

OFICIO FN N° 176/2008

ANT.: No hay.

MAT.: Imparte instrucciones generales para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N°. 20.253.

ADJ.: Modelo resolución delegatoria de facultades en abogados asistentes de fiscal.

SANTIAGO, marzo 26 de 2008

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, ABOGADOS ASESORES Y ABOGADOS ASISTENTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N°. 20.253, comúnmente denominada "Agenda Corta antidelincuencia", y habiéndose esperado un plazo razonable para monitorear la aplicación práctica de la misma, se han advertido una serie de problemas interpretativos respecto de los cuales este Fiscal Nacional ha estimado necesario emitir un pronunciamiento que oriente y/o regule, en su caso, la actividad de los fiscales, para el adecuado cumplimiento de las tareas que, tanto la normativa constitucional como legal, otorgan al Ministerio Público.

A continuación se abordarán las modificaciones respecto de las cuales se hayan generado inconvenientes, o bien, respecto de las cuales se ha estimado necesario precisar algún(os) punto(s) en particular, en el orden seguido por la misma ley.

Cuestión previa: vigencia de la ley.

El punto no está contenido en ninguna norma particular de la Ley N°. 20.253, no obstante, se trata de una materia que suele ser objeto de debate cada vez que existe una modificación legislativa.

La discusión se presenta pues el art. 11 del CPP presenta una excepción al clásico principio que orienta los efectos de la ley procesal en el tiempo, que señala que las leyes procesales rigen *in actum*, el que encuentra consagración positiva en el art. 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

El art. 11 ya citado, por el contrario, señala "**Aplicación temporal de la ley procesal penal.** Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado."

La aplicación práctica de esta norma legal había cobrado vigencia con la modificación introducida por la Ley N°. 20.074 al art. 395 del CPP. En este caso, sin embargo, la solución pasaba por reconocer que, en una medida importante, el contenido de dicha disposición tenía un carácter más sustantivo que propiamente procesal.

La característica anterior no se presenta con las disposiciones que en la actualidad pudieran generar los problemas prácticos, como ocurre, por ejemplo, con el art. 149 en caso de rechazo de la prisión preventiva, tratándose de los delitos enumerados en el inciso segundo de la misma norma.

Sin pretender agotar las innumerables situaciones que se puedan plantear respecto de la aplicación de esta norma -que constituye un principio básico de los que se regulan en el Título I del Libro I del Código- conviene tener presente lo siguiente:

- a) La regla básica en cuanto a eficacia de la ley procesal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige in *actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal, de acuerdo al tenor del art. 11. La ultra actividad de la norma derogada constituye una excepción de acuerdo al texto de la misma disposición ("*salvo cuando*").
- b) Es importante destacar la excepcionalidad anotada en el punto anterior puesto que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal sustantivo, no se trata de una situación igualmente categórica, con fundamento de rango constitucional y simple explicación.¹
- c) A diferencia de la norma del ámbito penal, el punto de partida en la determinación del momento que fijará la legislación aplicable no está dada por la perpetración del hecho sino por el inicio del procedimiento. ("*Procedimientos ya iniciados*"). En lo concreto, no es válida la argumentación de la defensa en cuanto a aplicación de ley derogada si se trata de hechos cometidos con anterioridad al 14 de marzo de 2008, pero cuyo procedimiento se ha iniciado con posterioridad a esa fecha. Mediante una interpretación sistemática de los artículos 7° y 8° del CPP, entendemos

¹ La modificación del Derecho Penal sustantivo puede deberse a distintas razones, las que no necesariamente tenderán a beneficiar a un imputado sino, por el contrario, según sea la intención legislativa y los objetivos perseguidos por una sociedad en un momento determinado, podrán implicar una resolución de fondo del conflicto jurídico penal sobre la base del endurecimiento de sanciones y, por tanto, una situación *objetivamente* más desfavorable para el sujeto pasivo de la persecución penal. En materia procesal, en cambio, las modificaciones legales tienden a hacer más efectivas las formas procesales lo que, en general, redundará en procedimientos más ágiles y expeditos para los justiciables, de modo que resulta menos objetivo el establecimiento de situaciones procesales "más desfavorables".

Por tanto, la definición de la situación procesal más desfavorable no será categórica y, normalmente, habrá aspectos que considerar en un sentido u otro. Así, la garantía básica de todo justiciable de ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, la certidumbre de una situación procesal en cuanto a cautela personal, entre otros, son aspectos que deberían sopesarse al momento de definir la ley aplicable.

que el procedimiento se ha iniciado una vez que ha tenido lugar alguna actuación del procedimiento dirigido en contra de persona determinada.²

1. Modificaciones en materia de reincidencia.

En esta materia se modificaron los artículos 12 Nos. 15 y 16 y 92 del Código Penal, a fin de establecer que la circunstancia agravante de responsabilidad penal opera en atención a la imposición de condenas y no del cumplimiento efectivo de las mismas.

Si bien la exigencia anterior para establecer la concurrencia de la agravante – establecida jurisprudencialmente- ha disminuido, nos encontramos ante la necesidad de una situación cierta, establecida por el órgano jurisdiccional en cuanto a atribución de responsabilidad penal para el acusado, por ende, **ante la necesidad de una sentencia firme.**

Para los fines anteriores, los fiscales deberán obtener la información del SAF, la que debiera estar más actualizada que la del Registro Civil, debido al tiempo que tarda la remisión desde el tribunal a dicho servicio, para efectos de proceder a la anotación. Los mismos antecedentes servirán en materia de medidas cautelares.

2. Ampliación del sujeto activo en el tipo penal del art. 269 ter del Código Penal

Esta figura delictiva fue modificada a objeto de incluir, como sujeto activo de la misma, al abogado asistente de fiscal. Esta modificación al código sustantivo, conforme a la propia historia de la ley, guarda relación y, por ende, debe ser coherentemente interpretada con las modificaciones que amplían las facultades legales de estos funcionarios del Ministerio Público.

Varias son las cuestiones que deben dilucidarse en esta materia:

² Está fuera de discusión que todo el estatuto incorporado por la Ley N°. 20.253 resulta aplicable a procedimientos **formalmente no iniciados** antes del 14 de marzo de 2008, aún cuando se trate de **hechos acaecidos con anterioridad**. Las situaciones prácticas con las cuales los fiscales podrían encontrarse, básicamente, son las siguientes:

- a) Revisiones de prisión preventiva: los fiscales deberán instar por la mantención de la misma en base a los criterios que originalmente justificaron su imposición.
- b) Procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N°. 20.253 pero formalmente iniciados con posterioridad a la misma: resulta plenamente aplicable la nueva legislación y, ante la situación planteada, los fiscales deberán recurrir de hecho por haberse denegado un recurso de apelación legalmente procedente, excluyéndose de plano la apelación escrita. Si la persona del imputado se definió a partir del 14 de marzo de 2008, el **procedimiento** se inició durante la vigencia de la Ley N°. 20.253 por cuanto éste sólo puede existir en cuanto se dirija **en contra de una persona determinada**.
- c) Procedimientos fundados en hechos anteriores e iniciados **formalmente** con anterioridad a la Ley N°. 20.253: debe argumentarse en torno a que la dificultad en la definición de la ley procesal más favorable hace aplicable la regla general del art. 11 "*Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados (...)*". De no aceptarse esta posición por el juez de garantía y, siendo excluyente el recurso de hecho en contra de la resolución que rechaza la apelación verbal y el recurso de apelación escrito, se **recomienda** optar por este último.

2.1. Conducta delictiva: actos respecto de los cuales puede considerarse a los asistentes de fiscal como sujeto activo de esta figura especial:

En este sentido y, en coherencia con las modificaciones a los arts. 132, 190 y 191 e incorporación del art. 132 bis y, principalmente con lo señalado en el nuevo inciso 2do. del art. 48 de la Ley N°. 19.640, los abogados asistentes de fiscal sólo podrán cometer este delito cuando estén ejerciendo alguna de las funciones que la ley clásicamente había entregado a los fiscales y, por ende, actúen **funcionalmente** como tales. De esta forma interpretamos la disposición legal que señala que “El fiscal del Ministerio Público, o el abogado asistente del fiscal, **en su caso**, que a sabiendas (...)”

En concreto, sólo podrá perseguirse penalmente, por la figura del art. 269 ter, a los asistentes de fiscal que, durante el desarrollo de la **audiencia del art. 132, en la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención o en las declaraciones que los testigos presten en fiscalía, ante ellos**, a sabiendas ocultaren, alteraren o destruyeren cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena.³

En los demás casos no se aplica esta responsabilidad penal para los asistentes de fiscal, aún cuando su conducta específica pudiera quedar cubierta por otra figura penal.⁴

2.2. Fiscal a cargo de la investigación:

El reproche al abogado asistente de fiscal, incorporado como autor de esta figura de sujeto calificado, obedece a que, en determinados casos, este funcionario está ejerciendo funciones que la ley encomienda a los fiscales. Por tal razón su responsabilidad se ve agravada penalmente y la modificación se hizo cargo, a su vez, de definir el marco general que regula esta responsabilidad. Así, el inciso segundo del art. 48 de la Ley N°. 19.640 no distingue respecto del tipo de responsabilidad y, a mayor abundamiento, de la historia de la ley se desprende el espíritu del legislador en cuanto a incluir todo tipo de responsabilidad y no sólo la disciplinaria.

Si esto es así, todo el Título III de la Ley N°. 19.640 es aplicable a los asistentes de fiscal en cuanto actúen funcionalmente como fiscales, dentro de las posibilidades que la normativa actual lo permite y, por ende, respecto del delito previsto en el art. 269 ter y, conforme lo dispone el art. 46 c) de la Ley Orgánica, su persecución penal estará a cargo del Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional.

³ Con mayor razón la figura resulta aplicable a los asistentes de fiscal que estén subrogando al fiscal de fiscalía unipersonal en virtud del **art. 40 de la Ley N°. 19.640**.

⁴ Por ejemplo, por la conducta de obstrucción a la investigación tipificada en el artículo 269 bis o en los delitos contemplados en el párrafo 7° del título V del libro 2° del Código Penal, de la infidelidad en la custodia de documentos o, incluso, en el evento que mediere un beneficio económico, por la figura de cohecho del artículo 248 bis del Código Penal.

Lo anterior también guarda cierta relación con la institución del fuero; la figura del art. 269 ter tiene su fundamento en el aprovechamiento, por parte del fiscal -o del asistente- de una posición privilegiada para incurrir en ciertas conductas. Si bien se trata de una figura que resguarda el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sin duda puede afectar a personas determinadas. Por su parte, el art. 46 de la Ley N°. 19.640 contempla una institución procesal similar al "fuero personal" contemplado en el art. 50 del Código Orgánico de Tribunales, ya que determina que un fiscal de mayor jerarquía es quien debe dirigir la investigación contra un fiscal del Ministerio Público. El fuero es un elemento determinante de la competencia absoluta que se funda en la intervención, en un proceso determinado, de una persona constituida en dignidad, vale decir, que desempeña un determinado cargo; institución que no está establecida en favor de la persona que goza del mismo sino, precisamente, de su contraparte, por cuanto se estima que un tribunal de mayor jerarquía tendrá más independencia para resolver estos casos.

Tratándose de una norma que tiene por finalidad otorgar mayor garantía de transparencia y objetividad a la víctima de un delito cometido por un fiscal, resulta razonable que la misma disposición se aplique si el imputado es un abogado ayudante de fiscal que ha subrogado a un fiscal o ha actuado por expresa delegación de éste en los casos que lo autoriza la ley.

2.3. Procedimiento aplicable. Necesidad de antejuicio.

El artículo 424 del Código Procesal Penal establece que la querrela de capítulos tiene por objeto "*hacer efectiva la **responsabilidad** criminal de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del ministerio público por actos que hubieren ejecutado en el ejercicio de sus funciones e importaren una infracción penada por la ley*".

Un estado democrático de derecho reconoce, entre las bases de su institucionalidad, la responsabilidad que recae en los órganos del Estado y en sus agentes por los actos que ejecuten en el ejercicio de sus funciones. En nuestro ordenamiento, esa responsabilidad se consagra en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Especial relevancia cobra este principio cuando la responsabilidad que se persigue es de aquellos agentes del Estado encargados de cumplir funciones jurisdiccionales o de ejercer la persecución penal pública. En lo que respecta al Ministerio Público, la Constitución Política de la República (art. 84 inciso final) establece la responsabilidad de los fiscales en el ejercicio de sus funciones, entregando a la Ley Orgánica Constitucional su regulación.

Así, en los artículos 45 y siguientes de la Ley N°. 19.640 se desarrolla la forma de investigar la responsabilidad penal de los fiscales y a quién le corresponde efectuar dicha investigación.

La querrela de capítulos es un antejuicio que cumple un rol similar al del fuero parlamentario con alcances más limitados, dado que sólo se aplica cuando se persigue la responsabilidad ministerial de jueces, fiscales del Ministerio Público y fiscales judiciales por delitos propios, quedando excluidos los delitos comunes. Ello, a diferencia del fuero parlamentario, que alcanza todo tipo de responsabilidad criminal.

Este privilegio procesal -al igual que el fuero parlamentario- tiene sentido en cuanto constituye una protección para las altas funciones que cumplen las personas beneficiadas con este procedimiento, con el objeto de no tramitar acusaciones sin fundamento, que sólo buscan entorpecer la labor investigativa del fiscal. **La protección es a la función pública desempeñada.**

Respecto de los asistentes de fiscal, debemos tener presente otra vez el nuevo inciso del artículo 48 de la Ley N°. 19.640.

De modo que, si a los asistentes de fiscal les son aplicables las normas sobre **responsabilidad** de los fiscales, debemos entenderlo no sólo en relación a las obligaciones que adquieren, o a la calidad de sujeto activo del delito del art. 269 ter, sino también a las normas del antejuicio "querrela de capítulos" previo a ser acusados por un delito ministerial -como el contemplado en el art. 269 ter-, o previo a la solicitud de medidas cautelares personales en su contra en esta clase de delitos, dado que constituye el estatuto aplicable para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los fiscales aplicable, en su caso, a los asistentes.

3. Situación de flagrancia. Art. 130 CPP

En esta materia no existen, a nuestro juicio, mayores puntos que ameriten ser aclarados. No obstante, anticipándonos a eventuales alegaciones de inconstitucionalidad de la norma conviene tener presente los siguientes aspectos:

- La modificación al art. 130 no fue objeto del control de constitucionalidad por no presentarse ningún requerimiento al respecto ni estimar, el Congreso Nacional, que se tratara de una materia propia de ley orgánica constitucional.
- La Constitución Política de la República, al garantizar y regular la libertad ambulatoria de todas las personas, establece que nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y **las leyes**, como es, en este último caso, el Código Procesal Penal modificado por la Ley N°. 20.253. (Art. 7° letra b) CPR).
- La misma carta fundamental contempla, expresamente, la excepción al principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares constituida por la situación de flagrancia.⁵
- El CPP sólo viene a explicitar, dentro del marco constitucional, la situación de flagrancia que el propio constituyente anticipó.
- En consecuencia, el art. 130 se ajusta plenamente al texto de la Constitución, más aún considerando los plazos establecidos por ésta.

⁵ El principio de la jurisdiccionalidad, en virtud del cual las medidas cautelares penales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, ha presentado, desde siempre, una importante excepción tratándose de esta cautelar, excepción reconocida con rango constitucional al permitir que se pueda prescindir del decreto judicial en caso de personas sorprendidas en flagrante comisión de un hecho punible.

- Importante resulta recordar la naturaleza particular, en cuanto medida cautelar, de la detención: ella no es instrumental a la decisión de fondo como las restantes cautelares, pues no pretende asegurar directamente la ejecución de lo que en definitiva resuelva el órgano jurisdiccional sino que, atendido su carácter **esencialmente provisional**, a lo más, se convertirá en una providencia instrumental respecto de aquella que decreta la prisión preventiva, de modo tal que podría hablarse de una medida *precautelar*.⁶ Este carácter provisionalísimo explica que, en virtud de la misma, se permita privar de libertad a una persona sin orden judicial.
- El art. 130 no sólo se ajusta al texto constitucional sino que, además, responde a la intención legislativa de lograr certeza jurídica en una materia que fue objeto de interpretaciones sumamente disímiles.
- Es preciso recordar que el nuevo inciso final del art. 130 viene a complementar las hipótesis de flagrancia de las letras d) y e), **manteniéndose plenamente vigentes los elementos objetivos que la configuran en cada una de esas hipótesis, según el tenor de la propia redacción**, sin que el plazo de 12 horas constituya el único elemento a considerar para la configuración de la flagrancia.
- Por el contrario, concurriendo plenamente los presupuestos de aplicación de tales numerales y, encontrándonos dentro del plazo legal, **sobra la discusión** –que pudiera levantar la defensa- **relativa a la posibilidad de haber obtenido orden judicial en el tiempo intermedio pues la intención legislativa precisamente apuntaba a objetivizar esas situaciones**, y la propia ley no contiene ninguna salvedad en tal sentido.
- Por último, respecto de las discusiones que puedan plantearse, es preciso hacer presente que la norma legal es clara y que, ante objeciones de constitucionalidad, el sistema prevé los mecanismos de solución, no estando éstos en sede de juzgado de garantía, por lo que, en aras de la economía procesal, estas discusiones no deberían generarse en dicha instancia judicial.

4. Audiencia de control de la detención

El art. 132 del CPP fue modificado incluyendo, como funciones que los abogados asistentes pueden efectuar, estando expresamente facultados por el fiscal, la de solicitar ampliación de la detención, formalizar investigación y solicitar medidas cautelares. Asimismo, se explicita que, aún ante la declaración de ilegalidad procede la formalización y la solicitud de cautelares. Finalmente, se delimita el alcance de la declaración de ilegalidad en cuanto a sus efectos, con relación a eventuales futuras discusiones de exclusión de prueba. Los puntos a comentar al respecto son:

4.1. Forma de materializar la delegación de facultades del fiscal en el asistente

⁶ MARÍN, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*. En "Revista de Estudios de la Justicia" N° 1. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Año 2003. Cita en apoyo de esta afirmación a BANACLOCHE.

Entendemos que, considerando la desformalización que rige el nuevo sistema, sobretudo en una etapa tan preliminar como la del control de la detención, esta exigencia no debe ser interpretada de forma rigurosa y, en el fondo, apunta a evitar delegaciones implícitas de facultades.

No obstante, a fin de evitar inconvenientes y, en el entendido de que en cada región o extensión geográfica que corresponda, al Fiscal Regional competen las tareas asignadas al Ministerio Público, bastará una delegación de este último a los asistentes de fiscal que decida deben comparecer a estas audiencias, en base al modelo que se adjunta como anexo al presente oficio.

Se hace presente la conveniencia que cada fiscalía regional se coordine con los respectivos juzgados de garantía a fin de lograr la mayor operatividad de esta norma y la necesidad de informar a la Fiscalía Nacional, a través de la Unidad de Asesoría Jurídica, de las dificultades que se presenten con ocasión de la misma.

4.2. Facultades del asistente de fiscal en la audiencia de control de la detención.

En esta materia, además del tenor literal del art. 132, debe tenerse presente la normativa estatuida con rango constitucional.

Así, el art. 2° de la Ley N°. 19.640, complementando el art. 83 de la CPR dispone que *“El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas.”*

La posición institucional, sostenida desde la modificación de la Ley N°. 20.074, consistía en que los asistentes de fiscal podían solicitar ampliación de la detención, formalizar investigación y solicitar medidas cautelares en cuanto ninguna de esas actividades correspondía, en sentido estricto, al ejercicio de la acción penal, reservado de manera exclusiva a los fiscales del Ministerio Público.

Tal posición ha sido recogida de manera explícita en la nueva normativa que, sometida al control de constitucionalidad por el órgano competente, fue calificada como ajustada a la CPR.

De esta forma, cualquier interpretación respecto del alcance de las facultades del abogado asistente reconoce como limitación, precisamente, el **ejercicio de la acción penal pública**, cuestión que, sin duda, se ve comprometida ante requerimientos en juicios simplificado, acusaciones verbales en virtud del art. 407 y, a mayor abundamiento, en el desarrollo mismo de estas audiencias. El requerimiento y la acusación contienen la pretensión punitiva estatal, en consecuencia, aún con la más estricta interpretación de “ejercicio de la acción penal” estos actos la comprenden. El desarrollo de la audiencia respectiva, por su parte, implica el sostenimiento permanente ante el órgano jurisdiccional, como acusador, de esa pretensión punitiva.

De lo anteriormente expuesto se colige que los abogados asistentes de fiscal no pueden presentar requerimientos en procedimiento simplificado (incluyendo su modalidad de monitorio) ni participar en procedimientos

abreviados y en las actuaciones a que éstos dieran lugar⁷ y cualquier delegación en tal sentido, por ser contraria a la presente instrucción, carece de eficacia.

Distinta es la situación que se plantea respecto de la suspensión condicional del procedimiento. El argumento en contra de la posibilidad de que los asistentes de fiscal lleguen a esta salida alternativa en la audiencia de control de la detención consiste en que el art. 132 no la contempla de manera expresa. No obstante, no presenta injerencias desde la perspectiva constitucional pues, aún cuando constituye una excepción al principio de legalidad procesal contemplado en el art. 166 del CPP, implica una *suspensión* del procedimiento y, en caso alguno, la renuncia a la acción penal por parte del órgano acusador.

Si bien el tema es sumamente debatible, se faculta a los asistentes de fiscal, delegados por sus respectivos fiscales regionales, para plantear esta última discusión en sus respectivos tribunales.

5. Apelación de la declaración de ilegalidad de la detención.

Las cuestiones que se precisa abordar son las siguientes:

5.1. Apelación del querellante.

La resolución impugnada es sólo aquella que declara la ilegalidad de la detención, por tanto, eventualmente y de manera indirecta, podría afectar al querellante, en cuanto sostenedor de la acción penal pública conjuntamente con el Ministerio Público.

En nuestra opinión el querellante no está legitimado activamente para recurrir en contra de esta resolución, en primer lugar, porque el recurso de apelación en el nuevo sistema es de derecho estricto, lo que incluye también a los sujetos facultados para su interposición y el querellante no está expresamente facultado para interponerlo. En segundo lugar, porque la apelación concedida exclusivamente al Ministerio Público puede tener su justificación en el hecho de que éste, en esta etapa procesal, no es un interviniente más sino el director exclusivo de la investigación, ostentando un rol de dirección funcional respecto de las policías, lo que, por supuesto, no es aplicable al querellante particular.

No obstante, por razones de conveniencia, no se estima prudente que el Ministerio Público inste por el rechazo de la apelación por parte del querellante, debiendo los fiscales procurar mantenerse al margen de dicho debate.

5.2. Apelación de la declaración de legalidad de la detención.

Esta situación es totalmente distinta dado que se trata de una resolución respecto de la cual la ley **no** concede el recurso de apelación respecto de ningún interviniente, sin embargo, la hacemos presente por la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo respecto del art. 132 bis, entendiendo que el mismo era

⁷ Lo anterior no obsta, por supuesto, a que puedan comparecer apoyando al fiscal, como ha ocurrido hasta ahora, pero siendo este último quien sostiene la acción penal pública.

constitucional en la medida que se reconociera el derecho a impugnación para todos los intervinientes, en respeto a la garantía de la igual protección de la ley en ejercicio de los derechos.

La posición del Ministerio Público en este punto es la siguiente:

- El art. 132 bis, sometido a control de constitucionalidad, fue declarado como ajustado al texto de la Carta Fundamental y, por tanto, constituye una norma plenamente vigente y aplicable.
- El art. 132 bis, estableciendo una excepción al régimen de derecho estricto de la apelación, establece la procedencia del recurso sólo respecto de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, cuestión que, además de quedar patente en el tenor literal de la nueva disposición, corresponde estrictamente a la intención del legislador.⁸
- **El control de constitucionalidad de una norma específica que realiza el Tribunal Constitucional, no tiene el poder suficiente para crear normas de rango legal no establecidas por el legislador, como sucedería en este caso.**
- En efecto, de acuerdo al art. 370 letra del CPP "Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: b) Cuando **la ley** lo señalare expresamente." Así, no existiendo una norma de carácter legal que establezca la apelación en contra de dicha resolución, tal recurso es absolutamente improcedente.
- Por lo demás, no se trata del único caso en que exista derecho a impugnación sólo para uno de los intervinientes, aún cuando existan más agraviados. Así, el art. 277 del CPP que consagra la apelación contra el auto de apertura sólo para el Ministerio Público –y por una causal específica- no ha sido objeto de debate en forma previa.
- **Se instruye a los fiscales, por tanto, recurrir de hecho (vía falso recurso de hecho) ante cualquier resolución que conceda la apelación en contra de una declaración de legalidad de la detención.**

5.3. Facultades del abogado asistente de fiscal en materia de apelación de la ilegalidad de la detención.

Si bien el texto del artículo 132 bis no especifica qué abogado asistente es el legitimado para recurrir de apelación ni si debe estar expresamente facultado para ello (a diferencia del art. 132), debe entenderse que el único habilitado es el asistente de fiscal que concurrió a la respectiva audiencia de control de detención y, respecto de la delegación facultades, con la finalidad de evitar discusiones, ésta se comprende en la delegación general referida en el punto 4.1.

⁸ En la discusión del segundo informe, el diputado Bustos solicitó que se precisara que sólo era apelable la resolución que declaraba la ilegalidad de la detención y no la que se pronunciaba sobre la misma, parecer que fue acogido por la Comisión.

6. Modificaciones en materia de prisión preventiva.

6.1. Incorporación del “peligro de fuga” como nuevo elemento fundante de la necesidad de cautela.

Se trata de una causal ampliamente reconocida en Derecho Comparado como un antecedente que legitima la coerción procesal personal a través de la imposición de la prisión preventiva, por tanto, no debiera originar, por parte de la defensa, alegaciones de inconstitucionalidad, aún cuando no tenga consagración expresa en la CPR. (Art. 19 N° 7 letra e)). A mayor abundamiento, la argumentación histórica de la defensa ha sostenido que el fundamento real de las medidas cautelares sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro que se obstaculice la verdad, por lo que resultaría incoherente cualquier argumentación actual en sentido contrario.

No obstante, **los fiscales deberán, preferentemente, fundar la necesidad de cautela que hace procedente la prisión preventiva en cualquiera de los otros tres fundamentos** a fin de evitar que se produzca la situación establecida en el art. 146 y, por ende, se desdibuje el propósito de la cautelar.⁹

El reemplazo de la prisión preventiva por caución económica, como se ha señalado insistentemente en forma previa, SÓLO es procedente cuando la prisión preventiva haya sido impuesta, con la ÚNICA finalidad de evitar el peligro de fuga. Si concurre, en cualquier medida, cualquier otro fundamento que justifique su imposición, el art. 146 deja de ser aplicable.

Por tanto, aún cuando el juez de garantía decreta la prisión preventiva fundando la necesidad de cautela en el peligro de fuga del imputado, si también procede, aún mínimamente, alguno de los factores que hacen estimar que la prisión preventiva es un peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, no procede el reemplazo por caución económica y, decretado éste, **el Ministerio Público se encuentra legitimado para recurrir en contra de esa resolución.**

La procedencia del recurso debe fundarse, para efectos de admisibilidad, en que la resolución que reemplazó la prisión preventiva por caución económica, en los hechos, revocó la prisión preventiva, cautelar que no está siendo cumplida de manera efectiva, y la resolución que revoca una prisión preventiva es apelable por mandato expreso del legislador, en caso de haberse dictado en audiencia.

En cuanto al fondo, debe alegarse la concurrencia de alguna causal que justifique, en alguna medida, cualquiera de los otros elementos que fundan la necesidad de cautela, cuestión que, atendidos los parámetros establecidos en el art. 140 respecto

⁹ Se debe tener presente que el peligro de fuga siempre puede alegarse, e incluso, siempre constituirá un fundamento de la necesidad de la cautela, lo que se pretende destacar es que no debiera ser el ÚNICO fundamento de tal necesidad, sino que debe alegarse conjuntamente con cualquiera de los otros, a fin de evitar posteriores reemplazos de la cautelar.

del peligro para la seguridad de la sociedad, establecen un marco bastante objetivo al cual recurrir.¹⁰

6.2. Efectos de la resolución que niega o revoca la prisión preventiva y su impugnación. Alcance del art. 149 CPP.

6.2.1. La resolución que niega o revoca la prisión preventiva en el caso de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, puede ser apelada en audiencia y, mientras no se encuentre ejecutoriada, el imputado no puede ser puesto en libertad. El listado incluye, en abstracto, a todo el catálogo de delitos tipificados en el Código Penal y, respecto de la Ley N° 20.000, sólo aquellos que tengan pena de crimen. No es válida la fundamentación en orden a que dicho efecto se producirá en la medida que todos los ilícitos referidos tengan pena de crimen. Aún cuando se pretenda dar una interpretación restrictiva a la norma, tal intención no puede llegar a desvirtuar su sentido.

Esta Fiscalía Nacional ha tenido conocimiento de la interpretación de la defensa en orden a restringir la norma a los hechos sancionados con pena de crimen, no obstante, los fiscales deberán oponerse en audiencia, sobre la base de lo siguiente:

- El art. 149 inciso 2do. es claro y comprende el catálogo de ilícitos del Código Penal que cita, más los de la Ley N° 20.000 que tengan pena de crimen. De no ser éste el sentido, la redacción general de la norma hubiera sido bastante más sencilla, estableciendo una enumeración genéricamente asociada a pena de crimen, en lugar de recurrir a la interposición de comas.
- No obstante, de estimarse que el tenor literal de la ley no es claro, las normas de hermenéutica legal nos llevan a consultar el espíritu de la misma. Varios pasajes de la discusión parlamentaria nos ilustran y avalan la posición expuesta anteriormente, en cuanto a que la referencia a pena de crimen sólo rige para los delitos de la Ley N° 20.000.^{11 12}

¹⁰ En casos cuya gravedad lo haga aconsejable, los fiscales deberán evaluar la conveniencia de apelar sólo de la resolución que decreta la prisión preventiva fundada únicamente en el peligro de fuga, no obstante no se haya efectuado el reemplazo por caución. En este sentido podemos citar lo ocurrido en causa RIT N° 513-2005: la Il. Corte de Apelaciones de San Miguel acogió a tramitación el recurso de apelación deducido en causa RUC N° 0500424980-3 confirmando la resolución del tribunal de garantía pero teniendo presente que la libertad del imputado era un peligro para la seguridad de la víctima y no sólo que era necesaria por no encontrarse suficientemente garantizada la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento y ejecución de la sentencia, como lo había señalado este último.

¹¹ Al respecto puede consultarse el "Estudio de la Ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materias de Seguridad Ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las Policías" de don Guillermo Piedrabuena Richard.

¹² A modo de ejemplo, en el segundo informe de la Comisión se consiga: "En segundo lugar, al definir la hipótesis en que procederá aplicar esta regla especial, en lugar de aludir a los delitos a los que la ley señale pena de crimen, siguiendo el lineamiento de la indicación N° 51, se enunció un catálogo de ilícitos que es el mismo que comprendía el artículo 78 bis propuesto en este proyecto de

- Aún de existir dudas, los elementos lógico y sistemático en la interpretación de la ley nos permiten llegar a la misma conclusión: el catálogo de delitos enumerados en el art. 149 no sólo ha sido establecido para determinar el efecto de la apelación de la resolución que niega o rechaza la prisión preventiva, también es considerado en materia de ejecución de la prisión preventiva (art. 150 inc. 6°) y de apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención (art. 132 bis), en el mismo sentido que se ha venido refiriendo.

Por tanto, en caso de denegarse un recurso de apelación verbal respecto de una causa seguida por robo por sorpresa o por secuestro simple, deberá recurrirse de hecho.

6.2.2. El efecto contenido en el inciso segundo para la apelación rige tanto respecto de la resolución que **revoca** una prisión preventiva como de la que **niega** lugar a ella. Al respecto cabe hacer presente que la norma en comento fue objeto de control de constitucionalidad y declarada ajustada al texto de la CPR; por otra parte, la norma no distingue respecto de la negativa o la revocación, por el contrario, incluye ambas posibilidades para hacer procedente, a su respecto, la apelación verbal (con su consabido efecto). Nuevamente se hace presente que cualquier discusión sobre la constitucionalidad no debería generarse en sede de garantía.

6.3. Formalidades de la impugnación.

En el caso del inciso segundo del art. 149, la apelación se realiza en la misma audiencia y esto significa que es verbal. Por tanto, y habiéndose tenido conocimiento de la postura de algunos jueces de garantía en cuanto a que no existiría modificación a la norma general del art. 367 y que la apelación en audiencia es escrita, sólo debe hacerse presente que la regla, para este caso, es la oralidad, a la cual podemos llegar, además de los principios generales del sistema, por aplicación del art. 361 del CPP.

Sin embargo, el carácter verbal de la apelación es la única excepción al art. 367 debiendo el fiscal o el asistente de fiscal, en su caso, **cumplir con los requisitos de expresión de fundamentos de hecho y derecho y solicitud de peticiones concretas en sus impugnaciones.**

Respecto de la apelación por negativa o revocación de una prisión preventiva en los casos no comprendidos por el inciso segundo del art. 149, la apelación se ajusta a las reglas generales (artículos 366 y 367 CPP). Estos casos son:

ley para el Código Penal, con una modificación. Se añadieron, además, los delitos sancionados con pena de crimen en la ley N° 20.000” (Énfasis agregado).

“Al traer a esta norma el listado de delitos que había en el artículo 78 bis, la Comisión resolvió omitir la expresión que remite al inciso primero del artículo 436 del Código Penal, para que ella abarque las figuras tipificadas en los dos incisos que conforman aquel precepto: la residual de robo con violencia y el robo por sorpresa”. (Énfasis agregado).

- Casos de los delitos enumerados en el inciso segundo en que el imputado NO es puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido.
- Casos que no correspondan a los delitos enumerados en la disposición.

Respecto de la primera situación, cabe hacer presente que la expresión “detenido” utilizada por el legislador, debe ser entendida en sentido amplio de privación de libertad y no en el sentido técnico de detención como medida cautelar de los arts. 125 y ss. del CPP. Lo anterior, dado que el objetivo de la norma es evitar el peligro de fuga de los imputados mientras su situación cautelar no se resuelva por sentencia firme, peligro que disminuye respecto del sujeto que acude libremente al órgano jurisdiccional. Por otra parte, es la única interpretación posible considerando que una de las hipótesis es la *revocación* de la prisión preventiva.

De este modo, ante la negativa de apelación verbal por una resolución que, tratándose de uno de los delitos enumerados en el art. 149 inc. 2do. afecta a un imputado -que no llegó técnicamente detenido- cuya prisión preventiva estaba siendo revisada, procede recurrir de hecho.

Finalmente, en las dos hipótesis mencionadas más arriba (inciso 3ro. del art. 149) procede la solicitud de no innovar a la Corte de Apelaciones respectiva, la que puede solicitarse aún antes de que el recurso haya ingresado a la misma. No obstante, resulta difícil advertir la utilidad práctica de la misma a efectos de impedir la fuga del imputado que ya fue puesto en libertad.

7. Testigos ante el Ministerio Público

Las modificaciones en esta materia están contenidas en los artículos 190, 191 y 332 del CPP, reconociendo una situación existente en la práctica, consistente en la toma de declaraciones por parte de los asistentes de fiscal.

A este respecto únicamente cabe hacer presente que la modificación sólo reconoce que los testigos sean interrogados en fiscalía por el abogado asistente de fiscal, no modificándose el hecho de que la **citación** deba ser efectuada por el propio fiscal.

8. Anticipación de prueba respecto de menores de edad víctimas de delitos sexuales.

La introducción del art. 191 bis también recoge una debilidad advertida en la práctica, respecto de los casos por delitos sexuales que hubieren afectado a menores de edad.

La nueva norma permite, para los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal en que la víctima sea un menor de edad, que éste rinda declaración anticipada en consideración a sus **circunstancias personales y emocionales**. Asimismo señala que, ante la variación de estas circunstancias, la prueba deberá rendirse en el juicio oral (inciso 2do.).

Al respecto cabe hacer presente:

- La norma no distingue respecto de las circunstancias personales y emocionales que motivan la rendición de prueba anticipada por lo que éstas

podrán fundarse tanto en la necesidad de evitar coacciones y presiones en contra del menor, como la de prevenir o minimizar su victimización secundaria, u otra que al efecto concurra. Para fundamentar esta solicitud, los fiscales podrán apoyarse en sus respectivas unidades de atención a víctimas y testigos.

- No procede que los fiscales hagan una utilización indiscriminada de esta herramienta sino, por el contrario, debe evaluarse su conveniencia de acuerdo a las particularidades del caso concreto y, principalmente, a los demás antecedentes recabados en la investigación, pues resulta innegable que, en términos de convicción y en base a la inmediación que rige el nuevo sistema, lo óptimo es la recepción de la prueba por el tribunal que dictará sentencia.¹³

9. Suspensión condicional del procedimiento.

9.1. Alcance del nuevo requisito.

A fin de no coartar una herramienta válida para la eficacia en la persecución penal y conveniente para el imputado, entendemos por **suspensiones condicionales vigentes** aquellas cuyo plazo de cumplimiento de condiciones impuestas se encuentra vigente, aún cuando no haya decisión jurisdiccional de término a su respecto (sobreseimiento definitivo).

Por tanto, constando el hecho de que, respecto de un imputado se decretó una suspensión condicional cuyo plazo de cumplimiento venció sin que fuera revocada, NO se trata de una suspensión vigente que imposibilite la adopción de esta salida.

9.2. Autorización del Fiscal Regional en el caso del inc. 4to. del art. 237.

La autorización puede ser otorgada en cualquier forma, rigiendo la desformalización en las actuaciones del órgano persecutor, por lo que no cabe establecer trabas no impuestas expresamente por el legislador. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades que eventualmente pueda recaer sobre los fiscales en caso de incumplimiento.

En todo caso, respecto de algunos delitos contemplados en el nuevo catálogo del art. 237, como el robo con fuerza, se hace presente la conveniencia que los fiscales regionales –y, por tanto, quedan expresamente facultados- instruyan, dentro de su ámbito de competencia, una forma de otorgar esta autorización más estandarizada y que no entorpezca la rápida y efectiva aplicación de la salida por parte del órgano persecutor.

10. Agenda corta y responsabilidad penal adolescente

En esta materia, dos son los problemas que han surgido con mayor frecuencia y ambos, entendemos, se solucionan en virtud de la supletoriedad de las normas del Código Procesal Penal consagrada en el art. 27 inciso 1ro. de la Ley N°. 20.084:

¹³ Más aún cuando, en gran parte de los casos seguidos por delitos sexuales, la declaración del menor víctima de los hechos constituye el único medio de prueba o, a lo menos, el fundamental.

- Art. 149 inciso 2do.: la apelación verbal y el efecto asociado a ella en contra de la resolución que revoca o deniega la prisión preventiva es aplicable a los imputados adolescentes, en modalidad de internación provisoria -en los casos en que ésta es procedente, según la Ley N°. 20.084-, en virtud de la supletoriedad antes anotada. En caso de desconocimiento de lo anterior por parte del juez de garantía, los fiscales deberán recurrir de hecho.

- Art. 193: la nueva redacción de esta norma establece que *“Mientras el imputado se encuentre detenido o en prisión preventiva, el fiscal estará facultado para hacerlo traer a su presencia cuantas veces fuere necesario para los fines de la investigación, sin más trámite que dar aviso al juez o al defensor”*. En este caso y, en virtud de la supletoriedad de las normas del CPP, ésta resulta aplicable al adolescente y no resulta válido el argumento de que el imputado menor de edad sólo puede ser interrogado en presencia de su defensor dado que ello sólo es aplicable a la detención por flagrancia, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la Ley N°. 20.084.¹⁴

Se reitera que el presente instructivo no alude a todas las modificaciones legales introducidas por la Ley N°. 20.253 sino sólo a aquellas que, por distintos motivos, se estimó necesario abordar. Una minuta conteniendo todas las modificaciones puede consultarse en la intranet de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.

Los fiscales regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio por parte de fiscales adjuntos, abogados asistente de fiscal y abogados asesores, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la Ley N° 20.253, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS.



SABAS CHAHUÁN SARRÁS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO


SCHS/MHS

¹⁴ En este sentido, se reitera lo expresado en el Oficio N° 636/07 que contiene el Instructivo N° 9 de la Ley N°. 20.084