



Oficio Reservado SG N° 54/2017

Valparaíso, 6 de septiembre de 2017.

La Fiscalía de Alta Complejidad, correspondiente a la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, del Ministerio Público, en el contexto de una investigación ya iniciada (causa RUC 1600843257-4), y para comprobar las presuntas irregularidades en que se habría incurrido, en materia de asesorías parlamentarias de un señor Senador, ha decidido, y así lo ha informado a la opinión pública, requerir una serie de documentos relativos a las asesorías que habrían recibido los demás integrantes de esta Corporación.

Para justificar esta solicitud, el Fiscal Regional Metropolitana Oriente, señor Manuel Guerra, ha indicado que se hace "por transparencia e igual trato a todos los sectores políticos".

De conformidad a este antecedente, los fiscales señores Carlos Gajardo y Pablo Norambuena han dirigido al Senado los Oficios números 655 y 656, ambos de 5 de septiembre de 2017, en que solicitan copia de los contratos de asesoría, de los informes y de los reportes presentados con motivo de los servicios prestados respecto de los contratos de asesoría que han sido contratados por el Honorable Senado, en el período que va desde el año 2011 hasta el 31 de agosto de 2017.

Como Us. fácilmente comprenderá, la base argumentativa sobre la cual la Fiscalía fundamenta el requerimiento, indiciariamente desliza la posibilidad de la existencia de otros ilícitos, sin que exista base alguna para ello, lo que, junto a la manera en que se solicita, en especial a su difusión pública, termina por causar un grave daño a la imagen de esta Corporación. La solicitud, amparada en el argumento de la transparencia y la igualdad de trato, da a entender que todos los Senadores podrían haber participado en conductas similares a la investigada. Este proceder crea un manto de sospecha sobre la actividad de los parlamentarios, que atenta seriamente contra el principio de no culpabilidad.

Si bien el Ministerio Público puede poner en ejecución todas las diligencias que estime pertinentes, las mismas deben ejecutarse al amparo de la legalidad vigente y en el contexto de nuestro Estado de Derecho, siempre cautelando la dignidad de las personas, pues éste es el espíritu de nuestra Constitución. La actividad estatal, y en especial la del Ministerio Público, en tanto titular –como persecutor– del *ius puniendi*, se entiende legítima sólo si aquella se ejerce respetando el principio de legalidad (art. 6° y 7° de nuestra Constitución Política de la República) y los



derechos fundamentales de todas las personas, que expresan el sustrato básico e inalterable de la convivencia en un Estado Constitucional de Derecho. Por lo mismo se ha afirmado, con razón, que desde la creación del mismo, se declaran una serie de derechos y garantías –y, desde luego, la presunción de inocencia es un pilar de ello- que intentan proteger a los individuos miembros de una comunidad determinada, contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado.

Como lo recalca la propia Constitución Política y la Ley Orgánica que rige el actuar del Ministerio Público, la función de persecución debe realizarse con estricto apego al principio de legalidad y objetividad, que por cierto no se limita únicamente a investigar con igual celo y preocupación aquello que puede beneficiar como perjudicar a quien es objeto de la investigación, sino que –y desde una perspectiva institucional- a descartar cualquier idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política –no contenida en la ley- como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión.

En este marco es fundamental que la actuación de la fiscalía se ajuste al principio de objetividad y de responsabilidad, de manera de no difundir apreciaciones subjetivas que pueden afectar la honra de las personas. Pero sobre todo, su actuación queda limitada por el principio de legalidad en todos sus alcances. Entre ellos, y para lo que acá más interesa, debe ser comprendido como una regla de persecución penal solo de hechos desvalorados penalmente, que generan hipótesis de acción penal pública.

Dicho de otra manera, el rol central del Ministerio Público, conforme aparece en nuestra norma fundante, en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código adjetivo del ramo, es la de investigar si existen antecedentes serios y plausibles para imputar penalmente a una persona por la comisión de un hecho determinado. Se trata de un principio del cuál emanan innumerables reglas, desde luego aquellas que obligan a la persecución penal de todos los delitos –salvo los supuestos de discrecionalidad reglada que nuestra ley permite- pero, lo que es también importante, es que el rol del Ministerio Público sólo se legitima cuando investiga un hecho constitutivo de delito. Por ende, la actuación del Ministerio Público queda deslegitimada cuando –como en el caso concreto- hace uso de su poder de manera abusiva, investigando a ciegas e indeterminadamente.

Luego, resulta evidente la relación estrecha entre el principio de legalidad y la imputación –con un mínimo de certeza- de un hecho a un sujeto, en términos de poder reprocharle a éste el no cumplimiento de una determinada norma de conducta reforzada penalmente. El principio de legalidad, en este sentido, cumple también un fin limitador –esencial en este caso- de impedir que el persecutor pueda investigar

vagamente, sin ninguna base de plausibilidad, aleatoriamente, por el solo hecho de ejercer el poder penal.

Lo anterior se correlaciona con lo dispuesto en el artículo 180 del Código procesal penal que, en lo pertinente, prescribe que *"Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1º de este Título, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores"*. No es baladí que el legislador haya hecho siempre referencia al hecho investigado para determinar las facultades y atribuciones de los fiscales en la investigación, ello porque en un Estado de Derecho se entiende que los mismos ejercen la persecución sobre la base de un *fumus bonis iuris* (imputación de un hecho a una persona) y no sobre la base de meras especulaciones sin mínima base indiciaria, o sea, sobre una mera discrecionalidad. Siendo esto uno de los elementos fundamentales de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal.

A mayor abundamiento, y siempre en la misma línea, no es menor recordar que el propio artículo 181 del Código Procesal Penal dispone que, *"[p]ara los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo"*. El artículo recién citado, es fiel reflejo de lo ya expuesto, en el sentido de que para legitimar la actuación del Ministerio Público es preciso que siempre tengas noticias acerca de la comisión de un hecho que revista caracteres de delito. Ninguna investigación autoriza a los fiscales a extenderla a otros hechos meramente eventuales o hipotéticos, respecto de los cuales no exista siquiera una *notitia criminis* suficiente, conforme a las normas ya citadas. Todo ello expresa gráficamente como, en el caso concreto, se ha infringido, de manera fragante, el principio de legalidad dispuesto por nuestro constituyente, en tanto ningún órgano del Estado puede actuar más allá del marco legal que le confiere sus atribuciones.

Lo anterior es del todo pertinente para la ocasión, pues parece absolutamente desproporcionado y abusivo que, luego de determinarse una situación concreta que pudiera merecer algún reproche – aún tan preliminarmente, en el sentido de que es todavía apresurado saber si ella constituye delito y a quién imputárselo- se decida solicitar los informes y reportes presentados con motivo de los servicios prestados respecto de los

contratos de asesoría que han sido contratados por el Honorable Senado, en un periodo que excede un lustro. Si lo que se pretende con esta medida es identificar posibles nuevos ilícitos – que con la información existente, son solo elucubraciones- se estaría sobrepasando todos los límites de lo constitucionalmente aceptable en el ejercicio del uso del *ius puniendi*. Una medida de esa envergadura jamás pasaría un mínimo de rigurosidad en los tres subprincipios que determinan el principio de proporcionalidad, cuales son, la regla de adecuación o idoneidad, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto.

Desde luego no se trata de ocultar información ni de pretender dificultar una investigación de carácter penal, sino únicamente de llamar la atención sobre una medida absolutamente desproporcionada, que excede ampliamente las facultades y potestades de quien ejerce la persecución penal, que se aleja completamente de la investigación de un hecho –preciso y determinado- que surge de la denuncia en referencia, y que más bien pretenden dar notoriedad y relevancia pública a quien así la ordena. Por lo demás, resulta llamativo que el Ministerio Público sustente una investigación en un cuestionamiento aparente al uso inadecuado de los recursos públicos, para lo cual recurre a una investigación genérica, respecto de la totalidad de los parlamentarios, sobre circunstancias que están lejos de permitir presumir la existencia de un delito, por un periodo extenso de tiempo, toda vez que esto en sí mismo, constituye un uso ineficiente e imprudente de los recursos que administra la fiscalía y sus organismos auxiliares.

La paradoja relativa al uso inadecuado de los recursos públicos, queda en evidencia si uno pensara en un supuesto similar pero circunscrito al Ministerio Público. Piénsese, por ejemplo, que en un reporte de prensa surgiera la denuncia respecto de la supuesta comisión de un delito, en el ejercicio de sus funciones, por parte de un fiscal adjunto, por ejemplo, por obstrucción a la investigación. ¿Es que acaso eso permitiría que se iniciara una investigación respecto de todos los fiscales, de todos los asistentes de fiscales y de funcionarios del Ministerio Público que participan de la actividad de persecución? ¿Sería prudente requerir de todos ellos sus distintas carpetas de investigación penal? En ese caso, nadie negaría el carácter desproporcionado de esa medida y la absoluta falta de prudencia en el uso de los recursos. Desde luego, nadie dudaría que se trataría de un acto injusto para el universo de fiscales y una intolerable lesión a su presunción de inocencia. Esto es lo que demuestra la necesidad del respeto por las instituciones del Estado.

Este acto, además de desproporcionado, afecta también el principio de responsabilidad, puesto que en el cumplimiento de sus funciones el ente persecutor debe siempre respetar la dignidad y la honra de todas las personas, garantía de la que no están excluidos los Senadores.



Desde luego, lo que uno observa, y no puede sino advertir a US., es que una institución como el Ministerio Público, y los fiscales que son en buena parte quienes la representan, deben ejercer el poder que la Constitución Política de la República y la ley les ha otorgado con cierto grado de autocontrol y responsabilidad. Entendemos perfectamente que nuestro sistema procesal penal descansa sobre la idea de frenos y contrapesos institucionales, en controles que ejercen la defensa y la propia judicatura cautelar, pero ello no es óbice a que también se deba exigir del Ministerio Público sistemas de frenos y contrapesos internos que impidan un ejercicio abusivo de sus facultades.

Finalmente, no es necesario dedicar una extensa argumentación a la justificación "mediática" del oficio, en aras de una supuesta transparencia e igualdad de trato. Desde luego, porque no es el rol constitucional del Ministerio Público determinar ni hacer exigible, más allá de la ley, la transparencia de otros poderes del Estado, ni tampoco tiene facultades para ello. Por lo demás, el Ministerio Público ejerce sus potestades, en el ámbito de lo que sí le está permitido por la ley, en un contexto ya no de transparencia sino que, en cambio, de reserva respecto de terceros. Ese es el espíritu del artículo 182 del Código Procesal Penal, que en su inciso primero dice expresamente que *"[l]as actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento"*. No se condice que un órgano que está llamado a ejercer sus funciones con reserva, reclame la transparencia como fundamento de sus medidas salvo, claro está, que luego aquel no cumpla con su mandato legal de no publicidad.

Algo similar se puede decir respecto de la supuesta "igualdad de trato", ello por dos razones, no es función ni tiene atribuciones legales el Ministerio Público para determinar igualdades de trato en el contexto de investigaciones penales, más allá de aquellas que impliquen la afectación del debido proceso, pero por sobre todo, el hecho que se considere adecuado aplicar una medida a la investigación de un hecho determinado no justifica su extensión respecto de otras personas, que ninguna relación tienen con el suceso. Es más, la alegada desproporción a la que se hace referencia arriba, justamente da cuenta de una situación que se opone diametralmente a la igualdad de trato.

Por todo lo anterior, solicito a US., adoptar todas las medidas que sean necesarias para rectificar las actuaciones de la Fiscalía de Alta Complejidad, de manera de no dañar la presunción de no culpabilidad de que gozan los integrantes de esta Corporación y evitar abusos en el ejercicio de sus funciones.



En razón de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente, el Senado no puede acceder a lo solicitado en las condiciones requeridas; no obstante está plenamente disponible para entregar la información pública que se requiera, en la forma prescrita en la Constitución y la ley.

Dios guarde a US.

ANDRÉS ZALDÍVAR LARRAÍN
Presidente del Senado

MARIO LABBÉ ARANEDA
Secretario General del Senado

AL SEÑOR
JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO
SANTIAGO