

Paulino Varas Alfonso*

El juez de garantía: protector permanente de los derechos fundamentales en la reforma procesal penal

I. Introducción

1. En la discusión general del Proyecto de Reforma Constitucional que creó el Ministerio Público, primer trámite constitucional, Sesión del Senado 40ª, de 15 de abril de 1997, la entonces Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, expresó:

“Sobre este punto, a fin de ilustrar a los señores Senadores, quiero agregar un hecho de la mayor importancia, cual es que el propio Poder Judicial –a través de numerosos Ministros de la Corte Suprema, tales como los señores Zurita, Dávila, Álvarez, Carrasco, Correa, Garrido, Libedinsky y Ortiz, entre otros- ha hecho notar, en un informe entregado a la Cámara de Diputados acerca del proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal, cito textualmente: “no existen razones valederas para mantener la actividad instructora en la esfera del Poder Judicial y no desplazarla al Ministerio Público. Son muchos los autores de prestigio de distintas procedencias que han preconizado la necesidad de atribuir al Fiscal la fase de investigación en el proceso penal. La dirección de la investigación por el Fiscal puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional a cargo de un juez, como se propone en el proyecto en informe. En estas condiciones los jueces, liberados de la función investigadora, podrán dedicar plenamente su actividad a juzgar, que constituye la labor que propiamente les compete.”.

2. En la misma Sesión 40ª, de 15 de abril de 1997, la Ministra de Justicia agregó:

“Pero, sin lugar a dudas, el mayor control sobre los fiscales del Ministerio Público lo ejercerá el juez de control de instrucción. órgano judicial que tendrá como función velar por que en el curso de las investigaciones que llevan adelante los fiscales se cautelen, y no se vulneren, los derechos y las garantías constitucionales.

Concluyo la presentación de esta histórica reforma agradeciendo a todas las personas

* Profesor
Titular de
Derecho
Constitucional,
Facultad de
Derecho,
Universidad
de Chile

que han brindado sus mejores esfuerzos para ofrecer hoy al Honorable Senado la oportunidad de dar un paso trascendental en la historia institucional de nuestro país; expresando mi reconocimiento a quienes, en un esfuerzo desinteresado y de gran visión pública, han cimentado las bases de un sistema procesal penal que acoge las grandes directrices de un moderno Derecho procesal inspirado en las conquistas del Derecho constitucional y del moderno Estado de Derecho que tiene como norte el respeto a los derechos de las personas.”.

Precisamente estas notas tiene por objeto demostrar de qué manera la Reforma Procesal Penal consagra al Juez de Garantía como el Protector Permanente de los derechos fundamentales, lo que constituye la mayor conquista del Derecho Constitucional y del moderno Estado de Derecho.

II. Mensaje N°98-334, de 15 de noviembre de 1996, de S. E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público (Sesión 9ª, de 19 de noviembre de 1996, Boletín 1943-07).

3. El artículo único, N°8, proponía agregar a continuación del artículo 80, el siguiente artículo 80 bis:

“Artículo 80 bis.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales.

A efectos de practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los fiscales del Ministerio Público podrán impartir en conformidad a la ley, órdenes directas a la fuerza pública. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite las órdenes recibidas y no podrá calificar su fundamento u oportunidad ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.”.

Como se puede apreciar el Mensaje no contempló el control del Juez de Garantía sobre las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público que afectaran derechos fundamentales.

III. Primer Trámite Constitucional en el H. Senado

4. El H. Senador señor Otero presentó el 16 de diciembre de 1996 el denominado “Documento de Trabajo Alternativo a la proposición del Ejecutivo en materia de Reforma Constitucional sobre el Ministerio Público (Boletín 1943-07)” y cuyo N°7 proponía agregar el siguiente Artículo 80 B:

“Artículo 80 B.- Una Ley Orgánica Constitucional determinará la organización y atribución de las Fiscalías Públicas que fueren necesarias para el debido cumplimiento de las funciones del Ministerio Público en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades y requisitos que deban tener y cumplir los fiscales para su nombramiento, ascenso y remoción, en lo no contemplado en esta Constitución. Esta ley sólo podrá ser modificada oyendo previamente al Fiscal General de la República.

Los fiscales, en el cumplimiento de sus funciones, podrán impartir órdenes directas a Carabineros e Investigaciones, con la salvedad que todas aquellas que afecten un derecho garantizado en el artículo 19 de esta Constitución, requerirán de aprobación judicial previa. Carabineros e Investigaciones deberán cumplir las órdenes de inmediato sin calificar su fundamento u oportunidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

En el ejercicio de sus funciones no podrán afectar las facultades que corresponden a las autoridades políticas, legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de control, todas las cuales, sin embargo, deberán proporcionar al Ministerio Público los antecedentes e informes que les sean requeridos, en conformidad a la ley.”.

5. Los HH. Senadores señores Otero, Fernández y Larraín, presentaron el 15 de enero de 1997 una indicación para agregar, entre otros, el siguiente Artículo 80 A:

“Artículo 80 A: Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos que configuran el delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para amparar y proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

La función del Ministerio Público, en los delitos contemplados en el Código de Justicia Militar y que sean de conocimiento de los Tribunales Militares, será ejercida por los respectivos Fiscales Institucionales y Jueces Militares, en conformidad a las normas del Código de Justicia Militar.

El ofendido por el delito podrá, en conformidad a la ley, ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público; podrá impartir órdenes directas a Carabineros e Investigaciones durante la investigación. *Sin embargo, las actuaciones que pudieren significar la perturbación o la vulneración de los derechos que esta Constitución asegura al imputado o a terceros, requerirán de aprobación judicial previa.* La autoridad policial deberá cumplir de inmediato y sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamen-

to, oportunidad, justicia o legalidad, *salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.*

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado (Sesión 39ª de 9 de abril de 1997, documentos de la Cuenta).

6. En dicho informe se precisa:

“Antes de iniciar el estudio del proyecto en sus detalles el honorable Senador señor Otero presentó un proyecto alternativo, por lo cual se debatió si el análisis y votación se haría sobre la base del articulado o de las ideas. Se resolvió un procedimiento mixto, en virtud del cual el examen se hizo por artículos, ordenados éstos según una secuencia lógica de las materias involucradas: creación de la institución, definición de sus funciones y de su estructura, modos de hacer los nombramientos y de separar a los fiscales de sus cargos, enmiendas a la Carta Fundamental que la adecuan a la creación de la nueva entidad y normas transitorias que regulan la entrada en vigencia en el tiempo y en el espacio de los preceptos constitucionales que dan vida a este nuevo organismo del Estado, así como de las leyes que deberán dictarse para desarrollarlas.

Antes de proceder a la discusión particular se determinó que ésta se realizaría sobre la proposición alternativa presentada por el honorable senador señor Otero, que fue complementada por los honorables Senadores señores Fernández y Larraín, todo sin perjuicio de ir considerando las observaciones formuladas por el Ejecutivo a este texto y el documento presentado por los honorables Senadores señores Hamilton y Sule que introduce modificaciones a dicha proposición.”.

7. En el artículo 80 bis la Comisión sustituyó la referencia a Carabineros e Investigaciones por la denominación genérica de Fuerzas de Orden y Seguridad que hace el Artículo 90 de la Constitución y se agregó lo siguiente:

“En todo caso, se mantuvo la disposición vigente, que prohíbe a la policía calificar el fundamento, la oportunidad, justicia y legalidad de las órdenes recibidas, debiendo cumplirlas de inmediato y sin más trámite. Con todo, se incorporó una frase nueva, que permite a la policía requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando se trate de órdenes que afecten el ejercicio de garantías constitucionales del imputado o de terceros.

A este respecto, la Comisión modificó la redacción del texto propuesto, porque el vocablo “vulnerar” tiene una connotación que alude a un actuar ilegítimo. Optó por referirse a actos que priven del ejercicio de una garantía constitucional, o que restrinjan o perturben dicho ejercicio, para que el texto sea armónico con lo preceptuado por el número 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuyo enten-

dimiento el Tribunal Constitucional ha confirmado al fallar sobre el artículo 12 de la ley N° 18.415, orgánica constitucional de los Estados de Excepción.”.

8. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 29, de 7 de junio de 1985, recaída en el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre los Estados de Excepción, que en sus Considerando 2º) letra b), 3º, 4º, 5º, 6º y 7º establece:

2º) Que estudiado el referido proyecto de ley para determinar si su contenido se ajusta a los preceptos comprendidos en la Constitución Política, corresponde destacar las siguientes observaciones:

b) Enseguida, el artículo 12, con el objeto evidente de esclarecer el ejercicio de las facultades de suspender y de restringir determinadas garantías ciudadanas con que la Constitución inviste a la autoridad durante los estados de excepción, define tales conceptos expresando en el inciso primero que “Entiéndese que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional”. Y en el inciso segundo, se agrega: “Así mismo, entiéndese que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma, así como cuando se lo condiciona a la observancia de requisitos especiales o al cumplimiento de ciertas exigencias establecidas por la propia autoridad”.

En lo concerniente al inciso 2º transcrito, debe expresarse que la norma se ajusta a la Constitución al disponer que se restringe la garantía cuando se limita su ejercicio en el fondo o en la forma. No sucede lo mismo, en cambio, al agregarse que también se le limita cuando se condiciona su ejercicio a la observancia de requisitos especiales o cuando se le condiciona al cumplimiento de ciertas exigencias impuestas por la autoridad. Al expresar el texto que la autoridad puede condicionar el ejercicio de una garantía, no cabe duda alguna que lo que se hace es facultarla para imponer una condición previa, pero resulta que la condición, por esencia conceptual, es un hecho que suspende el nacimiento del derecho o lo extingue y, siendo así, fluye claramente que en este caso no se está en presencia de una restricción, sino de una suspensión de la garantía.

Por tal motivo, este inciso segundo, en la forma en que se encuentra redactado, se aparta del texto constitucional, como quiera que mediante dicha norma la autoridad quedaría facultada para disponer durante un estado de excepción, en que sólo se permite la restricción de determinadas garantías constitucionales, medidas que signifiquen una suspensión de las mismas.

En consecuencia, es dable concluir que la parte final de dicho inciso segundo, desde donde dice: “así como cuando...” hasta el final, es inconstitucional por vulnerar los números 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 41 de la Constitución Política;

3º) Que dentro del estudio de la normativa general del proyecto, el Tribunal juzga conveniente referirse también a la redacción que presenta el inciso primero del citado artículo 12, en atención a su proyección práctica y a las consecuencias que de ello pudieran derivarse. El estudio de este precepto conduce a las siguientes reflexiones.

Al disponer que debe entenderse que se suspende una garantía cuando temporalmente se impide del todo sus ejercicio durante la vigencia del estado de excepción está señalando, desde luego, y con palabras propias, el concepto que del vocablo “suspender” precisa el Diccionario de la Real Academia, esto es, “detener o diferir temporalmente una acción u obra”, así como éste expresa que “suspensión” es “cesación temporal de garantías”, o bien, “situación anormal en que por motivos de orden público quedan temporalmente sin vigencia algunas garantías constitucionales”. Como se ve, la definición del texto de ley en proyecto coincide con el léxico en cuanto señala los dos elementos fundamentales del término como son: la acción de impedir, detener, hacer cesar la garantía, y enseguida, la temporalidad de la misma. Ahora bien, la proyectada norma agrega al verbo rector “impedir”, del cual deriva el vocablo verbal “impide” empleado en ella, la forma adverbial “del todo”, indicando así un calificativo del verbo para cuantificarlo en el sentido de que el impedimento de que se trata debe ser íntegro, total. Mirado así el precepto, en su simple tenor literal, es evidente que puede conducir a dudar de su constitucionalidad, por cuanto una suspensión parcial, no obstante tener el carácter de tal, es decir, de suspensión de un derecho, podría encuadrarse dentro de las medidas de simple restricción, ya que por no ser total no quedaría dentro de lo que la ley define como suspensión.

Sin embargo, es evidente que por simple lógica y racionalidad, no puede pensarse que ésta haya sido la intención del legislador al redactar la disposición en estudio, toda vez que a pesar de su letra nada obsta a que la autoridad pueda, en un momento dado, disponer de una medida de suspensión parcial de determinada garantía sin que se oponga a ello ni la Constitución ni la ley, puesto que si está facultada para impedir la en su totalidad, con mayor razón podría impedir la en parte;

4º) Que en este mismo orden de ideas, es útil considerar, por otra parte, que esta terminología que incide en la calificación de la medida adoptada por la autoridad representa caracteres de especial relatividad y, en consecuencia, su encasillamiento dentro de lo que es suspensión o restricción o de lo que es total o parcial, depende fundamentalmente del examen que sobre el particular lleve a efecto el intérprete en atención a que la noción de “el todo” lleva envuelta necesariamente la suma de sus componentes parciales, y determinar hasta qué grado esta suma es idónea para formar el todo, queda sujeta, como ya se dijo, a la consideración y criterio del intérprete;

5º) Que, por consiguiente, el problema que sobre la materia se plantea no es propiamente de constitucionalidad, sino más bien de simple interpretación de la norma en consonancia con la latitud de la medida que ha de examinarse en cada caso particular, dependiendo el calificativo de suspensión o de restricción según la amplitud que ella

conlleve. Por consiguiente, y siendo un asunto de casuística, serán los tribunales los que en último término han de juzgar sobre la naturaleza de la medida que se aplique por disposición administrativa;

6º) Que el enunciado que se acaba de anotar queda también cabalmente demostrado con la sola circunstancia de que aun en el evento de eliminarse del precepto la locución “del todo”, el problema de interpretación acerca de si la medida es de suspensión o de restricción subsiste en la misma forma ya expuesta, como también subsiste el hecho de que la autoridad pueda, en un momento dado, aplicar la primera en forma total o parcial y siempre se suscitará el problema de determinar hasta qué límite puede considerarse que se está en presencia de una suspensión o se está ante una restricción de la garantía constitucional;

7º) Que, por otra parte, eliminada la frase del inciso segundo del artículo 12 a que se refiere el considerando 2º, letra b) de esta sentencia, se armonizan en forma debida los conceptos, pues se precisa, también, indirectamente el sentido del inciso primero.

En efecto, será posible distinguir en la aplicación de la ley lo que sean “restricciones” a una determinada garantía constitucional por limitarse a “circunscribir o reducir a meros límites” temporalmente el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía, y la “suspensión” de ese determinado derecho al impedirse temporalmente su ejercicio, o al dejar temporalmente sin vigor todos los derechos contenidos en esa garantía.

En otro términos, habrá suspensión no sólo cuando se impida del todo temporalmente el ejercicio de la garantía constitucional misma, sino también en aquellos casos en los cuales se impida temporalmente del todo el ejercicio de un determinado derecho amparado por esa garantía.”.

9. En virtud de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita y siendo un asunto de casuística, será el Juez de Garantía el que ha de juzgar sobre la naturaleza de “las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restringen o perturben” (Artículo 80 A, inciso 3º actual).

10. La señora Ministra de Justicia al iniciarse la discusión particular en la Comisión de Constitución del H. Senado (documentos de la Cuenta, sesión 39ª, de 9 de abril de 1997), expresó en su parte pertinente:

“De otra parte, y al contrario de lo que suele aseverarse, la división orgánica y la consiguiente autonomía en vez de desmedrar el control del Ministerio Público, lo beneficia. La división orgánica y funcional favorece el control puesto que evita las

tradicionales lealtades corporativas. El control público de las actuaciones estatales, se ve, por eso, favorecido con la división orgánica.

A lo anterior ha de agregarse que la autonomía prevista para el Ministerio Público, no se traduce, en caso alguno, en ausencia de control de ese órgano. Como un examen, incluso somero, del proyecto de Código Procesal Penal lo pone de manifiesto, las actuaciones del Ministerio Público –en particular aquellas relativas a los derechos fundamentales– están permanentemente sometidas al control jurisdiccional. No puede pues sostenerse que es la necesidad de control la que exige suprimir la autonomía del órgano. Independencia y autonomía, como es suficientemente sabido, no es sinónimo de descontrol. La autonomía corporativa del Ministerio Público favorece, por el contrario, la responsabilidad, fortalece la independencia y, como se verá luego, establece las condiciones para un trabajo eficiente.”.

11. El profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Las Condes, señor Orlando Poblete Iturrate, en la mencionada Comisión de Constitución del H. Senado (documentos de la Cuenta, Sesión 39ª, de 9 de abril de 1997), señaló en lo que viene al caso:

“La fórmula adecuada es la que propone el nuevo Código de Procedimiento Penal: separar las funciones en la instrucción: lo que es propiamente instrucción, que no es jurisdicción, no se atribuye a un juez sino a un órgano apropiado, el Ministerio Público, que ha de crearse con todas las condiciones para que sea eficiente en la investigación, y lo que es propiamente jurisdiccional, la resolución acerca de cuestiones esenciales que comprometen las garantías individuales, se encarga a un órgano jurisdiccional: el juez de control de la investigación.

-Esta fórmula logra combinar en armonía la labor de un órgano que debe considerarse técnico (la idea es que sea especializado en las técnicas de instrucción según la naturaleza de la criminalidad) y que debe ser eficiente en la persecución (combate a la criminalidad, oportunidad en la investigación, prioridad real en el trato a los delitos más graves), con la obligación ineludible de respetar las garantías constitucionales básicas cuya protección queda entregada al Juez de Control de la Instrucción, quien se convierte en el gran garante, y en cuanto controla, en figura esencial y de primera importancia en su fase preparatoria. El juez preside la instrucción y le imprime un sello de legítima legalidad y garantía.

Una lectura atenta del nuevo Código de Procedimiento Penal muestra que los actos de instrucción dependen en cuanto su eficacia de lo que el juez de control de la instrucción autorice, y el peligro que se ve en el Ministerio Público como instructor no tiene justificación si se considera efectivamente las atribuciones y la competencia del juez de control.

El control judicial efectivo de la actividad del Ministerio Público, la autorización de sus actos de instrucción por el Juez de Control de la Instrucción, constituye a nuestro juicio un elemento esencial de equilibrio que debe ponderarse siempre al evaluar la posibilidad de una actuación desmedida o politizada del Ministerio Público.”.

12. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado propuso en el primer informe el siguiente texto -que después pasó ser el definitivo- como Artículo 80 A, inciso 3º:

“El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o los restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad policial deberá cumplir de inmediato y sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.”.

Discusión general, primer trámite constitucional, en la Sala del H. Senado (Sesión 40ª, de 15 de abril de 1997).

13. El H. Senador señor Otero, refiriéndose al tema de la ponencia señaló:

“Esta realidad plantea un segundo problema: el control de la función acusadora. Así, Alcalá-Zamora afirma: “El Estado es un gigante que por mucho que acepte encorvarse siempre está a una altura muy superior que la de sus súbditos. Es preciso jurídicamente acortar las diferencias”. Serra Domínguez, citando a reconocidos juristas de fama internacional, concluye: “Y no basta para ello con la presencia de un órgano del Estado que actúe como acusador; es menester establecer un control sobre las actividades de dicho órgano. De otra forma se corre el indudable peligro de que al intervenir tan sólo un órgano estatal se perjudiquen los legítimos derechos del inocente y se vuelva al primitivo proceso inquisitivo. Pues no hay que olvidar que la función jurisdiccional penal se propone, al ejercitar su derecho de castigar, no sólo imponer una pena, sino imponerla al culpable protegiendo al inocente; no una condena cualquiera como en los procesos primitivos, sino una condena justa; el fin de la jurisdicción penal es esencialmente práctico: se propone el castigo del culpable y la absolución del inocente. Para cumplir dicho doble fin de tutela, de su propio interés y del imputado inocente, el Estado, incluso en la fase inquisitiva necesaria para evitar la primera ignorancia de los hechos en que se encuentra, se somete a un control de otros órganos propios: los órganos judiciales.”.

14. El H. Senador señor Hamilton, en la discusión general expresó:

“Una segunda perspectiva de protección la constituye el que todas las personas que aparezcan involucradas en hechos delictuosos serán objeto de una investigación en la cual sus derechos fundamentales a la seguridad y la integridad física y síquica serán efectivamente respetados. Esto se logra con la presencia y actuaciones del Juez de Control de la instrucción, quien deberá velar por el cumplimiento de las normas legales y constitucionales que protegen a los imputados. Sólo él podrá decretar la procedencia de una medida cautelar personal o real. Y para realizar cualquier diligencia de investigación que pueda afectar derechos fundamentales –en los casos en que la ley lo permite-, se requerirá también su aprobación. De esta forma, el país da un paso decisivo en el perfeccionamiento de nuestra democracia. El que la gente perciba la existencia de un Poder Judicial efectivamente independiente, más eficiente, capaz de hacer respetar la ley y cumplir sus funciones conservadoras, importa una aspiración que hace realidad el principio constitucional de que el Estado está al servicio de la persona humana.

Más aún, la democracia se fortalece cuando las personas encuentran respuestas adecuadas y oportunas a sus inquietudes, especialmente si ellas se refieren a materias tan sensibles como la protección de su vida, su propiedad, su integridad física y síquica y su honra.

La independencia con la que actuarán los fiscales encuentra un punto de equilibrio en la figura de los Jueces de Control de la investigación. Ellos serán los encargados de supervigilar y ordenar las diligencias de la investigación que comprometan derechos garantizados por la Constitución Política. Así se pretende producir los pesos y contrapesos necesarios para asegurar el respeto a la dignidad e integridad de las personas.

Hay que señalar, además, que el Ministerio Público (Fiscal Nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos) que se encargue exclusivamente de todo lo relativo a los hechos delictuosos, permite al Juez de Control ser efectivamente un protector de los derechos ciudadanos y que no confundan la gestión investigadora con la tarea propiamente jurisdiccional.”.

15. El H. Senador señor Larraín precisó que:

“La segunda cuestión resuelta es la relacionada con la obligación ineludible de respetar durante la instrucción las garantías individuales constitucionales. Es sabido que la actividad instructora suele comprometer las garantías de las personas, al punto de que la eficacia en controlarla y en su sujeción a la legalidad resultan indispensables para asegurar un verdadero Estado de Derecho. Por ello, así como se entrega al Ministerio Público la potestad de investigar, se le excluye de cualquier juzgamiento acerca de las garantías individuales, obligándosele a requerir de la jurisdicción la aprobación previa

de toda actuación que prive, perturbe o restrinja, al imputado o a terceros, el ejercicio de los derechos que consagra la Carta.

Queda superada, así, esa difícil confluencia de funciones que en algunos ordenamientos suele situar al investigador en una posición de permanente contradicción, al obligarle, al mismo tiempo, a instruir y a controlarse en la instrucción; a ordenar y ejecutar los actos de instrucción y a velar por los derechos de los afectados por ellos.”.

16. Por su parte, el H. Senador señor Urenda señaló:

“Otro aspecto relevante en cuanto a las funciones que se asignan al Ministerio Público dice relación a la consagración a nivel constitucional de una verdadera garantía de los derechos de las personas frente a las órdenes impartidas por los fiscales a las Fuerzas de Orden y Seguridad. El resguardo consiste en exigir la aprobación judicial previa para aquellas actuaciones que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de los derechos constitucionales del inculpado. Todo ello, en el marco de la atribución que se asigna al Ministerio Público para impartir órdenes directas a los organismos policiales.

La innegable importancia de una limitación como la referida se ve, sin embargo, aminorada por ciertas dificultades que pueden ocurrir en su aplicación. Al no remitirse expresamente el texto a las garantías del artículo 19 y referirse en términos tan amplios a “los derechos que la Constitución asegura”, puede sobreentenderse que se alude, además, a otros derechos de que hace mención la Carta Fundamental, de forma tal que para adoptar cualquier medida que los perturbe se requerirá aprobación judicial.”.

17. El H. Senador señor Bitar agregó:

“Importancia y suficiencia de los controles.

Otro tema relevante –y uno de los más debatidos– es el de los controles a que estará sujeto el Ministerio Público. Es comprensible que ante la creación de un organismo nuevo surja preocupación e inquietud en cuanto a que sus facultades investigativas puedan dar lugar a excesos. La respuesta a estas inquietudes, directamente relacionadas con el carácter autónomo del Ministerio Público, se encuentra en los controles que se ejercen sobre este organismo. Primero, hay que destacar el control jurisdiccional cotidiano: ningún fiscal, en su labor de investigación, podrá decretar medidas que importen la vulneración de garantías individuales. La detención o el arraigo de una persona, el allanamiento de su morada, el embargo de sus bienes, siempre deberá ser decretado por un juez de control de la instrucción. Y el texto que nos propone la Comisión de Constitución señala expresamente que “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o los restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.”.

18. El Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público fue aprobado en general en el H. Senado por 39 votos por la afirmativa, uno por la negativa y una abstención (Sesión 40ª, de 15 de abril de 1997).

Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado (inserto en Sesión 53, de 20 de mayo de 1997)

19. Indicación N°17 del H. Senador señor Urenda, que decía:

Indicación número 17

Del honorable Senador señor Urenda, para sustituir en el inciso cuarto del artículo 80 A, propuesto en nuestro primer informe, las palabras “que esta Constitución asegura” por “contemplados en el artículo 19 de esta Constitución”. La disposición en que ella incide exige aprobación judicial previa para las actuaciones procesales que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura.

Se tuvo en cuenta que hay derechos que no están contemplados en el artículo 19 de la Carta Fundamental y, sin embargo, ella también los asegura. Ejemplo de ello se encuentra en el derecho correlativo a la obligación del Estado de dar protección a la población y a la familia, estampado en el inciso final del artículo 1º de la Constitución, y los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y están garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, según señala el artículo 5º de la Carta Fundamental.

La Comisión, por la unanimidad de los honorables Senadores señores Fernández, Larraín, Otero y Sule, la rechazó.”.

20. De la discusión que precede se desprende que el actual inciso 3º del Artículo 80 A de la Constitución asegura los derechos y libertades de los artículos 1º, 5º inciso 2º y 19 de la Carta Fundamental.

Por consiguiente, el ejercicio de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, también están protegidos de un modo permanente por el Juez de Garantía en la forma establecida por el inciso 3º del Artículo 80 A de la Constitución.

Discusión particular, primer trámite, en el H. Senado, con segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Sesión 1ª, de 3 de junio de 1997).

21. Se dio cuenta que se había rechazado la indicación 17 del H. senador señor Urenda, lo que no se renovó, quedando aprobado en particular el inciso 3º del Artículo 80 A en los mismos términos propuestos por la Comisión de Constitución.

IV. Segundo trámite constitucional, en la H. Cámara de Diputados

22. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público (inserto en los documentos de la Cuenta de la Sesión 9ª de 17 de junio de 1997), en que se señala:

“Pese a la autonomía funcional, el Ministerio Público nunca está fuera de controles.

Esa autonomía funcional, en todo caso, no tiene otro propósito que evitar que la Corte Suprema, ejerciendo la potestad disciplinaria que la Constitución Política de la República le reconoce, incursione dentro de la actividad del Ministerio Público, indicándole que realice tal o cual cosa.

En la práctica, empero, en todas las actuaciones en que participe el juez de control de la instrucción, quien tendrá la última palabra será la Corte Suprema. Lo anterior, por cuanto sigue vigente la norma constitucional que otorga a la Corte Suprema la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la República, salvo determinadas excepciones. En ejercicio de esas atribuciones, perfectamente la Corte Suprema puede ver qué es lo que el tribunal hace respecto del Ministerio Público.

Se llamó la atención sobre el hecho de que todo el sistema de control que se ha esbozado se encuentra establecido para regular la inactividad del fiscal, faltando por saber cómo se controla a un fiscal “sobreactuador”.

Se aclaró que la sobreactividad del fiscal se traduce, en la práctica, en la proposición de actuaciones lesivas o perturbadoras de los derechos de las personas. Todas estas actuaciones sólo se pueden verificar con autorización judicial, lo que constituye la primera valla. Otra forma de reclamar en contra de este fiscal es por la vía administrativa, ante las autoridades superiores del Ministerio Público, que es una posibilidad que siempre existe. El juez de control de la instrucción puede, además, decretar el sobreseimiento si el imputado le hace ver que no hay mérito para continuar el procedimiento.

El problema más complicado se presenta en la etapa de la investigación preliminar, que es desformalizada, en la cual se corre el riesgo de que el fiscal dé publicidad a un

asunto. En el proyecto se consideraba una disposición que prohibía al fiscal dar información, lo que sólo podía hacer una vez judicializada la causa. Como esa norma no fue aprobada, el riesgo de que eso suceda existe. En esta misma etapa, si una persona está siendo objeto de una investigación, sin que haya actuado el juez de control de la instrucción, el afectado puede ocurrir ante éste para que enfrente al fiscal y le pregunte qué hechos investiga y el motivo por el cual lo hace.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado no estudió el proyecto del Ejecutivo, anteriormente descrito, sino uno alternativo presentado por el Senador Otero, que fue complementado por los Senadores Fernández y Larraín, al cual se le formularon observaciones tanto por el Ejecutivo como por los Senadores Hamilton y Sule.

Ese es el proyecto que se informa, pues sobre él habrá de recaer la discusión de la Corporación y a él habrán de hacerse las adiciones o correcciones que correspondan.

Por último, (el Ministerio Público) puede impartir órdenes directas durante la investigación a la policía, en los términos ya explicados.

Con todo, si dichas órdenes pudieren perturbar o vulnerar derechos del imputado o de terceros, garantizados por la Constitución, las actuaciones del Ministerio Público requerirán aprobación judicial previa, la que la autoridad policial podrá pedir que se le exhiba, cuando corresponda.

A este respecto, se estimó que el vocablo “vulnerar” tiene una connotación que alude a un actuar ilegítimo, por lo que se prefirió referirse a actos que priven del ejercicio de una garantía constitucional, o que restrinjan o perturben dicho ejercicio, para que el texto sea armónico con lo preceptuado por el número 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuyo entendimiento el Tribunal Constitucional ha confirmado al fallar sobre el artículo 12 de la ley N° 18.415, orgánica constitucional de los estados de excepción.”.

23. La Comisión de Constitución de la H. Cámara de Diputados inició el estudio del Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público con una información global de la Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, sobre el proyecto de nuevo Código Procesal Penal, en que la Secretaria de Estado señaló:

“La investigación del ministerio público es totalmente informal, no regulada por la ley. Sólo tiene un grado de formalización en cuanto pudiera afectar derechos individuales.

Como el Código tiene novedades absolutamente acordes con los tiempos, se consagra

un estatuto de derechos de las víctimas, cosa que el Código actual no considera, en el cual la afectación de las garantías esenciales de las personas sigue siempre a cargo de la jurisdicción.

Es por ello por lo que el ministerio público no puede detener, allanar, interceptar la correspondencia, registrar, etcétera. No puede adoptar ninguna conducta que importe vulnerar derechos o garantías constitucionales, sin la previa orden del juez de control de la instrucción.”.

V. Discusión general y particular en la H. Cámara de Diputados (Sesión 10ª, de 17 de junio de 1997), en que el Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público fue aprobado por 89 votos y no hubo votos negativos ni abstenciones, quedando aprobado por ambas ramas del Congreso el inciso 3º del Artículo 80 A, en los mismos términos propuestos en primer trámite por el H. Senado, faltando solo la aprobación del Congreso Pleno respecto de dicho inciso 3º.

24. La Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, en lo que se trata, señaló:

“Por otra parte, lo más relevante en este momento es expresar que existirá un juez de control de instrucción, cuya atribución será velar por las garantías constitucionales de los intervinientes en el proceso –víctimas, imputados y otros-. En este sentido, las decisiones que adopte el fiscal durante la investigación y que afecten garantías de las personas, deberán contar con el conocimiento y aprobación previa del órgano judicial.

Me parece importante destacar la importancia que se les ha otorgado, en esta nueva figura del Ministerio Público, a los sistemas adecuados de control, para velar por las garantías y derechos de las personas.

Creo que el momento actual amerita que comparta algunas de las reflexiones que sostuve en la reunión de ayer en la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Nos parece que los jueces son parte consustancial del Estado democrático de derecho, y a ellos corresponde sostener, en gran medida, la legitimidad del orden jurídico y de las instituciones del Estado en su conjunto. Nada que ocurra a los jueces y a la judicatura en su conjunto puede resultar indiferente a quienes tienen a su cargo la conducción de los asuntos públicos. La justicia constituye un aspecto clave de nuestra convivencia social y política y, por lo mismo, interesa que se ejercite de manera que genere el respeto y adhesión de todos.

El particular interés público que suscita en nuestros días el desenvolvimiento de la

judicatura se explica por el especial lugar que corresponde a los jueces en el Estado, quienes deben representar las virtudes cívicas de la imparcialidad y la prudencia. Es en razón del ejercicio de esas virtudes que la República les ha confiado la última palabra en la resolución de los conflictos y en la interpretación de la voluntad soberana del pueblo; a fin de cuentas, poseen una especial significación moral en el Estado. Por esta razón, las generaciones que se suceden en la vida del país observan con especial atención su comportamiento. En ellos recae la responsabilidad de custodiar la Constitución y los derechos fundamentales que hacen legítimo al Estado democrático y a los jueces corresponde la última palabra para decidir los inevitables conflictos que se suscitan en la vida social. La República les ha conferido esas funciones en la confianza de que ejercen, en la máxima medida posible, las virtudes cívicas a cuya práctica todos estamos llamados.”.

VI. El Proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público en el Congreso Pleno, el sábado 30 de agosto de 1997, en que fue aprobado por 110 votos afirmativos y dos abstenciones

25. El H. Senador señor Hamilton señaló:

“Nuestra actual Constitución, en su Capítulo III, denominado “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, asegura a todas las personas derechos como el de igualdad ante la ley, el del debido proceso, el de presunción de inocencia, el derecho a defensa, etcétera. No obstante ello, nuestro actual ordenamiento procesal penal no se aviene con el tenor de las garantías allí consagradas, por lo que ha resultado necesario realizar una labor de reforma y, con ello, de modernización del procedimiento penal, a fin de que éste se convierta en un efectivo resguardo de dichas garantías procesales y, a través de ellas, de las libertades públicas.

La independencia del referido órgano será equilibrada por el rol que jugará el “juez de control de la instrucción”, que supervigilará la actuación del Ministerio Público y ordenará las diligencias que puedan privar, restringir o perturbar el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, tanto al imputado como a terceros.

Al mismo tiempo, se beneficiará a las personas imputadas de una conducta ilícita, las que serán objeto de una investigación en la cual sus derechos fundamentales —especialmente el derecho a la seguridad e integridad personal— serán respetados, siendo sólo el “juez de control de la instrucción” el facultado para decretar medidas cautelares, personales o reales a su respecto, y tendrán acceso garantizado a su defensa.”.

26. El H. Senador señor Larraín, en la sesión del Congreso Pleno, añadió:

“La segunda cuestión que queda resuelta es la relacionada con la obligación ineludible de respetar las garantías constitucionales durante la instrucción. Sabido es que en este proceso es donde se comprometen en ocasiones las garantías de las personas. Por ello, se ha puesto especial celo en que la potestad de investigar del Ministerio Público esté excluida de todo juzgamiento de las garantías individuales, obligándosele a requerir de la jurisdicción la aprobación previa de toda actuación suya que prive, perturbe o restrinja al imputado o a terceros el ejercicio de los derechos que a ellos asegura la Constitución.”.

VII. Los derechos fundamentales en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640, de 15 de octubre de 1999

27. El Título I de dicha Ley Orgánica Constitucional se denomina “EL MINISTERIO PÚBLICO, FUNCIONES Y PRINCIPIOS QUE ORIENTAN SU ACTUACIÓN” y su artículo 4º, establece:

“Art. 4.º El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa.”.

Como se advierte, el artículo 4º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público reitera el mandato constitucional imperativo del inciso 3º del artículo 80 A, agregándole el adverbio de tiempo “siempre”, que según el Diccionario de la Lengua Española, significa “en todo o en cualquier tiempo; en todo caso o cuando menos”. En efecto, las actuaciones del Ministerio Público que afecten derechos fundamentales “*requerirán siempre* de aprobación judicial previa”.

VIII. La Ley de Reforma del Código Orgánico de Tribunales N°19.665 de 9 de marzo de 2000

28. El artículo 11 de esa Ley que tiene el carácter de orgánico constitucional incorporó a continuación del artículo 13 el siguiente Título II, nuevo, denominado “De los juzgados de garantía y de los tribunales orales en lo penal”. El Párrafo 1º se denomina “De los juzgados de garantía” y el artículo 14, inciso 2º, establece entre otras funciones, que:

“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.”.

IX. El Juez de Garantía en el Código Procesal Penal aprobado por Ley N°19.696, publicada el 12 de octubre de 2000

29. En su artículo 9º, establece:

“Artículo 9º.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que 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.”.

30. El artículo 9º del Código Procesal Penal corresponde al artículo 282 del Mensaje con que S. E. el Presidente de la República iniciaría “el Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal”, y que ingresó a trámite legislativo el 13 de junio de 1995 (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, Sesión 8ª de esa misma fecha, página 58 y sgtes.).

Dicho artículo 282 establecía:

“Artículo 282.- Autorización previa. Cuando la práctica de alguna de las diligencias de investigación del ministerio público pudiere significar la perturbación o vulneración de los derechos fundamentales del imputado o de alguna otra persona, deberá previamente solicitar autorización al juez de control de la instrucción.

El juez de control de la instrucción velará por el cumplimiento de los requisitos previstos en cada caso. La resolución que autorice la práctica de la diligencia será siempre fundada y deberá expresar los motivos que la justifiquen.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en casos urgentes el ministerio público podrá realizar la diligencia en cuestión, informando al juez de control de la instrucción dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su inicio. El juez resolverá sobre la legalidad de la diligencia y, si no la estimare ajustada a derecho, declarará su nulidad ordenando que se ponga término inmediato a la misma, en su caso. Si el fiscal no informare oportunamente al juez, la actuación o diligencia deberá ser declarada nula por ese solo hecho.”.

31. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados:

“inició su estudio el 4 de julio de 1995, terminando por despachar solo el articulado el 10 de octubre de 1996, fecha en la cual acordó suspender su tramitación a la espera de

la aprobación de la reforma constitucional que crea el ministerio público, ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997.

Por oficio del 29 de diciembre de 1997, el Gobierno incluyó el proyecto en la actual legislatura extraordinaria de sesiones.

El 6 de enero de 1998, día en que se dio cuenta de ese oficio, la Comisión procedió a revisar el articulado aprobado, acordando introducir algunas adecuaciones y enmiendas a determinados artículos para ajustar su contenido a las prescripciones de la reforma constitucional anteriormente mencionada.

Acto continuo, procedió al despacho del proyecto en los términos que se indican en este informe.”.

32. Respecto del artículo 282, que pasó a ser el artículo 267, la Comisión mencionada señala (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, anexo de documentos de la Cuenta, Tomo II, Sesión 23ª, de 13 de enero de 1998, págs. 79 y sgtes.):

”El artículo 267 obliga al fiscal a solicitar autorización judicial previa para llevar a efecto diligencias de investigación que pudieren perturbar o vulnerar los derechos fundamentales del imputado o de otra persona.

En casos urgentes, el fiscal puede realizar la diligencia e informar de su práctica al juez, quien, pronunciándose sobre su legalidad, puede declararla ajustada a derecho o nula. Si no se informa al juez, la actuación o diligencia debe ser declarada nula por ese solo hecho.

Esta disposición, que originalmente fuera aprobada en los términos propuestos, fue posteriormente modificada para adecuarla al artículo 80 A de la Constitución Política del Estado, que exige siempre aprobación judicial previa para efectuar actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución les garantiza, o lo restrinjan o perturben.

En tal virtud, al margen de tales adecuaciones, se eliminó el inciso tercero, aprobándose por la Comisión y por la Sala el siguiente artículo 267.

“Artículo 267.- Autorización previa. Cuando alguna de las diligencias de investigación del fiscal del ministerio público pudieren privar al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura, o lo restrinjan o perturben, deberá solicitar autorización del juez de control de la instrucción para practicarla.

El juez de control de la instrucción velará por el cumplimiento de los requisitos previstos en cada caso. La resolución que autorice la práctica de la diligencia será siempre fundada y deberá expresar los motivos que la justifiquen.”.

33. El H. Senado, en segundo trámite constitucional, consultó como artículo 9º el artículo 267, con la redacción definitiva que tiene en el Código Procesal Penal.

34. En su artículo 36 establece la obligación del Juez de Garantía de fundamentar su resolución en los siguientes términos:

“Artículo 36.- Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación.”.

35. El artículo 70 se refiere al Juez de Garantía Competente al disponer:

“Artículo 70.- Juez de garantía competente. 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 derechos asegurados por la Constitución.

Sin embargo, cuando estas actuaciones debieren efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias urgentes, el ministerio público podrá pedir la autorización directamente al juez del juzgado de garantía del lugar. En este caso, una vez realizada la diligencia, el ministerio público dará cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento.”.

36. El artículo 236 del Código Procesal Penal se refiere a la autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado al decir:

“Artículo 236.- Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se llevaren a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.”.

X. La investigación que realicen los fiscales del Ministerio Público debe ser racional y justa.

37. La Reforma Constitucional aprobada por Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997, que creó el Ministerio Público, en su artículo único, N°1, reemplazó el inciso 5° del N°3 del artículo 19 de la Constitución, la frase “un racional y justo procedimiento”, por la siguiente: “un procedimiento y una investigación racionales y justos”, lo que supone necesariamente que la investigación que realicen los fiscales del Ministerio Público debe ser racional y justa y que corresponde asegurar al Juez de Garantía en conformidad a lo dispuesto por el Artículo 14, inciso 2°, letra a) del Código Orgánico de Tribunales en relación con los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.

XI. Conclusión:

38. El Juez de Garantía es el Protector Permanente de los derechos fundamentales, puesto que las actuaciones del Ministerio Público que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, “requerirán siempre de aprobación judicial previa”.