

ANÁLISIS DE LA (IN)EFICACIA DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA ETAPA PRELIMINAR DEL PROCESO PENAL CHILENO*

MANUEL RODRÍGUEZ VEGA**

OCTAVIO PINO REYES***

RESUMEN: En este artículo se constata que la regulación nacional no contempla, respecto de la etapa preliminar de investigación del procedimiento penal, adecuados controles procesales sobre el ejercicio de la acción penal que debe impulsar el Ministerio Público por imperativo legal, lo que deja como resultado, múltiples, extendidos e importantes espacios para la discrecionalidad en su ejercicio, invirtiéndose con ello el modelo original de la codificación procesal, al desplazar, en el campo forense, la discrecionalidad a la obligatoriedad como regla en la persecución criminal.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad - principio de obligatoriedad - investigación - salidas alternativas - proceso penal.

ANALYSIS OF THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE OBLIGATORY PRINCIPLE IN THE EXERCISE OF A CRIMINAL ACTION IN THE PRELIMINARY STAGE OF CHILEAN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT: This article addresses the lack of suitable procedural mechanisms to monitor the mandatory exercise of penal actions on behalf of the Prosecutor General Offices at the preliminary investigation stage of criminal proceedings. The aforementioned circumstance results in multiple important voids in our legislation that are left to the Prosecutor's discretion to resolve, thus replacing the obligatory nature of the proceed-

* Fecha de recepción: 4 de mayo de 2014.

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

** Doctor en derecho, Universidad de Chile (CHILE); Magíster en Derecho, Universidad de Talca (CHILE); Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, P. Universidad Católica de Chile (CHILE); profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Católica Silva Henríquez (CHILE); correo electrónico: mrodriguez@ucsh.cl.

*** Magíster en derecho penal, Universidad de Chile (CHILE); Postítulo en Derechos Humanos, Universidad de Chile (CHILE); Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional Andrés Bello (CHILE); profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Católica Silva Henríquez (CHILE); correo electrónico: opino@ppj.cl

ings and therefore reversing to the original procedural model in criminal prosecution.

KEY WORDS: Discretion - principle of obligation - research - alternative outlets - criminal proceedings.

Sumario: introducción; 1) archivo provisional; (1.1.) control administrativo y jurisdiccional a requerimiento del ofendido sobre el archivo provisional; (1.2.) reapertura de oficio de la investigación por el Ministerio Público; 2) decisión de no iniciar investigación; (2.1.) control jurisdiccional sobre la decisión de no iniciar investigación: necesidad de aprobación judicial; (2.2.) control jurisdiccional a requerimiento del ofendido; 3) formalización de la investigación; (3.1.) discrecionalidad de la formalización de la investigación y control jurisdiccional; (3.2.) la discrecionalidad ejercida al no formalizar la investigación como un impedimento para el ejercicio de la acción penal de la víctima; (3.3.) soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia; (3.4.) toma de posición: la formalización no es una conditio sine qua non para el forzamiento de la acusación; 4) suspensión condicional del procedimiento; (4.1.) control jurisdiccional sobre los presupuestos procesales de procedencia; (4.2.) control del ofendido; 5) acuerdos reparatorios; (5.1.) control jurisdiccional de presupuestos procesales; 6) principio de oportunidad; (6.1.) control jurisdiccional de presupuestos procesales; 7) conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad, desde un punto de vista negativo, nos señala que ningún criterio de oportunidad –político-utilitario, estratégico, pragmático, económico, o temporal– autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la comisión de un hecho punible.¹ A este principio, por su mayor precisión conceptual y neutralidad

^{**} Magíster en derecho penal, Universidad de Chile (2012); Postítulo en Derechos Humanos, Universidad de Chile (2007); Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional Andrés Bello (1995); profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Católica Silva Henríquez; correo electrónico: opino@ppj.cl

¹ V. MAIER, Julio (1989) *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, T. I, vol. B, p. 548. ROXIN, Claus (2000) *Derecho Procesal Penal*. Traducción de G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 89, por una parte, lo define como el deber de realizar las investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra, de formular la acusación, cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente; mientras MONTERO, Juan, et al (2013) *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, p. 29, estima que una vez iniciado el proceso penal, este ha de tender a llegar a su fin normal de la sentencia, no pudiendo acabarse por actos discrecionales de nadie, sin que el proceso penal pueda ser revocado, suspendido, modifica-

terminológica, nos referimos como obligatoriedad de la acción penal², sin desconocer que parte importante de la doctrina europeo-continental y nacional, suele denominarlo indistintamente como principio de legalidad o de legalidad procesal. Por similares motivos, también optaremos en general por hablar de discrecionalidad para aludir al principio antagónico al de obligatoriedad de la acción penal, en desmedro del término oportunidad, pese a que esta denominación ha adquirido carta de naturaleza en nuestro medio jurídico³.

En el sistema de justicia penal chileno, este principio se consagra, de forma no absoluta, en el art. 166, inc. 2º, del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), al disponer que “cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

Así, mediante la última oración de la norma citada, nuestro legislador saca de los hombros del Ministerio Público (en adelante MP) la titánica tarea de *fiat iustitia et pereat mundus*, dotándolo de herramientas legales para descargarse de investigaciones que resultaren inconducentes, o que recayeren en ilícitos sobre los cuales no hay un interés público en su persecución, lo que será determinado en principio por el MP, con o sin aprobación judicial, y con o sin acuerdo de la víctima, según el caso. De esa manera, las primeras, entre las que se encuadra el archivo provisional y la decisión de no iniciar investigación, serán manifestación de discrecionalidad técnica o interpretativa, la que presupone una operación de valoración de hechos e interpretación de normas en virtud de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es

do o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición legal, lo que no supone que el proceso tenga que acabar siempre con sentencia, sino solo que en su desarrollo y terminación debe aplicarse la legalidad estricta.

² Siguiendo con ello a Díez-PICAZO, Luis María (2000) *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona: Ariel, p. 13. v.t. CONDE-PUMPIDO, Cándido (1989) “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”. En: AAVV: *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 290-291.

³ DE LA OLIVA, Andrés, et al. (1999) *Derecho Procesal Penal*. 4ª ed. Madrid: Ed. Centro de Estudios Areces S.A., pp. 20-21, reseña que “con frecuencia se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad. Así entendido, engloba y significa tantas y tan diversas cosas, que, en realidad, no significa nada claro y seguro”. Acostumbra, por ejemplo, engarzarse el estudio del principio de oportunidad a la delincuencia bagatelaria o de nimiedad, por todos, ARMENTA, Teresa (1991) *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, p. 23; OTERO, Miguel (2005) “El Principio de oportunidad y salidas alternativas”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, p. 298; TRILLO, José (2008) *El fiscal en el nuevo proceso penal*. Granada: Comares, pp. 201 y 220; y MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl (2010) *Derecho Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing, T. I, p. 575.

el modo más adecuado de hacerlo⁴, mientras las segundas, entre las que se halla el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional del procedimiento, y el principio de oportunidad del art. 170 del CPP, corresponden a discrecionalidad política o de oportunidad, consistente en la posibilidad de ejercer la acción penal según criterios extrajurídicos, implicando por tanto un juicio de pura conveniencia en virtud del cual se decide si el ejercicio de la acción penal es apropiado con respecto a ciertos objetivos políticos⁵.

Ahora, la promoción de la persecución penal mediante las indagaciones preliminares, estará sometida a las exigencias de racionalidad y justicia propias del procedimiento judicial, conforme se determinó por el constituyente con la reforma al art. 19 N° 3 inc. 5° (actual inc. 6°) de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) –mediante Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997–, la cual buscó sujetar las pesquisas de la Fiscalía también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento jurisdiccional⁶.

Luego, en cuanto a los deberes del MP en la iniciación de la persecución criminal y, en particular, en la dirección de la investigación penal que consagra el art. 83 de nuestra Ley Suprema, el Tribunal Constitucional nacional ha sentenciado que esa actividad “*lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado ‘dirigirá’ y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental. Lo anterior significa que el MP, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir*”

⁴ Díez-PICAZO (2000) 15. Sobre el punto, v.t. GÓMEZ, Emilio; HERCE, Vicente (1987) *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, pp. 97-98; y, BETTI, Emilio (1971) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Trad. de 2ª ed. por J.L. de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 143 y ss., respecto a lo que este llama discrecionalidad de carácter supletorio o complementario

⁵ Díez-PICAZO (2000) 15 y 27. Equivale a lo que BETTI (1971) 143 y ss., denomina discrecionalidad administrativa o pura.

⁶ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile (en adelante, Comisión del Senado). Según se dejó constancia en el mismo documento, la indicación también se justificó, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el MP; como explica AGUILAR (2004) 11, la racionalidad y justicia de la investigación es un requisito de la legalidad del juzgamiento; PIEDRABUENA, Guillermo (2000) *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Fallos del Mes, p. 64, añade que si una ley da facultades amplias al Fiscal y este las ejerce en forma contraria a la razón y a la justicia y si al hacerlo conculca alguna de las garantías constitucionales, la jurisdicción ordinaria tiene facultad para restablecer el imperio del derecho, sea a través de los recursos de protección o de amparo u otra vía jurisdiccional; v.t. MEDINA/MORALES/DORN (2007) 244, quienes, pese a la exclusividad y discrecionalidad de la investigación dirigida por el MP, niegan que pueda ejercerse de manera arbitraria. Nuestra Corte Suprema, en SCS, ROL N° 2.693-2005, de 03.08.2005 por su parte, ha señalado que la investigación que inicie el Fiscal después de haber tomado conocimiento de un hecho ilícito, debe informarse “*por criterios de transparencia, objetividad y profesionalismo*”.

*en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal*⁷. En la misma dirección, se ha precisado que las atribuciones que la ley confiere al MP en la dirección de la investigación, implican que este “se hace responsable de que la investigación sea realizada y de sus resultados. (---) en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de que esta sea llevada adelante o se realice”⁸.

Sobre esta obligación estatal de investigar, interesante resulta reproducir parte del fallo del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual, pese a aludir a la investigación de un particular tipo de crímenes como derivación de obligaciones internacionales asumidas con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo este Convenio derecho nacional en virtud del art. 5º, inc. 2º, de nuestra Constitución, no pueden pasarse por alto las claras directrices que entrega ese dictamen sobre la naturaleza y exigencias que debe cumplir el Estado –en nuestro caso, a través del MP– en su deber de investigar. Al respecto señala: “*En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, re-*

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 de agosto de 2008, ROL N° 815-07 (cons. 26º).

⁸ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian (2009) *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 136; BURGOS, Juan (2012) *Modelo y propuestas para el proceso penal español*. Sevilla: ePraxis, p. 55, señala que una instrucción seria, objetiva y rigurosa es requisito imprescindible para alcanzar los fines del proceso penal; en SCA de Arica, ROL N° 137-2012, de 04.06.2012 se ha declarado que: “(---) si bien el Ministerio Público tiene como prerrogativa exclusiva, dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, tal como lo consignan los artículos 83 de la Constitución Política, 3º del Código Procesal Penal y 1º de la Ley 19.640, dicho cometido debe llevarse a cabo en la forma prevista por la Constitución y las leyes y una vez que se produce el completo y eficaz agotamiento de la investigación, a cargo en forma exclusiva del Ministerio Público, el Fiscal de aquella, está en condiciones de tomar alguna de las tres alternativas que contempla el artículo 248 del citado Código Procesal Penal (---)”.

sultarian, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”⁹.

Vistas las características que se reconocen a la promoción de la persecución penal por parte del Estado, a través del MP, debemos volver a nuestra regulación positiva, para hacer notar que la redacción del art. 166 del CPP antes reproducido, tiene la ventaja de despejar interpretaciones como las promovidas en el sistema francés, en el cual, al disponer el art. 40.1 de su Código Procesal Penal que “*el Ministerio Público recibe las denuncias y quejas y aprecia el procedimiento a darles*”, se ha entendido que ese “procedimiento a dar” podría no ser la apertura de la instrucción y la iniciación de un proceso penal, de lo cual incluso algunos autores han deducido la consagración del principio de oportunidad¹⁰. A una conclusión semejante se ha pretendido arribar por algunos estudiosos españoles¹¹, al proponer que, al prescribir el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que “*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes*”, tampoco la ley es tan absoluta en la imperatividad de la acusación, pues en el juicio de aquella procedencia se estimará no solo si se dan o no en el caso concreto todos los elementos fácticos que integrarían el tipo penal o los indicios que permiten señalar a una persona concreta como responsable de tal delito, sino también la valoración de los elementos que la ley señala para hacer uso de una suspensión condicionada de la acusación o una abstención de la misma.

Aunque como ya hemos referido, los términos usados por el citado art. 166 debieran en teoría excluir una introducción general de la discrecionalidad en las decisiones de iniciar, impulsar, y concluir las investigaciones de los delitos conocidos (más allá de la excepción contenida en “los casos previstos en la ley”, ya señalados), lo cierto es que la práctica del sistema demuestra que el modo en que se ejerce la acción penal por el MP podría de todas formas poner en duda una investigación con visos de éxito para enfrentar un juicio oral¹². Así es como han sido bien

⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29.07.1988, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (cons. 177º). La doctrina sentada en este caso ha sido reiterada en el caso Godínez Cruz vs. Honduras de 20.01.1989 (cons. 187º y 188º), y en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras de 15.03.1989 (cons. 152º). Un examen crítico de esta jurisprudencia en SILVA, José María (2008) “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”. *Revista Universidad Externado de Colombia*. Vol. 29, N° 86-87, 2008, pp. 159 y ss.

¹⁰ Así DELMAS-MARTY, Mireille (2000) *Procesos Penales de Europa*. Trad. P. Morenilla A. Zaragoza: Edijus, p. 328.

¹¹ Por ejemplo, v. CONDE-PUMPIDO (1989) 302-303. GIMENO (1999) 132.

¹² Comparte esta apreciación MERA (2004) 245. En contravención formal al precepto comentado arriba, autores como PEREIRA, Hugo (2009) “Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones”. En: NOGUEIRA, H. (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santiago: Librotecnia, p. 432, sostienen que “*la investigación a cargo del Ministerio Público*

tratados por diversos autores¹³ los corolarios que para una investigación –y consiguiente acusación– conlleva dejar transcurrir largo tiempo desde la denuncia, o recoger las pruebas mucho después del hecho, así como la incontrolable elección que se hace indispensable tomar por el MP entre sus múltiples investigaciones, para dar impulso a unas por sobre otras más allá del mero criterio cronológico¹⁴. Así, se ha manifestado que mucho de lo que pasa en el juicio habrá sido determinado en un grado importante y casi siempre de un modo irreversible en la etapa previa al juicio, por la investigación de la policía, la persecución, el examen previo al juicio y algunas veces también la defensa¹⁵.

Dicho de otra manera, si se han asimilado las potestades de que gozan las autoridades del MP para organizar y distribuir su personal a fin de instar por la eficiencia de la persecución¹⁶, se captará que aquellas indirectamente podrían abortar o diluir el principio de obligatoriedad respecto de un sector determinado de la población o en relación a un área específico de la criminalidad, si se destinan mayores recursos humanos y técnicos a lograr la sanción de una específica gama de delitos o delincuentes, por sobre otros.

No desdeñando tampoco la desproporción entre el exorbitante número de denuncias que ingresan al sistema penal y la cantidad de funcionarios públicos encargados de su investigación y persecución, los criterios de priorización que se implementen por el MP debiesen reflejar motivos jurídicamente racionales, destacando frente a cualquier otro, la privación de libertad que afecte al sindicado como hechor, circunstancia que por lo demás obliga ponderar el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por el contrario, desestimando pautas antojadizas que no atiendan a la mayor gravedad o dañosidad del ilícito en la comunidad, o que privilegien exclusivamente la represión de delitos de fácil investigación y prueba en juicio. En cuanto a esto último, Cafferata Nores¹⁷ habla de un fenómeno de “priorización inversa” por el que el sistema judicial

está regida por el principio de oportunidad y no por el de legalidad”; MEDINA/MORALES/DORN (2007) 253-254, a su turno, desprenden de los arts. 180 y 181 CPP que “*la investigación es discrecional en el sentido de que es al fiscal al que le corresponde señalar el carácter y extensión de las diligencias que ordena (---)*”.

¹³ Por todos, v. ŽAGREBELSKY, Vladimir (1990-1993) “Independencia del ministerio público y obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*. N° especial Ministerio Público, p. 118.

¹⁴ Igual preocupación manifiesta DELMAS-MARTY (2000) 452-453.

¹⁵ BOHLANDER, Michael (2012) *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford and Portland, Oregon, United Kingdom: Hart publishing, p. 67.

¹⁶ V. arts. 32 letra f), 39 y 40 de la Ley Orgánica Constitucional del MP; y, OBERG, Héctor (2010) “Derecho Procesal Penal. Proceso Penal Oral”. En: AAVV: *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral*. 8ª ed. Santiago: LegalPublishing, p. 51.

¹⁷ CAFFERATA, José (2000) *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 31.

trata primero lo más leve y fácil de investigar y deja para después (o “para nunca”) lo más grave y más complejo. Agreguemos nosotros que con ello se corre el riesgo de incurrir, a la postre, en los mismos vicios del sistema de justicia que se buscó superar, el cual era criticado en este aspecto, por ser eficiente solo con infractores leves y no con los que más preocupan a la sociedad¹⁸.

Así, centraremos nuestro análisis en las prácticas del sistema que revelan la aplicación de criterios de discrecionalidad no autorizados por la ley, que ponen en entredicho la eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal y afectan de alguna forma los derechos de los intervinientes. Para ello, analizaremos las consecuencias de la aplicación de estos criterios extrajurídicos en el archivo provisional, la decisión de no iniciar investigación, la formalización de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios y el principio de oportunidad.

Especial atención prestaremos al análisis de cómo la aplicación de criterios de discrecionalidad del MP en la formalización, afectan a otros institutos como la suspensión condicional del procedimiento, la aprobación de acuerdos reparatorios y en especial, al ejercicio de la acción penal por parte de la víctima. Para ello, daremos nuestra posición y propondremos soluciones, desde un punto de vista garantista, apoyándonos en el análisis de doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada.

1) ARCHIVO PROVISIONAL

Por lo que se refiere a este instituto, se autoriza al Fiscal, en tanto no interviniera el Juez de Garantía (en adelante, JG, también para Juzgado de Garantía), para archivar provisionalmente *“aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos”* (art. 167 del CPP). En el caso de que el delito mereciera pena aflictiva, se deberá someter la decisión de archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional, deber que es el resultado de la inquietud expresada en el segundo informe de la Comisión del Senado *“de que la falta de control sobre esta decisión pudiera prestarse para encubrir algún descuido o desidia del fiscal, particularmente en aquellas situaciones en que no se conoce la víctima o las personas a quienes la ley considera víctima, porque si así fuere deberá informárseles y ellas tendrán la posibilidad de hacer valer sus derechos. Al efecto, estuvo de acuerdo en con-*

¹⁸ VARGAS, Juan Enrique (1994) “El Ministerio Público en el proceso penal, a la luz de la sensación de crisis en la justicia criminal”. En: AAVV. *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria, p. 195.

grar un mecanismo de fiscalización sobre el ejercicio de esta potestad, coincidiendo en que lo apropiado es radicarlo dentro del propio ministerio público y no darle carácter jurisdiccional, porque implicaría un pronunciamiento del tribunal sobre la decisión de investigar”¹⁹.

1.1) CONTROL ADMINISTRATIVO Y JURISDICCIONAL A REQUERIMIENTO DEL OFENDIDO SOBRE EL ARCHIVO PROVISIONAL

En el inicio de la investigación preliminar el JG no interviene en la adopción de la decisión de archivo, ni tampoco la controla, con lo que eventualmente se corre el riesgo que en esta medien consideraciones extra o metanormativas que empujen a la Fiscalía a archivar sin una búsqueda previa de antecedentes serios en función del delito²⁰.

La evitación de este tipo de consideraciones se ha encomendado por el legislador a la intervención del ofendido, mediante la solicitud de reapertura del procedimiento y de diligencias de investigación al MP, o reclamando de la denegación de dicha solicitud ante sus propias autoridades (art. 167, inc. 3º, del CPP). En estos casos, es el propio Fiscal a cargo de la investigación, o la autoridad superior, en su caso, la que ponderará la pertinencia y utilidad de las diligencias propuestas por la víctima, autocontrol o control interno que será de escasa eficiencia, pues el actuar unitario y jerarquizado del MP importa que las actuaciones individuales de sus Fiscales regularmente sean expresión o reflejo de una cultura o política de persecución criminal promovida, aceptada o en último término tolerada, por sus autoridades. Esto último, extrapolable a cada uno de los institutos procesales ya examinados, no hace sino confirmar la necesidad de implementar controles jurisdiccionales para precaver, o si se quiere, disuadir, la discrecionalidad de los representantes del MP fuera de marcos legítimos.

Importa mencionar que ante la desestimación del MP de la solicitud de la víctima para la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias, o incluso con prescindencia de dicha solicitud, no siendo este archivo de la investigación un acto jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada, se permite a la víctima la interposición de querrela, la que, a diferencia de las solicitudes de reapertura del procedimiento y de diligen-

¹⁹ Mediante Oficio N° 790/2008 de 22 de diciembre, el Fiscal Nacional imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación.

²⁰ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian (2002) *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, pp. 205-206, explican que “no obstante la importancia en el adecuado uso del archivo provisional y de la facultad de no iniciar la investigación, no se puede negar que estas facultades abren un espacio en el que se pueden adoptar decisiones por motivos ilegítimos o fundamentadas en apreciaciones erróneas por parte de los fiscales, todo ello, además, con un escaso control derivado del estado primario de desarrollo del caso”.

cias recién comentadas, vuelve imperativo para el Fiscal llevar adelante, o seguir adelante en la investigación (art. 169 del CPP)²¹. Al otro extremo, en la visación de esta querrela el órgano jurisdicente no se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de indicios o de información que permita desarrollar una investigación sobre el hecho materia del libelo, por lo que el mero acto de querellarse –cumplidos los requisitos generales de admisibilidad– obligará al Fiscal a reabrir y promover una investigación pese a que esta presentación pueda no aportar ningún nuevo antecedente a los que antes de su interposición se conocían. Esto puede explicar que algún autor²² añada como requisito para que el juez acepte a tramitación la querrela en este supuesto, el que se considere que los antecedentes permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Aparentemente se prioriza en este último supuesto a la voluntad de la víctima sobre la decisión administrativa del MP, al igual que en el principio de oportunidad estricto del art. 170 del CPP, parangón erróneo pues este último instrumento es expresión neta de discrecionalidad política, por lo cual solo en este –y no en el archivo provisional– se justifica priorizar los intereses del ofendido en la persecución sobre el dictamen del instructor público, con la mera expresión de voluntad del primero²³.

1.2) REAPERTURA DE OFICIO DE LA INVESTIGACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO

Sin perjuicio del control que puede activar la víctima sobre la decisión de archivo, surgiendo nuevos antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al establecimiento de los hechos punibles y a la determinación de la persona del delincuente, será deber del MP dejar sin

²¹ Si la investigación ya se inició en virtud de la interposición de una querrela, el Fiscal no podrá archivar los antecedentes, debiendo optar por otra forma de término según el resultado de las pesquisas.

²² MERA FIGUEROA, Jorge (2004) “Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial”. En: Informe de Investigación N° 1 al 15, 1999-2003. Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, p. 246.

²³ Si bien el artículo 113 del CPP dispone en su letra e) que el escrito de la querrela deberá expresar “*las diligencias cuya práctica se solicitare al ministerio público*”, tal extremo no ha sido tratado como perentorio por los JG en el examen de admisibilidad de la querrela, atendido que esta podría presentarse en un estado avanzado de la investigación en el cual no existieran diligencias pendientes cuya realización pueda requerirse al MP. Sin embargo, si la querrela se interpone de conformidad al artículo 169 del CPP, por las razones arriba indicadas, parece pertinente que el órgano jurisdiccional exija cumplir con el mentado extremo, de manera de que haya una razonable justificación para reiniciar la investigación fiscal. Entorpecerá esto último, sin embargo, el desconocimiento del JG sobre la existencia de una causa archivada por los mismos hechos –si ello no es informado motu proprio por el mismo querellante–, caso en el cual entonces será procedente la reposición del MP respecto de la resolución que admita a tramitación una querrela por hechos anteriormente archivados, sin precisar diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos.

efecto el archivo y reabrir la investigación, al resurgir en ese supuesto la carga de realizar la actividad investigativa necesaria para ejercer la acción penal. Lo contrario, es decir, si la reapertura fuera una opción discrecional para el MP, supondría que el ejercicio del *ius puniendi* quedaría, sin autorización legal, supeditado a la voluntad o discrecionalidad política de este órgano administrativo²⁴.

2) DECISIÓN DE NO INICIAR INVESTIGACIÓN

La ley adjetiva también instruye al Fiscal, “*abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del Juez de Garantía*” (art. 168 del CPP)²⁵.

2.1) CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA DECISIÓN DE NO INICIAR INVESTIGACIÓN: NECESIDAD DE APROBACIÓN JUDICIAL

En contraposición a la decisión de archivar los antecedentes, la determinación de no iniciar la investigación está sometida a examen judicial, mecanismo que permite entonces salvaguardar la vigencia del principio de obligatoriedad al dificultar que se encubran dictámenes basados en criterios de oportunidad bajo la apariencia de decisiones técnicas. Mencionemos que el Proyecto de CPP (art. 258) no disponía la aprobación judicial de esta decisión, exigiendo nada más que fuera fundada, instancia que se incorporó en el Senado según se indica en el segundo informe de la Comisión (art. 242), en atención a que las apreciaciones que requiere esta decisión recaen sobre puntos de derecho.

En conclusión, conforme al texto finalmente aprobado y hoy vigente, el juez deberá requerir una exposición detallada y circunstanciada de los hechos investigados, y si fuera necesario el examen de los antecedentes en que basó el Fiscal su decisión, y ante situaciones dudosas, la investigación deberá iniciarse, sin que ello necesariamente se traduzca en un juicio oral

²⁴ Discrepamos por tanto de aquellos autores que consideran esta reapertura como una mera facultad y no un deber procesal. En vez de muchos, v. MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 579.

²⁵ Aun cuando el CPP utiliza la expresión “podrá abstenerse”, ello no implica establecer una facultad que autorice al MP a optar entre iniciar o no la investigación, no obstante tratarse de hechos y personas que sabe, y le consta, son atípicos o cuya responsabilidad penal se ha extinguido, respectivamente, lo cual atentaría contra el principio de objetividad que gobierna su actuar. De ese modo, el MP tiene el deber de abstenerse de iniciar una investigación penal en los supuestos que trata el artículo 168 del CPP, y solo deberá impulsarla cuando tales supuestos no aparezcan con claridad meridiana al acceder a la *notitia criminis*.

posterior e incluso, sin significar que no podría utilizarse esta institución posteriormente²⁶.

2.2) CONTROL JURISDICCIONAL A REQUERIMIENTO DEL OFENDIDO

Al igual que con el archivo de la investigación, el ofendido puede en este caso dejar sin efecto la resolución judicial que aprobó la decisión administrativa de no iniciar investigación, mediante el acto procesal de la querrela, que de admitirse a tramitación obliga al Fiscal a seguir adelante la investigación (art. 169 del CPP). Sin embargo, si respecto del mismo hecho el juez ya dictaminó su atipicidad o que la responsabilidad penal se encuentra extinguida, al acoger la petición del MP de no iniciar investigación, la querrela debiera entonces ser declarada inadmisibile de conformidad al art. 114 letras c) y d) del CPP, salvo que la primera decisión judicial haya sido apresurada e inmotivada o, que en realidad, el ofendido haya accionado en la querrela en base a una relación fáctica diversa a la formulada por el Fiscal en su libelo, salvando los aspectos que llevaron al MP a estimar la utilización del instituto en estudio.

En cuanto a lo último, tampoco puede pasarse por alto el distinto carácter o alcance del examen judicial realizado sobre la decisión del Fiscal de no investigar, y aquel que recae sobre la querrela del ofendido. En el primero se examina solo la plausibilidad jurídica de la decisión del Fiscal –examen antes o durante el cual la víctima no es oída–, en cambio, mediante la interposición de la querrela la víctima hace valer su derecho a que el juez se pronuncie –siquiera implícitamente, al aceptar o no a tramitación su presentación– sobre el fondo del asunto, satisfaciéndose de ese modo las exigencias de racionalidad y justicia que todas las partes pueden demandar ya en la etapa de investigación del proceso penal. En este último caso se trata de un control estricto de legalidad, precisamente porque no estamos aquí en presencia, en rigor, de un mecanismo de selección de casos, sino que simplemente se trata de aplicar el derecho penal objetivo²⁷.

²⁶ DUCE/RIEGO (2009) 202.

²⁷ Propone distinguir en el nivel de los exámenes judiciales comentados, MERA (2004) 246, quien matiza que lo arriba dicho tiene vigencia solo si el MP esgrime que los acontecimientos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito, pues si se invoca la extinción de la responsabilidad penal del imputado, ello importa un pronunciamiento de fondo y definitivo, y prueba de ello es que la ley exige para este dictamen que los antecedentes y datos suministrados permitieren así resolverlo, esto es, sin necesidad de mayores pesquisas o diligencias. DUCE/RIEGO (2002) 197-198, en cuanto al estándar de convicción exigido para el Fiscal para adoptar la decisión de no investigar, señalan que los antecedentes deben dar cuenta en forma clara de la procedencia de alguna de estas hipótesis, no pudiendo tratarse de situaciones dudosas, ya que si ese fuera el caso deberá iniciarse la investigación respectiva; agregan que la decisión judicial que ratifica el uso de esta facultad constituye un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento definitivo del caso. En consecuencia, el efecto jurídico del

Si no se aceptara la procedencia de estos distintos niveles en que se produce el control judicial, entonces, la aprobación del tribunal de la decisión del Fiscal de no iniciar la investigación debiera necesariamente derivar en el sobreseimiento y extinción de la acción penal, “*porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal*”²⁸.

De cualquier manera, sostenemos que no sería procedente desestimar de plano de la querrela, invocando la cosa juzgada derivada de la resolución que ya acogió la decisión de no inicio del MP, sino que es necesario una declaración de inadmisibilidad fundada, pues no debe preterirse que la víctima no fue oída al adoptarse esa decisión, ni tampoco tuvo posibilidad de recurrir de ella, de manera que solo ahora podrá presentar sus argumentos e impugnar la decisión que no los acoga (art. 115 del CPP).

3) FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La formalización de la investigación, como reza el art. 229 del CPP, es la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado en presencia del JG,

uso de esta facultad y su posterior aprobación será la extinción de la acción penal para el caso específico. Por su parte, AGUILAR (2004) 294, sostiene que, para compatibilizarlo con los principios generales y de las vías de impugnación, deberá plantearse la querrela en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la resolución que aprobare la decisión del Fiscal, porque de otra forma sería inamovible por la fuerza de cosa juzgada.

Al respecto, si bien creemos que de haberse verificado rigurosamente los supuestos que contempla el art. 168 del CPP, una vez aprobada la decisión de no iniciar la investigación por el JG, este debería motu proprio, o a petición de la Fiscalía –en actualización del principio de objetividad–, decretar el sobreseimiento definitivo de la causa de conformidad al art. 250 letras a) o d) del CPP –en vez de considerar a la resolución jurisdiccional aprobatoria de la decisión del MP como un pronunciamiento de fondo y definitivo o como un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento, como proponen MERA y DUCE/RIEGO–, no puede sino admitirse que tal solución contraviene lo explicado arriba, esto es, que el legislador buscó mediante el art. 169 del CPP dar a la víctima una chance para volver a discutir lo resuelto, ahora con su intervención como parte constituida en el procedimiento. Por lo dicho es que tampoco puede compartirse la propuesta de AGUILAR, primero, porque la resolución del JG dictada de conformidad al art. 168 del CPP no es apelable, con lo que la aplicación analógica del plazo para interponer ese arbitrio procesal no resulta pertinente y, segundo, porque como se dijo, el art. 169 del CPP igualmente permite al querellante forzar al MP a iniciar la investigación sin prever restricción temporal alguna más allá de la derivada de la prescripción de la acción penal.

²⁸ DUCE/RIEGO (2009) 201. Autores como MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 582, han sostenido que el MP, una vez que el Tribunal aprueba su decisión de no investigar, no puede renovar las pesquisas por cuanto su dictamen sancionado por el JG le es vinculante, precluyendo su derecho a accionar. La ley procesal no contempla ni da respuesta al caso en que tales determinaciones administrativas y jurisdiccionales, se adopten en base a antecedentes erróneos o falsos –incluso aportados deliberadamente por el imputado para inducir esta salida–, situación en la que el MP no podría iniciar o reiniciar la investigación, salvo la interposición de querrela de la víctima de conformidad al art. 169 del CPP.

de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Respecto de esta imputación se ha alcanzado un cierto consenso en torno a la función de garantía que cumple la formalización dentro del procedimiento ordinario penal, al posibilitar el adecuado ejercicio de la defensa del imputado²⁹. Así es como Carocca precisa que la formalización ha sido concebida como una manifestación con fines de garantía, y no de imputación como acontecía con el auto de reo³⁰, mientras Horvitz indica que “*esta actuación del fiscal cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra*”³¹. El profesor Del Río³² enriquece lo anterior, al añadir que la proyección de la garantía es la de limitar las facultades de acusación en los términos que prevé el art. 259, inc. final, del CPP, en orden a que es menester, primeramente, formalizar la investigación respecto de algún sujeto imputado, para que con posterioridad se pueda acusar al que previamente se imputó en la formalización, y no a otro ni por otros hechos que los imputados. Pero cuida de aclarar el jurista precitado, que la relación entre acusación y formalización no forma parte de la cuestión denominada correlación o congruencia, sino que se trata de algo bien distinto, pues la relación de la acusación con la formalización revela los límites que impone esta a aquella, ambas formuladas por el acusador, que se ve limitado por su propia imputación precedente al momento de acusar. Ello nada tiene que ver con el principio acusatorio, pues este supone que el acto del acusador imponga sus límites al enjuiciamiento del juzgador: este enjuicia la acusación del acusador (y

²⁹ Entre otros, v. CAROCCA, Alex (1999) “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno”. *Ius et Praxis*. Vol. 5, N° 2, p. 121; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián (2005) *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, T. I, pp. 540-541; CAROCCA, Alex (2005) *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª ed. Santiago: Lexis Nexis, p. 142; CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco (2006) *El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia*. 2ª ed. Santiago: Librotecnia, p. 266; DUCE/ RIEGO (2009) 220-221; MATURANA (2010) T. II, 583 y ss.; SALAS, Jaime (2009) *Problemas del proceso penal*. Santiago: Librotecnia, p. 38; DEL RÍO, Carlos (2009) *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*. Santiago: Jurídica de Chile, p. 96; y OBERG (2010) 55. También reconoce expresamente esta función de garantía SCA de Valdivia, ROL N° 245-2005, de 25.11.2005 y SCA de Sn. Miguel, ROL N° 26-2011, de 04.03.2011. v.t. primer Informe de la Comisión de la Cámara de Diputados.

³⁰ CAROCCA (1999) 121.

³¹ HORVITZ (2005) T. I, 540-541. El criterio expuesto por esta autora es recogido por nuestro Tribunal Constitucional en SSTC, ROL N° 736-2007, de 29.11.2007 (cons. 11°), ROL N° 1.244-2008, de 02.06.2009 (cons. 11°), y ROL N° 1.445-2009, de 29.01.2010 (cons. 17°).

³² DEL RÍO (2009) 96-97.

no otra cosa). Se trata entonces de un límite impuesto al juez por la acusación (por el acusador)³³.

La doctrina extranjera también ha resaltado la valía de este tipo de comunicaciones formalizadas, al decir que “*la intimación no es una mera formalidad; es el acto sustancial por el cual el tribunal transmite la imputación al imputado poniéndolo en cabal conocimiento de ella. Al tribunal no debe quedarle dudas de que el imputado podrá ejercer debidamente su defensa material: esencia del contradictorio*”³⁴. Asimismo, se ha explicado que en los modelos continentales europeos, la evidente desigualdad del acusado frente al Estado investigador se ve notablemente atenuada desde que se formula la imputación en forma previa a la acusación, reequilibrando el monopolio de la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal o por el juez de instrucción, alejada hasta entonces de la dualidad de partes, de la contradicción y del derecho de defensa³⁵.

Es más, el derecho a ser informado del inicio del proceso penal o mejor dicho, el derecho a ser informado de la imputación en el proceso penal desde el primer momento, se ha incluido en una concepción amplia del derecho a ser instruido de la acusación que encuentra sus bases constitucionales en nuestro ordenamiento en el art. 19 N° 3, inc. 6°, y en los arts. 8.2 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letras a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶.

Pues bien, en vista de la trascendencia de los fines buscados con el acto de formalización al interior del proceso penal, el legislador ha asegurado la verificación de la imputación, precisamente oficializándola o “formalizándola”, esto es, reglando su desarrollo ante el Juez, el que deberá comprobar personalmente que el inculpado haya tomado conocimiento de la investigación llevada a cabo en su contra e incluso escuche la declaración de descargo que este quisiera realizar en ese momento. El ritualismo que rodea esta imputación favorecerá igualmente la supervisión

³³ Extienden la exigencia de congruencia fáctica a la acusación y a la formalización de la investigación, CERDA, Rodrigo (2003) *Etapas intermedia, juicio oral y recursos*. Santiago: Librotecnia, pp. 39-40; HORVITZ (2005) T. I, 236; y CHAHUÁN, Sabas (2007) *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. 3a ed. Santiago: LexisNexis, p. 198.

³⁴ CLARIÁ, Jorge [s.a.] *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 242.

³⁵ ARMENTA, Teresa (2012) *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, p. 61. ASENCIO, José María (2012) *Derecho Procesal Penal*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 69-70, agrega que el conferimiento de la condición procesal de imputado es esencial para garantizar el derecho de defensa, ya que el mismo nace desde que se adquiere esa cualidad, por lo que cualquier retraso afecta gravemente a quien, desde el primer momento puede ser investigado, a veces mediante actos irrepetibles, que, por no ser considerado como imputado, no puede intervenir en dichos actos de prueba preconstituida.

³⁶ En este sentido, HORVITZ (2005) T. I, 540-541. v.t. MONTERO, Juan, et al. (1991) *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, pp. 233-234; y, GIMENO, Vicente; MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín (1999) *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, pp. 67 y ss.

judicial de la correlación que con ella debe guardar la posterior acusación, supervisión que se vería dificultada si únicamente nos atuviéramos a una imputación efectuada administrativamente por el MP.

Recapitulando y retomando el objeto de nuestro interés, concluimos por ahora que la obligatoriedad de la acción penal en el procedimiento ordinario demandará al órgano de acusación, luego de tomar conocimiento de un hecho aparentemente delictivo respecto del cual hay algún tipo de respaldo³⁷, la formulación de imputación formal que se traduce en el deber de comunicar a una determinada persona que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos, a fin de legitimar la posterior presentación de la acusación, con la cual materializará el ejercicio obligatorio de la acción penal, legitimación que insistimos, se logra al permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa del imputado durante la fase de investigación preliminar.

Nuestro Tribunal Constitucional, razonando desde la perspectiva de la víctima y no –como creemos correcto– desde la óptica de garantía para el imputado que constituye la formalización, ha reconocido este deber de formalizar la investigación que pesa sobre el MP en diversos fallos, vgr. en su sentencia ROL N° 815-2007, de 19 de agosto de 2008 (cons. 3°), al declarar que *“las facultades de investigar y luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas. Cabe agregar que el ‘deber de formalizar’, implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal”*³⁸.

³⁷ Recordemos que el art. 232, inc. 3°, del CPP permite al imputado reclamar ante las autoridades del MP, conforme a la LOC de este, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que esta hubiere sido arbitraria.

³⁸ De manera similar se ha pronunciado la SCA de Sn. Miguel, ROL N° 26-2011, de 04.03.2011, al resolver: *“Tercero: Que una interpretación sistemática de las disposiciones del Código Procesal Penal, permiten concluir que en los casos en que existe querellante particular y en aquellos en que el Fiscal ha requerido la intervención del Juez de Garantía, existe el deber por parte del Ministerio Público de formalizar la investigación; así es posible colegirlo de la armonía que fluye de los artículos 60, 61, 247, 248 y 261 letra a) del reseñado Código. Cuarto: Que a la misma conclusión conduce, además, la circunstancia que la formalización constituye una actuación procesal que ha sido establecida por el legislador como requisito previo de la acusación*

3.1) DISCRECIONALIDAD DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL

No obstante haya consenso en que la decisión de formalizar una investigación, así como la oportunidad en que ello se realiza y el contenido de la imputación, están sujetos al influjo de los principios de objetividad, legalidad y obligatoriedad que gobiernan el ejercicio de la acción penal del MP, la carencia de controles procesales efectivos ocasiona que la determinación de formalizar, así como el cómo y el cuándo hacerlo, albergue en la práctica forense tanta discrecionalidad. Profundicemos ahora en esta idea.

Como todo acto procesal de imputación, la formalización consiste también en un juicio, pues no se puede abrir el proceso contra alguien sin un cierto grado de convicción de su culpabilidad, el que irá aumentando a medida que avance el *iter* del proceso, habiendo identidad de sustancia con la acusación y con la sentencia condenatoria, pero diferencia de grado³⁹. Concordantemente se ha expresado que no ocurre algo así como un milagro de la presunción de inocencia por el cual esta llegue intacta hasta el final del proceso, para derrumbarse súbitamente en la lectura de la sentencia de condena, sino que dicha presunción es minada a lo largo del proceso penal, pues lo contrario sería precisamente declarar inútil casi todo el proceso y, en especial, los actos de imputación formales y provisionales⁴⁰.

Sin embargo, el legislador nacional no cuidó de establecer un parámetro o estándar de *fumus boni iuris* para realizar este juicio de probabilidad, cumplido el cual sea preceptiva la formalización de la investigación para el MP. Muy lejos de eso, señala el legislador que el Fiscal “podrá” formalizar la investigación “cuando considerare oportuno” formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial (art. 230 del CPP), y solo requiere que dicha actuación no sea arbitraria, al permitir al imputado reclamarla ante las autoridades del MP si la estima de ese tenor. Llamativo por tanto puede resultar que nuestro Tribunal Constitucional haya concluido en la sentencia antes citada, ROL N° 815-2007, que “con-

que el querellante se encuentra autorizado a formular, en el caso del inc. cuarto del artículo 258, atendido lo prevenido en la letra a) del artículo 261, ambos del mismo cuerpo legal”.

³⁹ Seguimos en esta parte a CARNELUTTI, Francesco [s.a.] *Cuestiones sobre proceso penal*. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, pp. 136 y ss., quien refería identidad de sustancia en los actos de imputación, remisión al debate y la sentencia de condena.

⁴⁰ FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor (1994) “Tendencias actuales del derecho procesal penal”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 18, pp. 109-110. SERRA, Manuel (1969) *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel, p. 674, explica que habida cuenta de la trascendencia de la atribución de los hechos delictivos a una persona, esta imputación “se efectúa mediante una serie de juicios escalonados, a través de los cuales se va fijando la responsabilidad del imputado”, así, describe el autor un tránsito de un simple sospechoso, a un procesado, eventualmente a un preso, para luego convertirse en acusado, pasando definitivamente a ser condenado. Sobre la determinación del objeto del proceso penal a lo largo de todo su desarrollo, v. CAROCCA (2005) 217.

*curriendo los presupuestos procesales que la sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas [las facultades de investigar y luego formalizar]”, sin que haya dado luz sobre cuáles son esos presupuestos procesales que hacen obligatoria la formalización*⁴¹.

En cualquier caso, el principio de obligatoriedad de la acción penal impide sostener sin más que el MP sea libre por completo para decidir si formaliza o no, conclusión a la que no obsta el que la norma no prevea un requisito fijo sobre el grado de plausibilidad del hecho delictivo, ya que lo contrario implicaría que, aun siendo evidente el hecho criminoso (como un delito flagrante o indubitado), el MP tampoco tendría el deber de formalizar, resultado que colisiona con el sentido más elemental de imputación en nuestra tradición jurídica.

En un sentido diverso a la función de garantía que antes se le atribuyó a la formalización, parte de la doctrina reconoce en esta actuación un fuerte componente estratégico para la facilitación e impulso de la persecución⁴², por el cual la determinación de formalizar excedería un mero juicio de procedencia sobre la aptitud de ciertos datos para constituir una *notitia criminis* conforme a una determinada previsión legal. De la misma forma, se ha explicado que “*la formalización de la instrucción no tiene que ver con el grado de convicción respecto al hecho punible en que se encuentre el Fiscal, sino más bien tiene por objeto provocar la declaración judicial del imputado o simplemente cuando estime oportuno, formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial*”⁴³. Hay que tener en cuenta entonces que para este sector doctrinal, el juicio en que se fundaría la decisión de formalizar una investigación no solo no dependería de factores puramente cognoscitivos, al no atender a una vertiente fáctica y jurídica, sino además se desentiende totalmente de su función de ga-

⁴¹ Como refiere Hoyos, María Teresa (2005) “Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, p. 56, “*a diferencia del ‘auto de procesamiento’ actual, esta formalización no necesita requisitos*”, quien seguidamente añade “*por esto la formalización de la investigación la puede hacer el fiscal al día siguiente que le formalicen la denuncia, y luego el fiscal cierra la investigación y él toma la decisión de pedirle al juez que sobresea o que este mismo fiscal acuse lo que es una decisión discrecional*”. En MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía Nacional (2001) *Reforma Procesal Penal: Instructivos Generales N° 26 a 50*. Santiago: Jurídica de Chile, p. 350, se indica que la comunicación del MP no requiere de requisitos de procedencia o de un grado de convicción a que hubiere llegado el sostenedor de la acción penal pública, acerca de la presunta responsabilidad criminal del perseguido en el hecho imputado, ya que no importa un acto de juzgamiento que provenga de un órgano jurisdiccional. En esa línea VALDÉS (2010) 181, lo que le lleva a catalogar como discrecional la decisión sobre la oportunidad de la formalización.

⁴² DUCE/RIEGO (2002) 225; DUCE/RIEGO (2009) 226 y ss.; y BORDALÍ, Andrés (2011) “La acción penal y la víctima en el Derecho Chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXVII, N° 2, p. 540.

⁴³ PERAZZO, Pierino (2005) “La acción en el Nuevo Proceso Penal”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, p. 264.

rantía, resultado inadmisibles a la luz del menoscabo para el derecho de defensa que supone.

Pero todavía más, la posición recién revisada ha permitido colateralmente, conferir a la decisión de no formalizar una discrecionalidad de difícil control jurisdiccional que erosiona seriamente el principio de obligatoriedad de la acción penal. Aunque por razones de gestión interna el Fiscal dará curso a la investigación y a la formalización como requisito para avanzar en el proceso y darle un término formal al expediente, lo cierto es que la ley no suministra expresamente herramientas para compeler judicialmente a dicha actuación, o a realizarla de determinado modo o dentro de determinado plazo –más allá del apremio que produce la prescripción de la acción penal, o por la aplicación del artículo 186 del CPP, a la que nos referiremos más adelante–. De ese modo, no solo la decisión de formalizar o no, o la oportunidad de la formalización aparece en la realidad del proceso como discrecional para el MP, sino también el contenido fáctico de la comunicación. Incluso pareciera considerarlo así nuestra Corte Suprema, la que mediante Acuerdo de 17 de enero de 2001 comunicó a los JG que tratándose de la formalización de la investigación, a ellos *“no les corresponde pedir a los fiscales que se aclare el contenido de la formalización”*⁴⁴. Tal instrucción ha sido llevada a dudosos extremos como el manifestado en sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL N° 277-2005, de 2 de diciembre de 2005, al resolver, a la siga de dicha instrucción, que *“no corresponde a los tribunales, en esta etapa del procedimiento [la formalización], inmiscuirse en torno a la eventual calificación del hecho punible”*.

La doctrina chilena mayoritaria parece avalar la tesis de la discrecionalidad que envolvería el acto de la formalización, afirmando que la decisión de formalizar es “exclusiva del fiscal”, la que no está sujeta a calificación por el JG “en cuanto a su procedencia”⁴⁵; otros hablan de una “actuación unilateral, exclusiva y soberana”, que “no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez”⁴⁶; mientras algunos precisan que, sin perjuicio de la actividad que pueda realizar el JG para actualizar las posibilidades de defensa del imputado, al juez no le corresponde calificar o evaluar la corrección de la información entregada por el MP⁴⁷; y, una

⁴⁴ Acuerdo transcrito en el Instructivo N° 49 de la Fiscalía Nacional, contenido en MINISTERIO PÚBLICO (2001) 383-402.

⁴⁵ CHAHUÁN (2007) 197-198. En similar sentido NÚÑEZ, Juan Cristóbal (2003) *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. II, p. 97; AGUILAR (2004) 349; CAROCCA (2005) 143; Y MEDINA/MORALES/DORN (2007) 270. Dictaminando que *“la formalización es una actuación unilateral del MP que no está sujeta al control judicial”*, v. SCA de Valdivia, ROL N° 245-2005, de 25.11.2005.

⁴⁶ CERDA/HERMOSILLA (2006) 266-267; y HORVITZ (2005) T. I, 541.

⁴⁷ DUCE/RIEGO (2009) 224-225; y DUCE/RIEGO (2002) 224. SALAS (2009) 41-42, sostiene la legitimidad de la intervención del JG cuando los términos de la formalización no hacen po-

parte de los autores matizan que solo es facultativo para el MP determinar cuando él considere oportuno requerir la intervención judicial, mas no decidir si formaliza o no, puesto que ello es indispensable para que un proceso penal pueda avanzar hacia sus etapas posteriores que conduzcan al juicio⁴⁸.

3.2) LA DISCRECIONALIDAD EJERCIDA AL NO FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN COMO UN IMPEDIMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL DE LA VÍCTIMA

El siguiente punto es que la jurisprudencia –ordinaria y constitucional– y la doctrina nacional exigen la formalización de la investigación contra determinada persona como ineludible antesala de su acusación, avalados por el texto del art. 259, inc. final, del CPP, el cual preceptúa que “*la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación*”⁴⁹.

sible en forma sustancial la defensa material del imputado, intervención que se traduce en la nulidad procesal de oficio de la formalización viciosa.

⁴⁸ MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 587. En este último sentido, v. STC ROL N° 815-2007 de 19.08.2008.

⁴⁹ Entre varios, demanda la formalización de la investigación para el forzamiento de la acusación AGUILAR (2004) 419. El Tribunal Constitucional reiteradamente invoca en sus argumentaciones la necesidad de la formalización previo al cierre de la investigación y posterior acusación, v.gr., SSTC ROL N° 815-2007, de 19.08.2008 (cons. 36°), ROL N° 1.337-2009, de 20.8.2009, voto de prevención (cons. 6°), ROL N° 1.380-2009, de 3.11.2009 (cons. 17°), ROL N° 1.542-2009, de 31.8.2010 (cons. 6°), ROL N° 1.484-2009, de 5.10.2010 (cons. 17°), y ROL N° 2510-13, de 7.1.2014, en la que el Tribunal Constitucional reitera los fundamentos entregados en los pronunciamientos anteriores, principalmente sobre la existencia de un derecho de la víctima a accionar penalmente en el art. 83 de la CPR, diferenciando entre las facultades de esa parte durante la investigación y el procedimiento, siendo el primer estadio monopolio del MP –pero sin cabida a la arbitrariedad–, mientras el segundo permite a la víctima el ejercicio de la acción penal en un plano de igualdad al MP. Además insiste en lo sostenido en la STC ROL N° 815-2007, en cuanto la víctima tendría “intereses penales” que deben ser “tutelados”, e incluso promovidos por el Estado de conformidad al art. 5°, inciso 2°, de la CPR. Un examen crítico de esta jurisprudencia constitucional, en BORDALÍ, Andrés (2008) “No Hay Ejercicio del Derecho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el Artículo 230 del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho. Universidad Austral*. Vol. XXI, N° 2, pp. 205-249, pp. 205-249, y BORDALÍ (2011) 513-545. El mismo criterio del TC siguen nuestros tribunales superiores en SSCS, ROL N° 6.742-2008, de 26.02.2009 y ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, SSCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.249-2006, de 17.11.2006 y ROL N° 26-2011, de 04.03.2011; SSCA de Stgo., ROL N° 286-2008, de 17.03.2008, ROL N° 658-2008, de 07.05.2008 y ROL N° 1.509-2008, de 11.08.2008; SCA de Rancagua, ROL N° 282-2012, de 23.07.2012; SCA de Talca, ROL N° 427-2006; y, SJG 4° de Stgo., RUC N° 0600029209-3, de 16.10.2006. PIEDRABUENA, Guillermo (2009) “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*. N° 21, pp. 85-86, da cuenta que la mayoría de los jueces de Santiago está aceptando el forzamiento de la acusación no obstante que el Fiscal se haya resistido a formalizar, pero sin precisar sus fuentes. En el mis-

Lo anterior es de suma relevancia al final de la etapa de investigación si el querellante intenta forzar la acusación, sea ante el rechazo de una solicitud de sobreseimiento planteada por el MP o ante su comunicación de no perseverar en el procedimiento, que no hayan sido precedidas por la formalización del querrellado⁵⁰. En estos supuestos el querellante se verá impedido de echar mano al forzamiento de la acusación, y en definitiva de accionar penalmente como lo autoriza el art. 83, inciso 2°, de la Constitución, todo ello no obstante la existencia de antecedentes preliminares que respalden y ameriten tanto la formalización como la acusación de persona determinada, pues como ya señalamos, el MP ha entendido que la potestad y decisión de formalizar es privativa, exclusiva y sujeta a criterios no solamente restringidos a la ponderación del cúmulo de evidencia reunida, sino a factores estratégicos, de gestión y de oportunidad. Lo expuesto colisiona con el carácter autónomo del querellante conjunto reglado por nuestro CPP, carácter que debiera permitirle acusar aun si el MP no lo hiciera, así como puede recurrir de una resolución aunque el MP no lo haga⁵¹.

Esta desmesurada relevancia de la formalización de la investigación para el efectivo ejercicio del derecho a accionar penalmente por el ofendido demuestra, como acierta Davis⁵², que las decisiones discrecionales interinas pueden ser de mayor trascendencia y consecuencia que las decisiones finales.

3.3) SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Un sector de nuestra doctrina científica⁵³, así como de la jurisprudencia constitucional, ha creído ver la solución del dilema enunciado, en la

⁵⁰ mo sentido SCA. de La Serena de 10.1.06, Rol N° 364-2005; JG Copiapó, de 19.6.06 RIT 32-2006; JG Antofagasta, de 19.8.04, RIT 3827-03; y 4° JG Stgo., 27.6.06 RIT 494-2005. Pero también se ha desarrollado esta discusión existiendo formalización previa, al disponer el art. 248, inciso final, del CPP que la comunicación de la decisión del MP de no perseverar en el procedimiento, “dejará sin efecto la formalización de la investigación”, alegación desestimada en SCA Valpo. ROL N° 632-2014, de 16.01.2014, porque “*el principio de congruencia que la recurrente alega infringido, no importa la subsistencia de la formalización de la investigación como requisito inexcusable para el forzamiento de la acusación particular del querellante, toda vez que este solo constituye una garantía formal que exige la concordancia entre los hechos objeto de la formalización de investigación de la amparada y aquellos que han servido de base a la acusación particular del querellante, cuestión que en el caso particular de autos, no se advierte transgredido*”.

⁵¹ Sobre este carácter autónomo del querellante v. OBERG (2010) 103-104.

⁵² DAVIS, Kenneth Culp (1969) *Discretionary Justice. A preliminary inquiry*. Louisiana State University Press, Baton Rouge, p. 22.

⁵³ Entre los autores podemos citar a AGUILERA, Daniela (2011) “La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 18, N° 2, 2011, p. 67, y a CERDA/HERMOSILLA (2006) 209-210. Los últimos nombrados estiman que el mecanismo del art. 186 en estudio opera también respecto de terceros no intervinientes que ven afectado el ejercicio de sus derechos constitucionales, con dudas si incluye o no a

posibilidad de que el tribunal, a petición del querellante, conmine al MP a formalizar la investigación dentro de determinado plazo, valiéndose para ello de una interpretación gramatical del art. 186 del CPP, el que con poca fortuna en su redacción autoriza a “cualquier persona” que se considerare afectada por una investigación a valerse de este mecanismo. Mediante ese expediente, se ha propugnado que entre las personas que pueden verse afectadas por una investigación no formalizada se cuenta el querellante, interviniente que tendrá especial interés en que se lleve a cabo esta actividad por los motivos antes reseñados, pero en lo que nos ocupa, como salvaguarda del principio de obligatoriedad de la acción penal.

Si nos concentramos en la jurisprudencia constitucional, en un comienzo el Tribunal Constitucional vaciló sobre la legitimación del ofendido o querellante para invocar el art. 186 del CPP, expresando que “*la norma no aclara si se refiere solo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina (---) Por otra parte, el qué ha de entenderse por ‘afectada por una investigación’ no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma*”⁵⁴. Sin embargo, posteriormente varió ese dictamen, incorporándolo permanentemente en sus decisiones como actor legitimado para impetrar la fijación de un plazo para la formalización⁵⁵, como única forma de dar real vigencia al derecho a ejercer la acción penal que el art. 83 CPR reconoce al ofendido, derecho que de otra forma se vería frustrado al ser la formalización un requisito indispensable para la posterior presentación de acusación por el querellante de conformidad al art. 258 del CPP⁵⁶.

Precisemos que en términos prácticos, la instrucción del juez al Fiscal será –o debiera ser– “si va a formalizar debe hacerlo en el plazo determi-

la víctima. Por el contrario, HERRERA, Marta (2005) “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXVI, p. 403, concluye que el art. 186 consagra “una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público, atentando contra el diseño del nuevo sistema procesal penal y su correcta separación de funciones”; y, CASTRO, Carlos (2010) *Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno*. Santiago: Metropolitana, pp. 219 y ss., cataloga el art. 186 como un “resabio inquisitivo”.

⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 19 de agosto de 2008. ROL N° 815-2007 (cons. 35°).

⁵⁵ v.gr. SSTC, ROL N° 1.337-2009, de 20.8.2009, ROL N° 1.467-2009, de 29.12.2009, ROL N° 1.341-2009, de 15.04.2010, ROL N° 1.380-2009, de 03.11.2009, ROL N° 1.445-2009, de 29.01.2010, ROL N° 1.404-2009, de 18.05.2010, ROL N° 1.394-2009, de 13.07.2010, ROL N° 1.542-2009, de 31.08.2010, y ROL N° 1.484-2009, de 5.10.2010.

⁵⁶ Un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta materia, en PIEDRABUENA, Guillermo (s.a.) “Control Judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del C.P.P.)”. Disponible en: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/37619281-b7ff-4923-aa67-ba43abd267c0/Rev+23_5+control+judicial+anterior+a+la+formalizacion+de+la+investigacion.pdf?MOD=AJPERES [fecha visita 21 noviembre 2011], pp. 30 y ss.; y PIEDRABUENA (2009) 84 y ss.

nado”, y no, que deba formalizar dentro de dicho plazo⁵⁷. Mas, es claro que el querellante perseguirá esto último, y el juez habrá accedido a la petición de este buscando precisamente la formalización que permita al ofendido ejercer la acción penal mediante una acusación ulterior. Las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas más arriba, justamente apuntan a entregar al querellante una herramienta para compeler al Fiscal a realizar esta actuación, y no solo a condicionar que, en su caso, la efectúe dentro de determinado plazo, así resolviendo, por ejemplo, que lo dispuesto en el art. 186 del CPP “*permite inducir la formalización por la vía de obtener que el Juez de Garantía pida un informe sobre las pesquisas efectuadas y, eventualmente, le fije un plazo al fiscal para formalizar la investigación*”⁵⁸.

Expongamos ahora nuestra posición en este particular asunto, y partamos por admitir que no hay mayor antecedente fidedigno en la historia legislativa en referencia al objetivo buscado con el instituto en examen, pues el texto del actual art. 186 no se contemplaba en el Proyecto de CPP presentado por el Ejecutivo, y fue adicionado en el primer informe de la Comisión de la Cámara de Diputados y luego corregido por el Senado a su texto definitivo, sin que las actas aporten luces sobre el fin perseguido por los redactores de este precepto⁵⁹.

Sin embargo, tal déficit no puede dar pie a interpretaciones desajustadas a un sistema de garantías integrado y valóricamente orientado como nuestro proceso penal, y que, como tal, debe abordarse como un todo coherente, unido racionalmente por ideas centrales o criterios rectores, en procura de dar respuesta uniforme y consistente a los conflictos exegéticos. En ese entendido, no debe acudir en exclusividad a una literal interpretación del precepto en análisis, pues de hacerlo, deberíamos convenir que la ley deja abierto dicho mecanismo a “cualquier persona que se considerare afectada por una investigación”, lo que podría entenderse como la consagración de una especie de acción popular para forzar la formalización por todo aquel que, sin ser víctima ni considerado interviniente por la ley en el proceso, sufre menoscabo por la pasividad del MP

⁵⁷ HERRERA (2005) 396.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 29 de diciembre de 2009. ROL N° 1.467-2009, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Arturo Oyarzún Godoy, respecto del artículo 230 del Código Procesal Penal, en rit 471 –2008 en ruc 0810001973– 7 del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago (cons.10°). En igual sentido TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 31 de agosto de 2010. ROL N° 1.542-2009 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jacqueline Guerra Vargas, respecto del artículo 259 del Código Procesal Penal, en rit N° 1526 –2009 y ruc N° 0910014438– 4, del Juzgado de Garantía de Castro (cons. 7°).

⁵⁹ A lo más, PIEDRABUENA (s.a.) 13, n. 6, esboza, por referencias verbales de un asistente a las comisiones del Congreso, que parlamentarios manifestaron la inconveniencia de encontrarse ellos u otros políticos, aludidos por la prensa de la existencia de una investigación que los afectara, y que para ello era necesario establecer un mecanismo para aclararlo a través del JG.

en la persecución, por ejemplo, un tercero que a fin de disipar las sospechas que en su círculo social rondan sobre su eventual responsabilidad en el delito investigado, se interesa que se impute este a su verdadero autor ya identificado. Por otro lado, cabe reiterar que el art. 186 del CPP posee un claro cariz de garantía para el inculpado, al procurar que este conozca el tema fáctico de la imputación, y pueda prever y organizar su defensa oportunamente, lo que se ha denominado “control judicial anterior a la formalización de la investigación”. Comparte esta tesis Herrera⁶⁰, para quien esta norma se fundamenta en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas y a que pueda el imputado ejercer cabalmente un adecuado derecho a defensa, perspectiva desde la que el único titular de la solicitud en cuestión, en concordancia con el artículo 7° del CPP, es aquella persona a quien se atribuye responsabilidad en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra⁶¹.

La idea central entonces es que si la formalización es para el imputado una garantía, para el MP tiene un carácter meramente instrumental, al serle exigida por la ley tal imputación antes de instar medidas cautelares o avanzar en el procedimiento. Siguiendo a Fairén Guillén⁶², la formalización constituiría solo la “preparación de la pretensión”, de manera que si el Fiscal no avizora la acusación, por ejemplo, al no estimarla como opción plausible en el horizonte del proceso, pareciera no ser auspicioso apremiarlo a formalizar su investigación. Es así como similar criterio movió al Senado a eliminar la facultad del juez para ordenar al propio Fiscal a acusar, contenida en el Proyecto de CPP (art. 346) presentado por el Ejecutivo⁶³, ya que, según se dejó constancia en el segundo informe de la Comisión del Senado, el Fiscal obligado a acusar en contra de su voluntad, podría sostener su tesis original en el juicio o desarrollar una labor mínima, lo que necesariamente conduciría a la absolución del imputado. Para evitar esta alternativa, la Comisión estudió la conveniencia de que el Fiscal sea reemplazado o que se prescindiera de él, y que el acusador particular asuma el rol de contradictor de la defensa, acordando el proce-

⁶⁰ HERRERA (2005) 388.

⁶¹ Comparte este punto PIEDRABUENA (s.a.) 18.

⁶² FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor (1990) *Doctrina General del Proceso Penal. (Hacia una teoría y Ley procesal generales)*. Barcelona: Bosch, pp. 278-279.

⁶³ Este precepto fue criticado por la doctrina de la época, v.gr. DE LA FUENTE, Felipe (2000) “Acusación y sobreseimiento”. En: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, p. 189, al quebrar el esquema de separación de funciones, “pues por mucho que el juez obre a solicitud del querellante, lo cierto es que este mecanismo implica poner la acción penal en sus manos”. En el derecho comparado CAFFERATA (2000) 10, sostiene que obligar a los fiscales a que acusen contra su voluntad da cuenta de una vigencia solo formal del principio acusatorio.

dimiento (art. 328) a seguir en caso de oposición del querellante al sobreseimiento pedido por el MP, y que posteriormente sería el aprobado.

Este dato aportado hace difícil propugnar que se haya adoptado por el legislador un parecer radicalmente opuesto en relación a la formalización, por ende, si el texto legal aprobado y hoy vigente, aun proporcionando la investigación fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado (art. 248, inciso 1º, letra b) del CPP), no autoriza al juez a compeler al MP para realizar la imputación que constituye la acusación, no resulta armónico ni concordante que sí pudiera efectuarlo en relación a una imputación como la formalización, la que solo está sujeta al estándar negativo de la ausencia de arbitrariedad (art. 232 del CPP)⁶⁴.

Incluso más, ¿ante qué estado intelectual el juez ordenará al Fiscal formalizar la investigación? A falta de texto legal orientador no podría demandarse más que una imputación no arbitraria, que exista al menos una probabilidad, una sospecha razonable del hecho como de la autoría o participación del querellado, lo que supone un piso muy bajo para que el tribunal se inmiscuya en una potestad del Fiscal y haga primar su criterio sobre el de este. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se limita a señalar que el querellante podrá inducir la formalización mediante el expediente del art. 186 en análisis, cuando posea “antecedentes suficientes que la justifiquen”⁶⁵.

A las sabidas adversidades, debe adicionarse la imprevisión de sanción procesal alguna frente al incumplimiento de la orden judicial que mandata formalizar la investigación⁶⁶. Se han imaginado por las doctrinas científica y jurisprudencial diversos mecanismos que persuadirían al MP a acatar la instrucción judicial, principalmente la preclusión y el sobresei-

⁶⁴ Al contrario, para AGUILERA (2011) 67-68, el reconocer a la víctima, en su calidad de querellante, la facultad de instar a la formalización, parece conciliable con su rol accesorio en el contexto del procedimiento oficial y, en cambio, no resulta acorde con ese rol accesorio el mecanismo de forzamiento de la acusación.

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 31 de agosto de 2010, ROL N° 1.542-2009, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jacqueline Guerra Vargas, respecto del artículo 259 del Código Procesal Penal, en rit N° 1526 -2009 y ruc N° 0910014438- 4, del Juzgado de Garantía de Castro (cons. 7º).

⁶⁶ De esa opinión, entre otros, PIEDRABUENA (s.a.) 15; HERRERA (2005) 395; CHAHUÁN (2007) 200; y MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 588. En cuanto a nuestra jurisprudencia, la STC, ROL N° 815-2007, de 19.08.2008 (cons. 35º), reconoce que “*la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales*”. Los tribunales superiores ordinarios han rechazado la procedencia del sobreseimiento por no estar contemplada dicha sanción en el ordenamiento, v.gr. SCA de Concepción, ROL N° 526-2004, de 15.11.2004, SCA de Stgo., ROL N° 618-2006, de 17.04.2006, y SCA de Talca, ROL N° 1-2007, de 16.01.2007. También, de primera instancia, v. SJG de Temuco, RUC N° 0200078902-2, de 08.03.2005.

miento⁶⁷, la inutilidad de la prueba recabada con posterioridad al plazo fijado para formalizar⁶⁸, e incluso responsabilidades civiles, penales y administrativas en contra del Fiscal⁶⁹, ninguna de las cuales es una opción fértil para asegurar la obligatoriedad de la acción penal, al conducir precisamente al contraproducente efecto de extinguirla o entorpecerla⁷⁰.

3.4) TOMA DE POSICIÓN: LA FORMALIZACIÓN NO ES UNA *CONDITIO SINE QUA NON* PARA EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

Los inconvenientes antes relatados para que el instituto previsto en el art. 186 del CPP constituya una efectiva solución que posibilite el posterior forzamiento de la acusación por el querellante conforme al art. 258 del CPP, deben hacernos volver sobre los fines de garantía que cumple el acto de la formalización, para indagar si algún otro acto imputativo puede satisfacer los mismos de igual o mejor modo, pero que no quede entregado en los hechos a la discreción del MP.

En este punto, desde la vereda de las garantías del imputado –y no de los intereses de la persecución a que alude el inc. 2° del art. 230 del CPP–, debe reiterarse que la imputación que se materializa mediante la formalización posibilita el ejercicio del derecho de defensa del inculpado durante la fase de investigación⁷¹, posibilidad que para ser efectiva, inexorablemente requiere que la acusación no se aparte luego del sujeto y hecho de la imputación –requerimiento de correlación–. En ese entendido, cuanto antes se efectúe esta comunicación, se robustecerá la posibilidad de que el imputado y su defensa interactúen con la Fiscalía y las policías durante la fase de pesquisas, con alguna posibilidad de incidir en los resultados de esta.

Sin embargo, es constatable por cualquier usuario u operario de nuestro sistema de justicia, que en algunos casos el MP tiende a retrasar la formalización de la investigación, asilándose en la investigación desjudicializada, lo que responde a dos órdenes de motivos: primero, de esa forma impide que el sospechoso interrumpa, entorpezca o interfiera en la investigación, y segundo, porque mediante la formalización se efectúa un juicio administrativo previo de probabilidad sobre el curso del proceso, es decir, solo se formaliza cuando el Fiscal cree que la causa podría llegar a algún término diverso al sobreseimiento o a la decisión de no perseverar.

⁶⁷ GANDULFO, Eduardo (2008) “El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la *sobreprotección*”. En: AAVV. *Delito, pena y proceso*. Santiago: Jurídica de Chile, pp. 792 y ss.

⁶⁸ DUCE/RIEGO (2009) 227-228.

⁶⁹ CASTRO (2010) 219.

⁷⁰ Comentando estas propuestas, v. SALAS (2009) 49 y ss.

⁷¹ Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7° del CPP.

Eso ha producido que la formalización, no pocas veces, en una línea de tiempo imaginaria trazada a lo largo del proceso, sea más cercana a la acusación que a la *notitia criminis*, desnaturalizando por completo el espíritu de esta institución, sirviendo solo a los intereses persecutores del MP, en desmedro de los propios de los sujetos sometidos a pesquisa. En efecto, la formalización traiciona su objeto si el Fiscal puede desarrollar toda su investigación a espaldas del acusado, y una vez agotada, formalizar, cerrar esta etapa y acusar, escenario en el cual el imputado no podrá hacer uso de la herramienta del art. 257 del CPP, solo restándole la poca útil salida que le reserva el art. 278 del mismo texto –suspensión de la audiencia de preparación de juicio oral por 10 días para presentar prueba–.

Cabe enjuiciar entonces de qué manera real y sustantiva una imputación efectuada a través del acto de formalización en las condiciones antedichas, verdaderamente contribuye o facilita al ejercicio del derecho de defensa del imputado, y no es en cambio, más que una mera formalidad o ritualidad que bajo el pretexto de proteger o garantizarlo, no busca sino entorpecerlo y dificultarlo⁷².

Las razones enunciadas son suficientes para impulsar una nueva mirada a esta problemática, y abrir el espectro de imputaciones que pueden servir a los fines indicados, esto es, posibilitar la defensa del imputado durante la etapa de investigación. Por cierto que otro criterio será el apropiado cuando se busque por el MP o los querellantes particulares la imposición de alguna medida cautelar, personal o real, sobre la persona o bienes del imputado, pues en ese caso cabe demandar un alto grado de precisión en el hecho atribuido.

En ese empeño viene bien revisar la distinción entre una imputación en sentido lato y una en sentido formal. Se incluirán en el primer concepto todas aquellas actuaciones que supongan una atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia. Mientras que en sentido formal, será imputación el acto judicial garantizador de que el imputado solo será enjuiciado cuando concurren indicios de responsabilidad racionalmente suficientes, que se configura como un requisito de procedibilidad para la apertura del juicio oral, aunque junto a él es necesario que alguien distinto al juez (MP, querellante) esté dispuesto a solicitar esa apertura⁷³.

⁷² Tal defecto se observa en la SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.9.2013, la que, no obstante reconocer que la formalización de la investigación cumple una función de garantía para el imputado al materializar prematuramente su derecho de información y consecuente preparación de la estrategia defensiva, sin embargo ninguna exigencia temporal impone para esta actuación, es decir, no repara si esta actuación se lleva a cabo realmente al inicio de la investigación, conformándose la Corte con que se realice antes de la acusación.

⁷³ MONTÓN (2013) 226-227.

Llegado a este asunto resulta fácil inferir que el actual esquema del proceso penal local no prevé una imputación en sentido formal, sino solo en sentido lato, siendo la principal de estas la formalización de la investigación, mas no la única, pudiendo identificarse varias otras en el procedimiento ordinario, siempre desde una perspectiva de garantía del derecho de defensa, que operan de manera inmediata y sin necesidad de resolución judicial que atribuya formalmente dicha condición⁷⁴, tal como por lo demás lo recogió nuestro codificador procesal, al comprender en el art. 7° como imputación cualquiera atribución de participación en un hecho punible, sin limitar su origen a la autoridad judicial.

Entre esas otras imputaciones en sentido lato, distintas a la formalización de la investigación y acordes con el texto del art. 7° precitado, puede mencionarse la información que debe proporcionar el Fiscal al imputado antes de tomarle declaración sobre el hecho que se le atribuye y otras circunstancias relevantes (art. 194 del CPP), la medida cautelar de detención respecto de determinada persona (art. 94 letra a) del CPP), o la admisión de una querrela que contenga indicación precisa de responsable (art. 113 letra d) del CPP)⁷⁵.

Enfoquémonos en la última actuación mencionada. Una querrela suficientemente precisa en cuanto a los hechos atribuidos así como respecto a la persona contra quien se dirige, debida y fehacientemente notificada a través del tribunal, permitirá al imputado-querrellado tomar conocimiento de los hechos que se investigarán, procurarse defensa letrada o solicitar su designación al juez, o en último término, designarla oficiosamente el tribunal una vez proveído el libelo, e igualmente pedir directamente al JG que cite a una audiencia, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación (arts. 93 letra d) y 98 del CPP). Es más, como se viene defendiendo, puede conseguir que se ordene al Fiscal informar acerca de los hechos objeto de la investigación, según el art. 186 del CPP. En esos términos y bajo esas condiciones, la comunicación de los hechos atribuidos al imputado a través de la querrela puede resguardar suficientemente el derecho de defensa de este, de manera que adquiera oportuna noticia de la imputación, y pueda en el intertanto con la acusación –producto del forzamiento del querellante–, hacerse de medios de prueba o planificar su estrategia de defensa⁷⁶.

⁷⁴ ASENCIO (2012) 70. Agrega este autor que la resolución judicial en la que se determine la persona y los hechos en que se basa la imputación es presupuesto solo para la limitación de derechos del imputado, nunca para que este ejercite su defensa.

⁷⁵ Respecto de la adquisición de la condición de imputado en el sistema español, a la luz del actual art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, v. MARTÍN (2005) 295; GIMENO, Vicente (2012) *Derecho Procesal Penal*. España: Civitas, 2012, pp. 71-72; y, MONTÓN (2013) 226, citándose por este último sentencias del Tribunal Constitucional español.

⁷⁶ Sin reparar en la adecuada notificación de la querrela al imputado, los jueces disidentes en SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, manifiestan que “*la satisfacción de la obligación*

Claro que bajo esta hipótesis será exigencia insalvable la debida correlación entre los hechos y responsables indicados en la querrela y aquellos que luego conformarán el objeto de la acusación, sin perjuicio de que, así como el MP para evitar afectar dicho principio –correlación formalización-acusación– puede corregir la imputación según la marcha de la investigación⁷⁷, el querellante pueda igualmente ampliar o precisar su querrela en las mismas circunstancias y bajo las exigencias ya mencionadas. Sobre esto, nada más repárese que en los procedimientos por delitos de acción privada (arts. 400 y ss. del CPP) –así como en el procedimiento simplificado el requerimiento–, es precisamente la querrela la utilizada para el cotejo con la sentencia a efectos de determinar la congruencia, como acertadamente ha sentenciado nuestra jurisprudencia, la que la somete a las mismas exigencias de la acusación⁷⁸.

Incluso en nuestro ordenamiento algunos procedimientos van más allá, y toleran la formulación de acusación sin que esta sea precedida ni de formalización ni de ningún otro tipo de imputación. En efecto, en los procedimientos simplificados y monitorios llevados adelante por el MP, no se exige a este efectuar algún tipo de imputación previa a quien posteriormente es requerido⁷⁹.

Es a la lógica de garantías a la que apelamos, acomodándola a la particular configuración de nuestro proceso penal, en el que no todas las imputaciones provienen del órgano decisor y, al contrario, las que constituyen los hitos trascendentales del proceso (formalización, requerimiento y acusación), vienen de una autoridad administrativa independiente como

de congruencia que grava al acusador se soluciona confrontando la querrela y acusación deducida una vez autorizado su forzamiento, actuaciones que permiten hacer efectivos los derechos de información y defensa que la formalización de la investigación cautela, así como los límites fácticos a los que deben sujetarse los juzgadores para emitir la decisión que les ha sido válidamente requerida mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico procesal coloca a disposición del ofendido y de las personas que la ley señala". Una posición abiertamente contraria a analogar para estos efectos la comunicación realizada mediante la querrela a aquella correspondiente a la formalización, en SCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.249-2006, de 17.11.2006.

⁷⁷ La llamada "re-formalización" es admitida por nuestros tribunales mientras no se encuentre cerrada la investigación, v. SCA de Stgo., ROL N° 738-2006, de 23.05.2006 y SCA de Coyhaique, ROL N° 43-2004, de 15.07.2004.

⁷⁸ v. SCA de Stgo., ROL N° 2.197-2007, de 23.10.2007.

⁷⁹ Si se rebatiera que el carácter generalmente pecuniario de las penas adjudicadas mediante un procedimiento monitorio justifican, en aras de la eficiencia en la persecución criminal, hacer caso omiso a las garantías de defensa que resguardaría una imputación previa, tal razonamiento no sería extrapolable al procedimiento simplificado, en el que se puede sancionar hasta con penas de 540 días de presidio efectivo, y menos aún al procedimiento de acción privada donde la ley no establece un máximo de sanción como límite de competencia, pudiendo por ejemplo, respecto de los delitos prescritos en el DFL 707 de 1982, Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, sancionarse hasta con 5 años de presidio efectivo, por ejemplo, v. SJG RIT N° 11534-2013, RUC N° 1310031783-9, que condenó al querrelado por un delito de giro fraudulento de cheques, a la pena de 600 días de presidio menor en su grado medio.

el MP. De ese modo, la interpretación postulada por nuestro Tribunal Constitucional como por parte de la doctrina nacional para dar salida al dilema antes enunciado, ni es la única posible, ni la constitucionalmente más adecuada, siendo preferible poner atención en los fines informadores del instituto de la formalización, y sobre aquellos otros actos procesales que, con los resguardos antes reseñados, puedan realmente actualizarlos.

Hay que prevenir que prescindir de la formalización para posibilitar el forzamiento de la acusación por el querellante, en consonancia con lo que más arriba explicamos, no supone afectar o menoscabar el ejercicio del derecho de defensa del imputado no formalizado, pues para nuestro ordenamiento adjetivo, el *status* de imputado no se adquiere con la formalización de la investigación, sino desde “*la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*” (art. 7° del CPP), lo que le permite ejercer desde ese momento las facultades, derechos y garantías que el ordenamiento le reconoce⁸⁰.

A fuerza de lo que se lleva dicho, se discrepa de la interpretación que se vale exclusivamente del elemento gramatical para desentrañar el sentido del texto contenido en el inc. final del art. 259 del CPP, según el cual: “*La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica*”, de lo que mayoritariamente se ha colegido que es indispensable la formalización como antecedente de la acusación⁸¹, pues este tipo de lecturas debe superarse y corregirse por aquellas sistemáticas que se ajustan de mejor manera a un entendimiento global de nuestro proceso, así como de las funciones de cada uno de sus operadores⁸².

⁸⁰ v. CAROCCA, Alex (1998) *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona: Bosch, p. 201; HORVITZ (2005) T. I, 223; DUCE/RIEGO (2009) 133; y, en la doctrina comparada MAIER, Julio (2003) *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos procesales*. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 47.

⁸¹ v.gr. SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013: “*el análisis de las diversas hipótesis que plantea el artículo 258 del Código Procesal Penal para habilitar a la presentación de una acusación suponen, en concepto de este tribunal, la existencia de una formalización previa, ya que entenderlo de otra manera implicaría privar de sentido a lo dispuesto en el inc. final del artículo 259 del código del ramo, cuando prescribe que ‘la acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación’, idea reforzada a propósito de la acusación particular en el artículo 261, al habilitar al querellante para plantear una calificación de los hechos o una participación del acusado distinta de la propuesta por el persecutor, solicitar una pena diversa o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación; y a lo establecido en el inc. 3° del artículo 258, que impone al querellante la carga de formular su acusación en los mismos términos que se establecen para el Ministerio Público, esto es, cumpliendo las mismas condiciones que gravan a éste, entre las que se encuentra la de sujetarse a los términos de la formalización de la investigación*” (la cursiva es nuestra).

⁸² No ha faltado oportunidad a nuestra jurisprudencia para afirmar que otras actuaciones desarrolladas durante la etapa de investigación pueden cumplir similar función y generar los mismos efectos de la formalización, alejándose del aparente estricto tenor literal de la norma. En efecto, en una primera aproximación la jurisprudencia estimó que únicamente la

Finalmente, al postular la posibilidad de prescindir de la formalización frente a una querrela que se presente en los términos que hemos definido, como vía alternativa que permita operar el ulterior forzamiento de la acusación por la parte querellante ante una discrecional negativa a formalizar la investigación por el MP, no se ha querido abrir la puerta para que los particulares, mediante el forzamiento de la acusación promuevan acusaciones infundadas o destempladas que no consigan más que agotar innecesariamente escasos recursos públicos y exponer inmerecidamente a alguien a un juicio⁸³, sino por el contrario, permitir que aquellas que tengan un sustento serio y que hasta hoy no han prosperado ante el discrecional cometido del MP, puedan ser conocidas por el tribunal de enjuiciamiento y decididas por este.

Para concluir lo anterior, atendido el carácter facultativo de la decisión del juez para disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, sostenemos que el procedimiento de forzamiento de la acusación debe suponer un juicio de mérito efectuado por el juez antes de autorizar al querellante a ocupar el lugar del MP. Así, dentro de los extremos que deberá supervisar el juez, precisamente se encuentra el verificar que exista una imputación previa de suficiente entidad y contenido, que permita asegurar que durante el período previo a la acusación, el imputado tuvo la posibilidad de conocer los cargos que se le atribuyeron y de preparar oportunamente su defensa.

formalización suspendía la prescripción de la acción penal, por disponer el art. 233 del CPP que “*La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal*”. Pues bien, esta interpretación hoy ha sido relativizada al comprender nuestros tribunales superiores que hay diversa actividad persecutora suficientemente definida contra el imputado, distinta a la formalización, que también suspende el cómputo de la prescripción, como precisamente, la querrela. v.gr. SCS, ROL N° 2.693-2006, de 13.06.2006: “*4.- Que de las disposiciones legales citadas se desprende que la querrela se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y que, además de constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en quien la formula –asumiendo el rol de querellante– la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes; todo lo cual permite concluir que la querrela, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del Código punitivo*”. v.t. SSCS, ROL N° 5.362-2003, de 19.02.2004, ROL N° 6.268-2008, de 16.12.2008 y ROL N° 4.064-2009, de 27.10.2009; SSCA de Stgo., ROL N° 1.516-2009, de 03.08.2009, ROL N° 481-2011, de 25.04.2011, y ROL N° 2.131-2011 de 02.11.2011; y, SCA de Antofagasta, ROL N° 217-2006, de 16.12.2006.

⁸³ Como discierne CARNELUTTI (s.a.) 146, la precedencia del juicio propio de la imputación al juicio definitivo que ha de conseguirse en el debate, no se explica sino por la necesidad de no exponer a la pena del debate a quien no la merece y, por lo tanto, de permitir el debate solo cuando la deliberación de las pruebas excluye el peligro de que el procedimiento siga contra quien ya se demuestra inocente.

4) SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

En virtud de este instituto⁸⁴, el Fiscal, con la venia del imputado, podrá solicitar al JG la suspensión del procedimiento por un lapso de 1 a 3 años, período durante el cual el encartado cumplirá las condiciones que disponga el tribunal, elegidas de un pliego que contempla la ley. Son requisitos copulativos de este instituto los siguientes: que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de 3 años de privación de libertad, que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y, no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso (art. 237 del CPP). La ley prescribe un techo de pena en relación a la sanción concreta a que se expondría el imputado en un juicio⁸⁵, lo que supone considerar el *iter* del delito, el tipo de participación, las modificatorias concurrentes y otras circunstancias que alteren la pena. De ese modo, esta salida alternativa no está excluida en abstracto para ningún delito, solo exigiéndose que respecto de algunos de especial gravedad que enumera taxativamente la ley⁸⁶, se cuente anticipadamente con la venia del Fiscal regional.

4.1) CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE PROCEDENCIA

El control judicial que mandata el legislador sobre los elementos normativamente reglados para esta salida alternativa, debiera excluir la discrecionalidad u oportunidad que el Fiscal pudiera desplegar a través de ella, o reducirla a niveles relativamente escasos e irrelevantes. Sin embargo, eventuales tergiversaciones en la proposición de los hechos y del derecho aplicable por parte del MP, así como la pasividad en su enmienda por parte del órgano jurisdiccional, permitirían aplicar esta salida alternativa a hechos punibles que no se ajustan a los requerimientos legales ya enunciados, vulnerándose de ese modo el principio de legalidad y particularmente el deber de perseguir penalmente hasta su enjuiciamiento dichos ilícitos.

⁸⁴ Que los autores MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 18, definen como “*un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, que tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término del litigio penal pendiente respecto de un delito de acción penal pública en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la resolución que concede el beneficio*”.

⁸⁵ Así se dejó constancia en el Segundo Informe de la Comisión del Senado.

⁸⁶ Homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los arts. 361 a 366 bis y 367 del CP y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas.

Para ilustrar nuestras aprensiones, revisemos el siguiente caso. En causa RUC N° 1201272323-5, del JG de Colina, con fecha 24 de diciembre de 2012, se formaliza por los siguientes hechos: “El día 24 de diciembre de 2012, siendo aproximadamente la 01:00 horas de la madrugada, en circunstancias que la víctima (---) transitaba por calle Juan Maisonavé al llegar a la intersección con Av. Francia en la comuna de Lampa, fue interceptado y abordado por los imputados (---) quienes en primera instancia se dedicaron a rodear a esta persona, obstruyéndole el paso con el fin de confundirlo a través de esta maniobra, para posteriormente y conjuntamente y de manera ágil sustraer conjuntamente los tres imputados a la víctima 01 par de zapatillas marca Adidas que la víctima tenía consigo.” Estos hechos fueron calificados por el MP como robo por sorpresa con el objeto de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la que fue acogida por el JG. Rápidamente se advertirá que los hechos y su calificación –correspondiente en verdad a un delito de robo con intimidación– se acomodaron por el MP con dicho objeto.

Situaciones como la extractada importan un fraude a la ley, pues para evadir la aplicación de una norma prohibitiva, como lo es el art. 237, inc. 3° letra a), del CPP, en cuanto impide esta salida alternativa si la pena que pudiere imponerse al imputado excediere de tres años de privación de libertad, se acoge a una norma de cobertura, en este caso, el art. 229 del mismo Código, que en la realidad del proceso ha entregado a la discreción del MP la formalización de la investigación, actuación que será determinante para el examen de admisibilidad posterior de la suspensión del procedimiento.

La omisión del órgano jurisdiccional de corregir dicha situación, pasa por alto la facultad que la ley le concede para “requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesarios para resolver” (art. 237, inciso 2°, del CPP), con lo que la prognosis judicial de la pena probable a que se expone el imputado se efectuaría de manera mecánica, sobre la base de los hechos imputados en la formalización de cargos previamente librada por el Fiscal y, como corolario, las lagunas e imperfecciones ya advertidas en la regulación de esa institución que impiden su adecuado control judicial, incidirían sustancial e indebidamente en la procedencia de esta salida alternativa respecto de ilícitos que, de haber sido correctamente delineados en la imputación, no habrían podido someterse a ella.

En efecto, el juez debe fijarse en los hechos de que dan cuenta los antecedentes investigativos recopilados por el MP, y no solo en los discrecionalmente expuestos en la formalización de la investigación, pues esta actuación tiene un carácter provisorio, pudiendo ampliarse y modificarse según la marcha de las pesquisas⁸⁷. Un escenario procesal distinto se pre-

⁸⁷ En el mismo sentido, JIMÉNEZ, María A. (2004) *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal. Estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago: Centro de Documentación Defensorial.

sentará cuando se inste por esta salida alternativa una vez clausurada la investigación, pues en ese evento la pena que pudiera sufrir el requerido o acusado es solo aquella derivada de los hechos del requerimiento o acusación, respectivamente, hechos que el principio acusatorio impide exceder al sentenciador en una eventual condena⁸⁸.

Factor relevante para forjar tal contexto, lo constituye el que la ley no exija un grado de avance o progreso en la investigación para proponer la suspensión del proceso, dando un cuestionable margen para que el MP plantee esta salida temprana y discrecionalmente, a fin de evitar recopilar antecedentes que llevarían a configurar un delito o circunstancias modificativas que acarreen una sanción cuya cuantía exceda el marco legal de la suspensión⁸⁹.

En lo que respecta a las calificaciones jurídicas contenidas en la solicitud del Fiscal (delito, grado de desarrollo, participación, etc.), no es función adscrita al JG resolver el fondo jurídico del asunto, sino solo verificar su plausibilidad jurídica, tal como se ha argumentado por la doctrina, que se apoya en la alusión en el texto de la ley a la pena que

ría Penal Pública, p. 17, señala que los extremos de esta salida deben “*ser examinados por el juez de garantía, el que debe velar por la legalidad del procedimiento*”. Para HORVITZ (2005) T. II, que escribió antes de la Ley N° 20.074 inclusiva de la facultad para requerir del MP los antecedentes que el JG estimare necesarios para resolver, en relación a las circunstancias atenuantes invocadas por ese organismo, señalaba que bastaba con que tales circunstancias fueran acreditadas “*de modo fidedigno y suficiente*”.

⁸⁸ En sentido contrario v. SCA Rancagua, ROL 347-2009, 26.11.2009, que revoca la suspensión condicional del procedimiento pactada en la audiencia de procedimiento simplificado, por no encontrarse todavía claramente establecida la gravedad del hecho con los antecedentes que le fueron proporcionados, descuidando que ya no existía oportunidad procesal –distinta al juicio oral– de aportar otros que permitieran modificarlos, de manera que, de dictarse sentencia condenatoria, esta no podría recaer sobre hechos sustancialmente diversos en perjuicio del imputado.

⁸⁹ Al respecto, el Fiscal Nacional, en su Instructivo N° 36, de 15.12.2000, instruyó a los fiscales “*para que realicen el análisis de la posibilidad de aplicación de esta medida, solo una vez que cuenten con todos los antecedentes necesarios para ello, debiendo requerir especialmente el certificado de antecedentes penales, corroborar la pena que la ley penal asigna al delito, la calificación jurídica de la participación que le ha cabido al imputado, así como el grado de desarrollo del hecho punible y el estudio de las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso concreto y la forma como influyen en la determinación de dicha pena*”, agregando que, “*en términos generales, resultará prematuro y arriesgado, plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización*”, v. MINISTERIO PÚBLICO (2001) 204. Contrariando tal instrucción, consta en SCA Santiago, ROL N° 1667-2009, de 8.9.2009, que el MP “*reconoció que incurrió en un error en la audiencia de control de detención, al no haber solicitado informe sobre el estado de las lesiones y al haber accedido, sin mayor análisis, a la suspensión condicional del procedimiento sin haber oído a la víctima*”, y frente a ello, se declaró que “*En este procedimiento ni el Ministerio Público ni el Juez de Garantía han dado cabal cumplimiento a las obligaciones que a ambos impone el artículo 6° [CPP], toda vez que la audiencia de control de detención se verificó sin la presencia de la víctima, sin que constara las razones de su ausencia y sin que el Ministerio Público hubiera recabado los antecedentes necesarios para determinar el efectivo y real estado de salud de aquella.*” En el fallo precitado, las circunstancias referidas justificaron en opinión del tribunal de alzada a revocar la decisión del JG que declaró inadmisibles la querrela interpuesta con posterioridad a la suspensión condicional del procedimiento.

“pudiere” imponerse al imputado, esto es, a la pena posible, y, en que es el Fiscal quien está en mejor condición para apreciar la concurrencia de los factores que inciden en la determinación de la sanción y para valorar los hechos que se encuentra en condiciones de probar en un juicio oral⁹⁰.

4.2) CONTROL DEL OFENDIDO

Si el querellante asiste a la audiencia en que se discutirá la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento, debe ser oído, pero su anuencia no es necesaria para la aprobación del acuerdo⁹¹, por lo que la capacidad de la víctima para coadyuvar al control de la obligatoriedad de la persecución está limitada a hacerse oír en la audiencia en que ello se debata⁹², a la apelación de una resolución que acoja incorrectamente la suspensión del proceso⁹³, y a instar por la revocación de la suspensión condicional si se dan los supuestos legales para ello (arts. 237 y 239 del CPP). El segundo informe de la Comisión del Senado, dejó constancia que se excluyó a la víctima de aquellos intervinientes que debían prestar su acuerdo a la suspensión condicional del procedimiento, al prever erróneamente que el Fiscal se encargaría o velaría adecuadamente de sus intereses: *“la víctima ya está informada por el fiscal de sus derechos, medida que fue incluida por la Comisión, y tiene otras instancias de reclamo, por lo que no se justifica incorporarla en el procedimiento”*. En contraposición, obsérvese que en el resto de las manifestaciones reguladas del principio de oportunidad, el consentimiento –expreso o tácito– de la víctima es esencial, así en el principio de oportunidad estricto del art. 170 del CPP, su sola manifestación de voluntad dará lugar a que el tribunal ordene la

⁹⁰ MERA (2004) 249. DUCE/RIEGO (2009) 322-323, exponen que el pronunciamiento judicial debe precisamente limitarse al aspecto jurídico, esto es, a la razonabilidad y plausibilidad de la calificación jurídica –y pena probable– de los hechos tal cual como han sido comunicados en la formalización. En SCA Santiago, ROL N° 1953-2013, 30.08.2013, en un sentido restrictivo para esta salida alternativa, se resolvió que, siendo probable tanto la imposición de una pena inferior como de una superior al límite punitivo establecido en la letra a) del art. 237 del CPP, esta última posibilidad bastaba para desestimar su procedencia.

⁹¹ JIMÉNEZ (2004) 14.

⁹² Como precisan DUCE/RIEGO (2002) 312, la intervención del querellante solo influiría para la determinación judicial de los plazos y condiciones de la suspensión condicional. Por otra parte, se ha resuelto que una suspensión condicional aprobada judicialmente sin escuchar o dar la posibilidad de ser oída, a la víctima, contradice el art. 78 letra d) del CPP, norma que impone como carga al MP la obligación de escuchar a la víctima cuando deba de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento, o su terminación por cualquier causa, así SCA de Stgo., ROL N° 810-2008, de 6.5.2008. Respecto de la oportunidad para escuchar a la víctima v. MINISTERIO PÚBLICO (2001) 205.

⁹³ Una visión crítica frente a la concesión de recurso de apelación a la víctima y al querellante sostiene HORVITZ (2005) T. I, 294, por cuanto “interfiere en el diseño de la política criminal decidida por el propio legislador en la regulación de esta salida alternativa, subordinándose este interés público al privado de la víctima”.

continuación de la persecución, y en el acuerdo reparatorio el ofendido es una de las partes que concurren a su celebración; incluso la ley faculta al querellante forzar la acusación que el MP no está dispuesto a llevar adelante a fin de permitirle materializar su derecho a accionar penalmente. Sin embargo, el instituto analizado levanta una barrera infranqueable al derecho de la víctima a ejercer la acción penal, materia esta que nuestra jurisprudencia constitucional no ha desarrollado con la profundidad que merece, y que la doctrina tampoco ha mirado con interés⁹⁴.

Por último, el deber de ejercer la acción penal, suspendido con la aprobación de la salida alternativa en examen, revive si el imputado incumple, sin justificación, grave o reiteradamente, las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, debiendo previamente el Fiscal obtener del juez la revocación de la suspensión condicional decretada y la orden de continuar la sustanciación del proceso. La pertinencia de esta solicitud de revocación de parte del MP, en teoría al menos, no es discrecional ni queda entregada a criterios de oportunidad, sino que, concurriendo los presupuestos para la revocación, el Fiscal tiene el deber de impulsar la continuación de la persecución, y de no hacerlo, simplemente incumple su obligación de promoción.

5) ACUERDOS REPARATORIOS

Los acuerdos reparatorios son esencialmente el reflejo de una redistribución del poder entre lo público y lo privado, pero que no afectan el principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que serán en suma los tribunales los que van a controlar sus resultados, y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado⁹⁵.

⁹⁴ En STC, ROL N° 1.244-2008, de 2.6.2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Cosmética vegetal S.A. respecto de los artículos 230 inciso primero y 237 inciso antepenúltimo en causa ruc N° 0710010844-K y RIT N° 4428 – 2007 del 4° Juzgado de garantía de Santiago, en el voto disidente (cons. 20°), al respecto se expresó que, *“en la medida que los bienes jurídicos privados de que se dispone en una suspensión condicional son de titularidad del querellante, no resulta racional ni justo que se le imponga dicho acuerdo contra su voluntad y que por efecto de ello la ley lo prive de la prosecución del ejercicio de la pretensión penal que la Constitución le otorga de manera expresa. El derecho a ser oído en la audiencia y a apelar son insuficientes para cumplir el estándar del bloque de garantías procesales penales de la víctima en la suspensión condicional, pues carecen de contenido suficiente y son ineficaces para tutelar el interés del querellante, en la medida que su argumentación y su oposición no son conducentes a la disposición de sus bienes jurídicos, no resultan relevantes ni necesarias y, por otro lado, a causa de lo mismo, la apelación solo podrá fundarse en vicios de procedimiento y en no ser el delito uno de aquellos que pueden ser objeto de salidas alternativas, lo que además dependerá de lo que el fiscal haya formalizado más que de la acción ejercida en la querrela”*.

⁹⁵ Así lo manifiesta BARONA, Silvia (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 258, en relación a la mediación penal.

Nuestro ordenamiento los disciplina como convenios celebrados entre el imputado y la víctima para poner término al proceso, y de paso, extinguir la responsabilidad penal del primero, los cuales solo pueden referirse a hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (art. 241 del CPP)⁹⁶.

Cuando el Fiscal actúa sin atender a las condiciones legales sabidas y, por tanto, en oposición al principio de obligatoriedad de la acción penal, ello no deja de abrumar, pues con la incorporación de esta institución se quiso dejar atrás los mecanismos informales de composición que la legislación anterior no consagraba. Como recuerda Horvitz⁹⁷, ciertas prácticas de “baja visibilidad” de los tribunales de justicia mostraban que en el ámbito de determinados delitos, especialmente patrimoniales, la transacción entre imputado y víctima y el posterior desistimiento de esta conducía, en forma prácticamente indefectible, al sobreseimiento temporal de la causa.

Como se indicó, estos acuerdos pueden recaer en hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. Sobre lo que podría aludir la expresión poco feliz del legislador “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”, la doctrina no es uniforme⁹⁸, reconociendo

⁹⁶ MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 19, definen esta salida alternativa como “*un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el imputado y la víctima dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, cuyo fin es convenir la reparación de las consecuencias causadas por el delito y poner término al litigio penal pendiente respecto de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos*”. Para un completo examen de este instituto v. PIEDRABUENA, Guillermo (2003) *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Fallos del Mes, pp. 211 y ss., y sobre su fundamento v. AGUILAR (2004) 380. Nuestra jurisprudencia también ha intentado definir los fines y objetivos de esta institución, señalándose, por ejemplo, en SCA de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 7.2.2008 que “*es un reconocimiento que el legislador ha efectuado a los derechos de la víctima y a la importancia de resolver conflictos jurídicos penales, mediante acuerdos que dejen en lo posible incólume al perjudicado con el delito y que se restrinja racionalmente el ius puniendi estatal, en beneficio de la sociedad toda, de modo que este se aplique preferentemente a las ocurrencias delictivas de mayor gravedad, a las que afecten a los sectores más vulnerables de la comunidad y a las que, por su pertinaz repetición, menoscaben efectivamente el sentimiento de seguridad jurídica entre los justiciables y su confianza en el imperio del ordenamiento jurídico*”. De manera similar en SCA de Antofagasta, ROL N° 147-2008, de 11.7.2008. Sobre la reparación como tratamiento penal, en el derecho comparado, v. ARMENTA (2012) 161 y ss.

⁹⁷ HORVITZ, María Inés (1997) “Ministerio Público y selectividad. Pena y Estado”. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Año 2, N° 2, p. 114. v.t. JIMÉNEZ (2004) 22, n. 28.

⁹⁸ DUCE/RIEGO (2002) 328-329 y DUCE/RIEGO (2009) 342, señalan que del estudio de la discusión parlamentaria, la expresión finalmente aprobada, “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”, tuvo claramente por intención limitar la cláusula a los delitos contra la propiedad no violentos; NÚÑEZ (2003) T. II, 137, por su parte, explica que “*bienes jurídicos disponibles son, en síntesis, aquellos que por su relativo resultado dañoso y trascendencia social o su carácter esencialmente patrimonial, son susceptibles de ser reparados mediante el pago de indemnizaciones pecuniarias*”; y, MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 641, propugnan que,

do que “subsiste un espacio de interpretación”⁹⁹, y que con esa expresión “*la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdos reparatorios*”¹⁰⁰. Como era de esperar, lo inasible del concepto aludido, en la práctica del sistema, no ha hecho sino develar nuevos flancos del principio de legalidad, pues facilita la celebración de acuerdos reparatorios por víctimas e imputados con relación a hechos penales que el MP debiera perseguir¹⁰¹.

Parecido a lo revisado en relación a la suspensión condicional del procedimiento, el tenor de la formalización que efectúa el Fiscal tiene incidencia determinante en este asunto, pues, a fin de no entorpecer la materialización y aprobación de este acuerdo, el MP podría acomodar, recortar o reconstruir los hechos de manera tal que terminen encuadrándose en una figura penal respecto de la cual esta salida no esté prohibida, por ejemplo, acortando el período de enfermedad o incapacidad del afectado de manera de transitar desde el delito de lesiones graves al delito de lesiones menos graves.

5.1) CONTROL JURISDICCIONAL DE PRESUPUESTOS PROCESALES

El inc. 3° del art. 241 del CPP ordena al tribunal, de oficio negar aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los ya referidos. No obstante, en la

en general, todo delito atentatorio contra los bienes jurídicos propiedad o patrimonio son susceptibles de acuerdo reparatorio, salvo por ejemplo, aquellos que afectan el Fisco. v.t. MATUS, Jean Pierre (2000) “La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Procedimiento Penal”. *Revista CREA*. Universidad Católica de Temuco. N° 1, pp. 136-137; PIÉDRABUENA (2003) 222 y ss.; AGUILAR (2004) 383-384; y CORNEJO, Aníbal (2009) *Derecho Procesal Penal*. 4ª ed. Santiago: El Jurista, p. 120.

⁹⁹ DUCE/RIEGO (2009) 342.

¹⁰⁰ HORVITZ (2005) T. I, 571.

¹⁰¹ Manifestación de los difusos contornos del concepto en cuestión, es la diversidad de criterios que es posible hallar entre nuestros tribunales al precisar los delitos que comprende. Así, por ejemplo, en relación al delito de robo en lugar habitado, las SSCA de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 7.2.2008 y ROL N° 147-2008, de 11.7.2008, estimaron que no obstante su carácter pluriofensivo, el bien jurídico que lo determina es la propiedad, y por tanto puede ser objeto de esta salida alternativa. También se resolvió su procedencia en SCA de La Serena, ROL N° 2-2005, de 26.1.2005, mientras que de manera un tanto ecléctica el mismo tribunal indica en ROL N° 299-2008, de 28.10.2008 que es el propio carácter pluriofensivo de dicho delito el que permite concluir la existencia de un interés prevalente en su persecución que impide la celebración de esta salida alternativa. Mientras, en SCA de Pro. Montt, ROL N° 200-2012, de 10.8.2012 se desestimó este acuerdo por el carácter pluriofensivo del delito aludido. En relación al delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad la SCA Stgo., ROL N° 1.187-2007, de 6.6.2007 confirmó la resolución que aprobó esta salida, mientras en sentido contrario se pronunció el mismo tribunal en causa ROL N° 531-2008, de 14.4.2008. En esta última dirección v.t. resolución del JG de Rancagua, RUC N° 1000123409-4, de 28.4.2010.

práctica, el ejercicio efectivo de este poder se dificultará en tanto el órgano jurisdiccional no está facultado para requerir del MP los antecedentes que estimare necesarios para resolver, como sí lo está para dirimir la procedencia de la suspensión condicional del proceso¹⁰², y tampoco contará con una de las partes requiriendo su enmienda, pues la víctima justamente estará interesada en lograr el acuerdo. Con lo indicado se advierte que el JG, en la práctica, no podrá proceder con conocimiento y verificar la efectiva concurrencia de los presupuestos.

Una muestra de acomodo fáctico efectuado por el MP con el fin alentar acuerdos reparatorios fuera de los márgenes legales, podría considerarse el caso seguido ante el JG de Los Ángeles, RUC N° 0400369028-3, de 27 de enero de 2005, donde el MP presentó requerimiento por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad causando daños (art. 115-A de la Ley N° 18.290), y en la audiencia de procedimiento simplificado retira la producción de daños de la descripción fáctica sometida a enjuiciamiento, y se allana a la celebración de un acuerdo reparatorio entre la víctima e imputado respecto de un supuesto delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad¹⁰³.

Pero en contraposición a las limitaciones explicadas, el legislador ordena al juez negar aprobación a los acuerdos reparatorios que versaren sobre hechos en que considerase existente “un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”, cuestión que no parece sino una confusión entre poder político y administración de justicia, pues con su determinación se excedería largamente la discrecionalidad técnica re-

¹⁰² En ese orden, v. SCA de Antofagasta, ROL N° 36-2011, de 26.03.2012: “*Que para los efectos de analizar la procedencia de los requisitos de las salidas alternativas, debe estarse exclusivamente a la objetividad de la imputación que efectúa el Ministerio Público, esto es, los hechos atribuidos en la formalización o en la acusación, según sea el estadio procesal, no resultando procedente analizar la efectividad del acaecimiento de los hechos atribuidos e investigados (---)*”.

¹⁰³ El delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad ocasionando daños, es un delito de varios actos y compuesto, lo primero, por cuanto requiere de dos actos, conducir un vehículo en estado de ebriedad y causar daños, y lo segundo, porque se protegen varios bienes jurídicos, la seguridad en el tránsito o la seguridad pública por un lado, y la propiedad o patrimonio por otro. Sobre los bienes jurídicos tutelados con el delito en comento, v. SILVA, Hernán (2010) *El Delito de Manejar en Estado de Ebriedad*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 41 y ss., y en relación a los delitos de dos actos y compuestos, v. ROXIN (1997) 337. En el caso particular tratado en el texto principal, el juez erradamente avala la actuación del Fiscal aprobando el acuerdo reparatorio, pues la instancia del procedimiento en que se encontraba —ya formulado el requerimiento con enunciación de hechos y antecedentes fundantes— sí le permitía al tribunal desestimar un acuerdo que recaía sobre actos que integraban un delito compuesto y de varios actos, como ya se dijo, respecto del cual no es admisible esta salida por afectar otros bienes jurídicos indisponibles. Por lo demás, el proceder referido contraría lo instruido por el Fiscal Nacional, en el Instructivo N° 62, en el que se manifestó que esta salida alternativa resulta improcedente en “*los delitos por manejo en estado de ebriedad, sean simples o con resultado*”, donde el bien jurídicamente protegido es principalmente la seguridad del tránsito público, de carácter colectivo y, por tanto, imposible de ser calificado como un bien jurídicamente disponible, v. MINISTERIO PÚBLICO (2001) 184.

conocida a los jueces, la que solo permite utilizar criterios que están en el ordenamiento jurídico. Como acierta Montero Aroca¹⁰⁴, el juez no adopta decisiones políticas al servicio de intereses generales, el juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones. Por su parte, Horvitz¹⁰⁵ estima que el fundamento del rechazo de esta salida alternativa reside en razones de prevención, tanto especial como general, poniendo esta autora como ejemplo, a *“fraudes de poca monta pero realizados masivamente por la misma persona afectando el sistema financiero nacional”*¹⁰⁶.

La jurisprudencia, sin embargo, ha sido vacilante para delinear el concepto referido, así por ejemplo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 7 de febrero de 2008, se decide que el concepto de interés público prevalente *“no se trata de antecedentes referidos a condenas anteriores o delitos investigados, porque la ley solo se ha referido a hechos, es decir circunstancias fácticas susceptibles de un acuerdo reparatorio”*¹⁰⁷. Por el contrario, en sentencia del Tribunal de Alzada de La Serena, ROL N° 348-2005, de 23 de diciembre de 2005, se estimó que el haber sido condenado anteriormente el imputado por dos delitos de la misma naturaleza que el que ahora se sometía a acuerdo reparatorio, demostraba la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal¹⁰⁸.

Apuntemos que este motivo de improcedencia del acuerdo reparatorio no se incluía en el Proyecto de CPP presentado por el Ejecutivo, y se añadió en el segundo informe del Senado, según se dejó escueta constancia: *“todo ello apunta a proteger el equilibrio entre los distintos intereses en juego”*.

¹⁰⁴ MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ (1989) 147.

¹⁰⁵ HORVITZ(2005) T. I, 570.

¹⁰⁶ Una enunciación de casos en que concurriría este interés público prevalente en PIEDRABUENA (2003) 233 y ss.; y MINISTERIO PÚBLICO (2001) 175-176.

¹⁰⁷ Con similares fundamentos SCA de Antofagasta, ROL N° 147-2008, de 11.7.2008.

¹⁰⁸ Considerando también las condenas anteriores del imputado para este análisis, en SCA de Antofagasta, ROL N° 36-2011, de 26.03.2012. En SCA de La Serena, ROL N° 119-2004, de 8.7.2004 se pondera igualmente los *“distintos ingresos en fiscalía por hechos punibles de la misma especie”*, y en SCA de La Serena, ROL N° 168-2012, de 7.6.2012 se aclara que *“la situación de reiteración de hechos como los que se investigan como manifestación de la concurrencia del interés público prevalente, no es la única situación en que aquel interés ha de entenderse afectado, sino que es posible desprender su procedencia, conforme la redacción de la citada norma, de otros hechos o condiciones probados, como ha acaecido en la especie”*.

Al respecto, creemos que estos fallos van en la línea correcta en la medida que se advierta que, incluso más allá de la reiteración de la misma figura penal, lo decisivo es la reiteración del mismo tipo de “hechos” que constituyen ese ilícito penal, a fin de no permitir esta salida alternativa a quien se especializa o “profesionaliza” en un determinado método de comisión de un delito, y para quien la prestación comprometida en el acuerdo reparatorio pasa a ser parte de los costos calculados de su actividad criminal.

Pese a las facultades oficiosas del tribunal en aquellos casos en que concurra un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, el MP igualmente debe instar por el rechazo judicial del pacto, esgrimiendo y justificando los antecedentes que lo respalden. Aún más necesaria es dicha proactividad del órgano persecutor, en tanto es costumbre que el juez, desoyendo el deber legal de actuar de oficio en esta materia, desestime el acuerdo únicamente a petición del MP, ya sea que este eche mano a la interpretación auténtica de la ley del contenido de ese interés público –concurrente especialmente en caso de reiteración del hecho investigado–, o se invoquen otras circunstancias analogables. Creemos sin embargo que la pasividad de los jueces en este asunto específico es lo razonable, pues el conocimiento y formulación del plexo de circunstancias ajenas al hecho mismo que pudieran converger en la especie, no debe residenciarse en la actividad jurisdiccional, sino en manos del persecutor público, organismo que debiese articular políticas criminales uniformes sobre este aspecto para nuestro sistema de justicia. Aún más, dilucidar si el imputado ha perpetrado anteriormente el ilícito investigado, necesariamente requerirá la aportación de antecedentes de parte del órgano persecutor (otras investigaciones abiertas en contra del encartado, condenas anteriores, etc.), con lo que de todas formas queda entregado a su iniciativa el bloquear o impedir un acuerdo improcedente.

Coincidente con esta posición se muestran Duce y Riego¹⁰⁹, para quienes el juez debe moverse muy cuidadosamente en relación a esta causal de improcedencia del acuerdo reparatorio, ya que evaluaciones del tipo comentado, por regla general son de potestad del MP, institución estatal encargada de velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal. En este sentido, continúan los autores citados, con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y las persecutorias, los jueces debieran actuar reactivamente tratándose de esta causal, es decir, básicamente solo cuando hubiere una oposición bien fundada del MP a la procedencia de un acuerdo y nunca en forma autónoma o sin reclamo de este.

6) PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Finalmente, la ley autoriza al Fiscal a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mí-

¹⁰⁹ DUCE/RIEGO (2002) 333; y DUCE/RIEGO (2009) 347.

nimo¹¹⁰ o que se tratara de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. A esta salida puede oponerse el ofendido, dejándola sin efecto frente a cualquier manifestación de su interés en el inicio o continuación de la persecución penal (art. 170 del CPP)¹¹¹.

6.1) CONTROL JURISDICCIONAL DE PRESUPUESTOS PROCESALES

Respecto a la supervisión judicial dirigida a verificar que el MP no aplique la oportunidad estricta fuera de las hipótesis legales, debe tenerse en cuenta que antes de la formalización de la investigación, esta decisión del MP se comunica al JG de manera escrita generalmente, haciendo una sucinta relación del hecho denunciado o investigado, sin acompañarse antecedente alguno para el examen judicial, lo que lleva usualmente al órgano jurisdiccional a revisar los presupuestos legales en base a esta información básica que le aporta el MP, permitiendo eventualmente al persecutor público adecuar su relación de hechos a un tipo penal cuya penalidad admita esta salida. Por eso, la previsión del legislador de una intensa y doble revisión sobre esta decisión, que además recaería sobre el mérito de la investigación, resultó inadecuada, si se considera que el segundo informe de la Comisión del Senado apuntaba al respecto que *“para evitar la arbitrariedad o la negligencia de un fiscal adjunto de alguna localidad del país, que ha realizado una investigación poco acuciosa o deliberadamente poco acuciosa, se somete su decisión a revisión por las autoridades judiciales y por sus propios superiores jerárquicos, con lo que se consagra un doble control, que permite asegurar un correcto ejercicio de esta institución”*.

En cambio, una vez ya formalizada la investigación o presentado requerimiento de procedimiento simplificado, el tribunal se estará a los hechos materia de la imputación oficial, y solo si la comunicación se realiza en una audiencia, tendrá mayores posibilidades de recabar antecedentes para una acertada decisión.

En lo que dice relación a la calificación jurídica de los hechos, coincidimos con Mera¹¹² en que el JG solo debe controlar su plausibilidad jurídica y, por otra parte, no obstante los términos de la ley, en los que señala que el juez “podrá” dejar sin efecto la decisión del Fiscal (art. 170, inc. 3º, del CPP), creemos que si la solicitud es manifiestamente errónea o muy dudosa, el juez “debe” dejarla sin efecto.

¹¹⁰ El legislador atiende a la pena abstracta contemplada en la norma penal, y no a aquella resultante de su determinación legal o individualización judicial. NÚÑEZ (2003) T. II, 23, en cambio, postula que para determinar si la pena del delito se encuentra dentro del umbral permitido, deben considerarse los elementos objetivos relativos al *iter criminis* y grado de participación. En este sentido también MINISTERIO PÚBLICO (2001) 185-186.

¹¹¹ Mediante Oficio N° 790/2008 de 22 de diciembre, el Fiscal nacional imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al principio de oportunidad.

¹¹² MERA (2004) 248.

Y en otro orden de consideraciones, aun cuando el principio de oportunidad en sentido estricto está orientado a realizar el principio de la absoluta insignificancia o bagatela, donde desde el punto de vista de la justicia material se presenten casos concretos en que no se observe una lesión tutelable del bien jurídico o una lesión no tutelable por otros medios del ordenamiento jurídico¹¹³, lo cual restringiría considerablemente el campo de discrecionalidad del MP a delitos menores, lo cierto es que el legislador ha limitado solo el máximo de la pena mínima asignada al delito (540 días de presidio o reclusión), pero no así su tope superior, razón por la que pueden incluirse ilícitos que tienen aparejadas sanciones que ya no podrían calificarse razonablemente como de bagatela, tales como la receptación (cuyo marco abstracto alcanza los 5 años de presidio)¹¹⁴.

Por último, se suele afirmar que la posición de la víctima se encuentra reforzada frente al ejercicio discrecional por parte de los Fiscales del principio de oportunidad, porque cualquier manifestación de su voluntad ante el JG que exprese su interés en la persecución penal determinará el inicio o la continuación del procedimiento, al así preceptuarlo el inc. 3º del art. 170 del CPP¹¹⁵. Esta posición pasa por alto que si el Fiscal instructor, pese a la oposición de la víctima, estima discrecionalmente que los hechos no ameritan la persecución penal estatal, simplemente comunicará más adelante su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) del CPP), institución que se ha utilizado indiscriminadamente para encubrir decisiones que no dicen relación con el mérito jurídico o fáctico de la investigación, relativizándose el poder de control de la víctima sobre la actividad o pasividad del MP en esta primera fase del proceso.

En suma, tal como se expresó respecto de la suspensión condicional del procedimiento, aun cuando la discrecionalidad del Fiscal sea acotada por los elementos reglados de este instituto, la dificultad para controlar estos, aumenta correlativamente el margen de discreción que ya en sí compone esta salida alternativa.

7) CONCLUSIONES

Hemos revisado cómo en la práctica del sistema, el principio de obligatoriedad de la acción penal se ve en entredicho, con la aplicación

¹¹³ CONDE-PUMPIDO (1989) 294-295. CHAHUÁN (2007) 74, precisa que no obstante la eliminación de la referencia explícita a la “insignificancia” del hecho como motivo de no compromiso del interés público, se mantiene el criterio aludido.

¹¹⁴ CASTRO (2010) 209, es incluso partidario de aumentar el umbral punitivo del art. 170 del CPP, a fin de incorporar nuevos delitos a esta salida, cambio que se justificaría por una no comprobada “madurez alcanzada por el Ministerio Público.”

¹¹⁵ v. HORVITZ (2005) T. I, 292.

de criterios de discrecionalidad por parte del MP que van más allá del espíritu de la ley y generan consecuencias que de alguna forma afectan los derechos de los intervinientes, como en el caso del archivo provisional, de la decisión de no iniciar investigación, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios y la aplicación del principio de oportunidad, en que el control administrativo por parte del Fiscal Regional, el control del ofendido, o el control jurisdiccional, dependiendo del caso, resultan insuficientes para asegurar que la decisión del MP no se base en criterios ilegítimos o apreciaciones erróneas.

Especial importancia toma esta problemática en la formalización de la investigación, ya que esta será determinante para la aplicación de otros institutos, como la suspensión condicional del procedimiento y la aprobación de los acuerdos reparatorios, así como para el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima.

La formalización debe ser entendida desde su función de garantía, y sujeta los principios de objetividad, legalidad y obligatoriedad que gobiernan el ejercicio de la acción penal del MP. Sin embargo, la carencia de controles procesales efectivo importa en la práctica un amplio espectro de discrecionalidad.

En efecto, la formalización, entendida como un acto discrecional del MP basado en criterios instrumentales o estratégicos, ha sido exigida como requisito previo del cierre de la investigación y posterior acusación, lo que tendrá la mayor relevancia si el querellante intenta forzar la acusación. La doctrina ha pretendido dar una solución a este problema, mediante el ejercicio por parte del querellante de la facultad contenida en el artículo 186 CPP. Dicha posición, nos parece errada, ya que el JG no cuenta con facultades procesales que le permitan obligar al MP a formalizar.

Por el contrario, sostenemos que la formalización no es una condición *sine qua non* para el forzamiento de la acusación, ya que entendiendo esta desde un punto de vista garantista, existen otros actos imputativos que satisfacen dicha función, sin que quede entregada a la discreción del MP.

En efecto, la querrela, precisa en cuanto a los hechos atribuidos así como respecto de la persona contra quien se dirige, cumple esa función, a la vez que resguarda suficientemente el derecho de defensa del imputado. Así, nuestra interpretación se basa en los fines informadores del instituto de la formalización.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Cristian (2004) *Manual de Derecho Procesal Penal Oral*. Santiago: Metropolitana, T. I.
- AGUILERA, Encarnación (1998) *El “principio de consenso”. La conformidad en el Proceso Penal Español*. 1ª ed. Barcelona: Cedecs.

- AGUILERA, Daniela (2011) “La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 18, N° 2, 2011, pp. 51-72.
- ARMENGOT, Alicia (2013) *El imputado en el proceso penal*. España: Arazandi.
- ARMENTA, Teresa (1991) *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU.
- ____ (2008). *Estudios sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni
- ____ (2012). *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- ASENSIO, José María (2012) *Derecho Procesal Penal*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA, Silvia (2011) *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BETTI, Emilio (1971) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Trad. de 2ª ed. por J.L. de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BETTIOL, Giuseppe (1977) *Instituciones de derecho penal y procesal*. Trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch.
- BOHLANDER, Michael (2012) *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford and Portland, Oregon, United Kingdom: Hart publishing.
- BORDALÍ, Andrés (2008) “No Hay Ejercicio del Derecho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el Artículo 230 del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho. Universidad Austral*. Vol. XXI, N° 2, pp. 205-249.
- ____ (2011) “La acción penal y la víctima en el Derecho Chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXXVII, N° 2, pp. 513-545.
- BURGOS, Juan (2012) *Modelo y propuestas para el proceso penal español*. Sevilla: ePraxis.
- CAFFERATA, José (2000) *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CARNELUTTI, Francesco [s.a.] *Cuestiones sobre proceso penal*. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro.
- CAROCCA, Alex (1998) *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona: Bosch.
- ____ (1999) “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno”. *Ius et Praxis*. Vol. 5, N° 2, pp. 115-138.

- _____(2005) *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª ed. Santiago: Lexis Nexis.
- CASTRO, Carlos (2010) *Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno*. Santiago: Metropolitana.
 - CERDA, Rodrigo (2003) *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*. Santiago: Librotecnia.
 - CERDA, Rodrigo; HERMOSILLA, Francisco (2006) *El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia*. 2ª ed. Santiago: Librotecnia.
 - CHAHUÁN, Sabas (2007) *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. 3a ed. Santiago: LexisNexis.
 - CLARIÁ, Jorge [s.a.] *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, T. I.
 - CONDE-PUMPIDO, Cándido (1989) “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”. En: AAVV. *La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 287-308.
 - CORNEJO, Aníbal (2009) *Derecho Procesal Penal*. 4ª ed. Santiago: El Jurista.
 - DAVIS, Kenneth Culp (1969) *Discretionary Justice. A preliminary inquiry*. Louisiana State University Press, Baton Rouge.
 - DE LA FUENTE, Felipe (2000) “Acusación y sobreseimiento”. En: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 185-199.
 - DE LA OLIVA, Andrés, *et al.* (1999) *Derecho Procesal Penal*. 4ª ed. Madrid: Ed. Centro de Estudios Areces s.a.
 - DEL RÍO, Carlos (2009) *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*. Santiago: Jurídica de Chile.
 - DELMAS-MARTY, Mireille (2000) *Procesos Penales de Europa*. Trad. P. Morenilla A. Zaragoza: Edijus.
 - DÍEZ-PICAZO, Luis María (2000) *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona: Ariel.
 - DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian (2002) *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
 - _____(2009) *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 - FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor (1990) *Doctrina General del Proceso Penal. (Hacia una teoría y Ley procesal generales)*. Barcelona: Bosch.
 - _____(1994) “Tendencias actuales del derecho procesal penal”. *Revista de Derecho Procesal*, N° 18, pp. 109-110.

- GANDULFO, Eduardo (2008) “El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la *sobreprotección*”. En: AAVV. *Delito, pena y proceso*. Santiago: Jurídica de Chile.
- GIMENO, Vicente; MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín (1999) *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex.
- GIMENO, Vicente (2012) *Derecho Procesal Penal*. España: Civitas, 2012.
- GÓMEZ, Emilio; HERCE, Vicente (1987) *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.
- HERRERA, Marta (2005). “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XXVI, pp. 385-405.
- HORVITZ, María Inés (1997) “Ministerio Público y selectividad. Pena y Estado”. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*. Año 2, N° 2, pp. 111-124.
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián (2005) *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Jurídica de Chile, T. I y II.
- HOYOS, María Teresa (2005) “Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, pp. 39-59.
- JIMÉNEZ, María A. (2004). *Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal. Estudio exploratorio sobre su aplicación*. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- MAIER, Julio (1989) *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, T. I, vol. B.
_____(2003) *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos procesales*. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MARTÍN, José (2005) *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl (2010) *Derecho Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing, T. I y II.
- MATUS, Jean Pierre (2000) “La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Procedimiento Penal”. *Revista CREA*. Universidad Católica de Temuco. N° 1, pp. 122-143.
- MEDINA Rodrigo; MORALES, Luis; DORN, Carlos (2007) *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Santiago: LexisNexis.
- MERA FIGUEROA, Jorge (2004) “Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial”. En: Informe de Investigación N° 1 al 15, 1999-2003. Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

- MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía Nacional (2001) *Reforma Procesal Penal: Instructivos Generales N° 26 a 50*. Santiago: Jurídica de Chile.
- MONTERO, Juan; ORTELLS, Manuel; GÓMEZ, Juan Luis (1989) *Derecho Jurisdiccional. Parte General*. 2ª ed. Barcelona: Bosch.
- MONTERO, Juan, et al. (1991) *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*. Barcelona: Bosch.
- MONTERO, Juan, et al. (2013). *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*. Barcelona: Bosch.
- MORENO VÍCTOR; CORTÉS, Valentín; GIMENO, Vicente (1997) *Introducción al Derecho Procesal*. 2ª ed. Madrid: Colex.
- NÚÑEZ, Juan Cristóbal (2003) *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OBERG, Héctor (2010) “Derecho Procesal Penal. Proceso Penal Oral”. En: AAVV. *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral*. 8ª ed. Santiago: LegalPublishing, pp. 35-108.
- OTERO, Miguel (2005) “El Principio de oportunidad y salidas alternativas”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, pp. 295-336.
- PERAZZO, Pierino (2005) “La acción en el Nuevo Proceso Penal”. *Revista de Derecho Procesal*. N° 20, pp. 257-268.
- PEREIRA, Hugo (2009) “Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones”. En: NOGUEIRA, H. (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santiago: Librotecnia.
- PIEDRABUENA, Guillermo (2000) *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Fallos del Mes.
_____(2003) *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Fallos del Mes.
_____(2009) “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*. N° 21, pp. 69-94.
_____[s.a.]. “Control Judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del C.P.P.)”. Disponible en: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/37619281-b7ff-4923-aa67-ba43abd267c0/Rev+23_5+control+judicial+anterior+a+la+formalizacion+de+la+investigacion.pdf?MOD=AJPERES [fecha de visita 21 noviembre 2011], pp. 9-38.
- PRADA, José Ricardo (1998) “España”. En: MACIÁ GÓMEZ, Ramón. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*. Barcelona: Cedecs, pp. 91-124.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo; GUTIÉRREZ, Eduardo (1982). *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Tecnos.
- ROXIN, Claus (2000) *Derecho Procesal Penal*. Trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- RUIZ, Enrique (1994) *El Principio Acusatorio y su Proyección en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*. Madrid: Actualidad Editorial.
- SALAS, Jaime (2009) *Problemas del proceso penal*. Santiago: Librotecnia.
- SCHÖNE, Wolfgang (1994) “Derechos humanos y procedimientos penales: pautas del procedimiento penal alemán”. En: *Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Colección Estudios, N° 1. Santiago, pp. 601-636.
- SERRA, Manuel (1969) *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.
- SILVA, Hernán (2010) *El Delito de Manejar en Estado de Ebriedad*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA, José María (2008) “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”. *Revista Universidad Externado de Colombia*. Vol. 29, N° 86-87, 2008, pp. 149-171.
- TRILLO José (2008) *El fiscal en el nuevo proceso penal*. Granada: Comares.
- VALDÉS, Remberto (2010) “Libro II del Nuevo Código Procesal Penal”. En: AAVV. *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral*. 8ª ed. Santiago: LegalPublishing, pp. 165-218.
- VARGAS, Juan Enrique (1994) “El Ministerio Público en el proceso penal, a la luz de la sensación de crisis en la justicia criminal”. En: AAVV. *El Ministerio Público para una nueva justicia criminal*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria, pp. 189-201.
- ZAGREBELSKY, Vladimir (1990-1993) “Independencia del ministerio público y obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*. N° especial Ministerio Público, pp. 112-136.