 53). Continúa el precepto manifestando que “la acción penal pública... deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público”.

Como puede apreciarse, se mezcla en la disposición el derecho de acción con el ejercicio del mismo, debiendo tener tratamiento separado.

Al ejercer el Ministerio Público la acción penal pública adquiere la calidad de “parte” en el proceso, expresión de antiguo y rico contenido en la ciencia del derecho, aunque abandonada por el Código Procesal Penal y sustituida por el inexpresivo termino de “interviniente”. Pero ya se sabe que la doctrina le asigna la calidad de parte “formal” porque lo es sólo en el proceso, aunque no en la litis, la cual se traba entre el Estado y el imputado, que por ello son partes “substanciales”.

Cerrada la investigación luego de ser formalizada, surge la etapa intermedia, en la que el juez de garantía puede decretar sobreseimiento definitivo o temporal a solicitud del fiscal, requerimiento en que comienza a manifestarse ejercicio de acción procesal por el MP.

Si no se producen los efectos de dichos sobreseimientos, surge el acto fundamental llamado “acusación”, determinante del objeto del proceso, expresión de la voluntad del MP, el querellante ofendido y demás personas que determina la ley. Sus requisitos los señala el artículo 259.

Según el texto, con la acusación se inicia la preparación del juicio oral, le sigue la audiencia de preparación y su desarrollo, para llegar al juicio oral mismo que se desenvuelve en audiencia pública. No nos detendremos en examinar los principios rectores del proceso oral por ser

la del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto”, pp. 317 y 318.

sobradamente conocidos, pero sí podemos afirmar que ellos están recogidos en el Código Procesal Penal, con activa participación del MP, y los lineamientos del “debido proceso de derecho” según las pautas que emergen de la Constitución Política (artículo 19,3 inciso 5) y de la Convención Americana de los Derechos Humanos, vinculante para Chile, como ésta lo perfila en su artículo 8o.

Nos detendremos sólo en dos de las exigencias de la Convención: la del inciso e, referente al “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”, y la del inciso h atingente al “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Obviamente, ambas referentes a derechos del imputado.

Para atender al derecho de defensa del imputado de manera de proveer al necesario equilibrio entre aquel y el vigoroso poder del MP, nuestros legisladores dieron nacimiento a la Ley núm. 19.718 del 10 de marzo de 2001, que creó la Defensoría Penal Pública como servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la Republica, por medio del Ministerio de Justicia (artículo 1o.).

Según su artículo 2o., “la defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado”.

En cuanto a su estructura, ella tiene paralelismo con la del MP, porque se ha organizado con una Defensoría Nacional y defensorías regionales de las cuales dependen Defensorías Locales. Participan también en esa organización abogados y personas jurídicas con quienes se convenga la prestación de servicios propios de la defensa judicial penal (artículo 4o.).

Las unidades operativas son las defensorías locales en las que se desempeñan los defensores locales (abogados) de la Región. Podrá haber hasta ochenta defensorías locales en el país, las que serán distribuidas conforme a criterios de carga de trabajo, extensión territorial, posibilidades de comunicación y eficiencia en el uso de los recursos (artículo 24).

Lo fundamental de esta organización es la labor profesional de los defensores locales, que la Ley especifica así:

- Asumirán la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y, en todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia judicial a que fueron citados.
- Asumirán la defensa siempre que falte abogado defensor, por cualquier causa, en cualquiera etapa del procedimiento.
- Los abogados de la defensa la mantendrán hasta que asuma el defensor que designe el imputado o acusado, salvo que éste fuere autorizado por el tribunal para defenderse personalmente.

Todo lo cual se desprende de lo preceptuado por los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley núm. 19.718.

El derecho de defensa del imputado no sería completo si careciera de la posibilidad de impugnar una sentencia que le fuere adversa. Por ello la Convención Americana lo habilita para recurrir contra ella, pero sin especificar acerca de la naturaleza del recurso; sin embargo desde muy antiguo existía en Roma la *appellatio*, de la cual un romanista insigne, Vittorio Scialogia, decía: “Llevar una cuestión decidida en primer grado ante un juez de segundo grado que vuelva a tratar el mérito de la causa y cierra su juicio con una nueva sentencia, única que tiene ya valor, al destruir la primera...”.¹⁹

Nos parece, en consecuencia, que la impugnación propia que puede invocar el imputado contra la sentencia penal adversa es el recurso de apelación cuya naturaleza permite examinar el mérito de la causa, es decir, todas las cuestiones de hecho y de derecho debatidas y resueltas en el fallo apelado y, por tanto, penetrar profundamente en el asunto para hacer mejor justicia.

El Código Procesal Penal vigente admite recurso de apelación contra las resoluciones del juez de garantía cuando pongan término al procedimiento, hagan imposible su prosecución o lo suspendan por más de treinta días y cuando la ley lo señale (artículo 370); pero declara inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 364).

Por las razones expuestas, y las que desarrollamos en estudio anterior sobre el tema,²⁰ estimamos que el artículo 364 del Código Procesal Penal

¹⁹ Scialogia, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, pp. 362-364.

²⁰ Pereira Anabalón, Hugo, “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, núm. 233, noviembre de 1999, pp. 15 y ss.

no es acorde con los principios del debido proceso de derecho y, en consecuencia, es inconstitucional.

IX

Nuestras conclusiones son las siguientes:

1. El Ministerio Público es un poder del Estado en Chile.
2. Su función exclusiva de dirigir la investigación en el proceso penal, así como la de adoptar medidas cautelares para proteger víctimas y testigos, son por su naturaleza jurisdiccionales.
3. Es por tanto improcedente la declaración constitucional del artículo 83 de que “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.
4. La consagración constitucional de la función jurisdiccional del Ministerio Público, contradice la declaración del artículo 76 de la carta en orden a la exclusividad del Poder Judicial para ejercer jurisdicción en las causas criminales.
5. La formalización de la investigación es un presupuesto procesal del proceso penal.