

**LA EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA  
DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN  
CON EL QUEHACER DE LA DEFENSORÍA PENAL<sup>1</sup>**

Miguel Ángel Fernández González

**Sumario:** I. Jerarquía y autonomía constitucionales. A. Creación al máximo nivel del ordenamiento jurídico interno. B. Autonomía constitucional. II. Funciones constitucionales del Ministerio Público. A. Protección de víctimas y testigos y ejercicio de la acción penal pública. B. Dirigir, en forma exclusiva, la investigación. 1. Sentido y alcance. 2. Origen. 3. Justificación. 4. Principio de objetividad. 5. Limitaciones. III. Adecuado ejercicio del derecho a la defensa. A. Confirmación en el Código. B. Ley de la Defensoría Penal Pública. C. Relación con el derecho a la defensa. 1. Norma constitucional. 2. Regulación en materia penal. D. Procedimiento para requerir diligencias.

---

1 Publicado en *Revista de Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca, 2005, pp. 277 a 307).

## I. JERARQUÍA Y AUTONOMÍA CONSTITUCIONALES

Antes de abordar, derechamente, el tema solicitado, resulta obligado referirse a las características más distintivas del Ministerio Público como órgano autónomo de jerarquía constitucional, pues solo comprendiendo cabalmente esta naturaleza jurídica es posible pronunciarse respecto de asuntos como el propuesto. Si no se asume en plenitud y con todas sus secuelas político institucionales y jurídicas, aquella naturaleza constitucional y autónoma, se termina rebajando la jerarquía del Ministerio Público, desfigurando sus potestades públicas y situándolo en una posición equivalente a la de los demás intervinientes en el proceso penal.

Cierto es que, esta mañana, hemos tenido oportunidad de escuchar al profesor José Luis Cea Egaña formular sustantivas reflexiones acerca de la naturaleza jurídica aludida, especialmente en torno de la autonomía constitucional del Ministerio Público. Pero no está de más volver sobre el punto; pues, aun a riesgo de repetir algunos conceptos, hállese en su adecuada configuración, interpretación y aplicación *lo más decisivo* de la caracterización institucional del Ministerio Público en nuestra Constitución.

### A. Creación al máximo nivel del ordenamiento jurídico interno

La *jerarquía constitucional* de que goza el Ministerio Público lo sitúa al mismo nivel que los demás órganos estatales creados directamente por el Poder Constituyente; lo cual impide *homologarlo* a los entes públicos originados a nivel simplemente legal y menos subordinarlo, en el cumplimiento de sus funciones, a las decisiones de estos organismos, especialmente cuando se trata de los que integran la administración del Estado, ya que esto implicaría eliminar la jerarquía y desconocer la autonomía del Ministerio Público, la que resulta decisiva para que pueda desempeñar sus funciones constitucionales y, de esta manera, contribuir a la consecución del bien común, conforme al inciso 4 del artículo 1 de la Carta Fundamental:

*Los órganos estatales se clasifican, principalmente, en constitucionales o supremos y dependientes o subordinados [...]*

La exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal

*[...] Los primeros son llamados también supremos e inmediatos, porque están situados en el vértice superior o cima del sistema de instituciones estatales y han sido establecidos directamente por la propia Carta Fundamental, en la cual se contemplan, además, los rasgos matrices del órgano respectivo. Los segundos, en cambio, son órganos mediatos en su nexos con la Carta Fundamental; y están subordinados a los de jerarquía constitucional porque dependen de los principios, normas y recursos que le otorguen estos últimos.*

Son órganos constitucionales [...] el Ministerio Público [...] Los demás, es decir, la mayoría de los órganos públicos son subordinados, dependientes o mediatos en ligamen con la Carta Fundamental, pues su creación, organización, control y financiamiento se hallan definidos en virtud de leyes y otras disposiciones de nivel jurídico inferior [...]

[...] la doctrina extranjera se ha preocupado de pormenorizar los rasgos característicos de los órganos constitucionales, puntualizando al respecto que son tales los que reúnen, copulativamente, las notas distintivas siguientes: *Esencialidad* para la existencia del Estado Nación, aunque pueden ser sustituidos por otro; posición máxima, suprema o en el vértice superior de la organización estatal; *calidad de independencia recíproca y de igualdad* o paridad con los demás órganos constitucionales; control o fiscalización ejercido, como freno y contrapeso, *únicamente por órganos de la misma jerarquía y jamás por otros de posición inferior*; *participación en el ejercicio de las funciones inherentes al Poder o Soberanía*, formando la voluntad estatal y dirigiéndola al cumplimiento de los objetivos permanentes y superiores; *autonomía organizativa*, es decir, creación, estructura, competencia, financiamiento y funcionamiento trazado, de manera inmediata y directa, por la propia Carta Fundamental, debiendo la ley regular tales bases, rasgos y finalidades esenciales del órgano respectivo<sup>2</sup>.

## **B. Autonomía constitucional**

Con todo, el Ministerio Público no solo goza de jerarquía constitucional como todos y cada uno de los órganos creados directamente por la Carta Fundamental; sino que, además, ha sido dotado de *autonomía*:

Con la palabra autonomía ocurre en la Constitución una cierta paradoja, puesto que ella aparece pocas veces mencionada y, sin embargo, constituye uno de los pilares del *Sistema Político, Social, Económico y Cultural* que ha configurado el Poder Constituyente de 1980.

En efecto, la autonomía que se reconoce por la Carta Fundamental, a grupos intermedios y a *órganos constitucionales*, resulta indispensable para que unos y otros puedan cumplir sus fines específicos, ejerciendo los derechos o ejecutando las atribuciones que el ordenamiento jurídico les reconoce [...] *los órganos estatales* sin autonomía estarían *subordinados al poder absoluto de uno o algunos de ellos, constituyéndose en fachada del Principio de Separación de Órganos y Funciones* y, con ello, del *Estado de Derecho*, o quedando aquel Principio y esta especie de Estado, reducido a concepciones clásicas de división tripartita ya superadas.

---

2 Cea Egaña, 2000, pp. 40-42. Resaltado nuestro.

[...] la autonomía siempre *supone un nivel*—mayor o menor— de independencia de otros, v. gr., en el caso de los órganos constitucionalmente autónomos, se los dota de autonomía para excluirlos de los Órganos Constitucionales que desempeñan las funciones clásicas, esto es, la Función Gubernativa —con sus tres subfunciones, Política, Administrativa y Ejecutiva—, la Función Judicial y la Legislativa. Particularmente, en el caso del *Gobierno*, entendido este en sentido estricto, el efecto de dotar de autonomía a un ente es *excluirlo de la Administración Pública y del control* que se ejerce sobre ella, sea que el examen se ejerza por la denominada Administración Pasiva o el que tiene carácter político<sup>3</sup>.

Por lo expuesto y perfilando la extensión de la autonomía constitucional, en cuanto ella se concreta en que el órgano respectivo queda sujeto solo a la Carta Fundamental y a su ley orgánica:

[...] bien puede sostenerse que *son órganos autónomos para la Constitución los organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado*, hallándose sometidos solo a la Constitución Política y a la ley que, conforme a ella, regula su organización, funcionamiento y atribuciones<sup>4</sup>.

Llevado lo que acaba de expresarse al Ministerio Público, consta de la *historia fidedigna* de su creación que:

Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el *libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y una operativa, que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas* [...] La autonomía en la especie está referida a los Poderes del Estado. Este concepto fue *una de las claves* del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque es consustancial a las funciones investigadoras que se otorgan a la nueva entidad [...]<sup>5</sup>.

En conclusión, el Ministerio Público es un órgano estatal de jerarquía constitucional, ya que ha sido creado directamente por el Poder Constituyente, mediante la ley de reforma constitucional 19.519<sup>6</sup>, y al mismo tiempo es un ente público dotado de autonomía; vale decir, sometido nada más que al Código Político y a su ley orgánica constitucional 19.640<sup>7</sup>, debiendo desempeñar sus funciones con exclusividad, o sea sin intervención de otros órganos estatales, sean

3 Fernández González, 1999, pp. 77 y ss. Resaltado nuestro.

4 Cordero Vega, 2001, p. 5. Resaltado nuestro.

5 Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 1997, p. 4565.

6 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 16 de septiembre de 1997.

7 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de octubre de 1999.

ellos de su misma jerarquía o, con mayor razón, excluyendo a los que son de nivel simplemente legal<sup>8</sup>.

## II. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La jerarquía y autonomía constitucionales se justifican en las funciones que el inciso 1 del artículo 80A de la Constitución encomienda al Ministerio Público. Es el despliegue de estas tareas o actividades públicas, en otras palabras, lo que confiere legitimidad sustantiva al diseño moldeado por el Poder Constituyente para este órgano estatal.

En esta línea de pensamiento, tres son las funciones encomendadas por el Código Político al Ministerio Público: *dirigir*, en forma exclusiva, la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; *ejercer*, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley; y adoptar las medidas para *proteger* a las víctimas y a los testigos.

### A. Protección de víctimas y testigos y ejercicio de la acción penal pública

En sentido inverso al contenido en el inciso 1 del artículo 80A de la Constitución, al Ministerio Público le corresponde, en primer lugar, proteger a las víctimas y a los testigos —es decir, a los ofendidos por el delito— y, en caso que, como consecuencia de su ejecución, aquellos hayan muerto, a su cónyuge, hijos, ascendiente, conviviente, hermanos y al adoptado o adoptante, conforme al artículo 108 del CPP:

Uno de los principales objetivos político-criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarado reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, es la «promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos». Asimismo, se contempla, elevado a la categoría de *principio básico del nuevo proceso, el deber de los órganos* de persecución penal de dar protección a la víctima durante todas las fases del procedimiento [...] En fin, se *otorga a la víctima el estatus de sujeto procesal*, sin necesidad de constituirse en querrelante,

---

8 Véanse otras consecuencias negativas de aquella interpretación errada en El Mercurio de Santiago (lunes 19 de agosto de 2002, p. A3), a propósito de la negativa de los Ministerios de Hacienda y Planificación al arrendamiento de un inmueble por parte del Ministerio Público. A propósito de otros asuntos, cfr. Feliú, 2002, p. 6; Piedrabuena Richard, 2000, pp. 281-294; y Cea Egaña, 2001, pp. 5-6.

al mismo tiempo que se le reconoce «un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación»<sup>9</sup>.

Por ello, el primer derecho de la víctima, al tenor de lo preceptuado en el literal a del artículo 109 del código aludido, estriba en solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

Por su parte y tratándose de los *testigos*, el inciso 2 del artículo 308 del CPP autoriza al Ministerio Público para que, de oficio o a petición de parte, adopte todas las medidas que sean procedentes para conferirles, antes o después de que presten su declaración, la debida protección. Pero, indudablemente, aquellas medidas pueden surtir efecto y operar, igualmente, durante la declaración; ya que, como se recordará, *El Mercurio* de Santiago informaba, en su edición correspondiente al día 2 de abril de 2003 (página C13), a propósito de un juicio oral en la ciudad de Angol, que «ambos testigos declararán en un día aún no definido, detrás de un biombo —probablemente *disfrazados* o con un *pasamontañas*—, emplearán recursos técnicos para distorsionar la voz y evitar ser reconocidos por el público.

En segundo lugar, tratándose del ejercicio de la acción penal pública, el inciso 2 del artículo 53 del código señala que ella debe ser ejercida, de oficio, por el Ministerio Público, salvo en aquellos casos, contemplados en su artículo 54, en que se requiere previamente la instancia particular; esto es, que al menos el ofendido haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía.

## **B. Dirigir, en forma exclusiva, la investigación**

La tercera función encomendada constitucionalmente al Ministerio Público y que es, en realidad, la que justifica su creación en el máximo nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, consiste en que le corresponde dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos constitutivos de delito, de aquellos que determinen la participación punible de los imputados, así como también de los que acrediten su inocencia.

### *1. Sentido y alcance*

Esbozando una explicación de la función aludida, el artículo 77 del CPP aclara que ella consiste en que el Ministerio Público practique todas las diligencias que sean conducentes para el éxito de la investigación y que dirija la actuación de la policía.

---

9 Horvitz Lennon & López Masle, 2002, p. 453. Resaltado nuestro.

En esta perspectiva, entonces, se trata que el Ministerio Público adopte y concrete o ejecute decisiones que le permitan investigar los hechos constitutivos de delito, determinar la participación de los imputados en ellos o acreditar su inocencia:

Que, según consta de los autos remitidos a esta Corte, el aludido conflicto derivado de una resolución dictada por el Juez de Garantía de Calbuco [...] expedida en los siguientes términos: «*Se ordena oficiar al Mayor de Carabineros de la Comisaría de Calbuco a fin de que en el evento de existir detenido en dicha dependencia comunique dicha situación no solo al Ministerio Público de Calbuco, sino también a la Defensoría Regional de Puerto Montt [...]*»

Que del tenor, alcance y contenido de la resolución [...], aparece como de toda evidencia que se *contiene en ella una instrucción de carácter general y futura, encaminada a determinar el modo en que la Policía debe cumplir sus funciones*. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87 del CPP, tal forma de regulación ha quedado reservada al Ministerio Público. Esta aseveración se ve refrendada si se considera lo prescrito en el artículo 80 de este texto legal, conforme al cual a los jueces de garantía solo les está permitido expedir órdenes «para la tramitación del procedimiento», vale decir, mandatos de índole específica o restringidos a un caso determinado o concreto<sup>10</sup>.

Desde esta perspectiva, conviene tener presente que investigar, conforme al sentido natural y obvio de las palabras, al que debe acudir —pues ese término no está definido en nuestro ordenamiento jurídico—<sup>11</sup>, quiere decir, en su primera acepción, «hacer diligencias para descubrir algo»<sup>12</sup> y, en la tercera, «aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente»<sup>13</sup>, dando lugar a lo que se denomina, en el CPP, la etapa de investigación, regulada en sus artículos 166 a 258. Tratase, por ende, de una etapa en la que el Ministerio Público recaba y examina las informaciones y antecedentes necesarios para la determinación de los hechos constitutivos de delito y la posible participación en ellos de los imputados o su inocencia, sin que dichos antecedentes sean constitutivos de prueba, según se desprende del artículo 296 de aquel código.

---

10 Considerandos 2 y 3 de la sentencia pronunciada el 24 de marzo de 2004 por la Corte Suprema, reproducida en *La Semana Jurídica* 182 (3 al 9 de mayo de 2004), p. 5. Resaltado nuestro.

11 Artículo 20 del CC.

12 Real Academia Española, 2002, p. 879.

13 Ídem.

## 2. Origen

Con anterioridad al nuevo proceso penal, la función de dirigir la investigación se encontraba incorporada en la facultad de conocer las causas criminales que corresponda, conforme al inciso 1 del artículo 73 de la Constitución, a los tribunales establecidos por la ley. Sin embargo, cuando se decidió separar dicha función investigativa de la jurisdiccional, resultó indispensable hacerlo en virtud de una reforma constitucional, contenida en la ya aludida ley 19.519, pues se modificaba el estatuto constitucional del Poder Judicial:

*Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, solo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 50, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad; [...]*

*Que, cuando el Constituyente quiso delegar el ejercicio de una de las funciones por las que se manifiesta la soberanía, lo dijo expresamente, como es en el caso de la delegación de la función legislativa en el Presidente de la República, autorizada por el art. 61 de la Ley Fundamental [...]*

*Que, si bien el concepto de soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite —los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana—, no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente<sup>14</sup>.*

Desde luego, nadie habría admitido discutir que, en el antiguo procedimiento penal, la función de investigar los hechos constitutivos de delito era una competencia reservada, exclusiva y excluyente al Poder Judicial; pues integraba el haz de atribuciones de que daba cuenta el ya referido artículo 73. No debe extrañar, en consecuencia, que el Poder Constituyente haya decidido mantener aquella función con la cualidad de exclusividad y exclusión referidas, radicándola en un nuevo órgano constitucional, como es el Ministerio Público.

---

<sup>14</sup> Considerandos 45, 52 y 53 de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 8 de abril de 2002, Rol 346. Resaltado nuestro.

Es así como, de la historia oficial del artículo 80A de la Constitución, se desprende inequívocamente cómo, desde una concepción inicial donde la dirección de la investigación no quedaba reservada al Ministerio Público, se llegó a la actual configuración; ya que, según consta en el mensaje con que el presidente de la república dio inicio al proyecto de ley de reforma constitucional respectivo, aquella labor suprema no quedaba inicialmente radicada con caracteres de exclusividad y exclusión, con relación al Poder Judicial, pues el proyecto proponía el siguiente inciso 1 del artículo 80bis (actual artículo 80A): «Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio denominado Ministerio Público, que *tendrá a su cargo la persecución penal pública* en la forma prevista en la ley. Con este propósito, *le corresponderá la investigación de los delitos* [...]» (resaltado nuestro). Fundamentando aquella configuración de funciones, el jefe del Estado señalaba en su mensaje: «Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, *cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes* que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado»<sup>15</sup>.

Sin embargo, ya con motivo del Informe evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante el primer trámite constitucional de aquella iniciativa, se acordó asignar al Ministerio Público la función de dirigir la investigación con carácter *exclusivo*:

La función de investigar es privativa del Ministerio Público, que la ejerce impartiendo órdenes directas a la policía, lo que es otro corolario de su autonomía [...].

Se dejó constancia que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entreguen al Ministerio Público, en razón de su función investigadora, no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de inocencia: *No es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso*<sup>16</sup>.

Hallase aquí una *cuestión cardinal*; pues solo su recta comprensión, en el marco de la jerarquía y autonomía constitucionales aludidas, como se verá más adelante, permite reflexionar adecuadamente en torno del tema propuesto para esta conferencia.

---

15 Diario de Sesiones del Senado (anexo de documentos), correspondiente a la novena sesión, celebrada el 19 de noviembre de 1996, p. 1054. Resaltado nuestro.

16 Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 1997, p. 4568. Resaltado nuestro.

### 3. Justificación

No es difícil encontrar la razón o fundamento del nuevo proceso penal, en cuanto a configurarlo sobre la base de separar la función de dirigir la investigación, asignada al Ministerio Público, de la misión constitucional de conocer las causas criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado. Basta para ello, por una parte, recordar lo que señalaba el presidente de la república cuando, a fines de 1894, proponía al Congreso Nacional el proyecto de ley que se transformaría en el antiguo Código de Procedimiento Penal:

*Tres sistemas diversos se presentaban desde luego para servir de base al nuevo procedimiento que se intentaba establecer. El primero era el del juicio por jurados [...] que es considerado como el más perfecto de los que se conocen. El segundo, llamado juicio oral, fue aceptado por varios países como un medio de transición del antiguo sistema inquisitivo con jueces de derecho, al juzgamiento por jurados [...] El tercer sistema, que es el de la prueba, está en uso en aquellos países que por razón de sus costumbres, de la poca densidad de su población o de la escasez de sus recursos, no han podido adoptar algunos de los primeros.*

*El juicio público oral [...] conserva del antiguo procedimiento el fallo por jueces de derechos, y la sentencia, motivada; pero como el juicio por jurados, se practican en presencia del tribunal todas las diligencias probatorias y se concede a los jueces cierta latitud para apreciarlas, confiando en último término la resolución de las cuestiones de hecho a su conciencia ilustrada. En uno y otro sistema se encarga la instrucción del sumario a un juez especial, cuya misión termina una vez que la investigación está agotada; no puede, por consiguiente, intervenir en el juicio propiamente dicho ni en la sentencia.*

*Tampoco ha sido posible dotar al país, de este segundo sistema de enjuiciamiento criminal, porque [...] el personal de jueces debería ser muy numeroso [...] La sola enunciación de estas condiciones basta para convencer de la imposibilidad de plantear este sistema en un país nuevo, de territorio tan dilatado y en que los medios de transporte son generalmente costosos y difíciles. Esto, aparte del ingente gasto que demandarían el crecido número de jueces, el costo de sus viajes y las indemnizaciones a los peritos y testigos.*

Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. *En Chile* parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto [...]

*Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles. Pero para adoptar en Chile*

*una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento [...]*

*Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en un solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario [...]. Mientras llega el día en que sea posible plantear en el país un sistema de enjuiciamiento más perfecto [...]*<sup>17</sup>.

Por otra parte, sin embargo, se lee en el mensaje con que se inició la tramitación del CPP que:

*[...] los principios básicos que deben regir el enjuiciamiento criminal en nuestro sistema jurídico. Se trata de la especificación de contenidos de la Constitución Política de la República y de Tratados Internacionales [...].*

*El eje del procedimiento proyectado está constituido por la garantía del juicio previo, es decir, el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial [...]. Como elemento integrante de esta garantía [...] el sistema oral, a partir de la constatación de que [...] es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones [...].*

*[...] pasando del sistema de la lectura de expedientes a uno en que la percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice de forma directa, en el juicio.*

*Pero además de constituir una garantía, el juicio público [...] constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos [...] de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico [...].*

---

<sup>17</sup> Mensaje del Código de Procedimiento Penal, enviado por el presidente de la república, don Jorge Montt, al Congreso Nacional, el 31 de diciembre de 1894. Resaltado nuestro.

En el mismo sentido [...] permitir una adecuada *socialización del trabajo del sistema judicial* y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido [...] resaltar la figura del juez como actor del sistema institucional.

También [...] un *importante efecto preventivo general* [...] permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables [...] reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico. También [...] directamente vinculado con la exigencia del juicio previo el principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria [...] como consecuencia directa de este principio surge la necesidad de *rediseñar el régimen de medidas cautelares* aplicables a quienes se encuentran en calidad de imputados [...].

[...] este rediseño [...] se basa en la afirmación de la excepcionalidad de las mismas y *en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento*. En cuanto a lo primero [...] quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado *no debe sufrir en principio ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales* [...].

No obstante, a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento [...] *se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas* que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura [...], para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio. Excepcionalmente, se autoriza a otras autoridades de la persecución penal para anticipar la adopción de alguna de estas medidas pero siempre sujeta su decisión al control posterior del juez.

Además, es necesario establecer *un conjunto de controles específicos* respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, buscando *racionalizar y limitar al máximo* su utilización [...] se ha diseñado un sistema de control judicial [...] por medio de audiencias orales, con presencia del imputado y su defensor [...] pueden ser provocadas cada dos meses por el imputado o su defensor y deben convocarse de oficio por el juez cada cuatro meses.

Con el mismo objetivo, se disponen *límites a la utilización de la prisión preventiva* [...] *un criterio de proporcionalidad* en relación con la pena posible [...] se han ampliado las situaciones en que la privación de libertad debe ser excluida como medida cautelar, en especial en aquellos casos en que se pueda esperar la aplicación de alguna de las medidas alternativas contempladas en la ley 18.216 [...], si el legislador ha previsto la posibilidad de que un condenado cumpla su condena en un régimen de libertad asistida [...], representa un contrasentido el que aún antes de emitirse tal condena, es decir, en una etapa en la cual

es presuntamente inocente, deba permanecer privado de libertad. También se ha fijado un *límite máximo a su duración* [...] deberá cesar siempre que se cumpla la mitad del tiempo de privación de libertad.

Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de este se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento [...] Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la *aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos* relevantes en cuanto a la regularización del procedimiento penal [...]. En este sentido, se trata de *resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley*. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas. (Resaltado nuestro).

En consecuencia, lo que he denominado «la cabal comprensión de la naturaleza jurídica del Ministerio Público», en cuanto órgano de jerarquía máxima y dotado de autonomía constitucional, no constituye, primordialmente, una cuestión de orden estructural, competencial u orgánico; sino que es uno de los *fundamentos* que asegura, por una parte, el respeto de los derechos esenciales de quienes intervienen en el proceso penal, especialmente de la víctima, del imputado y de los testigos; y de otra, ordena, para el respeto de la seguridad jurídica, las potestades públicas, las facultades de los particulares y el desenvolvimiento de todos en el marco del proceso criminal.

Resultan, en otras palabras, tan en extremo *sensibles* y *frágiles* los derechos de las personas involucradas en un proceso de aquella naturaleza que la Constitución, en coherencia con los tratados internacionales, no puede menos que ser rigurosa, hasta el límite, en la asignación y ejercicio de potestades que, siempre y sin excepción, afectan y menoscaban los derechos humanos, como consta de la historia fidedigna del nuevo código:

El Senado creyó pertinente establecer en esta norma (el artículo 3 del CPP) *la entidad pública a cargo de dirigir la investigación penal*, para lo cual acordó señalar que *esta le corresponde al Ministerio Público en forma exclusiva, en los términos del artículo 80A de la Constitución*.

De este modo, *se obvian las eventuales dudas que podría suscitar el hecho de asegurar que una persona solo puede ser objeto de investigación penal en los casos y bajo las circunstancias previstas en la Constitución y en las leyes*, pese a que ello

se infiere de la propia Carta Fundamental, de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y de este Código<sup>18</sup>.

Si cualquiera pudiera investigar y, aún antes, adoptar decisiones indagatorias, entonces, ¿cualquiera podría llevar a cabo conductas limitativas de derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, del secreto bancario o industrial, de las actividades sexuales, mercantiles, profesionales o académicas? Si todo órgano estatal vinculado con el proceso penal y, por su decisión, cualquier persona puede realizar indagaciones, entonces, ¿en qué queda la seguridad jurídica, el respeto de los derechos y garantías y, en fin, la *vigencia* del estado constitucional y democrático de derecho?

#### 4. Principio de objetividad

Cuanto viene siendo expuesto, va aclarando la posición que efectivamente tiene y debe reconocérsele al Ministerio Público en nuestro sistema institucional, quedando confirmado algo que ya se había adelantado: que este órgano constitucional no es solo un *interviniente* en el proceso penal, aunque también lo es, sino que cumple una misión de la más alta jerarquía en el régimen político chileno.

Ahora bien, en el cumplimiento de esa labor suprema y para ser coherente con cuanto se ha explicado, el Ministerio Público no puede obrar solo como el encargado de *perseguir* al imputado, sino que debe hacerlo en términos equitativos; vale decir, dirigiendo la investigación con igual celo, tanto para determinar la participación punible cuanto para esclarecer la inocencia del imputado.

Precisamente y en cumplimiento del *rol garantístico* que justifica al nuevo proceso penal, derivado de obligaciones asumidas por nuestro país en tratados internacionales que ha suscrito, se ha consagrado, también a nivel constitucional, el *principio de objetividad*, en virtud del cual el Ministerio Público debe dirigir la investigación de manera que ella se oriente en el doble sentido aludido, hasta que se presente la acusación, en la cual, conforme al literal d del artículo 259 del CPP, se señale con precisión la participación que se atribuye al imputado en el hecho punible:

De acuerdo con el principio de objetividad, *consagrado tanto en la Constitución como en la ley* [...].

[...] los fiscales están obligados no solo a indagar aquellos hechos relacionados con su propia estrategia de investigación, a partir de los antecedentes disponibles, sino también aquellos invocados por el imputado o su defensa para excluir, eximir o mitigar su responsabilidad penal (cfr. artículo 93c). *En el proceso penal*

18 Pfeffer Urquiaga, 2001, p. 19. Resaltado nuestro.

*chileno el Ministerio Público no es una 'parte' preocupada únicamente de acumular pruebas de cargo en contra del imputado, sino que tiene como criterio de actuación preponderante velar por la correcta aplicación de la ley penal<sup>19</sup>.*

Por ello y respetando lo dispuesto en la Constitución, tanto en lo relativo a la exclusividad de la investigación como en relación con el principio de objetividad, el artículo 3 del CPP, bajo el epígrafe «exclusividad de la investigación penal», reitera ambos principios y, complementándolo, su artículo 77, relativo a las facultades del Ministerio Público, expresa que: «*Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público*» (resaltado nuestro).

En nexo directo con lo anterior, el artículo 3 de la ley 19.640 (orgánica constitucional del Ministerio Público<sup>20</sup>) explica que: «*En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen*» (resaltado nuestro).

Por ello, el principio de objetividad, contenido en el artículo 80A de la Constitución, constituye la *regla fundamental* conforme a la cual debe obrar el Ministerio Público en su tarea de dirigir las investigaciones:

En virtud de este principio, y en relación con la garantía de defensa del imputado, se podría exigir a lo menos tres cosas: en primer lugar, el *Ministerio Público debería estudiar durante su investigación, todas aquellas hipótesis de hecho que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad penal* del imputado, siempre y cuando se trate de hipótesis serias argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas.

En segundo lugar, este principio debiera imponer un deber de lealtad hacia la defensa, en el sentido que *el Ministerio Público no deberá ocultar antecedentes* arrojados por la investigación, así como tampoco *demorarse en mostrar sus cartas* para los efectos que la defensa pueda prepararse adecuadamente.

En tercer y último lugar, *el Ministerio Público debe actuar de buena fe* durante todo el desarrollo del proceso, de manera que se cumpla con el mandato constitucional de desarrollar una investigación y un procedimiento racionales

---

19 Horwitz Lennon & López Masle, 2002, p. 453. Resaltado nuestro.

20 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de octubre de 1999.

y justos [...]. *No obstante el Ministerio Público detentar la potestad exclusiva de la investigación, en virtud de este criterio objetivo, deberá acceder a la práctica de diligencias propuestas por la defensa* a fin de lograr un esclarecimiento de los hechos de la investigación, solo en la medida que sean conducentes y útiles para lograr tal establecimiento.

En este sentido, la Fiscalía Nacional en su instructivo 12, a propósito de la solicitud de diligencias por parte del imputado, ha dicho que la ponderación acerca de si acepta o no la solicitud del imputado para la práctica de la diligencia, «debe hacerse no solo desde el punto de vista desfavorable al imputado, sino que también desde el punto de vista que lo favorezca, conforme al principio de objetividad que se establece en el artículo 80A de la Constitución y en numerosas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal»<sup>21</sup>.

En consecuencia, el Ministerio Público es el único órgano constitucionalmente habilitado para dirigir la investigación, sin que puedan otros intervinientes en el proceso penal ejecutar labores en ese sentido, en desconocimiento de la jerarquía y autonomía de dicho ministerio, el cual debe actuar, en la ejecución de esta tarea, conforme al *principio de objetividad*.

### 5. Limitaciones

Delineada en los términos expuestos, la función constitucional del Ministerio Público, en orden a dirigir, en forma exclusiva las investigaciones; sin embargo, no es —ni podría ser—, conforme al inciso 2 del artículo 7 de la Constitución, una potestad absoluta o de extensión ilimitada.

En efecto, ya se comprende que aquella potestad se refiere nada más que a las indagaciones que tienen por objeto la *averiguación de los hechos* constitutivos de delito, así como de la participación de los responsables en su ejecución, sin que pueda abarcar y tampoco impedir que otros entes, públicos o privados, desarrollen también sus propias investigaciones en ámbitos, asuntos o materias distintas.

Surgen aquí las que se han denominado «investigaciones paralelas»; esto es, las indagaciones realizadas por una entidad distinta del Ministerio Público que persiguen determinar un delito o la participación punible de una persona en él o que buscan acreditar la inocencia del imputado.

Desde luego, aquella especie de investigaciones vulnera la exclusividad constitucionalmente conferida al Ministerio Público y, lo que es más grave, *impide* que el juez de garantía pueda cautelar cabalmente los derechos del imputado y de terceros eventualmente afectados por esas averiguaciones, confirmándose, de esta

---

21 Camps Séller, 2003, pp. 60-62. Resaltado nuestro.

manera, por qué se ha atribuido su dirección nada más que al Ministerio Público, constituyéndose así en *garantía* dentro del nuevo proceso penal.

Sin embargo, no cabe incluir en aquella hipótesis, inconstitucionalmente, *otras* investigaciones que se desenvuelven, *sin efecto jurídico vinculante* en materia penal, aun cuando pueden suscitarse, en principio, dudas al respecto, como he tenido oportunidad de prevenir:

En este sentido, sin embargo, cabe tener presente que la investigación, que queda reservada al Ministerio Público, es nada más que aquella que se vincula con los hechos constitutivos de delito y para hacer efectiva la responsabilidad penal, por lo que la exclusividad *no obsta a que otros órganos estatales y aún los particulares puedan llevar a cabo indagaciones acerca de cuestiones diversas*, es decir, que no tengan por finalidad la averiguación y determinación de hechos constitutivos de delito, como ocurre, por ejemplo, con las Ramas del Congreso Nacional en el desenvolvimiento de la acusación constitucional; o cuando se trata de *hechos que dan origen a responsabilidades diversas*, v. gr., de carácter administrativo, donde *la investigación puede ser llevada a cabo, en conformidad a la ley, por distintos órganos, cada uno en la esfera de su competencia*.

Sin embargo, no resulta aventurado imaginar que esta disposición originará conflictos de competencia, pues no será extraño, por ejemplo, que órganos fiscalizadores de la Administración, como las Superintendencias o la Contraloría General de la República se encuentren desarrollando una investigación, inicialmente radicada en sus respectivos ámbitos de competencia, pero que aparezca, en su secuela, la posibilidad de un delito, lo cual fuerza a sostener su abstención inmediata a favor del Ministerio Público. Asimismo, quedarán más en evidencia lo violatorias de derechos fundamentales que son algunas metodologías empleadas por entes fiscalizadores cuando llevan a cabo sus procedimientos utilizando elementos que solo pueden emplearse por quien indaga criminalmente, como el interrogatorio de ejecutivos o la incautación de documentos. En este contexto, los órganos fiscalizadores de la Administración deberán dar cabal cumplimiento a los principios y normas contenidas en la ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo<sup>22</sup>.

En otras palabras, reservar la dirección de la investigación penal al Ministerio Público no excluye las indagaciones que otros órganos del Estado o los particulares, como los medios de comunicación social, lleven a cabo en ejercicio de las potestades legales que se hayan conferido a los primeros o en el desenvolvimiento

---

22 Fernández González, 2003. Resaltado nuestro.

del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de los segundos, aunque ciertamente unos y otros deben obrar con respeto de la Carta Fundamental:

*El derecho fundamental a la libertad de información no puede restringirse solamente a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, el derecho incluye también la investigación de la causación de hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probalística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible causación, tal como lo ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Barthold [...].*

En el caso de los profesionales de la información (periodistas, reporteros), el derecho de informarse no consiste únicamente en no tener impedimentos para obtener información, sino que constituye un derecho positivo consistente en *tener acceso a las fuentes* de información para luego informar al público [...].

El derecho a informarse obliga a los Estados y sus órganos y organismos a *no realizar actos y conductas u omisiones destinadas a evitar o limitar la libre recepción* de la información de carácter público, de relevancia pública o destinada al público, como, asimismo, el *deber de promover* las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio, eliminando los obstáculos o trabas factuales, jurídicas o conductuales que afecten o entorpezcan a través de limitaciones, controles o formalidades desproporcionadas o irrazonables a la recepción de la información.

Un tercer aspecto que *es necesario distinguir*, es aquel que se refiere a la *búsqueda de informaciones referentes a hechos, actos o comportamientos relacionados con personas o instituciones privadas* que evitan mostrarlos al público, en tal caso estamos ante el ámbito de una investigación *de facto que no tiene protección como derecho constitucional*, en el mejor de los casos estaremos ante una actividad lícita. Sin embargo, esta licitud desaparece y la investigación se convierte en antijurídica e ilegítima si lo buscado es información respecto del ámbito reservado a la vida privada o a la intimidad de la persona, lo que se encuentra protegido constitucionalmente por el artículo 19.4 de la Constitución, como asimismo, por la Ley 19.628 de 1999 sobre protección de la vida privada y la utilización de datos sensibles o integrantes de la intimidad de las personas<sup>23</sup>.

En consecuencia, no cabe argumentar, en contra de la recta aplicación del artículo 80A de la Constitución, sobre la base que, con la interpretación aquí explicada, se impide la labor que despliegan los medios de comunicación social, pues las indagaciones que estos realizan no constituyen investigaciones paralelas; ya que, si llegaran a adquirir ese carácter, serían claramente inconstitucionales. Sostener lo

---

23 Nogueira Alcalá, 2002, pp. 27-28 y 35-36. Resaltado nuestro.

contrario puede ser apreciado, hoy en día, con cualidad benévola; pues aumenta el ejercicio de la libertad de expresión y favorece el control que corresponde a los medios de comunicación del ejercicio de las funciones públicas, situándose en una hipótesis políticamente correcta. Lo contrario, más controversial y ciertamente más difícil de configurar adecuadamente, es sostener que el ejercicio de aquella libertad no es absoluto y que reconoce limitaciones, sean ellas constitucionales —como el respeto y promoción, preventivo, de los derechos fundamentales<sup>24</sup>— o de carácter ético.

Con todo y en relación con lo primero —los límites constitucionales y de frente precisamente al periodismo de investigación—, la Corte Suprema ha resuelto que:

[...] en términos sucintos, *a la primera etapa de acopio de antecedentes o pesquisa encargada a un periodista o reportero*, sigue la de su realización o redacción donde se da forma a su contenido; para terminar posteriormente con su publicación a decidirse por los responsables del medio o su Director y la definición de su texto final. Entonces, *la sola indagación o pretensión de entrevista que se enmarca en la primera fase señalada*, sin más antecedentes que los entregados en el recurso, *no permite atribuir algún carácter real a la publicación* del reportaje a que aquella se oriente, ni menos suponer que irrogará amenaza alguna de lesión o daño a terceros en los términos que se anuncian. Y solo esto bastaría para desestimar el recurso<sup>25</sup>.

Sin embargo, cuando la indagación ya fue realizada por el medio de comunicación social y se prevé, con certeza y precisión, el daño que provocará difundirla, la misma Alta Magistratura ha señalado:

Que apreciados en conciencia los antecedentes precedentemente mencionados, tal como lo faculta el auto acordado de la Corte Suprema sobre el recurso de protección, cabe concluir que la amenaza inminente de exhibir la entrevista al procesado [...] por parte de Televisión Nacional de Chile en el programa *Mea Culpa*, constituye una intimación ilegal, que afecta, los derechos constitucionales antes señalados en perjuicio de la recurrente, grupo familiar y propio procesado y afecta además, como se señaló, al *derecho a la presunción de inocencia* que asiste a este, *puesto que incide en un proceso criminal que se encuentra en estado de sumario, no decidido por la justicia*, debiendo, en consecuencia, resolverse que,

---

24 Fernández González, 2001, pp. 383-400.

25 Considerando 4 de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 3 de noviembre de 1998, reproducido en Cea Egaña, 2004, p. 367. Resaltado nuestro.

en el caso de autos, concurren las exigencias de artículo 20 de la Constitución para que la recurrente pueda ejercer la protección invocada<sup>26</sup>.

En fin y comprendiéndose que este asunto *complejo y casuístico* no se resuelve nunca en términos definitivos, dable es reconocer que su adecuada solución no se encuentra en el derecho positivo ni definitivamente en estrados judiciales; sino en el *desenvolvimiento riguroso* de la labor que despliegan los medios de comunicación social, «[...] porque el ejercicio del derecho de expresión [como dice Emilio Filippi] está *limitado por la discreción* que dice lo que debe y calla lo que debe callar [...]. Como cualquier derecho está limitado por el derecho ajeno, por el bien común y por circunstancias que indican la oportunidad, la prudencia y el buen juicio»<sup>27</sup>.

En consecuencia, las indagaciones realizadas por los medios de comunicación social, siempre con pleno respeto de los derechos fundamentales, consistentes en la búsqueda de informaciones, no tienen por finalidad *investigar*, en los términos del artículo 80 de la Constitución —es decir, determinar la participación punible o acreditar la inocencia del imputado—; sino, obtener informaciones veraces en asuntos de interés general y no sujetos a *reserva*, para transmitir las al público, y tampoco tienen fuerza jurídica vinculante para el Ministerio Público o los tribunales establecidos por la ley. En cambio, una investigación paralela no persigue aquel objetivo informativo; sino que, precisamente, tiene como propósito alguna de aquellas finalidades que el artículo 80A de la Constitución reserva al Ministerio Público, sin que exista el adecuado control preventivo, como ya se ha dicho, de que se ejecuten conforme a la Constitución y a las leyes, pretendiendo dirigir la decisión judicial.

Por esto, el artículo 70 del CPP, en armonía con lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 80A de la Constitución, en relación con el principio básico contemplado en el artículo 9 de aquel cuerpo legal, confiere al juez de garantía la obligación de velar porque la investigación del Ministerio Público se lleve a cabo con apego a la Carta Fundamental, particularmente en lo que se refiere al respeto de los derechos asegurados en la Constitución. De manera que, si otro órgano estatal sin competencia para ello, o cualquier particular, realizan indagaciones por sí mismos sin requerirlas al Ministerio Público, a través del procedimiento legal que se verá enseguida, pueden verse afectados derechos de las personas, como la privacidad o la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, sin que dichas decisiones sean susceptibles de ser controladas por el juez, quedando exentas

---

26 Considerando 5 de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Copiapó el 19 de octubre de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 26 de noviembre del mismo año, reproducido en Cea Egaña, 2004, pp. 365-366. Resaltado nuestro.

27 Filippi Murato, 1991, pp. 94 y 132. Resaltado nuestro.

de control preventivo, lo cual resulta inconsistente con el estado constitucional y democrático de derecho.

### III. ADECUADO EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA

Visto ahora cuanto viene siendo explicado, es decir, la decisión constitucional de haber radicado la exclusividad para dirigir la investigación en el Ministerio Público y el deber de este en orden a obrar conforme al principio de objetividad, desde el ángulo de la defensa, se corrobora el diseño dispuesto por el Poder Constituyente.

#### A. Confirmación en el Código

Efectivamente, el artículo 8 del CPP, que contiene otro de los *principios básicos* del nuevo código, se ocupa precisamente de determinar el ámbito de la defensa, señalando que «el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra», añadiendo que: «*El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este*» (resaltado nuestro).

En coherencia con lo anterior, el artículo 104 del mismo código aplica lo expuesto al defensor, quien «*podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal*» (resaltado nuestro).

Por ello y no podía ser de otra manera, el artículo 93 del CPP cierra definitivamente el asunto al señalar, entre los derechos y garantías del imputado, que está facultado para: «c) *Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen*» (resaltado nuestro).

No se olvide, en este punto específico, que durante la tramitación del proyecto de CPP en el Senado, confirmando que la única vía a través de la cual la defensa puede requerir la realización de diligencias de investigación es solicitándolo al Ministerio Público: «[...] se rechazó la indicación del H. Senador señor Fernández, de carácter supresivo, pues esta letra se relaciona con la facultad del juez para disponer la realización de *diligencias solicitadas oportunamente al Ministerio Público* y rechazadas por este [...]»<sup>28</sup>.

Por ende, *no corresponde* a la defensa, sea esta ejercida por el imputado personalmente, por la Defensoría Penal Pública o por abogados particulares,

---

28 Pfeffer Urquiaga, 2001, p. 117. Resaltado nuestro.

durante la etapa de investigación, la ejecución de actividades tendientes a investigar ni comisionar su ejecución a terceros, tales como investigadores privados o expolicías; pues se trata de una función estatal reservada exclusivamente, por la Carta Fundamental, al Ministerio Público, en razón de la autonomía de que goza, la cual debe ser ejercida conforme al principio de objetividad.

## B. Ley de la Defensoría Penal Pública

A la misma conclusión se arriba al revisar la ley 19.718<sup>29</sup>, la cual *no contiene* disposición alguna que autorice a la Defensoría Penal Pública para realizar, por sí o por terceros, directa o indirectamente, salvo requiriéndolo al Ministerio Público en los términos ya expuestos, labores de investigación:

Por múltiples razones, largamente expuestas y discutidas en la dogmática procesal, que no corresponde reproducir, se confía en el proyecto al Ministerio Público, en forma exclusiva, la tarea de dirigir la investigación de los delitos [...]. Así, se configura un efectivo régimen acusatorio, caracterizado, no solo por la separación absoluta de los órganos encargados de las funciones de acusar y sentenciar, sino por la exigencia de una acusación previa, para que tenga lugar el proceso [...]<sup>30</sup>.

En este contexto, el artículo 2 de aquella ley señala que la finalidad de la defensoría es «proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas cortes, en su caso, y que carezcan de abogado» y *no se incluye*, entre las atribuciones que se confieren al defensor nacional (en su artículo 7) o a los defensores regionales (en su artículo 20), la de investigar o disponer actos de investigación.

Por ende, si la defensoría abraza en sentido contrario, se estaría atribuyendo potestades que no le han sido conferidas expresamente por la Constitución ni por la ley; con lo cual hacerlo es vulnerar lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 7 de la Carta Fundamental. Por ello, los actos así ejecutados adolecen de nulidad de derecho público, de acuerdo al inciso 3 de aquel artículo, base de la institucionalidad.

Ciertamente que podrá discreparse, por algunos, de este diseño; pero corresponde al que ha definido el Poder Constituyente y que ha seguido el legislador en el conjunto de cuerpos legales vinculados con el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal:

---

29 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 10 de marzo de 2001 y sus reformas.

30 Tavolari Oliveros, 2000, p. 571. Resaltado nuestro.

En el mismo sentido, Cristián Riego, autor del Informe Comparativo de la primera versión de ese estudio, advierte que en todos los casos se observa que el trabajo de los defensores no se extiende más allá de la presencia de un defensor en las actuaciones principales del procedimiento. «Salvo excepciones muy limitadas en cuanto a su cobertura», puntualiza Riego, «*los sistemas de defensa pública no cuentan con la posibilidad de realizar investigaciones paralelas*» [...] <sup>31</sup>.

Concretamente, cuando la Defensoría Penal Pública realiza actuaciones de investigación, directamente o por medio de terceros, como encargar informes a investigadores privados o expolicías durante la etapa de investigación, está ejecutando un acto que le ha sido expresamente atribuido por la Carta Fundamental o la ley a otro órgano del Estado, creado y situado, con cualidad de autónomo, en la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico interno, como es el Ministerio Público, sin que una actuación inconstitucional de aquella naturaleza pueda quedar cautelada por el secreto profesional del abogado defensor y, más aún, adoleciendo de nulidad de derecho público.

### **C. Relación con el derecho a defensa**

Necesario resulta ocuparse, aunque sea brevemente, de este derecho fundamental, pues puede argumentarse, por los defensores, que su ejercicio cabal exige la realización de actividades de investigación ajenas o paralelas y, aun, en desconocimiento de las que lleva a cabo el Ministerio Público.

#### ***1. Norma constitucional***

El derecho a la defensa, como es bien sabido, se encuentra asegurado a todas las personas en el artículo 19 (N.º 3), inciso 2 de la Constitución, y consiste en «la posibilidad de *sostener argumentalmente las respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular* en apoyo de las suyas» <sup>32</sup>.

Analizando lo asegurado a todas las personas en el artículo referido, se desprende que:

- El *derecho a defensa jurídica* hace realidad el amparo o protección de los derechos subjetivos <sup>33</sup>, sea que esa defensa se efectúe personalmente por el titular del derecho o por medio de un abogado.

---

<sup>31</sup> Santelices Ariztía, 2004, p. 15.

<sup>32</sup> Picó y Junoy, 1997, p. 102. Resaltado nuestro.

<sup>33</sup> Real Academia Española, 2002, p. 474.

- El derecho en análisis no puede ser *impedido*, *restringido* o siquiera perturbado; es decir, el ejercicio de la defensa jurídica no puede ser imposibilitado, reducido o molestado, pues debe realizarse sin más exigencias que el cumplimiento a la forma dispuesta por la ley, puesto que no existen los derechos absolutos.
- Por ello, en el ejercicio de la defensa, el letrado debe ceñirse al acatamiento de los deberes propios de su actividad; con lo cual, el carácter debido de la defensa jurídica exige del letrado el respeto de las normas de derecho positivo que regulen sus obligaciones, pero también de los deberes que van más allá de las formalidades impuestas por la ley, los cuales integran su esfera de ética profesional.
- Finalmente, el derecho a la defensa debe ejercerse en la forma que señala la ley<sup>34</sup>.

De singular relevancia se vuelven estas ideas, particularmente en el ejercicio del derecho a la defensa *en conformidad a la ley*, respecto de lo cual consta en las actas de la Comisión de Estudio que:

El señor Ovalle [...] cree que, de todas maneras, se subentiende que la expresión debida implica que el legislador será quien regulará la participación del abogado en el proceso.

El señor Silva Bascuñán deja constancia que es el autor de la indicación para agregar la palabra debida en este inciso y que la entiende en el sentido indicado por el señor Ovalle y que nunca le ha cabido duda de ninguna especie<sup>35</sup>.

De manera que la Constitución encomienda al legislador *complementar y regular* el ejercicio del derecho a defensa:

*Esa defensa jurídica se reconoce, pero en la forma que señale la ley.* Se remite la disposición constitucional, por ende, a las normas que establezca el legislador, trazando una reserva legal fuerte. Tales normas se encuentran en el Código de Procedimiento Civil y Código Procesal Penal, especialmente<sup>36</sup>.

Efectivamente, el Poder Constituyente ha dispuesto que sea el legislador el encargado de *regular* el ejercicio del derecho a defensa, sin que haya impuesto un ejercicio único y rígido para todos los procedimientos dispuestos por la ley:

---

34 *Ibíd.*, p. 695. Ver la ley 18.120 sobre comparecencia en juicio, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 18 de mayo de 1982 y sus reformas.

35 Ver las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 112a (pp. 9-10).

36 Cea Egaña, 2004, p. 144. Resaltado nuestro.

Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la *fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa*. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar solo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como «con arreglo a la ley», «de acuerdo con las leyes», «con sujeción a la ley», «de acuerdo a lo que determine la ley» o «en conformidad a la ley», v. gr., en los artículos 10, N.º 4; 24, inciso segundo; 32, N.º 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor<sup>37</sup>.

En suma, el ejercicio del derecho a la defensa, asegurado a todas las personas en el artículo 19 (N.º 3), inciso 2, de la Constitución, debe realizarse por el *letrado* en la forma dispuesta por la ley, sin que exista una regla de actuación predeterminada para todos los procedimientos; sino que, permitiéndole al legislador obrar con *libertad*, pero dentro de lo preceptuado por la Carta Fundamental y sin que, en su regulación, pueda afectar la esencia del derecho a la defensa o impedir su libre ejercicio.

## *2. Regulación en materia penal*

Llevado el ejercicio del derecho a la defensa a la sede penal, el Código Procesal del ramo se ocupa de ello, dando cumplimiento al mandato constitucional, a propósito de los derechos y garantías del imputado, en sus artículos 102 a 107. Hállese aquí la forma dispuesta por el legislador para ejercer el derecho a la defensa en el proceso criminal.

Más concretamente, el derecho a la defensa, en lo relativo a los elementos que sirven para acreditar la *inocencia* del imputado, se ejerce en forma distinta según la etapa del proceso penal en que se lleve a cabo; ya que la manera de su ejercicio depende de si el asunto se encuentra en fase de *investigación* o ya sometido al juicio oral, rigiéndose en la primera etapa referida conforme a la disposición constitucional que ha reservado la investigación al Ministerio Público y al ya explicado principio de objetividad<sup>38</sup>.

Así, mientras en la etapa de investigación el derecho a la defensa se ejerce en los términos del literal c del artículo 93 del código, o sea, y respetando la exclusividad

---

37 Considerando 26 de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 26 de abril de 1997, Rol 254.

38 Núñez Vásquez, 2001, pp. 201-202.

del Ministerio Público para dirigir la investigación, solicitándole a los fiscales que practiquen las diligencias respectivas; ya situados en el juicio oral, el artículo 314 se encarga de aclarar que «el Ministerio Público y los *demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza* y solicitar que estos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito»:

*A diferencia del sistema procesal inquisitivo, en el sistema que ahora abordamos, el imputado tiene la calidad de sujeto dentro del proceso, reconociéndole la garantía de la defensa en términos amplios. La amplitud de dicho reconocimiento en cada etapa del procedimiento (investigación y juicio oral) varía según el ordenamiento.*

*En la etapa de investigación, la garantía en estudio podrá verse razonablemente limitada en muchas ocasiones, con el objeto de no entorpecer la eficacia de la investigación del hecho punible, lo que se compensa entre otras cosas, y como acabamos de sostener, con la circunstancia que la prueba que debe servir de base a la sentencia, es aquella que se practica durante el desarrollo del juicio oral, sin que entonces, las fuentes de prueba reunidas durante la etapa de investigación tengan valor en la medida que no se incorporen en el juicio oral, momento en que la garantía de defensa adquiere plena vigencia, permitiéndole al acusado, rebatir la acusación y las pruebas aportadas en su contra<sup>39</sup>.*

En consecuencia, resulta del todo diferente la actividad que puede desplegar, con sujeción a la Constitución y a la ley, la defensa en una y otra etapa del proceso; lo cual aparece consistente con la diversa naturaleza de aquellas etapas. Respecto de la primera, no hay duda que se trata de:

[...] una fase meramente preparatoria, es decir, cuyo único sentido es el de permitir a los órganos que tienen a su cargo la persecución penal preparar adecuadamente su presentación en el juicio, así como tomar las decisiones que determinarán el curso posterior del caso, en especial aquellas relativas a su continuación o terminación anticipada

[...] *el nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio*, todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, solo tienen un valor informativo [...] pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral [...].

Esta característica representa una diferencia substancial con el actual sumario criminal. En este, según hemos visto, los datos recopilados por el juez del

---

39 Camps Séller, 2003, p. 26. Resaltado nuestro.

crimen constituyen pruebas y pueden ser valorados sin ningún problema en la dictación de la sentencia definitiva

[...] completamente desformalizada [...] si lo que se acumula durante esta fase no tiene valor probatorio alguno mientras no sea presentado en el juicio oral, no deben existir consecuencialmente reglas rígidas para proceder a esta acumulación de información

[...] *la desformalización de la investigación significa que todas estas actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial que actúa de acuerdo a una cierta ritualidad prevista en la ley y pasan a ser efectuadas por órganos de carácter administrativo, como es el Ministerio Público y las policías [...]*<sup>40</sup>.

A mayor abundamiento, si la defensa obrara con iniciativa para acreditar la inocencia del imputado y no para desvirtuar lo probado por el Ministerio Público, estaría precisamente *lesionando* el principio de presunción de inocencia, contemplada en el artículo 4 del CPP, que nos ha explicado el profesor Humberto Nogueira:

Por lo mismo, en el proceso penal, el primer movimiento incumbe a la acusación y, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación.

Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargo<sup>41</sup>.

Por ende, el derecho a la defensa tiene por finalidad sostener los argumentos propios y rebatir los de la contraria, debiendo incluirse en aquel derecho la capacidad para acreditar las alegaciones o desvirtuar las que formule la contraparte, en la oportunidad procesal correspondiente y conforme a la regulación que, al efecto, haya dispuesto la ley.

Así, cuando la defensa del imputado practica por sí misma o encomendando a terceros, sin solicitarlo y en desconocimiento del Ministerio Público y del juez de garantía, actos reservados a quien dirige la investigación, vulnera el derecho de defensa y no puede escudarse en este para desarrollar un acto inconstitucional e ilegal. Más aún, si se aduce el secreto o la confidencialidad para amparar aquella conducta, pues en este caso no solo se lesionan las atribuciones constitucionales del Ministerio Público, sino también las de los tribunales, vulnerándose el artículo 73 de la Carta Fundamental que les encomienda, también en forma exclusiva,

---

40 Duce & Riego, 2002, pp. 116 -117. Resaltado nuestro.

41 Martínez Ríos, 2003, pp. 106-107.

el conocimiento de las causas criminales para poder resolverlas y hacer ejecutar lo así juzgado, poniéndose en riesgo, en fin, los derechos que ella asegura a todas las personas.

#### **D. Procedimiento para requerir diligencias**

Finalmente y recapitulando, el imputado o su defensor pueden, durante la etapa de investigación, solicitar la práctica de diligencias conforme al derecho que le confiere el literal c del artículo 93 del código y, para hacerlo, el artículo 183 del CPP dispone cómo se lleva a efecto el requerimiento planteado al Ministerio Público.

Frente a dicha solicitud, el fiscal puede ordenar que se lleven a efecto las diligencias, siempre que las estime conducentes; o puede negarse, ante lo cual el imputado tiene la facultad de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.

Cabe aquí advertir, desde luego, que la fórmula adoptada por el legislador para resolver el conflicto es consistente con la autonomía constitucional del Ministerio Público y da cuenta cabal de su jerarquía máxima, no pudiendo ser calificado, aunque también lo es, de un interviniente más en el proceso penal.

Por último, debe tenerse presente que, explicando el sentido y alcance del artículo 183, el fiscal nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que emana de la autonomía constitucional del Ministerio Público, ha dictado, en el año 2000, el instructivo general 12.

En consecuencia, surge nítido que, si bien la formulación original de la función investigativa estuvo por permitir a todos los intervinientes en el proceso penal que indagaran, se terminó reservando dicha función al Ministerio Público, ya que este órgano no solo interviene en el proceso penal, sino que lo hace en su carácter de órgano constitucional y autónomo; lo cual es confirmado, sin excepciones, por la legislación complementaria. De ello se colige que, si otro órgano estatal desarrolla labores de investigación penal, sus actuaciones adolecerán de nulidad de derecho público, conforme a lo preceptuado en el artículo 7 de la Constitución.

Termino esta exposición reiterando mis felicitaciones a los organizadores de este seminario, agradeciendo al fiscal nacional y a sus magníficos colaboradores y colaboradoras e instando porque estas actividades en las que, en el fondo, se estrechan lazos entre el Estado y la sociedad civil, se sigan llevando a cabo.