Boletín N° 10.465-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción del Honorable Senador señor Navarro, que establece la autonomía constitucional de la Fiscalía Nacional Económica.

1. Qué es una autonomía constitucional

Como se ha señalado, el Estado de Derecho requiere de división de poderes, es decir, evitar un monarca, que en definitiva es un sólo órgano que detenta todos los poderes del Estado, todas sus funciones: judicial, administrativa o ejecutiva y legislativa.

Estas tres funciones, una vez separadas, sirven de contrapeso mutuo (checks and balance), y evitan la concentración del poder y las tiranías. Si bien el Presidente es Jefe de Estado, la división de poderes evita que pueda intervenir indebidamente en los otros poderes del Estado. Así, el Presidente co-legisla, pero no legisla. En este sentido, por ejemplo, tampoco no puede conocer, juzgar ni ejecutar lo juzgado, ni revivir procesos fenecidos.

No obstante, existen otros órganos que la necesidad ha determinado que requieran de autonomía. Se habla de órganos constitucionalmente autónomos a aquellos que gozan de la más amplia independencia para actuar. No es una mera autonomía legal, como la de los órganos descentralizados. Es constitucional pues va mucho más allá, son casi un poder del Estado más.

Como señala el profesor de Derecho Administrativo Luis Cordero: “La Constitución Política de 1980 estableció una nueva categoría de órganos públicos, y en consecuencia un nuevo sistema de organización administrativa: las autonomías. Este “status” se les aplicó a los órganos de rango constitucional que ella misma creó con esas características, como una categoría diametralmente distinta a los organismos descentralizados. Estos servicios autónomos están al margen de los vínculos jurídicos administrativos, pues escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles.”[1].

La autonomía constitucional, siguiendo al profesor Cordero, es el poder que entrega la Constitución misma a los “organismos que presentan especiales caracteres de

independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones”[2].

2. Para qué sirve la autonomía constitucional

La autonomía constitucional sirve para evitar el control desmedido del Jefe de Estado (Presidente de la República) sobre algunos órganos cuya independencia debe ser reconocida de la manera más amplia a fin de evitar intervenciones odiosas o influencias en su funcionamiento.

Como señala el profesor de Derecho Constitucional Francisco Zúñiga Urbina, “el reconocimiento constitucional de los órganos dotados de autonomía los sitúa en el mismo nivel que los demás órganos estatales creados directamente por el Poder Constituyente, lo cual impide homologarlo a los entes públicos originados a nivel 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 organismo, la que resulta decisiva para que desempeñar sus funciones constitucionales y, de esta manera, contribuir a la consecución del bien común”[3].

Como señaló el Tribunal Constitucional respecto de las Municipalidades como órganos constitucionalmente autónomos:

“5° Que, si bien es cierto que la Constitución en su artículo 107 no dice expresamente que las Municipalidades son entes autónomos, su autonomía se infiere del propio texto constitucional, al establecer que las Municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que sus atribuciones las derivan directamente de su ley orgánica constitucional. De acuerdo con la disposición mencionada es clara la autonomía constitucional de estos órganos, pues se trata de entes personificados que ha creado el Estado en el propio texto constitucional y cuyas atribuciones no las reciben del Poder Central, sino que de la ley orgánica constitucional ”[4].

Es la razón de la autonomía de Contraloría, sin la cual el ejecutivo mal podría ser fiscalizado por ella, si el Contralor no gozara de la más amplia independencia para revisar las cuentas de los órganos del poder ejecutivo y las municipalidades

Lo mismo ocurre con el Ministerio Público, que de acuerdo al Profesor de Derecho Constitucional José Luis Cea, "va emergiendo así una institución que debe gozar de amplia libertad en el desempeño de sus funciones constitucionales y legales, sin perjuicio, por supuesto, de los frenos y contrapesos que han de operar sobre ella (…)"[5].

Ahora, esta autonomía constitucional no significa anarquía. De acuerdo al profesor Eduardo Cordero Quinzacara, Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Valparaíso. "La Contraloría General de la República ha sostenido que los órganos autónomos forman parte de la Administración del Estado, encontrándose sometidos al ordenamiento jurídico, así como a las normas generales y especiales que las rigen. Además, **la autonomía supone la ausencia de una relación de jerarquía con el Presidente de la República, pero necesariamente deben existir mecanismos de coordinación para garantizar la unidad de acción, así como la eficiencia y la eficacia en la gestión**."[6]

3. Qué órganos son autónomos constitucionalmente

Los órganos constitucionalmente autónomos de acuerdo a nuestra Constitución son: el Consejo Nacional de Televisión, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central; el Tribunal Constitucional, las Municipalidades, y el Servicio Electoral. Veamos algunos ejemplos:

a) Contraloría General de la República:

La Constitución Política de la República establece en su Capítulo X:

Artículo 98.- **Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República** ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la

contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo".

Luego de especificarse las facultades de la Contraloría General de la República, el inciso final del artículo 99, dispone:

"En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional".

b) El Ministerio Público

La Constitución, en su Capítulo VII dispone:

Artículo 83.- "**Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público,** dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos

[1] LA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL. Luis Cordero Vega. Disponible en: < https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAAahUKEwilkfna-IjJAhWBhpAKHZFpDGU&url=https%3A%2F%2Fwww.u-cursos.cl%2Fderecho%2F2008%2F1%2FD123A0525%2F2%2Fmaterial_docente%2Fbajar%3Fid_material%3D163241&usg=AFQjCNHghHuYLcPX_qa8mjnKdQ5SajHZxA>

[2] Ibid.

[3] Francisco Zúñiga Urbina. AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES E INSTITUCIONES CONTRAMAYORITARIAS (A PROPÓSITO DE LAS APORÍAS DE LA "DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL"). Revista Ius et Praxis, 13 (2), 2007. Disponible en: < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200010&script=sci_arttext#16>

[4] Ver sentencia de 1989. Rol 80-89. Fecha Ingreso 30-08-1989. Sala Pleno. Relator Jaime Silva Mac Iver. Caratulado: Requerimiento formulado por la Junta de Gobierno en virtud del artículo 82 Nº 2 de la Constitución Política, respecto del proyecto de ley que establece normas para resolver las cuestiones de competencia entre autoridades administrativas. : "http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=26585"

[5] José Luis Cea Egaña. FISONOMIA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO DE CHILE. En: Revista de Derecho, Nº Especial, agosto 1999, pp. 60-66. Disponible en: < http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501999000100008&script=sci_arttext>

[6] Eduardo Cordero Quinzacara. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE Y EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214_Eduardo_Cordero>

constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

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

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen".

Artículo 84.- "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público, señalará las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento y las causales de remoción de los fiscales adjuntos, en lo no contemplado en la Constitución. Las personas que sean designadas fiscales no podrán tener impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los fiscales regionales y adjuntos cesarán en su cargo al cumplir 75 años de edad.

La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo.

Artículo 85.- El Fiscal Nacional será designado por el Presidente de la República, a propuesta en quina de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento.
El Fiscal Nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; durará ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente.
Será aplicable al Fiscal Nacional lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 80 en lo relativo al tope de edad".

Artículo 89.- El Fiscal Nacional y los fiscales regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.
La remoción de los fiscales regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional.

c) Servicio Electoral:

Recientemente, se ha establecido la autonomía constitucional del Servicio Electoral. Así, la Constitución en su Capítulo IX, dispone:

Artículo 94 bis.- “**Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Servicio Electoral**, ejercerá la administración, supervigilancia y fiscalización de los procesos electorales y plebiscitarios; del cumplimiento de las normas sobre transparencia, límite y control del gasto electoral; de las normas sobre los partidos políticos, y las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional.

La dirección superior del Servicio Electoral corresponderá a un Consejo Directivo, el que ejercerá de forma exclusiva las atribuciones que le encomienden la Constitución y las leyes. Dicho Consejo estará integrado por cinco consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Los Consejeros durarán diez años en sus cargos, no podrán ser designados para un nuevo período y se renovarán por parcialidades cada dos años.

Los Consejeros solo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República o de un tercio de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, por infracción grave a la Constitución o a las leyes, incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en Pleno, especialmente convocado al efecto, y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

La organización y atribuciones del Servicio Electoral serán establecidas por una ley orgánica constitucional. Su forma de desconcentración, las plantas, remuneraciones y estatuto del personal serán establecidos por una ley”.

Es decir, la Constitución sustrae a estos organismos de la personalidad jurídica común del Fisco, pues tiene personalidad jurídica propia, instituye un patrimonio propio, declara su autonomía, establece sus facultades, la forma de nombrar a las autoridades de los mismos, y lo demás lo deja a la respectiva ley orgánica

4. Cuál es el actual régimen de la Fiscalía Nacional Económica

La actual autonomía de la Fiscalía Nacional económica es meramente legal, no es constitucional. Por ende, es dependiente del poder ejecutivo.

Tal como señala el TITULO III, del DL 211, Ley de Defensa de la Libre Competencia, en su artículo 33º:

“La Fiscalía Nacional Económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La Fiscalía Nacional Económica tendrá su sede en Santiago. Estará a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico, que será nombrado por el Presidente de la República mediante el proceso de selección de altos directivos públicos previstos en el párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882. Durará cuatro años en su cargo, pudiendo renovarse su nombramiento por una sola vez.

El Fiscal Nacional Económico cesará en sus funciones por las siguientes causales:

a) Término del período legal de su designación.

b) Renuncia voluntaria aceptada por el Presidente de la República.

c) Destitución por negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

d) Incapacidad.

La remoción por las causales señaladas en las letras c) y d) será dispuesta por el Presidente de la República, con el informe favorable de la Corte Suprema, a requerimiento del Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción. El informe favorable deberá ser emitido por el pleno de la Corte, especialmente convocado al efecto, y deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

Al Fiscal Nacional Económico le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio.

Sin perjuicio de los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública, el Fiscal deberá acreditar título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio”.

Llama la atención, que el órgano persecutor de la colusión y otras conductas reñidas con la libre competencia:

1. Es autónomo legalmente, pero supervigilado por el Presidente de la República vía el Ministro de Economía.

2. Es elegido por el Presidente vía Alta Dirección pública, que es el mismo mecanismo que elige a los directores de las escuelas municipales.
3. Es removido por decisión presidencial, con mero informe de la Corte Suprema.

5. Por qué debe la FNE debe ser constitucionalmente autónoma.

Creemos que este modelo institucional no es sano, y por el contrario, es débil, pues la autoridad de turno se puede ver tentada a influenciar o presionar al Fiscal, para que investigue o no, para que aplique determinadas acciones de investigación u omita otras.

La independencia del Fiscal Nacional Económico debe ser tan fuerte como la del Fiscal del Ministerio Público.

La única manera de que el Fiscal resista determinadas influencias de otros poderes del Estado (Ejecutivo, Congreso Nacional o aún el Poder Judicial), es que el Fiscal Nacional Económico goce de la más amplia independencia, la que sólo puede otorgarle la misma Constitución.

Por tanto, venimos en presentar el siguiente:

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo único.- Modifícase la Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto supremo Nº100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de la siguiente manera:

a) Insértase el siguiente nuevo artículo 91 bis, bajo el Título VIII, “FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, modificándose el orden de los siguientes Títulos de acuerdo a la correlación numérica:

"Artículo 91 bis.- Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Fiscalía Nacional Económica, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de infracciones a la ley de defensa de la

libre competencia. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales. Sin perjuicio de lo anterior, no tendrá jamás el monopolio de la acción judicial para perseguir tales ilícitos, de acuerdo a la ley.

La Fiscalía Nacional Económica podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven a los investigados o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de autorización judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

Artículo 91 ter.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización, atribuciones y responsabilidad de la Fiscalía Nacional Económica en el ejercicio de sus funciones.

En caso de que los ilícitos investigados constituyan a su vez delitos penales, la ley orgánica determinará la coordinación con que la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público deban ejecutar sus respectivas investigaciones.

Artículo 91 quater.- El Fiscal Nacional será designado y podrá ser removido mediante los mismos procedimientos que se aplican al Fiscal Nacional del Ministerio Público.

El Fiscal Nacional deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio; durará ocho años en el ejercicio de sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente.

Será aplicable al Fiscal Nacional lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 80 en lo relativo al tope de edad.

b) Agrégase la siguiente disposición vigésimo octava transitoria:

Respecto a las normas del Título VIII, el actual Fiscal Nacional Económico durará en su cargo hasta completar su periodo, pudiéndosele remover sólo por las causales que determina la ley vigente al momento de su mandato.