



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS
ARTÍCULOS 149 INCISO SEGUNDO Y 248 LETRA C) E INCISO FINAL
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO IGNACIO MORALES VIDAL
Profesor Guía: HORACIO ANTONIO INFANTE CAFFI

Santiago, Chile

2012

AGRADECIMIENTOS

Cumpliendo con la tradición convencional que pesa sobre estas líneas, mi profundo sentimiento de gratitud a diversas personas.

A Horacio Infante y Juan Guzmán, que me apoyaron desde el primer momento, y especialmente, por haber inculcado los valores que deben primar en el ejercicio de la profesión.

Al Movimiento Scout, al Instituto Alonso de Ercilla y a la Escuela de Derecho de esta Casa de Estudios, que me permitieron forjarme y conocer personas excepcionales, que siguen hasta hoy.

A los sanguíneos, pasados y presentes, que son siempre sinónimo de pertenencia.

A mis dos perlas, que me alegran cada día con el recuerdo de sus risas, y a mis padres, responsables de todo lo anterior.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Aspectos Generales	1
Antiguo Sistema de Procedimiento Penal de 1906	2
Procesos de Reformas Procesales Penales en América Latina	6
Proceso de Reforma en Chile	7

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 149 INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1.1 Artículo 149 del Código Procesal Penal: historia	12
1.2 Seguridad Ciudadana y Legislación <i>ad hoc</i>	16
1.3 Debido Proceso y Prisión Preventiva	20
1.4 Prisión Preventiva: Presunción de Inocencia, Presupuestos y Límites	24
1.5 Tratados Internacionales Suscritos, Ratificados y Vigentes en Chile Atingentes a la Prisión Preventiva: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos	29
1.6 Referencia a la Constitución Política de la República	32
1.7 Historia del inciso 2º del artículo 149 del Código Procesal Penal en la Ley 20.253	35
1.8 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional	43
1.8.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos	44
1.8.2 Tribunal Constitucional	47
1.9 Síntesis	53
1.10 Conclusión	63

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) E INCISO FINAL DEL CÓDIGO

PROCESAL PENAL	
2.1 La Protección de la Víctima en el Proceso Penal: principios, sujetos procesales e intervinientes	65
2.2 Legitimados para el Ejercicio de la Acción Penal Pública y su Deber de Ejercicio	72
2.3 La Etapa de Investigación: formalización de la Investigación como “eje central”, cierre de la investigación y la comunicación del ministerio público de no perseverar en el procedimiento	76
2.3.1 Investigación Preliminar o Desformalizada	77
2.3.1.1 El Archivo Provisional, la Facultad de No Iniciar la Investigación y el Principio de Oportunidad	82
2.3.2 La Investigación Formalizada	83
2.3.3 El Cierre de la Investigación y la Comunicación de No Perseverar en el Procedimiento	86
2.4 El Forzamiento de la Acusación Fiscal: artículo 258 inciso cuarto del Código Procesal Penal, su vinculación con el artículo 259 del mismo código y el “principio de congruencia”	95
2.5 Tratamiento Práctico por parte del Ministerio Público de la Comunicación de la Decisión de No Perseverar en el Procedimiento: oportunidad	106
2.6 Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Ordinarios de Justicia	107
2.7 Síntesis	120
2.8 Conclusión	135
BIBLIOGRAFÍA	139
ANEXO	142

INTRODUCCIÓN

Aspectos Generales

El presente trabajo tiene la pretensión, quizás un tanto ambiciosa, de analizar el inciso segundo del artículo 149, como así mismo la letra c) y el inciso final del artículo 248, ambos del Código Procesal Penal (en adelante CPP), a la luz de nuestra Constitución Política de la República (en adelante CPR), llegando finalmente a aceptar o rechazar en nuestra conclusión su constitucionalidad.

Cada día las poblaciones del mundo occidental van evolucionando hacia una construcción de la sociedad regida por el denominado Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud del cual, como máxima suprema, se deben respetar los principios que informan dicho estado, cuales son el de supremacía constitucional, imperio de la ley, distribución del poder estatal en titulares que desarrollen funciones diferenciadas, responsabilidad de las diferentes magistraturas y nulidad de los actos que emanen de órganos no competentes, todos los cuales tienen su fundamento principal en la dignidad de la persona humana y sus derechos, los que deben ser promovidos y respetados por los órganos del Estado, cuales se ven amparados también por la vigencia y reconocimiento que tienen los tratados internacionales en nuestra propia Carta Magna¹.

Es por lo anterior que resulta necesario enfocar nuestro trabajo desde dos puntos de vista, haciendo hincapié en los ya expuestos principios, principalmente en el de supremacía constitucional y de interpretación conforme a la Constitución², para determinar si las normas en análisis pueden llegar a confluir en su conclusión. El primero de ellos, desde la perspectiva del imputado a quien se le restringe en su

¹ VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio., NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2002. p. 137, Tomo I

² Ibíd. p. 131

libertad ambulatoria o de tránsito; el segundo, desde la perspectiva del querellante (víctima o representante de la víctima) en los casos que pretenda continuar el proceso por sí mismo y con sus propios medios, sin el accionar del Ministerio Público.

Efectuaremos, en primer orden, un tratamiento general de la legislación anterior al actual ordenamiento procesal penal que guarde relación con los mencionados artículos, el proceso de reformas en Latinoamérica y específicamente en Chile, además de la historia particular de su redacción.

Posterior y separadamente, el estudio se centrará en el marco doctrinario de la prisión preventiva y de la facultad del Ministerio Público de no perseverar, en el propio texto legal del Código Procesal Penal, desde el punto de vista de su correlación con las garantías de la persona humana consagradas en nuestra Constitución como también en la normativa internacional al respecto, analizando finalmente jurisprudencia afín y derecho comparado, para poder elaborar, a partir de ese punto, una tesis acorde al objeto de nuestro estudio.

Antiguo Sistema de Procedimiento Penal de 1.906

Cabe ahora y tal como lo mencionamos anteriormente, antes de entrar de lleno en el análisis de las disposiciones legales en comento, hacer una breve referencia al antiguo código de enjuiciamiento criminal, que en su mensaje da lineamientos generales acerca de los motivos del procedimiento adoptado en ese momento en nuestro país, y que sigue la Ley de Enjuiciamiento Española. Es claro y tajante al decir que existen varios sistemas para la persecución penal, pero que el adoptado, que rigió por casi un siglo en nuestro país, debió implementarse por motivos de economía y aplicación práctica a la realidad que vivía el país en aquél momento³. Anhela de todas maneras que un sistema, como el que

³ Historia de la Ley N° 19.969 [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>> p. 549. [consulta: 01 de julio de 2011]. A este respecto la Ministra de Justicia de la época, Soledad Alvear en la p. 569

actualmente tenemos en Chile, “no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”⁴. Concluye el mensaje el Presidente Jorge Montt Álvarez diciendo que el sistema adoptado “permitirá que los presuntos culpables gocen de todas las garantías que tienen derecho a exigir para su completa defensa, y para hacer menos penosa su situación mientras esté en tela de juicio su inocencia o culpabilidad”⁵.

En un principio, la tarea de investigar estaba entregada al Ministerio Público a través de los “promotores fiscales”, tal como sucedía con los modelos europeos de este corte, configurándose así lo que se llamó un “sistema inquisitivo reformado” o “mixto”, quienes cumplían labores de carácter burocrático y de poca actividad, por lo que su labor fue secundaria y menor. “En la mejor de las hipótesis, el rol de los fiscales se traducía en una colaboración menor a la investigación judicial por medio de la presentación de algunos antecedentes y solicitud de diligencias investigativas que el juez de instrucción, a su discreción, podía decretar o negar.”⁶ Durante la secuela del juicio, la producción de prueba en este modelo también estaba entregada al juez, por lo que el Ministerio Público también quedó relegado a un rol secundario, por lo que jamás pudo convertirse en un actor relevante. Como consecuencia de lo anterior, en Chile se optó por suprimir del sistema a los promotores fiscales en el año 1927 a través del DFL 426 que fue promulgado el 28 de febrero de 1927, y publicado el 3 de marzo del mismo año, por considerarse, según el propio texto, como funcionarios que no eran “indispensables”.⁷ Concluye Mauricio Duce diciendo que “Al final del día, éste era un actor sin peso institucional y relevancia funcional en los sistemas de justicia criminal anteriores a la reforma.”⁸

Con todo lo anterior, la reforma legal que eliminó los promotores fiscales en primera instancia trastocó el régimen persecutorio penal, quedando así en manos del mismo juez penal la función de investigar, someter a proceso, acusar y luego condenar o

⁴ Mensaje del Código de Procedimiento Penal Chileno de 1906

⁵ *Ibíd.* p. 24

⁶ DUCE, Mauricio. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal. [en línea] <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf>> [consulta: 27 de febrero de 2012]

⁷ *Ibíd.* [consulta: 27 de febrero de 2012]

⁸ *Ibíd.* [consulta: 27 de febrero de 2012]

absolver en primera instancia. Se instauró así un sistema más propiamente inquisitivo en que un mismo juez era instructor ya la vez sentenciador.

El tratamiento del sujeto pasivo en el proceso penal, a su vez, no ha estado exento de complejidades producto de la técnica legislativa que corroboramos en la evolución histórica que ha tenido éste desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal el 1 de marzo de 1907.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal (en adelante CdPP) no existe definición del vocablo “inculcado”, el cuál era utilizado comúnmente para referirse a lo que conocemos actualmente como “imputado”. Este término, sin embargo, no era definido por el legislador y sólo se limitaba a mencionarlo como “sindicado por el delito” en el artículo 318 CdPP. Sumado a lo anterior, se daba la situación ilógica de confundir diversos términos con el de inculcado. Vemos ello en lo que aparece de manifiesto en el artículo 67 CdPP cuando menciona que “todo inculcado, sea o no querellado, y aún antes de ser reo en la causa...”. Por tanto, se concluye que “las expresiones delincuente, presunto culpable, sindicado del delito, imputado e inculcado [adicionando las de querellado y reo], en el CdPP, todas con el mismo alcance: se refieren al sospechoso de haber participado en el hecho punible que se investiga, aquel a quien se le atribuye la responsabilidad.”⁹ En consecuencia de lo anterior, a una conclusión que arriba el autor Iris Vargas es la de dar una definición propia del inculcado, como “aquel sospechoso de haber participado en el hecho punible que se investiga, es aquel contra quien aparecen los primeros indicios o las fundadas sospechas de participación responsable en los hechos investigados.”¹⁰

Por su parte, la doctrina nacional de la época ha sostenido que “el concepto de inculcado dice relación con la dictación del auto de procesamiento (encargatoria de reo en el texto anterior del código). En base a él, los autores nacionales han dicho que

⁹ VARGAS, Iris. El Inculcado en el Proceso Penal. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Valparaíso. 1994. P. 14

¹⁰ *Ibíd.* Cit. p. 15

inculpado es, según nuestro sistema procesal, el sindicado de un delito, que aún no ha sido declarado reo.”^{11 12}

Sin embargo, Rafael Fontecilla en su obra “Interpretación Judicial de las Leyes de Procedimiento Penal y especialmente en torno de los vocablos “Inculpado”, “Reo” y “Procesado” nos da luces sobre la que debe ser la correcta definición e interpretación sobre distintos conceptos en el antiguo proceso penal. Sostiene que la denominación **inculpado** corresponde al “sospechoso de haber participado en el hecho punible. No es un sujeto procesal, capaz de intervenir en el proceso como tal...”¹³ **Reo** es el “inculpado declarado tal (...) Es un sujeto procesal.”¹⁴ Por su parte, la voz **procesado** “comprende tanto al inculpado como al reo y habrá que interpretar esta acepción en cada caso...”¹⁵ **Querellado**, por su parte, “carece de significación jurídica, en los delitos de acción pública”¹⁶.

Si a esto se suman los efectos que implicaba el sometimiento a proceso o encargatoria de reo, y el secreto del sumario o etapa investigativa en que se dictaba el sometimiento a proceso, algunas garantías procesales no pudieron ser totalmente resguardadas acorde a la legislación de un estado democrático de derecho, hecho de público conocimiento, por lo que, con el paso del tiempo, se fue apuntando paulatinamente a movimientos reformistas en Chile y toda América Latina en torno a este aspecto.

Un dato relevante puede ilustrar de mejor manera lo que acabo de mencionar: bajo el sistema inquisitivo que operó hasta inicios del siglo XXI, más del 50% de las personas privadas de libertad lo estaban por motivo de la prisión preventiva, cumpliendo -las que

¹¹ *Ibíd.* Cit. p. 17

¹² El artículo 9 de la Ley 19.047, modificado por la Ley 19.114 y por la Ley 19.158, ordenó reemplazar la palabra “reo” por “procesado” en el antiguo Código de Procedimiento Penal, cuando esas expresiones se referían al “inculpado” (actual imputado), y no se hubiese dictado el sobreseimiento, condena o absolución.

¹³ FONTECILLA, Rafael. Interpretación judicial de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos “inculpado”, “reo” y “procesado”. Ediar Editores. Buenos Aires. P. 293

¹⁴ *Ibíd.* Cit. p. 294

¹⁵ *Ibíd.* Cit. p. 294

¹⁶ *Ibíd.* Cit. p. 294

eran definitivamente condenadas- casi la totalidad de la pena bajo esta modalidad¹⁷. Sin embargo, la modernización del Estado, los cambios en los paradigmas más fundamentales de la persecución penal y, en definitiva, la posibilidad de contar con los medios económicos, técnicos y conocimientos doctrinarios, al igual como sucedió en varios países de la región, primaron en el cambio que tanto se esperaba, para ir a la “vanguardia” de un moderno, garantista y eficiente modelo procesal penal.

Procesos de Reformas Procesales Penales en América Latina

Un proceso de reforma de gran envergadura fue lo que comenzó a primar en nuestro continente a partir de la década de los '80. Se pretende con él dejar atrás el antiguo sistema inquisitivo, resabio que data de la conquista y la colonia de los países de América Latina -por la ya mencionada “importación” de la Ley de Enjuiciamiento Española-, para dar paso a leyes que estuvieran en conformidad al estado de derecho que impera actualmente, cambiando con ello definitivamente las contradicciones que se producían entre constituciones ampliamente liberales y garantistas, con códigos de procedimiento de corte represivo y antiguo¹⁸. Un claro ejemplo de lo anterior se grafica en que un sinnúmero de países iberoamericanos suscriben e incorporan paulatinamente tratados internacionales a su legislación fundamental, con la intención de dar dignidad y garantías a la persona humana, tal como la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (1.948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1.966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1.969), entre otros.

En dicho contexto, los estados se abocan a la tarea de “uniformar” el sistema jurídico imperante en el siglo XX en nuestros países. Es así como la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ejecuta este gran anhelo, viendo como uno de sus grandes objetivos se materializa en las Jornadas de Río de Janeiro de 1.988 con el

¹⁷ Mensaje del Código Procesal Penal Chileno de 2000

¹⁸ AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan; MAIER, Julio (coord.). Las reformas Procesales Penales en América Latina. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 2000. p. 17

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el que junto al Código para la Provincia de Córdoba, fueron las matrices en gran parte de los países para inspirar y llevar a cabo sus propias reformas al proceso penal¹⁹.

Proceso de Reforma en Chile

En nuestro país, al igual que en el resto de Latinoamérica, sucedió lo que inevitablemente se esperaba: la reforma y creación de un nuevo sistema de persecución penal acorde a los tiempos vigentes, que diera uniformidad -tal como lo dijimos- a todo su sistema jurídico.

Hasta antes de la reforma procesal penal del año 2.000, a pesar de que se consagraban en el ordenamiento jurídico garantías básicas del imputado, las mismas no estaban suficientemente integradas en la legislación específica, por lo que carecían absolutamente de operatividad práctica²⁰. Situación diametralmente opuesta es la que tenía el propio querellante, pues la propia Constitución resguardaba sus garantías sin hacer aspavientos, pero era el juez instructor y sentenciador de la instancia quien realizaba la investigación, prioritariamente, sobre las solicitudes que realizaba el propio actor, por lo que su posición en este sentido es absolutamente cómoda, aun cuando la víctima como tal no era reconocida como sujeto procesal.

La materialización de las garantías del imputado, en una de sus formas, era la posibilidad de defensa -defensa técnica como la conocemos hoy- que tenía el procesado en la etapa de sumario, la cual estaba absolutamente limitada, por ser ésta de carácter "secreto", en la cual se realizaba la mayor cantidad de actuaciones ordenadas por el juez instructor para producir prueba y configurar si existían antecedentes necesarios primero para someter a proceso y luego para acusar al reo, lo que por defecto llevaba al juez a prejuzgar el actuar delictivo -o no- de quién estaba en

¹⁹ Ibíd. p. 26-28. Véase también Mensaje Código Procesal Penal. Ob. Cit. p. 13

²⁰ RIEGO, Cristián. Informe de Chile. En: Las reformas Procesales Penales en América Latina. AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan; y MAIER, Julio (coord.). Op. cit. p. 171

calidad de autor, cómplice o encubridor en dicho procedimiento. Desde el mismísimo momento en que en que el imputado o inculpado era sometido a proceso pasaba a tomar la calidad de procesado, “donde será objeto de un conjunto de privaciones de derechos establecidos por la ley. La principal de estas privaciones es la prisión preventiva (...) donde la demora de la decisión final contenida en la sentencia transforma sus efectos, en especial la prisión preventiva, en el verdadero castigo”²¹, y aún cuando el juez siempre puede liberar provisionalmente al imputado, éste ve limitada su libertad de desplazamiento pues no puede salir de país sin su autorización - del juez-, ya que procede el arraigo de pleno derecho, lo que vulnera, en primer término, la esencia de las medidas cautelares, como son su aplicación discrecional por parte de un tribunal en virtud de su función jurisdiccional y no su imposición por ley, y a su vez, garantías constitucionales como la libertad personal y la discriminación arbitraria por ley (Art. 19 N° 2 inciso 2 y N° 7). A mayor abundamiento, la decisión de otorgar la libertad provisional al procesado por delitos de cierta gravedad era objeto de revisión automática por el tribunal superior, a través del trámite de consulta, lo cual implicaba mantener al procesado –según su calidad en el proceso- privado de libertad solo por disposición de la ley cuando los delitos implicaban cierta gravedad, aún cuando el juez de primera instancia haya indicado lo contrario²², lo que a primera vista es una situación muy similar a la primera norma en análisis en este trabajo, que no debe dejarnos indiferentes para los efectos de nuestro estudio, ya que es la que presenta *a priori* más notoriamente la problemática que pretendemos abarcar.

En el proyecto de reforma del código del ramo, que comenzó con el envío del proyecto de Ley que crea el Nuevo Código de Procedimiento Penal en el año 1.995, la propuesta se caracterizaba por seguir la orientación principal de todas las reformas llevadas a cabo en América Latina en las últimas décadas.

Uno de los principios básicos de este nuevo ordenamiento será tutelar, en primer orden, las garantías del imputado, siendo sus principios orientadores el derecho al juicio oral y público, el juez imparcial, la presunción de inocencia, el derecho a ser

²¹ *Ibíd.* p. 175

²² *Ibíd.* p. 177

asistido por un abogado, el que las medidas cautelares que pueden ser impuestas al imputado pasan a ser eminentemente excepcionales, debiendo “ser solicitadas por el fiscal y pueden -o no- ser concedidas por el juez por resolución fundada”²³, entre otros, que destacan actualmente en nuestra nueva legislación, como asimismo otorgar a todos los intervinientes ciertas cargas y derechos de acuerdo a la función que cumplen en el proceso, entre ellos, la víctima y el querellante.

En consonancia con lo anterior, una modificación sustantiva que “consagró” el proceso de establecimiento definitivo de la reforma procesal penal en Chile fue la enmienda constitucional que crea el Ministerio Público en 1.997, el cual ejerce la función acusatoria en representación del estado²⁴. Actualmente este órgano, por mandato constitucional, se aboca a las tareas de dirigir la investigación, ejercer la acción penal pública y adoptar medidas destinadas a proteger a las víctimas y los testigos. Señala además explícitamente el artículo 83 de la CPR que “(...) En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales. (...) las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.”

Bajo este panorama, comienza a regir el nuevo procedimiento penal en el año 2.000 en nuestro país, con una gradual aplicación por regiones, con la aplicación del Código Procesal Penal, que finalmente vino a implementar y concluir los anhelos que ya tenía a finales del siglo XIX el Presidente Jorge Montt Álvarez.

Se consagran con él varias de las exigencias nacionales e internacionales sobre el procedimiento penal, se materializa la necesidad de una justicia que maximice las garantías de los intervinientes, principalmente del imputado, por ser éste el fin último del proceso, tal como acertadamente lo afirma Luigi Ferrajoli -citando a su vez a pensadores de la Ilustración como Lauzé di Peret y Montesquieu- al decir que “Este principio de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”, pero

²³ *Ibíd.* p. 180 (paréntesis añadido)

²⁴ *Ibíd.* p. 185

que “(...) es su mayor interés que todos los inocentes sin excepción estén protegidos”²⁵.

La maximización de las garantías y la imparcialidad del Estado al momento de investigar, acusar y juzgar debe ser el corolario del objetivo global de modernización de la justicia, como claramente se expresa en el mensaje del nuevo CPP²⁶.

Lo mismo sucede con la motivación que inspira la modificación sustancial que se hace a la figura de la libertad del imputado, que en el sustrato entiende que lo que debe prevalecer es la presunción de inocencia del imputado y, por ello, la privación de libertad debe ser una medida de carácter excepcional de *ultima ratio*, y no lo que sucedía con el sistema antiguo, donde se consagraba en la legislación y en la práctica, a *contrario sensu*, que la privación de libertad preventivamente debía acogerse como la regla general como consecuencia del sometimiento a proceso, y la libertad provisional se traducía en la excepción a la regla.

Vemos esto reflejado en el Mensaje del Código Procesal Penal, indicando que “... como consecuencia directa de este principio -presunción de inocencia- surge la necesidad de rediseñar el régimen de medidas cautelares aplicables a quienes se encuentran en calidad de imputados, a partir del reconocimiento de su excepcionalidad”²⁷. Y más adelante recalca esta afirmación, especificándola con respecto a la prisión preventiva, indicando que “se ha diseñado un sistema judicial de la prisión preventiva por medio de audiencias orales, con presencia del imputado y su defensor”²⁸, dejando en claro que dicha medida debe ser especialmente dictada y revisada en audiencia.

En suma, todo lo ya expuesto es el campo que configura a lo que debemos remitirnos -habiendo ya acabado los aspectos previos o

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. (trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al*). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Valladolid. 2000. p. 549

²⁶ Mensaje del Código Procesal Penal. Op. Cit. p. 13

²⁷ *Ibíd.* p. 17

²⁸ *Ibíd.* p. 17

históricos de nuestra legislación procesal penal- para poder arribar a una certera síntesis que demuestre si es efectivamente resguardada y respetada la norma constitucional por el propio legislador en estos dos aspectos, a pesar de verse desde distintas perspectivas, y en consecuencia, si es necesario finalmente redefinir los criterios utilizados al momento de legislar.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 149 INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1.1 Artículo 149 del Código Procesal Penal: historia

Corresponde iniciar nuestro trabajo haciendo un breve resumen del mencionado precepto legal para comenzar el estudio del asunto que nos compete.

El artículo 149 CPP²⁹ se encuentra ubicado en el Libro I, Título V del CPP denominado “Medidas Cautelares Personales”, en el cual trata específicamente los recursos relacionados con la resolución que ordene, mantenga, niegue o revoque la prisión preventiva. Establece que, en términos generales, dicha resolución será susceptible del recurso de apelación. A su vez, el inciso segundo del citado artículo, agregado por la Ley 20.253 (Diario Oficial del 14 de marzo de 2008), que más adelante trataré con mayor detención, dice relación con que tratándose de determinados delitos, que por su gravedad tengan asignada pena de crimen y cuando el imputado haya sido puesto a

²⁹ *Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva.* La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante.

disposición del tribunal en calidad de detenido, no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva.

El primer artículo objeto del presente trabajo se enmarca en el proyecto que culminó con la Ley 19.696 que fija el texto original del Código de Procedimiento Penal, que posteriormente en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados adoptaría el nombre actual de Código Procesal Penal.

Es en esta instancia donde encontramos que el proyecto original enmarca la prisión preventiva en el Título VI del Libro I, que se denomina “Medidas Cautelares Personales”. Específicamente el Párrafo 4° de este título, en los primigenios artículos 170 y ss. aborda esta medida cautelar de la prisión preventiva. A pesar de estar situados y enumerados de una forma diferente a la que conocemos actualmente, el tratamiento que hace el proyecto de la prisión preventiva es bastante similar en contenido sustantivo al texto del código que fue publicado el 12 de octubre de 2.000 en el Diario Oficial.

En específico, el artículo 181³⁰ del proyecto de ley recoge el recurso de apelación como único medio de impugnar la resolución que ordene, mantenga, niegue o revoque ésta cuando hubiese sido dictada en audiencia, en el sólo efecto devolutivo, sin ninguna mención adicional. Sigue el articulado el mismo tenor en el Primer Informe de la comisión con la *“aprobación en los términos propuestos, con la mayoría de los votos”*³¹ de dicho texto, con la salvedad de ser ahora -por supresión e inclusión de nuevos artículos anteriores en su primera modificación- el artículo 179. Según consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia³² el mismo no fue objeto de indicaciones, modificaciones ni supresiones, por lo que se aprobó su

³⁰ *Recursos*. La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable en el sólo efecto devolutivo cuando hubiere sido dictada en audiencia oral. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.

³¹ Historia de la Ley N° 19.969. Ob. Cit. p. 323

³² Ibid. p. 630

texto *ipso iure*. El proyecto fue enviado a la cámara revisora para que hiciera sus alcances. En lo que atañe al artículo objeto del presente trabajo, se formuló la indicación N° 164, efectuada por los Honorables Senadores Larraín, Bombal, Stange y Urenda para dar al recurso de apelación ambos efectos, y no solamente el efecto devolutivo³³, indicación que posteriormente sería rechazada por unanimidad en la comisión respectiva por entender a la indicación como contradictoria con el proceso que se legislaba pues le daría un recargo a las Cortes de Apelaciones, ya que dicho tribunal debe actuar de forma excepcional, *“porque de otra manera el juez de garantía pierde toda importancia, y su decisión sería un mero trámite para llevar los antecedentes a la Corte respectiva, con lo cual se mantendría el sistema actual de apelaciones que tiene colapsadas a las Cortes”*³⁴.

Dicha opinión de la comisión deja en claro el espíritu de la norma, cual es limitar, por un lado, el actuar del Ministerio Público, del querellante o del imputado en su caso, para evitar que estos recursos sólo tengan por objeto la dilación de la resolución recaída sobre la prisión preventiva del imputado, y en consecuencia, por su parte, otorgar seguridad a los ciudadanos en el sentido de que la resolución que recae sobre su libertad sólo sea materia de conocimiento por parte del juez de garantía, y no tener que esperar su revisión por la corte respectiva, evitando así una posible privación de libertad por el sólo ministerio de la ley, además del ya mencionado atochamiento en que caería el sistema, dándole un rol protagónico al juez de primera instancia en esta materia. Al no haber nuevas indicaciones sustantivas en el texto del ya citado precepto legal éste se mantiene luego de la discusión en sala del Senado.

El Oficio de Modificaciones³⁵ enviado a la cámara de origen deja entrever lo ya mencionado, con la salvedad de las siguientes modificaciones formales: el acápite reza –tal como lo conocemos ahora- *“Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva”*; se eliminó la palabra “oral” por entenderse que la audiencia en este proceso es una instancia verbal; y ha pasado a adoptar el numeral 149 del nuevo

³³ Ibid. p 1337

³⁴ Ibid. p 1338

³⁵ Ibíd. p. 1746

cuerpo normativo. Este será el tenor del nuevo precepto luego de la posterior revisión en el Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados y la Comisión Mixta, para ver finalmente publicado el artículo 149 CPP y en suma, el proyecto de ley que conocemos en que comienza a funcionar materialmente la reforma en las regiones IV y IX el día 16 de diciembre del año 2.000.

En síntesis, el proyecto original busca afianzar definitivamente un proceso que otorgue todas las garantías consagradas de manera constitucional al imputado, haciendo hincapié en que éstas instituciones –medidas cautelares personales- son las más restrictivas de estos derechos, y por ello su carácter excepcional, para lograr la coherencia con el modelo que se propuso.

Por su parte, el tema de los recursos es abordado por el mencionado proyecto, donde se deja en claro que la apelación de las resoluciones que se dicten durante la etapa de investigación no podrán, en general, ser objeto de revisión por un tribunal superior. En síntesis, el legislador estableció que la resolución que niegue o revoque la prisión preventiva “*podía ejecutarse de inmediato, al no traer aparejado el recurso efecto suspensivo, de conformidad al artículo 368 CPP*”³⁶. Sin embargo, una de las excepciones de esta situación son aquéllas resoluciones que afecten los derechos de los intervinientes, especialmente la que “ordena” -el mensaje no dice “revoque o deniegue”- la prisión preventiva del imputado, y las que se refieran en general a la imposición, por parte del juez de garantía, de medidas cautelares³⁷.

Este será en definitiva el marco general que constituye la base de la reforma en nuestro país, teniendo como piedra angular, sin lugar a dudas, como se desprende de esta breve exposición, la protección de las garantías del imputado, *late motive* de nuestro sistema.

³⁶ FERRADA, CULACIATI, Francisco. La Constitucionalidad del artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Estudios de la Justicia. N° 11. 2009. p. 344

³⁷ Mensaje del Código Procesal Penal. Ob. Cit. p. 25

1.2 Seguridad Ciudadana y Legislación *ad hoc*.

Paulatinamente en Chile oímos en una gran cantidad de ocasiones que la seguridad ciudadana de nuestro país se ve vulnerada por la delincuencia, hecho que no deja indiferente a la opinión pública por sentir que bienes tan preciados por los ciudadanos como la propiedad y la integridad física –en su mayoría- son los blancos reiterados en los delitos más comunes, y lo que es peor aún –en opinión de la misma ciudadanía-, es el hecho que sus autores queden impunes ante la justicia.

Lo anterior se considera por lo general una “injusticia” pues dichos delincuentes, al momento de estar en presencia de un tribunal penal –por regla general ante el juez de garantía- no son castigados ya que son dejados en libertad. Ilustra claramente lo anterior los variados casos que se han dado a conocer en la prensa desde hace algún tiempo hasta ahora: las denominadas “estafas telefónicas”³⁸, en la cual un sujeto llama a otro telefónicamente y, mediante engaño, le solicita la entrega de una cierta cantidad de dinero o especies, para hacerlo ganador de algún tipo de concurso, ayudar a un familiar que ha sufrido algún accidente, etc. El resultado de este tipo de casos concluye su tratamiento en la prensa, habitualmente, con que los delincuentes que han sido detenidos por flagrancia quedan en libertad, ya que el juez de garantía no ordenó su prisión preventiva. El Mensaje del Ejecutivo en la Ley 20.253 advierte que “la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor”³⁹. Lo anterior sin lugar a dudas trae aparejado consigo un sinnúmero de reacciones sociales, como el supuesto sentimiento de inseguridad de la población, el uso indiscriminado de la llamada “puerta giratoria” donde los delincuentes que han incurrido en dos o más delitos no son privados de

³⁸ En este sentido están también los delitos de robo por sorpresa, robo con intimidación, hurto efectuado por los denominados “mecheros”, entre otros, que no se analizarán uno por uno por no ser el objeto del presente trabajo.

³⁹ Historia de la Ley 20.253. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf>> p. 5. [consulta: 06 de julio de 2011].

libertad, y otras figuras similares que la población ve como se reproducen a diario en nuestro sistema de persecución penal.

Las respuestas políticas no se dejan esperar, y apuntan directamente a resolver el problema de la seguridad ciudadana restringiendo la libertad al imputado mientras dure el proceso, sancionar con pena de presidio o reclusión los delitos más habituales, o dotando de más funcionarios policiales las calles⁴⁰, tal como lo expone acertadamente Mauricio Duce. Sin embargo, es el mismo autor quién nos invita a revisar el concepto de “seguridad ciudadana”, pues éste es bastante más complejo que el tratamiento que se le da, y llega a englobar temas tales como la confianza institucional, la injusticia social, las condiciones sanitarias, los elementos climáticos y telúricos, y todo aquél que sea un factor relevante para elaborar una política pública en esta materia⁴¹. No obstante lo anterior, estos elementos no suelen ser considerados en nuestro país, pues se tiende “a sobre simplificar la complejidad del problema y consiguientemente las propuestas orientadas a su solución”⁴² siendo estas propuestas –por lo general– respuestas legislativas enfocadas en el corto plazo únicamente destinadas a reprimir la delincuencia limitando la libertad de los imputados. Claro ejemplo de lo anterior es la modificación que se hizo a través de la Ley N° 19.449 al inciso primero del artículo 440 del Código Penal (CP) que trata del robo con fuerza en las cosas, donde (in)concientemente se estableció una pena similar a la aparejada al homicidio simple (art. 391 N° 2 CP), lo que a simple vista parece desproporcionado por parte del legislador, pero que responde simplemente a contingencias de esa época.

Además, no existen datos efectivos en Chile sobre la relación de “temor a la delincuencia” y “delitos efectivamente perpetrados”, lo que no significa que ese índice de temor deba ser desestimado a la hora de desarrollar una política pública en éste ámbito, sin embargo “pretender que el funcionamiento del sistema de justicia penal

⁴⁰ DUCE, Mauricio. Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile. En: Nueva doctrina penal. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. p. 325

⁴¹ Ibíd. p. 327

⁴² Ibíd. p. 328

deba estar determinado exclusivamente por dichos índices”⁴³ es una idea absolutamente errada.

Existen cinco razones básicas que permiten contrariar el camino adoptado por parte de nuestro legislador, en el cual opta frecuentemente por legislar a favor de la restricción de la libertad provisional, para dar a entender que el mencionado régimen no es la única ni la más eficaz alternativa para resolver el problema de fondo detrás de lo que se denomina hoy como la crisis de la seguridad ciudadana en Chile⁴⁴, las cuales explicaré sucintamente a continuación.

En primer término, considerar que teniendo más imputados y por más tiempo en prisión preventiva reducirá las tasas de delincuencia en términos relevantes, no está sustentado en estudio empírico alguno que así lo demuestre.⁴⁵ Así también lo demuestra la experiencia en otros países, pues “el alcance efectivo de la criminalidad, a pesar de las cifras antes y después de la coma de los cálculos porcentuales (de prisión preventiva), nos es conocido, en el mejor de los casos, con imprecisión”⁴⁶. De lo contrario, debemos afirmar que “el legislador no confía en el proceso penal como medio de actuar la ley penal, y por ello se traslada para hechos precitados como peligrosos para la sociedad, los fines de la prevención general y especial de la pena al encarcelamiento preventivo”⁴⁷, lo que sin duda produce una franca contradicción.

Por otra parte, las mismas autoridades entienden que el núcleo central del problema “delincuencia” tiene poco o nada que ver con el régimen de libertad de los procesados, pero lo justifican, a pesar de aquello, para demostrar a la ciudadanía que un

⁴³ GALLARDO, Eduardo. Los Jueces de Garantía y la Seguridad Ciudadana en el contexto de la independencia judicial concebida como sujeción a la ley. En: Doctrina Revista Procesal Penal. N° 45. p. 10

⁴⁴ DUCE, Mauricio. Ob. Cit. p. 326

⁴⁵ Ibíd. p. 344

⁴⁶ HASSEMER, Winfried (trad. De Patricia S. Ziffer). Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento; límites a la prisión preventiva. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998. p. 110

⁴⁷ FALCONE, Roberto. La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal. En: Doctrina Revista Procesal Penal. N° 27. p. 32

delincuente detenido por la policía no es “soltado” de inmediato o después de un par de días⁴⁸.

Asimismo, un tercer elemento no menos relevante, pero que, al igual que los anteriores, no es tomando en consideración al momento de legislar, es preguntarnos -suponiendo que tienen un efecto en el corto plazo, el cual no se ha demostrado- ¿una política de este tipo puede producir efectos en el largo plazo?⁴⁹ Esto resulta razonable pues lo que pretende el legislador en este aspecto es precisamente que la norma creada no sea una medida “incapacitadora del delincuente” mientras dure su prisión, sino que ésta produzca efectos sostenidos en el tiempo.

En cuarto lugar, se debe destacar que una medida de este tipo, tal como lo ha demostrado la práctica en los recintos destinados a la privación de libertad, sobre todo lo que sucede en Chile, es que sólo se logra con ello agravar el problema, pues genera un conjunto de consecuencias adicionales no deseables, y que sólo confirmarán o iniciarán, según el caso, nuevas “carreras delictuales”⁵⁰, lo cual es un aspecto absolutamente negativo que sucede al aumentar el número de personas privadas de libertad, pero que no es el fondo de nuestro trabajo, por lo cual no se analizará en profundidad.

Por último, siguiendo al profesor Duce en la obra citada, debe evaluarse que la privación de libertad “a todo evento” sea la mejor medida posible, en relación con el diseño de otras políticas públicas alternativas que “pueden generar resultados equivalentes o mejores a un menor o equivalente costo económico y social”⁵¹. Así lo indica información existente donde invertir en programas de prevención no penales resulta económica y socialmente más eficiente que aumentar la capacidad del sistema penitenciario⁵². En este sentido podemos destacar el ejemplo chileno en la Ley de

⁴⁸ DUCE, Mauricio. Ob. Cit. p. 348

⁴⁹ *Ibíd.* p. 350

⁵⁰ Sobre los efectos desocializadores, desculturizadores y criminogénicos de la cárcel existe una vasta literatura criminológica. En general BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Editorial Siglo XXI. 1986. México

⁵¹ DUCE, Mauricio. Ob. Cit. p. 354

⁵² *Ibíd.* p. 355

Responsabilidad Penal Adolescente, que contempla sanciones accesorias como rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, o la prohibición de conducción de vehículos motorizados hasta cumplir los 20 años, las que en algún tiempo más deberán evaluarse para corroborar su efectividad y eficiencia.

A su vez, judicializar la seguridad ciudadana conlleva, necesariamente, un problema de distorsión cuando por esta vía le asignamos a la función jurisdiccional una misión de competencia de otros organismos públicos diversos. El erróneo ejercicio de esta práctica, lejos de producir el resultado esperado –reducir la criminalidad- “se traduce inexorablemente en el deterioro progresivo del estado de derecho en perjuicio de todos los ciudadanos, pues –como hemos visto- se debilita con ello la independencia e imparcialidad del juez y su vinculación a la ley”⁵³.

En consecuencia, al momento de proponer programas o políticas públicas al respecto, como la reforma que se hizo al artículo objeto de este análisis, es indispensable que el legislador cuente con un nivel de información que hoy, o no disponemos, o él mismo no se ha procurado obtener, evitando así una legislación que hoy día podríamos denominarla como legislación intuitiva o legislación *ad hoc*.

1.3 Debido Proceso y Prisión Preventiva

El concepto de “debido proceso” actualmente alcanza muchas formas, las cuales, en lo fundamental, se condicen y perfeccionan con lo que se buscó inicialmente en la construcción anglosajona del *due process of law*, que tendría a su vez, sus orígenes en la Carta Magna Inglesa de 1.215.

Su evolución histórica constata que la importancia de este concepto llega con la Decimocuarta Enmienda en los Estados Unidos, con la cual se materializaba su aplicación, concediéndoles, en términos prácticos, a todas las personas nacidas o

⁵³ GALLARDO, Eduardo. Ob. Cit. p. 5 y 6

naturalizadas en dicho país, y que sean sometidas a su jurisdicción, la garantía de que no se dictará ni hará cumplir ninguna ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos; no se les privará de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley; ni se les negará la igual protección de las leyes⁵⁴.

Por su parte, el concepto fue acuñado constitucionalmente en nuestro ordenamiento en la Constitución Política de la República de 1.980 bajo la frase “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, en el artículo 19 N° 3, inciso quinto CPR. Esta redacción obedece a una doble intencionalidad del constituyente. Por un lado, pretenden con ella una “expresión escueta” a un catálogo de garantías procesales para que esa misma expresión pudiera ir evolucionando de acuerdo con el tiempo⁵⁵. Por otra parte, escoger “justo y racional procedimiento” en lugar del concepto “debido proceso” obedece a que el propio constituyente no quiere -a pesar de pretender darle el mismo contenido y significado- que el intérprete, ya sea, abogado interviniente o la jurisprudencia, lo tiendan a comparar y construir obligadamente a partir de la doctrina y jurisprudencia anglosajona⁵⁶. Se tratará entonces de un concepto que consta de dos campos: un proceso legalmente tramitado, otorgado a la función jurisdiccional; y por otra parte un proceso racional y justo que sea un estándar de legitimidad de las leyes, otorgado al legislador.

Por tanto, corresponderá a este último establecer garantías mínimas para un racional y justo procedimiento, evitando de esta forma dárselo específicamente al proceso en sí, es decir, otorgar a la judicatura la misión de desarrollar jurisprudencialmente el “debido proceso”⁵⁷.

⁵⁴ LÓPEZ, Julián. Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. En: BORDALÍ, Andrés (coord.). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 2006. p. 185

⁵⁵ Ibid. p. 190

⁵⁶ Ibid. p. 191

⁵⁷ Ibid. p. 191

Este fenómeno, sumado a la incorporación de un lato catálogo de garantías de este orden integradas a nuestro derecho interno a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos, conlleva, paradójicamente, a que el aporte de esa expresión escueta que se buscó en principio de debido proceso resulte prácticamente nulo⁵⁸.

No obstante, con la reforma procesal penal en Chile esto tendería a cambiar. Se convierte en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de diversos sistemas de control. Una de sus manifestaciones la encontramos en “el mecanismo de autorizaciones judiciales de los artículos 80A CPR⁵⁹ y 9 CPP, que requiere de la intervención judicial previa a toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare”⁶⁰, como presupuesto válido de su ejercicio. Sin aquello – intervención judicial, entendiéndola como el acto por el cual el juez de garantía dirige, limita o suspende el libre ejercicio de la investigación por parte del fiscal- no podrá el imputado, en caso de ser sometido a prisión preventiva, ni todo el sistema penal, pretender concebir que dicha actuación resulta aparejada al concepto de debido proceso.

Bajo la nueva normativa, se les impone a los jueces verificar si los estándares, ya no sólo del legislador, sino que además de los agentes de persecución penal, e incluso de ellos mismos, están acordes con los principios constitucionales sobre la materia, lo que provoca necesariamente que dichos principios sean fuentes generadoras de reglas para la persecución penal. Claro ejemplo de ello es la adopción del término “juez de garantía”, en desmedro del concepto original que proponía el proyecto de ley del Nuevo Código Procesal Penal de “Juez de Control de la Instrucción”⁶¹.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 195

⁵⁹ Actual artículo 83 CPR.

⁶⁰ LÓPEZ, Julián. *Ob. Cit.* p. 196

⁶¹ *Ibíd.* p. 197. Véase también MATURANA, Cristián (coord.). FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias. 2003. T. I. p. 340

Con todo, bajo estos parámetros debemos entender que un correcto concepto de debido proceso debiera contener -en concordancia con el objeto de nuestro estudio- entre otras garantías, el juicio previo, la presunción de inocencia del imputado, la posibilidad de estar sometido a la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad, y por sobre todo, la autorización judicial previa, en conformidad a lo que disponen los artículos 1, 4, 5 y 9 CPP, y artículos 19 N° 3 inciso 5° y 6°, y el artículo 83 inciso 3° CPR, respectivamente, para dar la doble funcionalidad que buscó el constituyente al acuñar el concepto.

Si el legislador tiene siempre a la vista los elementos mencionados anteriormente, jamás se deformaría el concepto “debido proceso” que la Constitución le confió a la judicatura en su origen, que anteriormente no era considerado, y que hoy la reforma al sistema procesal penal le ha devuelto su vigencia.

Así, en el caso específico de la prisión preventiva de un imputado, ésta debe ser analizada y entregada a la decisión del juez de garantía, el cual decidirá en el caso concreto, si el estándar que le otorgan los principios constitucionales acerca de la materia en cuestión, son ajustados a derecho, para decretarla, revocarla, o negarla en su caso.

Sin embargo, en la reforma del inciso 2° del artículo 149 CPP, pareciera ser que el legislador olvidó toda la construcción normativa y sus fundamentos sobre este aspecto, eliminando esta facultad que se detentaba en el juez de garantía, al no ser éste la autoridad competente que, al momento de revocar o negar la prisión preventiva, decida sobre la libertad del individuo, tal como lo dispone el artículo 19 N° 7 letra c), sino que ahora esta facultad pasó directamente al fiscal del Ministerio Público al momento de apelar de dicha resolución. Parece claro que en este caso no se observan las garantías mínimas que se pretenden resguardar en la Constitución acerca de la libertad de cualquier individuo, como tampoco las que reservan para el debido proceso en el caso de la prisión preventiva. Cuando se confunde la posibilidad de encarcelar a las personas durante el proceso penal (lo que está legalmente permitido) con la sanción penal misma, y más aún, a que dicha sanción sea dictada por autoridad no competente

para ello, se renuncia con ello al juicio previo, es decir, al debido proceso, presupuesto básico de cualquier condena penal⁶², con lo que dicha sanción queda ahora entregada al ministerio de la ley en conjunto con el actuar discrecional del Ministerio Público.

1.4 Prisión Preventiva: Presunción de Inocencia, Presupuestos y Límites.

Para poder adentrarnos en el ámbito de los presupuestos y límites de esta compleja institución contemplada en nuestra legislación, cabe tener en cuenta de manera somera cuando ella es procedente con respecto al fin que se busca del sistema procesal penal sancionatorio y, especialmente, la construcción doctrinal más acertada, a mi juicio, que se ha efectuado.

El sistema procesal penal debemos entenderlo como un “mecanismo racional de investigación, persecución y juzgamiento de las conductas humanas que lesionan bienes jurídicos penalmente tutelados, en el contexto de un régimen de garantías que fija los límites más allá de los cuales la actividad persecutoria estatal no puede extenderse sin vulnerar ilegítimamente los derechos individuales de las personas”⁶³. Si esta concepción la adoptamos como una de las bases que rige actualmente nuestro nuevo procedimiento, según lo que podemos desprender del Mensaje del Nuevo Código Procesal Penal⁶⁴, comprenderemos también que nada obsta a que tales garantías puedan verse afectadas legítimamente en un estado como el nuestro, cuando dicha afectación resulta absolutamente imprescindible para la consecución de los fines del procedimiento, concurriendo los requisitos establecidos en la ley que más adelante revisaremos.

Bajo esta mirada del proceso, podremos concluir que el primero de todos los pasos que deben preceder a decretar la prisión preventiva de un imputado es

⁶² GALLARDO, Eduardo. Ob. Cit. p. 3

⁶³ GALLARDO, Eduardo. Ob. Cit. p. 2

⁶⁴ Mensaje del Código Procesal Penal. Ob. Cit. p. 17 y 18

obligatoriamente, por mandato legal en el caso chileno⁶⁵, presumir su inocencia mientras no exista sentencia firme que establezca lo contrario. A su vez, si la jurisdicción es la actividad mediante la cual obtendremos la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, ningún sujeto puede considerarse responsable ni sometido a pena hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular⁶⁶.

Todo proceso penal moderno, siguiendo la construcción continental que nos ampara, y en especial, el proceso de reformas de Latinoamérica, estará regido por estos postulados.

No obstante, como ya dijimos, estas presunciones, a pesar de no estar desacreditadas mediante un proceso legalmente tramitado, pueden verse seriamente afectadas, y en consecuencia, tener repercusiones en sus garantías fundamentales, cuando se cumplan con los requisitos establecidos por el legislador. Hay quienes incluso no aceptaron la idea de la presunción de inocencia como garantía o norma legal, por considerarla “absurda”, “vacía” e “ilógica”, siendo “una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución Francesa, que lleva a las garantías individuales a los mas exagerados e incoherentes excesos”⁶⁷. Sin embargo, no corresponde desacreditarla de tal manera pues es, como sabemos, una garantía afianzada a lo largo del tiempo y que empíricamente ha demostrado utilidad al proceso, siempre que se respete su aplicación por parte de los sujetos procesales.

En contrario, surgen voces que, amparándose en la presunción de inocencia, ven a la prisión preventiva como una ilegitimidad del proceso, señalando que su uso, y abuso en ciertos casos, la reducen a oropel inútil, lo que desemboca en el desvanecimiento de las demás garantías penales y procesales⁶⁸.

Ferrajoli la estima como una arista de la concepción del proceso que “quiere al imputado en una situación de inferioridad respecto de la acusación, inmediatamente

⁶⁵ Artículo 4 Código Procesal Penal

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 549

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Referencia del autor a Garófalo, Ferri y Manzini. Ob. Cit. p. 550 y 551

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. p. 555

sujeto a pena ejemplar y sobre todo, más allá de las virtuosas proclamaciones contrarias, presunto culpable”⁶⁹. Siguiendo este argumento, el mismo autor propone que el proceso debería llevarse a cabo sin prisión provisional, por dos motivos fundantes. El primero de ellos radica en que se le asegure su dignidad como a todo ciudadano presunto inocente; y en segundo orden, por las necesidades procesales de quedar en igualdad frente a la acusación, tales como organizar efectivamente sus defensas, o evitar la manipulación de pruebas a sus espaldas por parte de su acusador. La única coacción momentánea que le resulta razonable a este autor radica en la situación que en algún delito grave pueda el imputado alterar las pruebas, pero lo desestima de igual forma pues “ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes. Y éste es un coste que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser”⁷⁰.

La discusión sobre el tema sigue hasta hoy, pero la gran mayoría de los actores del sistema penal, y del cuerpo social en general, están dispuestos a asumir dicho costo en contra de la presunción de inocencia por ser la prisión preventiva un elemento efectivo para alcanzar ciertos fines propios del proceso penal.

Corresponderá ahora, en consecuencia, establecer cuáles deben ser los parámetros que debe tener en cuenta el legislador para priorizar el resultado de la investigación por sobre la garantía de presunción de inocencia al momento de investigarse o mientras se juzga la comisión de un delito, restringiendo severamente la libertad del imputado garantizada constitucionalmente.

“Sólo a partir de parámetros normativos es posible juzgar cuáles son los presupuestos legítimos de la prisión preventiva, dónde se encuentran sus límites, y si actualmente estos límites están siendo sobrepasados”⁷¹ afirma Hassemer sobre el particular. En base a eso, podemos afirmar que la gran tarea que nos otorga la discusión actual sobre esta materia, es poder darle un contenido objetivo, o mejor dicho, normativo a su

⁶⁹ Ibid. p. 556

⁷⁰ Ibid. p. 559

⁷¹ HASSEMER, Winfried. Op. Cit. p. 113

aplicación -y no solamente un marco fáctico por sobre la norma- que le permita al juez aplicar la prisión preventiva siguiendo el objeto por el cual fue concebida, aplicando esos, y sólo esos parámetros.

Los parámetros normativos doctrinalmente aceptados y recogidos por nuestro legislador, sin existir sólo una alternativa idónea, que justifiquen o legitimen la prisión preventiva son, a saber:

- a) Que exista una sospecha sobre un individuo del hecho que se está investigando (fundamento y motivo del proceso penal);
- b) Ejecutar el proceso en presencia del imputado;
- c) Asegurar el resultado de la consecuencia penal; y
- d) Asegurar la búsqueda de la verdad frente a alguna obstrucción en la investigación⁷².

Bastante menos necesario, pero que el legislador lo establece de todas formas en el artículo 140 letra c) CPP, es la seguridad de la sociedad o del ofendido, como presupuesto para decretar la prisión preventiva. A pesar de contar con todos estos presupuestos, ellos no son más que un fundamento general, cuyas particularidades y detalles deben ser construidos a partir desde su otro extremo: sus límites⁷³.

Los límites, al ser la contraposición a los fundamentos de la prisión preventiva, buscarán el respeto de las garantías ya tratadas en este apartado.

El primero de ellos es la ya mencionada presunción de inocencia. Si sólo se puede entender que existe responsabilidad de un imputado cuando existe una sentencia firme y ejecutoriada en su contra, la prisión preventiva es, ni más ni menos, la privación de libertad de un inocente⁷⁴, pues ella rige siempre, o no rige. Todo lo anterior indica que

⁷² *Ibíd.* p. 116

⁷³ *Ibíd.* p. 117

⁷⁴ *Ibíd.* p. 117

será esta garantía, necesariamente, uno de sus límites, pues la prisión preventiva no puede perseguir objetivos de derecho penal material.

En segundo lugar contamos con la prohibición de exceso, cual es la limitación que obligatoriamente debe tenerse en cuenta cuando se pueden aplicar medidas menos lesivas que la prisión preventiva y que aseguren igualmente el resultado de la pretensión penal. Es una ponderación valorativa entre objetivo legítimo y los efectos no deseados. Al ser la pérdida de la libertad la máxima injerencia en los derechos de una persona, se debe poner en la balanza la gravedad de la consecuencia penal a esperar⁷⁵, balanza que debe ser ponderada por el juez.

Cabe preguntarse entonces, si buscamos parámetros absolutamente normativos para fundamentar la prisión preventiva, no siendo ésta el medio idóneo para la persecución de objetivos penales materiales, y que encuentra el límite en la presunción de inocencia y la prohibición de exceso, como factores que –sobre todo éste último- deben ser sopesados por el juez, como ente imparcial para decretarla, ¿Qué debe entenderse de la aplicación de la prisión preventiva decretada de pleno derecho cuando el fiscal ejerce un recurso procesal? Si los órganos jurisdiccionales no pueden autorizar medidas restrictivas de derechos fundamentales cuando en el caso concreto resultan desproporcionadas ¿por qué motivo sí lo puede hacer el fiscal?

Una vez revisada la doctrina concerniente a la prisión preventiva y temas afines, entraré al análisis normativo y jurisprudencial del objeto de este trabajo.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 121

1.5 Tratados Internacionales Suscritos, Ratificados y Vigentes en Chile atinentes a la Prisión Preventiva: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Constitución Política de la República de Chile, actualmente y siguiendo el ejemplo moderno de otras cartas fundamentales en esta materia, eleva al rango de norma constitucional los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los cuales promueven y respetan los derechos esenciales de la naturaleza humana, según se desprende del tenor del artículo 5 inciso 2º CPR.

Sin existir unanimidad en la doctrina sobre si esta norma internacional es superior en rango y jerarquía a la propia constitución, y sin querer entrar de lleno en ese debate para no desviar esfuerzos a un tema que no es nuestro objeto, diremos que la opinión de la mayoría de la doctrina nacional reconoce “(...) la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado, señalando que resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en su articulado.”⁷⁶ Así mismo, “(...) tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en general, han resuelto la prevalencia del orden constitucional interno por sobre la normativa internacional.”⁷⁷ Corroborando aquello que “(...) la reforma de 2005 ha reafirmado que el sistema jurídico chileno se estructura sobre la base del principio fundamental de la supremacía constitucional, en virtud del cual la Constitución Política es la norma superior a la cual deben subordinarse todas las demás normas del ordenamiento nacional, incluidos los tratados internacionales debidamente incorporados al orden jurídico interno a través de su correspondiente promulgación y publicación.”⁷⁸

⁷⁶ PFEFFER, Emilio. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno. Revista Ius et praxis. Año 9. N° 1. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_arttext> [consulta: 14 de marzo de 2012]

⁷⁷ *Ibíd.* Cit.

⁷⁸ SALINAS, Hernán. Los tratados internacionales ante reforma constitucional. Jornadas Chilenas de Derecho Público. En: Revista de Derecho Público. N° 36. 2006. Santiago. P. 491.

Entre los tratados internacionales actualmente vigentes en Chile, hay dos que por su naturaleza e importancia destacan por sí solos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), más conocido como el Pacto de San José de Costa Rica.

El primero de ellos fue suscrito por nuestro país el mismo día en que este fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Su entrada en vigencia en nuestro país no llegaría sino con su publicación en el Diario Oficial en abril de 1.989. En concreto, el PIDCP reconoce la validez de la prisión preventiva en sus artículos 9.3 y 9.4, así como también las limitaciones que ella misma tiene por ser, como ya hemos dicho, una institución de *ultima ratio* que “no debe ser la regla” de las personas que hayan de ser juzgadas (artículo 9.3).

La CADH, por su parte, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica –de ahí su nombre-, y que entra a regir el 18 de julio de 1978, el cual adquiere vigencia en nuestro país con su publicación del día 5 de enero de 1.991. En un sentido parecido al PIDCP, sienta la validez de la prisión preventiva en su artículo 7.5 y 7.6, pero también la limita a una medida de excepción cuando establece que la “libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio” y que esta persona podrá “ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”, ya que esta privación, como sostiene la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia internacional, debe ser sopesada con el de una medida necesariamente excepcional.

Según hemos dicho, “la regla es el respeto a la libertad individual, y este derecho no puede ser irrazonablemente restringido con fundamento en el interés del Estado en resolver casos penales”⁷⁹.

⁷⁹ FALCONE, Roberto. Ob. Cit. p. 26

Como sabemos, estos tratados al regular el marco de su contenido, establecen normas de legalidad referentes, en este caso, a la manera en que una persona podría llegar a ser privada de su libertad. El PIDCP en su artículo 9.1 nos señala que “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” Así también, la CADH consagra dicho principio de sujeción a la ley en el artículo 7.2 cuando establece que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

Podemos desprender de lo expuesto que las causales de la norma que contempla la privación de libertad de una persona de manera provisional, deben estar contenidas en la ley con arreglo a su procedimiento, y a su vez, dicha ley debe de estar conforme – tanto en su elaboración como en su aplicación práctica- con los procedimientos y garantías establecidos en la constitución de cada estado parte, para no ver vulnerado así las garantías fundamentales de las personas, uno de los objetos principales de su elaboración, tal como lo dicen sus títulos.

Sumado a lo anterior, y sin entrar aún en el plano nacional, constatamos que ambos tratados nos informan que “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad” (9.3 PIDCP) y también que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (7.5 CADH), de lo que resulta claro afirmar que la prisión preventiva debe decretarse y revisarse por parte de autoridad judicial competente, ya sea juez o funcionario autorizado para tales fines. Ambos pactos son claros y sólo hablan de este tipo de autoridades, y no otras, para que se pronuncien judicialmente acerca de la detención y prisión provisional de una persona determinada.

En tercer lugar, otro argumento a tomar en consideración es que del artículo 7.3 CADH surge para el Estado la prohibición de encarcelar al imputado arbitrariamente, es decir, no poder ser el imputado sometido a un encarcelamiento ilegal, o que dicho encarcelamiento no haya sido efectuado en conformidad a la normativa nacional vigente.

Por último, cabe apuntar, tal como lo señala Falcone, que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce en sus instrumentos internacionales derechos, libertades y garantías mínimas, esto es, una suerte de orden público internacional mínimo; esto quiere decir que los Estados signatarios de los convenios internacionales de derechos humanos pueden ampliar pero no reducir los derechos y garantías en ellos reconocidos”⁸⁰. Clara manifestación de ello se recoge en el artículo 5 del PIDCP.

En suma, podemos concluir que el derecho internacional, y en específico, los tratados suscritos, ratificados y vigentes actualmente en Chile nos dan cuenta de que la prisión preventiva debe ser entendida como una medida excepcional de *ultima ratio*, norma la cual está llamada a ser tratada por la legislación interna como mandato constitucional, gracias a la equiparación que existe de nuestra Constitución y los Tratados Internacionales, el cual instruye su regulación y aplicación conforme a la legislación interna vigente con absoluta sujeción a la norma constitucional. Esta última, a su vez, por la aplicación de los tratados ya indicados, nos dice que su aplicación sólo puede ser dictada y/o revisada por autoridad jurisdiccional competente instituida por mandato legal para tal efecto, y que no se podrán limitar o restringir, sino que sólo ampliar, las garantías establecidas so pretexto de invocar los mismos tratados que las instruyen.

1.6 Referencia a la Constitución Política de la República

En el panorama interno, la situación no difiere sustancialmente de lo comentado en el acápite anterior.

⁸⁰ *Ibíd.* p. 28

Nuestra Constitución, en su Capítulo III denominado “De los derechos y deberes constitucionales” regula el aseguramiento de las garantías a toda persona. Entre ellas destacan un largo catálogo enumerado en el Art. 19 CPR, de las cuales podemos destacar la igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 CPR), la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el debido proceso (Art. 19 N° 3 CPR), y la más fundamental garantía para los efectos del presente trabajo, el derecho a libertad personal y a la seguridad individual (Art. 19 N° 7 CPR), que en su letra b) consagra “Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”, lo cual es concordante con lo mencionado sobre sujeción a la ley. La letra c) del mismo Art. 19 N° 7 a su vez nos dice que “Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley...”. Así también el mismo numerando en su letra d) inciso segundo promueve que “Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.” Por último, la letra e), y ya más literal pues se pronuncia directamente sobre la prisión preventiva, nos dice que “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”⁸¹.

De todo lo anterior, podemos colegir dos cosas. La primera de ellas es que sin duda nuestro ordenamiento constitucional contiene un catálogo de garantías, en cuanto a la libertad del imputado, bastante similar en términos y alcance que los ordenamientos internacionales ya referidos al respecto anteriormente, por lo que difícilmente podría decirse que existe una contradicción entre lo ordenado en nuestra carta magna y el ordenamiento internacional que se incorpora por la aplicación del artículo 5 inciso 2º CPR. En segundo término, una vez constatada la similitud y coherencia que existe en la legislación constitucional interna e internacional sobre la materia, cabe respaldar dicha afirmación con la ley, para verificar que lo que en la Constitución se proclama no

⁸¹ Todos los énfasis fueron añadidos.

es letra muerta. Como ya hemos dicho, este es el objeto de nuestro trabajo, por lo que esta constatación se hará latamente en nuestra conclusión.

A mayor abundamiento, procede analizar quiénes son los funcionarios o autoridades llamados por la ley para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, desarrollar funciones jurisdiccionales, y en definitiva, tener la investidura suficiente para poder restringir en conformidad a la Constitución y las leyes, las libertades de las personas que se amparan en la misma norma fundamental. Los artículos 76 y siguientes CPR (Capítulo VI) nos muestran al Poder Judicial como los facultados para “conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”, como una atribución exclusiva de los mismos. Por ende, pareciera que no existe otra autoridad además de los tribunales de justicia que tenga la potestad para ejercer la función jurisdiccional.

En consecuencia, debemos remitirnos en este mismo ejercicio a las normas constitucionales que regulan el organismo denominado Ministerio Público, para entender si, tal como indirectamente lo hemos ido adelantando, tiene las facultades para ordenar una detención, prisión preventiva, arresto u otras formas que permitan restringir la libertad de un ciudadano, las cuales son atribuciones jurisdiccionales por excelencia. En el Capítulo VII de la CPR que regula este órgano, vemos claramente que es el artículo 83 el cual se pronuncia acerca de las funciones otorgadas al mismo.

De una simple lectura podemos ver que “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.” (Art. 83 inciso 1º CPR).

“El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo

restringan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa⁸². La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso” (Art. 83 inciso 3º CPR).

Es decir, queda claro que no podrá ejercer funciones jurisdiccionales y que necesita, para poder restringir las garantías que la Constitución consagra, aprobación judicial previa, lo que nos permite poder seguir afirmando la coherencia del constituyente para la adopción y creación de las normas atinentes a este respecto, en conjunto con la normativa internacional vigente. Sin embargo, el problema se suscita mas adelante con el establecimiento de diferentes potestades a los fiscales en la materia otorgadas por ley.

Así las cosas, podemos afirmar fehacientemente que nuestro texto fundamental goza de plena satisfacción entre sus apartados, pues divide plenamente las funciones a quién corresponde, y además garantiza, tal como ella misma señala, las libertades de toda persona. Sin embargo, el vuelco que ha tenido nuestra legislación ordinaria al respecto, merece un análisis exhaustivo desde sus orígenes para poder arribar a una conclusión conforme.

1.7 Historia del inciso 2º del artículo 149 del Código Procesal Penal en la Ley 20.253

Mediante oficio N° 654 de 14 de noviembre de 2.005 se envió el Instructivo General N° 9 de la Ley N° 20.074 del Ministerio Público, el cual precisó que respecto de la prisión preventiva y las otras medidas cautelares se introducirían modificaciones que apuntaban hacia la ampliación de los criterios de procedencia de prisión preventiva; extensión de la prisión preventiva a delitos menores; restricción de reemplazar la prisión preventiva por caución económica; procedencia

⁸² Énfasis añadido.

expresa de apelación sobre la resolución que rechaza la prisión preventiva; y ampliación del criterio de peligro para la seguridad de la sociedad⁸³.

Sin embargo, con posterioridad a dicha reforma, muchos legisladores manifestaron que diversos tribunales no observaban ni cumplían estas reglas, lo que necesariamente desembocó en que se buscara legislar nuevamente sobre el tema, restringiendo de mayor manera la actuación judicial.

El Mensaje del Ejecutivo expresa que si bien no se alterará la regla básica sobre la prisión preventiva, entendiéndola como una medida excepcional, señala que deben introducirse precisiones para una mejor defensa del interés social. Estas medidas, como ya lo hemos criticado a nivel doctrinal, buscaban combatir la sensación de inseguridad cuando se habían perpetrado delitos graves o cuando los sujetos habían hecho del delito su actuación habitual⁸⁴. Como vemos, aquí consta el primer error en las motivaciones para legislar.

El mismo proyecto establecía que la resolución que negaba o revocaba una prisión preventiva no debía producir efectos mientras no fuera revisada por el Tribunal de Alzada⁸⁵, lo que demuestra y sienta la base de lo que llegaría a ser el actual artículo 149 CPP.

Sin embargo, en su discusión, las oposiciones no se hicieron esperar. El Defensor Nacional argumentó en contra de dicha modificación pues expresó, con justa razón, que “vulneraba la presunción de inocencia y además llevaba aparejado una prolongación de la detención del imputado mientras se resolvía la apelación”⁸⁶. Así también, el Profesor Tavolari señaló que estas introducciones al artículo 149 CPP “eran contrarias a la Constitución, en su artículo 19 N° 7 y en general por cuanto el legislador se estaba arrogando una determinación que la Carta Política entrega al juez”⁸⁷. En

⁸³ PIEDRABUENA, Guillermo. Ley 20.253. Agenda Corta Antidelincuencia. 2008. Editorial Legis. Santiago. p. 149

⁸⁴ *Ibíd.* p. 152

⁸⁵ *Ibíd.* p. 153

⁸⁶ *Ibíd.* p. 154

⁸⁷ *Ibíd.* p. 154

esta misma posición estuvieron el Presidente del Centro de Estudios Judiciales, Ministro Sr. Brito, y el Gerente de la Fundación Paz Ciudadana. No obstante lo anterior, la Comisión cerró el debate con idea de legislar por unanimidad.

Algunas de las opiniones que se suscitaron en la Comisión del Senado son importantes de rescatar acerca de la discusión de la nueva redacción de la modificación del artículo 149 CPP.

El Senador Espina sostuvo que había que impedir que los imputados, en el caso de delitos graves, sean puestos en libertad mientras no se pronuncie la Corte de Apelaciones, con el propósito de evitar la fuga. Argumenta que en definitiva, lo único nuevo es el efecto suspensivo de la apelación⁸⁸. Sin embargo a este respecto, siguiendo al Profesor Ferrada, nos preguntamos ¿Es efectivo que se le da efecto suspensivo con la modificación? Él plantea que existen tres posibilidades que debemos desentrañar para arribar a una correcta solución. La primera puede ser que efectivamente se dote a este recurso con el efecto suspensivo. La segunda vía es que se cree un nuevo efecto, diferente al régimen general de efecto suspensivo y devolutivo. Por último, que se trate de una medida cautelar creada e impuesta por ley⁸⁹.

Tenemos la convicción que en este caso no se reconoce el efecto suspensivo, en virtud del régimen general de recursos, ni la extensión de la detención o de la prisión preventiva, como un nuevo efecto del recurso de apelación.

En primer lugar, el efecto suspensivo provoca que “la resolución no puede hacerse efectiva durante el plazo para recurrir, frente al caso de haberse deducido el recurso, hasta la resolución de éste”⁹⁰. La situación de hecho que supuestamente se va a mantener acá puede variar. Si llega el imputado en calidad de detenido, la detención

⁸⁸ *Ibíd.* p. 165

⁸⁹ FERRADA, Francisco. *Ob. Cit.* p. 346

⁹⁰ *Ibíd.*

terminaría cuando tiene lugar la audiencia en presencia del juez de garantía, y extenderla sería abiertamente inconstitucional, pues no existe resolución judicial que la ordene⁹¹.

En segundo término, si la prisión preventiva se revoca, existe una resolución –la que ordenó la misma- que queda sin efecto, y la nueva norma vendría solamente a imposibilitar dejar al imputado en libertad, pero no a someterlo nuevamente a prisión preventiva⁹², lo que resulta un poco ilógico pues no existe, al igual que el caso anterior, resolución judicial que funde o permita que el imputado quede en la imposibilidad de recobrar su libertad sin estar sometido a prisión preventiva.

En consonancia con las dos hipótesis anteriores, vemos que el artículo 368 CPP prescribe que la regla general de la apelación es la ausencia del efecto suspensivo, salvo que “expresamente” la ley lo incorpore a su texto, y como en la modificación no existe tal remisión expresa del mencionado efecto suspensivo, debe entenderse que no se contempla para este caso⁹³. Por último, en opinión de Ferrada, el establecer el inciso tercero del artículo 149 CPP la posibilidad de impetrar la orden de no innovar lleva implícito que no se da el efecto suspensivo, ya que esta institución solo se verifica cuando la apelación es en el sólo efecto devolutivo⁹⁴.

Es decir, queda claro que el hecho de recurrir por parte del Ministerio Público –o el querellante, en su caso- no es una extensión de darle a esta apelación el supuesto efecto suspensivo según las reglas generales del recurso de apelación, ni es una prolongación de la detención sujeta a revisión por parte del superior, o una prolongación de la prisión preventiva por lo ya mencionado.

Lo que tenemos, en definitiva, mientras se tramita la apelación, “es a un imputado que no puede ser puesto en libertad por disposición legal expresa”⁹⁵, no existiendo para él

⁹¹ *Ibíd.* p. 347

⁹² *Ibíd.* p. 348

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ *Ibíd.*

una calificación jurídica particular, donde el legislador le ha creado un nuevo estatus que no tiene base constitucional y lo coloca en una situación de incertidumbre jurídica.

Dicha situación -como vimos- que viene impuesta por ley, “no puede carecer de justificación alguna, por cuanto atentaría contra el art. 19 n° 7 b) y c) de la Constitución, y menos podría significar que estemos aplicando una condena anticipada, puesto que en ese caso estaríamos frente a una burda infracción al principio de inocencia. Por ello, y siguiendo la historia de la ley en comento (evitar la fuga), se debe entender que tiene naturaleza cautelar.”⁹⁶

El Senador Espina agregó además que más del 50% de las decisiones sobre prisión preventiva dictadas por los jueces de garantía son revocadas por las Cortes de Apelaciones, por lo que parecía razonable que fueran revisadas por el Tribunal del Alzada antes de ser cumplidas⁹⁷.

Existía un problema que se solucionó con el transcurso de la discusión. Se podía dar la posibilidad de que una persona llegara citada al tribunal sin haber sido detenida previamente, y que en la misma audiencia fuera formalizada por un delito de los previstos en el artículo 149 CPP, solicitándose por parte del fiscal su prisión preventiva. El resultado es que debía esta persona permanecer detenida en tanto la Corte respectiva no resolviera su situación, lo que resultaba un exceso. El problema lo abordó el Ministro de Justicia de ese entonces, y a raíz de dicha opinión sentó la configuración actual del artículo en comento. Sostuvo que parecía desproporcionada tal situación, por lo que creía que debía aplicarse la norma solamente a las personas que llegaran en calidad de detenidas ante el juez de garantía y, que en todo caso, la apelación debía ser interpuesta por el fiscal en la misma audiencia en que se deniegue la petición de prisión preventiva, correspondiendo en consecuencia ser resuelto tal recurso en la audiencia más inmediata de la Corte de Apelaciones respectiva⁹⁸.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 349

⁹⁷ PIEDRABUENA, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 167

⁹⁸ *Ibíd.*

El texto definitivo de la modificación al artículo 149 fue acordado por tres votos contra dos. La mayoría la conformó los Senadores Espina, Larraín y Muñoz, y la minoría los Senadores Alvear y Gómez.

Para el Senador Espina el fundamento de este nuevo artículo, y que en su opinión era el más fundamental de la llamada ley de “Agenda Corta Antidelincuencia”, es el peligro de fuga del imputado, uno de los problemas más graves cuando la fiscalía solicita su prisión preventiva y el magistrado decreta la libertad. Afirmó el mismo Senador: “al sujeto no lo encuentran más”⁹⁹.

Cabe cuestionarse en todos los casos que cita el Senador, si se solicitó por parte del Ministerio Público alguna medida alternativa a la prisión preventiva que evitara este peligro de fuga, y si de existir, cuáles eran éstas y las formas de control sobre las mismas, para poder afirmar con certeza que el problema de la fuga de los imputados recae sobre la denegación de prisión preventiva, o sobre las medidas alternativas y su sistema de control, datos que no fueron expresados por el mismo Senador en el momento de la discusión de la norma.

En la discusión en sala, los criterios no variaron. Por su parte, el Senador Orpis sostuvo que “la sociedad tiene derecho a defenderse, y una manera de hacerlo es que, al menos respecto de este tipo de delitos, la apelación sea resuelta por un organismo colegiado, es decir, que no sea un tribunal unipersonal el depositario de la verdad absoluta para otorgar o no la libertad”¹⁰⁰. Si el problema ahora, tal como lo señala el Senador Orpis, no es la fuga, sino el criterio del tribunal unipersonal ¿Será la forma más adecuada de solucionarlo, darle el supuesto efecto suspensivo al recurso de apelación –según la opinión de algunos parlamentarios-, privando de libertad a un sujeto sin autorización judicial alguna, o deberá entregarse por ley dicha determinación a un tribunal colegiado, o mejor aún, decretarla de pleno derecho?

⁹⁹ Ibid. p. 173

¹⁰⁰ Ibid. p. 175

Por su lado, la Senadora Alvear mantuvo su postura, en cuanto a que no debe legislarse de esta forma porque “el descriterio de algunos jueces no debe llevarnos a tomar decisiones arbitrarias e injustas. Porque pasarnos para la otra punta puede traer consecuencias no deseadas”¹⁰¹.

Cerrado su debate en la sala, el inciso segundo del artículo 149 propuesto por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia fue aprobado por 26 votos a favor y 6 en contra.

En tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, en su sesión del 9 de octubre de 2007, aprobó las modificaciones del Senado, excepto algunas, entre ellas la relativa al artículo 149 CPP, por lo que se creó una comisión mixta. El “Diputado Burgos expresó que la norma rompe la lógica del nuevo proceso penal porque es al juez de garantía al que le corresponde decidir las medidas cautelares y que de aprobarse la norma del Senado había que establecer un mecanismo para que la causa se vea con la mayor rapidez en la Corte de Apelaciones”¹⁰². A pesar de lo acertado de la intervención del Diputado Burgos, la atención y los esfuerzos se concentraron en la última parte de la afirmación del mismo, por lo que la comisión mixta no tuvo mayores problemas para acordar, a pesar de limitar las facultades del juez de garantía y restringir la libertad del imputado de manera absolutamente arbitraria y contraria a derecho, un sistema de turnos para la vista preferente de la causa en las cortes de apelaciones. Dicho informe fue aprobado casi por unanimidad en ambas Cámaras, por lo que sólo restaba un paso para su configuración como ley.

El trámite que siguió fue la recopilación del oficio de respuesta de la Corte Suprema, que sobre el particular solamente se pronunció con respecto al sistema de turnos¹⁰³ de

¹⁰¹ Ibid. p. 175

¹⁰² Ibid. p. 178

¹⁰³ A pesar de que la Corte Suprema se pronunció en esta línea, y que el inciso segundo del artículo 149 CPP en su parte final habla de “Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno...”, cabe recordar que no todas las Cortes de Apelaciones del país cuentan con más de una sala, por lo que existe un defecto en la técnica legislativa.

una sala de la Corte de Apelaciones para conocer de este recurso, pero que no abarcó el fondo de la norma. Sin embargo, la opinión que manifestó el Poder Judicial sobre el sistema de turnos no fue oída en las discusiones de las Cámaras, por llegar esta respuesta posteriormente a la aprobación de las modificaciones.

Algunos alcances que hace el autor Guillermo Piedrabuena, quién fue Fiscal Nacional de la época, de las modificaciones merecen ser destacadas. Resalta que se trata de una lista de delitos graves que es taxativa, por lo que el juez, lo que debe analizar “para los efectos de determinar si se aplica el inciso segundo del artículo 149, es la calificación jurídica del delito materia de la formalización del fiscal, sin considerar la pena aplicable”¹⁰⁴, lo que dista bastante de los criterios y factores que se deben considerar a la hora de aplicar o no la prisión preventiva, y de otorgar esta facultad a la simple discrecionalidad del fiscal¹⁰⁵. Se da incluso el ilógico de que una persona cuya detención fue declarada ilegal, y de la cual es rechazada su prisión preventiva, por la misma facultad del fiscal de apelar del rechazo, al no distinguir la ley, también deberá permanecer en prisión preventiva, pues la nueva ley le permite al fiscal continuar con la audiencia, formalizando al imputado y solicitando medidas cautelares, por lo que se atropella en esta circunstancia en doble instancia las garantías de los imputados tan celosamente consagradas en la constitución.

El Tribunal Constitucional, en su fallo del 29 de enero de 2.008, creyendo pertinente que sólo debía someterse a la revisión de constitucionalidad en abstracto los dos nuevos incisos del artículo 149 CPP, determinó que dichas modificaciones eran constitucionales, con el voto en contra de los Ministros Sres. Vodanovic, Fernández Baeza y Correa Sutil, quienes creyeron que la frase “negare o” incluida en el nuevo inciso segundo del artículo 149 contenido en el numeral 9) del artículo 2 del proyecto en análisis, es contraria a la carta fundamental y deben eliminarse, porque en virtud de lo que dispone la norma puede darse el caso en que “la privación de libertad se mantenga aún en el caso que su detención haya sido declarada ilegal y luego denegada la prisión preventiva por parte del juez”

¹⁰⁴ PIEDRABUENA, Guillermo. Ob. Cit. p. 188

¹⁰⁵ FALCONE, Roberto. Ob. Cit. p. 26

(considerando primero voto disidente). También se produce la contradicción entre la norma expuesta y lo dispuesto en la letra e) del numeral 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues mantiene privada de libertad a una persona en contra de la decisión del único juez que se ha pronunciado al respecto, por lo que la contradicción es palmaria y “la Carta fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público (considerando segundo voto disidente). Por último, esta jurisprudencia sostiene que se vulneraría con la norma lo dispuesto en la letra c) del numeral 7 del artículo 19 del cuerpo legal ya citado, pues “el imputado permanecerá privado de libertad en contra de la orden de la única autoridad competente, como lo es el juez de garantía luego que el imputado ha sido puesto a sus disposición” (considerando tercero voto disidente)¹⁰⁶.

Con este marco, la vigencia de ambos incisos agregados al artículo 149 CPP fue sólo cuestión de tiempo hasta que llegará su publicación en el Diario Oficial y su entrada en vigencia, siendo el resultado de esto el texto que hoy conocemos.

Con todo lo que sabemos hasta ahora, del análisis de cada una de las aristas que a este respecto parecen relevantes, es necesario preguntarse nuevamente en este instante: ¿El inciso segundo del artículo 149 CPP es constitucional conforme a nuestra Constitución Política de la República?

1.8 Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional

Una vez efectuado el cuestionamiento central que esta muy pronto a ser desentrañado, es necesario profundizar en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (TC) haciendo ahora un análisis en concreto de la norma invocada a un caso particular, y de situaciones similares que pudieran haberse ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pues nuestro

¹⁰⁶ Texto íntegro del fallo en PIEDRABUENA, Guillermo. Ob. Cit. p. 247 y siguientes.

planteamiento, si bien puede no ser el más comentado en la esfera nacional, dista bastante de ser una situación pasiva y de la que ya se ha requerido la intervención de los tribunales de justicia para dar algún lineamiento al problema.

1.8.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la CIDH ha analizado el tema de la prisión preventiva y de situaciones similares, sin embargo, la institución que configura el inciso segundo del artículo 149 CPP no existe en ningún otro ordenamiento de nuestro hemisferio. Es por ello que resulta prudente rescatar algunos fallos que pueden resultar interesantes a la luz del presente trabajo.

En dicho sentido encontramos los fallos “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004, “Acosta Calderón vs. Ecuador” del 24 de junio de 2005, “López Álvarez vs. Honduras” de 1 de febrero de 2006 y “Bayarri vs. Argentina” del 30 de octubre de 2008, que tratan el tema de la prisión preventiva¹⁰⁷, pero sus temas de fondo y de análisis se basan en otros presupuestos, por lo que difiere su estudio de nuestro trabajo, y por ende, no los comentaremos.

A pesar de lo anterior, existen dos fallos que merecen alguna mención especial por tratar de una manera acorde a nuestro objeto la prisión preventiva, a pesar de que el fondo siga siendo distante de nuestro análisis.

En primer término, el caso “Palamara Iribarne vs. Chile”¹⁰⁸, que por sentencia del 22 de noviembre de 2005, entre otras cuestiones sometidas al conocimiento de la Corte, discute la procedencia de pleno derecho de la prisión preventiva a un imputado por la Justicia Militar chilena, en este caso por el delito de desacato y por desobediencia e incumplimiento de deberes militares, dejando

¹⁰⁷ Todos los fallos en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>> [consulta: 14 de julio de 2011]

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> [consulta: 14 de julio de 2011]

de ser la prisión preventiva en este caso una medida de carácter excepcional¹⁰⁹. Además, en el sistema de Justicia Militar “Los Fiscales, que ejercen la jurisdicción militar, son abogados y tienen un grado [militar] inferior en jerarquía que los jueces y auditores”. “Los Fiscales son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos y [la] formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia”. El fiscal instruye la investigación del delito y “tiene poderes para dictar dentro del proceso medidas cautelares personales, como la prisión preventiva” o “medidas intrusivas”, que pueden afectar derechos fundamentales del imputado. Los Fiscales están encargados de recoger y consignar todas las pruebas pertinentes, detener a los inculcados y producir todos los elementos de convicción que sean del caso¹¹⁰, por lo que la Corte los estima como carentes de independencia e imparcialidad.

Siguiendo con este razonamiento, la Corte también estimó que “En la referida orden de prisión preventiva de 12 de julio de 1993, el Fiscal no hizo referencia alguna a los elementos que la ley interna exigía para que procediera la privación de la libertad del señor Palamara Iribarne y no acreditó la obstaculización de la investigación por su parte. El Fiscal fundamentó una orden de prisión preventiva solamente con base en los elementos para emitir un auto de procesamiento y, como consecuencia de ello, el señor Palamara Iribarne permaneció privado de libertad cuatro días, del 12 al 15 de julio de 1993¹¹¹. Fue liberado en virtud de la resolución emitida por la Corte Marcial.”

Y sigue su exposición el tribunal internacional en este sentido diciendo que “La interpretación de la normativa interna realizada por las autoridades militares en el presente caso, supuso que dicha medida cautelar restrictiva de la libertad personal, no revistiera, como lo exige la Convención, carácter excepcional. Por el contrario, al dictar prisión preventiva sin tener en cuenta los elementos legales y convencionales para que ésta procediera, el Estado no respetó el derecho a la presunción de inocencia del señor Palamara Iribarne, debido a que, tal como surge de los hechos del caso, no

¹⁰⁹ *Ibíd.* Considerando 53. b) 3

¹¹⁰ *Ibíd.* Considerando 154

¹¹¹ *Ibíd.* *Supra* párrafo 63.83

desvirtuó dicha presunción a través de la prueba suficiente sobre la existencia de los requisitos que permitían una restricción a su libertad (supra párr. 198 in fine)¹¹².

En consecuencia, finalmente el Estado de Chile fue condenado a pagar diversas indemnizaciones al Señor Palamara, pero resulta interesante destacar que la Corte es tajante al tratar, muy de cerca de lo que pretende este trabajo, a la prisión preventiva como una medida excepcional, de ultima ratio, lo que en el caso de la Justicia Militar no sucede, y que además se limitan diversas garantías individuales por órganos que no están facultados por la ley para ello, es decir, se le otorgan a los Fiscales Militares atribuciones que no debieran recaer en ellos, situación que se presenta en términos similares a la prisión preventiva de pleno derecho y sujeta a la arbitrariedad del uso del recurso de apelación por parte del Fiscal del Ministerio Público.

Por otra parte, encontramos el segundo y último caso que se acerca de alguna manera a nuestro tema, a saber el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”¹¹³, que por fecha 21 de noviembre de 2007 se refiere a la materia en su considerando 93, entendiendo que “En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba

¹¹² *Ibíd.* Considerando 213

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf> [consulta: 15 de julio de 2011]

ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.” Se condicen estas afirmaciones con los presupuestos de la prisión preventiva en el caso concreto, y de la sujeción que debe existir de la ley que restringe la libertad a la Constitución y la Convención, por lo que es posible afirmar que la doctrina arrancada de la jurisprudencia citada, es decir, la opinión de la CIDH, es similar a la expuesta en el cuerpo de este trabajo.

1.8.2 Tribunal Constitucional de Chile

El tema específico ya ha sido discutido, en primer término, por el control abstracto de constitucionalidad del artículo en comento, al que ya nos referimos anteriormente. A pesar de aquello (de haber declarado constitucional el precepto), su aplicación ha distado de ser un tema superado y es por lo mismo que se han promovido controles de constitucionalidad en concreto.

Los roles de ingreso que fue posible identificar en nuestra investigación y que están actualmente fallados, son, en primer lugar, el 1057-2008, 1060-2008, 1062-2008 y 1064-2008¹¹⁴, todos los cuales fueron declarados inadmisibles ya que no concurrían en la especie los presupuestos que se establecen para el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según lo preceptuado por el inciso undécimo del artículo 93 CPR, es decir, en todas estas causas ya no se daba el presupuesto de que existiera una gestión pendiente sobre la que recaiga la acción, ya que en todos los casos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público ya había sido revisado por

¹¹⁴ Todos los fallos en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado> [consulta: 15 de julio de 2011]

las Cortes de Apelaciones respectivas, lo que en definitiva impedía que existiera una pronunciación del Tribunal sobre el fondo del asunto.

Solamente existe hasta la fecha un requerimiento que, a pesar de haberse rechazado en la sentencia definitiva, abordó de manera más completa el asunto de fondo, y además, tuvo un voto en contra de los Ministros Correa Sutil y Fernández Baeza, cuyo rol de ingreso es el 1065-2008¹¹⁵, fallado el 18 de diciembre de 2008, que a continuación analizaré.

El requerimiento fue presentado por el Juez de Garantía de Puerto Montt para que el Tribunal se pronunciara sobre la constitucionalidad del inciso segundo del artículo en estudio, en relación a los artículos 6, 7, 17 números 3, 7 y 26, 76 y 83 de la Constitución. El mismo Juez establece que “En cuanto al fondo del asunto planteado, indica que el dilema que impone la norma reprochada consiste en que una persona, a la que se le controló la detención y respecto de la cual el juez negó la prisión preventiva, debe permanecer privada de libertad por el simple hecho de que el Fiscal deduzca un recurso de apelación, arbitrio que, conforme lo estatuido en el artículo 368 del Código Procesal Penal, se concede en el solo efecto devolutivo. Agrega que, además, no se sabe en qué condición se encontraría el imputado privado de libertad cuya detención concluyó y que no ha sido sometido a prisión preventiva por resolución judicial.” Ahonda en diversas materias, pero este será, como en todos los otros requerimientos, el eje de su acción.

El Ministerio Público, por su parte, dentro de toda su defensa, plantea que existe un vicio de admisibilidad, cual es, que no hay gestión pendiente alguna en la que incida el requerimiento que, como ya vimos, es la principal causa por la cual se desestimaron los ya referidos recursos.

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Requerimiento de inaplicabilidad del Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt respecto del artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal. Rol 1065-2008. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1070>> [consulta: 15 de julio de 2011]

La sentencia en su considerando cuarto sostiene que el requirente afirma que la gestión pendiente es el proceso penal que se inicia con la etapa de la investigación y concluye con una sentencia ejecutoriada, de forma tal que el precepto legal resultará siempre potencialmente aplicable en el procedimiento mientras no exista sentencia judicial ejecutoriada.

De esta forma, el Tribunal señaló que “Como ha señalado esta Magistratura, es suficiente la posibilidad y no la certeza de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado”¹¹⁶, por lo que se puede considerar que aún existe una gestión judicial pendiente, y en consecuencia, no puede ser declarado inadmisibile.

En cuanto al fondo de la acción, “lo que el Tribunal debe efectuar es un examen concreto de si la norma aplicada a la gestión produce efectos o resultados contrarios a la Constitución Política”¹¹⁷. En ese sentido, el Tribunal Constitucional entendió en el caso particular que las alegaciones del requirente “van más bien dirigidos a los preceptos legales en abstracto y no al caso concreto, todo lo cual configura esta presentación como un recurso de inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad, lo que obliga a desechar el requerimiento”¹¹⁸. Por este motivo, entiende que la aludida disposición fue declarada como orgánica y constitucional en su control abstracto en los autos Rol N° 1001-2007, y que el requirente no invoca un vicio específico que modifique lo aludido en dicha resolución¹¹⁹.

Posteriormente, entra a analizar lo sustantivo del asunto, es decir, la reserva legislativa y las facultades privativas de los tribunales de justicia en relación a la revisión de la libertad, en los considerandos vigésimo octavo al cuadragésimo.

Señala que el inciso estudiado hace referencia a una situación excepcional, pues sólo resulta aplicable en delitos muy graves y determinados taxativamente por el legislador,

¹¹⁶ *Ibíd.* Considerando octavo

¹¹⁷ *Ibíd.* Considerando vigésimo segundo

¹¹⁸ *Ibíd.* Considerando vigésimo tercero

¹¹⁹ *Ibíd.* Considerando vigésimo quinto

y que siempre serán los tribunales de justicia quienes deberán resolver sobre los mismos. Abunda sosteniendo que el juez requirente lo que hace en realidad es manifestar reparos al sistema de decisiones judiciales, lo que importa un juicio de mérito, hecho el cual es de propia competencia del legislador.¹²⁰

Especial relevancia cobra lo resuelto en el considerando 34º al sostener que “la decisión de sustituir o modificar –en este caso- el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales en materia de libertad personal constituye una problemática que –en principio- deberá decidir el legislador (...) en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad (...)”¹²¹. Claro resulta que la aludida magistratura falló en atención a otros presupuestos que los solicitados por el requirente, y que equivocado sería suponer que lo discutido en esos autos lo motiva una “discrepancia de criterios”, sino que la vulneración de las garantías individuales.

Así mismo, se pronuncia sobre la incompetencia del propio Tribunal Constitucional para calificar el mérito de la legislación, sobre la base del “principio de reserva legislativa”, ya que su competencia sólo se refiere a determinar si ciertos actos – legislativos- se ajustan o no a los preceptos constitucionales.¹²² Por ello entiende que “no se divisa infracción a lo dispuesto en el artículo 19, N° 7. De la Constitución Política de la República, desde que, como lo indica su letra b), “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Precisamente en este caso es el legislador el que ha previsto ciertas normas aplicables al otorgamiento de la libertad en determinados delitos, socialmente reprochables, exigiendo una revisión por parte del tribunal superior jerárquico de lo resuelto por el juez de garantía.”¹²³ Concluye lo mismo con respecto a la letra c) y e) del artículo 19 N° 7 CPR pues “será siempre el juez –de garantía o, en su caso, la Corte de Apelaciones- quien tendrá competencia para pronunciarse sobre la materia, situación que se encuentra prevista precisamente en la disposición legal

¹²⁰ Ibíd. Considerando trigésimo tercero

¹²¹ Ibíd. Considerando trigésimo cuarto

¹²² Ibíd. Considerando trigésimo quinto

¹²³ Ibíd. Considerando trigésimo octavo

que se reprocha como contraria a la Constitución Política por parte del juez requirente.”¹²⁴

Por otro lado, como último argumento que justifica el rechazo del requerimiento o cuestión de inconstitucionalidad, establece que no existe contradicción entre la norma citada y el artículo 76, inciso primero de la Ley Suprema, pues “serán siempre los tribunales de justicia, como únicos titulares de la función jurisdiccional, los encargados de conocer soberanamente de la materia, confiriendo la libertad o, por el contrario, excepcionalmente, decretando la prisión preventiva, tal como lo ordena la Carta Fundamental, preservando en cada caso los principios que deben informar todo debido proceso, tal como lo ordena el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la misma, al obligar al tribunal superior jerárquico a resolver prontamente o, más tardar al día siguiente, como por lo demás ocurrió en el caso de autos en las dos oportunidades en que se ha aplicado el precepto legal cuestionado. En modo alguno, entonces, se infringe el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política de la República, como se afirma por el juez requirente, desde que el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales, las que –como se ha señalado de manera reiterada- quedan siempre reservadas a los tribunales de justicia, ya sea el Juez de Garantía o la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso”¹²⁵.

A nuestro juicio, y tomando en consideración todo lo expuesto en el presente trabajo, es absolutamente ilógico afirmar lo que señala la sentencia cuando se hace cargo de la parte sustantiva del asunto, ya que, si bien concordamos absolutamente con ella al sostener que no le corresponderá al Tribunal Constitucional determinar el mérito, la oportunidad ni la función que deba cumplir una norma determinada, en virtud del principio de reserva legislativa, creemos que desvía su atención a esta materia en específico y argumenta a favor de la norma en comento, pues entiende que se ajusta el hecho de que exista una revisión por parte del tribunal superior a la decisión del juez de garantía -cuando éste rechace o revoque la prisión preventiva de un imputado-, ya que de todas formas se trata de un órgano jurisdiccional quién decida acerca del

¹²⁴ *Ibíd.* Considerando trigésimo noveno

¹²⁵ *Ibíd.* Considerando cuadragésimo

asunto. Sin embargo, no entra de lleno en lo que -a nuestro juicio- es el punto neurálgico del tema, cual es aquella situación o calificación jurídica en que queda el imputado durante el tiempo intermedio en que se interpone ante el juez de garantía el recurso de apelación por parte del Ministerio Público, y el momento en que el mismo es resuelto por parte del superior. Es decir, se mantiene –a riesgo de ser reiterativos- aquella situación anómala del imputado privado de libertad por una medida cautelar de parte del legislador.

Sin embargo, los votos en contra de los Ministros Señores Fernández Baeza y Correa Sutil, coinciden, en parte, con nuestra línea argumentativa, puesto que “estuvieron por acoger el requerimiento y declarar que el precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal produciría (...) un resultado contrario a la Carta Fundamental (...)” Esta afirmación se basó en precisos, pero certeros argumentos.

Consideraron ambos ministros que “el mismo (precepto) produciría efectos contrarios a lo dispuesto en la letra e) del numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En esa norma, la Constitución asegura que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para alguno de los tres bienes que la propia norma señala. En cambio, si llegara a aplicarse la disposición legal cuestionada, la privación de libertad del imputado se mantendrá aun cuando el juez expresamente haya resuelto que no la considera necesaria. La contradicción de ambas normas es palmaria y la Carta Fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público”¹²⁶.

A continuación, siguen su exposición ambos disidentes entendiendo que si el imputado es privado de libertad por el uso del recurso por parte del fiscal, “en la especie, el imputado permanecería privado de libertad en contra de la orden de la única autoridad competente, como lo es el juez de garantía y por la sola manifestación de voluntad de

¹²⁶ Ibíd. Considerando segundo del voto disidente

que así ocurra, no la orden, de un fiscal, que, en tales casos tampoco ha sido expresamente facultado por la ley para prolongar una detención”¹²⁷.

Es decir, en su razonamiento existen y se desarrollan los motivos fundamentales que permitirían cuestionar la constitucionalidad de la norma citada, pues grafican claramente que no existe sujeción a la Constitución en relación a las facultades jurisdiccionales otorgadas mediante una ley, en este caso, al Ministerio Público, y que dicha orden no emana de autoridad competente para tal efecto.

1.9 Síntesis

Entonces ¿es el inciso 2º del artículo 149 del Código Procesal Penal constitucional a la luz de nuestra carta fundamental? Es la primera interrogante que debemos responder. De la simple lectura de lo que se ha analizado en apartados anteriores, se puede entrever una idea sobre la conclusión a la que hemos arribado durante el transcurso del presente trabajo, que ahora intentaré resumir para un mejor entendimiento del asunto.

En primer lugar, vimos como los procesos de reformas procesales penales en Latinoamérica apuntaron, con respecto a este primer acápite, a darle consonancia a las constituciones con la legislación ordinaria vigente, es decir, dejar igualmente tutelados los derechos fundamentales, tanto en la carta fundamental como en los propios códigos. Esto se grafica en que poco a poco se fue instalando esta necesidad por la suscripción y ratificación de tratados internacionales sobre el particular. Es así como se pretende dar un primer paso para uniformar el sistema jurídico imperante en cada país, desembocando finalmente en la confección del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el cual servirá de base para numerosas naciones.

¹²⁷ *Ibíd.* Considerando tercero del voto disidente

Por nuestra parte, la reforma procesal penal en Chile se abocó principalmente a otorgar un estatuto que resguardara las garantías del imputado, evitando de esta forma que fuera prejuzgado por el juez de la instancia del sistema inquisitivo, ya que era él quien se encargaba de dirigir la investigación, y al momento de dictar el auto de procesamiento quedaba el procesado, en la gran mayoría de los casos, en prisión preventiva, vulnerando de esta forma las garantías de libertad personal y discriminación arbitraria por ley, o quedaba con arraigo de pleno derecho mientras pendía la ya mencionada consulta cuando se rechazaba la prisión preventiva del mismo.

De esta forma se orienta el sistema a los principios de juicio oral y público, juez imparcial, presunción de inocencia, derecho a ser asistido por un letrado, medidas cautelares impuestas al imputado eminentemente excepcionales, entre otros. Se crea además el Ministerio Público, organismo encargado de ejercer el rol del Estado investigando y acusando, quien –por mandato constitucional- está excluido de ejercer función jurisdiccional alguna.

Con todo, comienza a regir en el año 2.000 la reforma en Chile, instaurando finalmente el anhelo buscado en toda Latinoamérica, otorgando con el Código Procesal Penal las garantías básicas a todo imputado que, si bien se encontraban en el antiguo sistema, ahora la presunción de inocencia se transforma en principio básico y pilar, destacando en el Mensaje del Código que la prisión preventiva debe ser una medida absolutamente excepcional, principio que, como ya vimos, posteriormente se va a ir derrumbando de a poco en el caso específico del artículo 149 inciso segundo del ya citado cuerpo legal.

Vemos como la historia de la ley relativa al artículo original, nos muestra que en su creación hubo un intento en el Senado de darle ambos efectos a la apelación que efectuara el Ministerio Público, la cual fue rechazada, pues entendieron que con ello el juez de garantía perdería la importancia que efectivamente tiene en el proceso, otorgando así seguridad jurídica a los ciudadanos y evitando un recargo innecesario de las cortes de apelaciones. Es decir, se reafirma en el proyecto original que la

imposición de medidas cautelares es de carácter excepcional y que sólo podrá suspenderse la aplicación -por el efecto suspensivo- de aquellas resoluciones que afecten los derechos de los intervinientes.

No obstante lo anterior, cada día somos testigos que la política criminal que se ha ido empleando para corregir ciertos temores o descontentos de la población por supuestas fallas del sistema penal carece de una fundamentación lógica. Decimos esto porque el concepto de “seguridad ciudadana” es algo –aparentemente- desconocido en su real dimensión para el legislador, otorgando soluciones que se enfocan principalmente a limitar la libertad de los imputados y que jamás atienden a parámetros objetivos otorgados por estadísticas o cifras sobre esta materia. Por tanto, actualmente gran parte de la legislación sobre el particular es, sin lugar a dudas, una legislación carente de objetividad, por lo que nos atrevimos a referirnos a ella como una legislación *ad hoc*, lo que se verificó claramente en el art. 149 inciso segundo.

Otra arista fundamental que enfrentamos fue abarcar el tan discutido concepto de debido proceso y aparejarlo con el objeto de nuestro trabajo. Sabemos que el constituyente no quiso ocupar el mismo término pues podría supeditarlo en su interpretación al concepto anglosajón, por lo que escogió acuñarlo en una doble acepción: “proceso previo legalmente tramitado” y “procedimiento justo y racional”, para darle precisamente al juez, en el primer caso, su construcción a través de la función jurisdiccional, cuyo contenido mutará con el paso del tiempo, y en segundo orden, un mandato al legislador para que sea él quien construya un estándar que dote de legitimidad a las leyes. Este deseo del constituyente se materializó finalmente en los artículos 83 inciso tercero CPR y 9 CPP que requieren, indispensablemente, una resolución judicial para perturbar, restringir o privar, a un imputado o un tercero de los derechos que la propia Constitución les asegura, por lo que nuevamente se le otorga solamente a la judicatura la misión antedicha, excluyendo tajantemente a todo otro órgano para actuar con las mismas facultades o atribuciones. En cambio, si aceptamos abiertamente que dicha garantía fundamental pueda ser vulnerada por mandato expreso del legislador, estamos cayendo en una contradicción patente entre la carta magna y la legislación ordinaria positiva vigente. Por tanto, debe ser expresamente el

juez de garantía quién ordene, revoque o deniegue la prisión preventiva de un imputado, y no el simple ministerio de la ley unido al actuar discrecional del Ministerio Público al interponer un recurso de apelación en contra de esa resolución, lo que vulneraría los artículos 4, 5 y 9 CPP, y artículos 19 N° 3 inciso quinto y sexto, y el artículo 83 inciso tercero CPR, como bien podrá apreciarse.

Otro aspecto al cual debe estar supeditada la prisión preventiva -el cual debe ser considerado, como ya lo hemos dicho reiteradamente, exclusivamente por el juez de la instancia- es la presunción de inocencia, instituciones estrechamente vinculadas.

En opinión de Ferrajoli, como ya vimos, no debería aceptarse jamás la prisión preventiva mientras se lleve adelante un proceso, pues vulnera la dignidad del imputado y lo coloca en una situación de inferioridad con respecto a su acusador.

Sin embargo, gran parte de la doctrina y de la legislación vigente tiende a aceptar la aplicación de esta institución por entender que es un costo que debe asumirse por el cuerpo social para alcanzar los fines en base a los cuales fue pensada. Los parámetros normativos que deben utilizar los jueces en este ámbito para desechar o dejar de lado la presunción de inocencia mientras no tengamos una sentencia firme o ejecutoriada serán la sospecha que un individuo ejecutó el hecho objeto de la investigación, asegurar el resultado de la acción (pretensión) penal y los enumerados en el artículo 140 CPP, entre otros. Evidentemente, estos parámetros objetivos siempre y en todo momento deberán estar conectados, o más bien, deberán estar sujetos a los propios límites que imponga la prisión preventiva, por ser –como ya vimos- una medida excepcional. Ellos son precisamente la propia presunción de inocencia y la prohibición de excesos. Ambos, insistimos, sólo pueden ser valorados por el juez.

Como vemos, hasta aquí todo indica que la medida cautelar más lesiva a los derechos del imputado derivan de una decisión judicial y no una medida impuesta de pleno derecho por el legislador, por lo que doctrinalmente cabe desde ya su rechazo por los motivos antedichos. ¿Qué sucede entonces en nuestro país normativamente hablando?

Distintos tratados internacionales sobre la materia han sido suscritos, ratificados y se encuentran vigentes en nuestro país, otorgándole en consecuencia el rango de norma constitucional en virtud del artículo 5 inciso segundo CPR, como sucede con el Pacto San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambas normas contemplan la institución de la prisión preventiva, pero la limitan a ser una medida excepcional, de *ultima ratio* y que no puede constituir la regla general. En ambos también destaca el principio de sujeción a la constitución y a las leyes como presupuesto necesario para vulnerar la libertad personal de cada individuo. A su vez, dichas cláusulas de legalidad y supremacía constitucional serían del todo ilusorias o llanas si quien decreta la prisión preventiva de un imputado no fuera un funcionario competente e investido con autoridad para ello por la misma constitución y las leyes, como lo es en este caso particular el juez u otro funcionario habilitado para ejercer funciones jurisdiccionales¹²⁸, lo que afirma nuestra postura de que sólo son dichos funcionarios, y en caso alguno el legislador o el fiscal de cada caso, quienes puedan decidir acerca de la libertad de un individuo.

Dijimos también sobre este apartado que cada estado reconoce garantías mínimas al suscribir un tratado internacional, y en consecuencia, podrá aumentar las garantías de los individuos, pero en caso alguno podrá limitarlas más allá de lo establecido en el propio tratado.

A su vez, nuestra legislación constitucional ha sido concordante con los tratados internacionales sobre el particular, primero, por hacerlos parte integrante de nuestra propia carta fundamental al otorgarles el mismo rango en su jerarquía, y además, porque el constituyente consagró en su texto expresamente un catálogo similar de garantías básicas a todo individuo, que deben ser las bases de todo el resto del sistema jurídico nacional, dentro de las cuales destaca el artículo 19 N° 7 en sus letras b), c), d) y e) especialmente, que se refieren nuevamente a la supremacía constitucional y sujeción a la ley, perturbaciones o privaciones a las garantías

¹²⁸ Artículo 9.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 7.5 Convención Americana de Derechos Humanos

individuales sólo por funcionario habilitado para realizar actuaciones judiciales, quienes serán únicamente los jueces -ya sean unipersonales o colegiados- en virtud de lo consagrado en los artículo 76 y siguientes CPR, y aquéllos requisitos que deben valorar los mismos para decretar la prisión preventiva.

Es por ello que debimos también comparar el apartado que trata sobre el Ministerio Público para dilucidar si efectivamente la Constitución le otorga a éste la función jurisdiccional. De una simple lectura del Capítulo VII de la CPR verificamos que las funciones otorgadas por el propio constituyente a este organismo son: dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, ejercer la acción penal pública y adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas y los testigos.

Destaca además expresamente en el artículo 83 CPR que en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales, y que siempre que existan actuaciones que priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros de las garantías que la Constitución les asegura, como es el caso de la prisión preventiva, requerirán éstas de aprobación judicial previa, por lo que queda absolutamente de manifiesto que no existe ningún mandato de rango constitucional que otorgue al Ministerio Público función jurisdiccional alguna, con lo que queda disipada toda duda sobre su rol en el proceso penal, pudiendo determinar entonces que jamás podrá aparejarse o inmiscuirse en la función que cumplen –como ya dijimos- exclusiva y excluyentemente los tribunales de justicia.

Nuevamente verificamos que hasta este punto existe plena coincidencia entre los postulados de la doctrina, la legislación internacional y nuestro ordenamiento constitucional, lo cual no puede desconocerse, y que sin embargo, a medida que nos acercábamos al estudio de las modificaciones efectuadas por la Ley 20.253 en nuestro trabajo, veíamos como tomaba el legislador un camino divergente, entregándoselo, a través de la ley, a la discrecionalidad del Ministerio Público.

Es precisamente en este punto donde llegamos a los reales motivos de la modificación del inciso segundo del artículo 149 CPP a través de la Ley 20.253, y del alcance que dichos cambios producirán en la legislación ordinaria, examinando en consecuencia si

podemos contestar afirmativa o negativamente la respuesta planteada al inicio de nuestro trabajo.

Se arribó a este conjunto de modificaciones a raíz de que los legisladores y el ejecutivo manifestaron que no se le daba cabal seguridad a la población cuando los tribunales de justicia no actuaban como realmente deberían hacerlo, generando una sensación de inseguridad en la población, por lo que se optó por restringir de manera severa el campo de decisión otorgado a los jueces, corroborando de esta forma que los motivos que primaron en dicho momento fue legislar “intuitivamente”, sin ningún dato empírico sobre la materia, todo en nombre del interés social, a pesar de las opiniones en contra de distintos actores del cuerpo social, esencialmente letrados, que planteaban la inconveniencia de atribuirle al legislador las facultades que el propio constituyente entregaba al juez. Ya vemos como desde éste punto se pueden vislumbrar ciertos rasgos o advertencias a la posible constitucionalidad de la modificación.

Lo que se creyó e intentó hacer en el Congreso fue simplemente otorgarle ambos efectos suspensivo al recurrir de apelación en contra de la resolución dictada por el juez de garantía sobre la prisión preventiva, efecto que pudimos ver que no concuerda con la real situación fáctica que se da en este caso, por lo que rechazamos dicha hipótesis, pero era finalmente lo que el Legislador buscaba. En contravención a ello, planteamos la idea que lo que el legislador finalmente va a obtener como resultado es darle a este recurso de apelación que se interpone en contra de la resolución que deniegue o revoque la prisión preventiva del imputado no es otro que crear una medida cautelar impuesta por ley, la cual se llevará a cabo de pleno derecho en el momento que el Ministerio Público, discrecionalmente, decida apelar la mencionada resolución. Es decir, se vulnera la esencia de decisión de las medidas cautelares, y también se le otorga facultades diferentes al Ministerio Público que las expresamente consagradas constitucionalmente.

Su discusión en sala no logró modificar en parte lo que ya se había resuelto hasta ese momento. Se esgrimieron como parte de los fundamentos de la modificación en particular el peligro de fuga de los imputados, el criterio de decisión que pueda tener un

tribunal unipersonal versus el criterio de un tribunal colegiado, todo lo cual -según dijimos- no parece razonable ya que los problemas que los motivan no son estudiados cabal y correctamente en sus fundamentos, como por ejemplo si sólo se dejaba en libertad al imputado o si se le imponía además una medida alternativa, y cuál era la forma de control de esa medida alternativa para evitar el peligro de fuga. A pesar de lo anterior, y como se iba vislumbrando, no existieron mayores inconvenientes para aprobarse el texto en la comisión mixta que se abocó principalmente a crear un sistema de turnos en las Cortes de Apelaciones respectiva¹²⁹ para la pronta revisión de la decisión del juez de garantía.

Por último, la batería de reformas fue aprobada luego de que se realizara el control en abstracto de constitucionalidad de la norma en estudio por parte del Tribunal Constitucional, con tres votos en contra. El voto de minoría se funda en que solamente la resolución que negare (y no la que revoque) la prisión preventiva del imputado, cuando es recurrida, no puede mantener privado de libertad a una persona, pues se vulnera con ello la Carta Fundamental, sobre todo si la detención es declarada ilegal, ya que, en su opinión, se ve una clara contradicción entre la norma y el artículo 19 N° 7 letra c) y e), pues se priva de libertad a un imputado en contra de la decisión de la única autoridad competente para ello, como es el juez de garantía, y por la sola disposición del Ministerio Público. Aún así, no fueron suficientes los votos en contra en el Parlamento ni en el Tribunal Constitucional para evitar su aprobación, llegando al texto que hoy día conocemos.

En opinión del profesor Álvaro Aliaga, el elemento que inclina la balanza a favor de nuestra postura lo podemos encontrar en el principio de igualdad. Si bien es cierto que el legislador es el llamado constitucionalmente para crear los procedimientos, el hecho de situarnos en la hipótesis contraria a la estudiada, esto es, que ante la misma situación, un imputado que apelare de la resolución que ordena o mantiene su prisión preventiva, no encontrará su libertad por este sólo hecho, y mientras se ventila el recurso en la Corte de Apelaciones respectiva, lo que pone de manifiesto la inequidad con que se le trata.

¹²⁹ En el mismo sentido nota 102.

La jurisprudencia por su parte nos da indicadores en ambos sentidos, tanto a favor de la constitucionalidad del artículo en comento y en contra, como sucede en primer lugar con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este primer tribunal trató primero el caso “Palamara Iribane vs. Chile”, que en lo que nos atañe se encarga del tema de desmenuzar la prisión preventiva de pleno derecho. La Corte estima que el fiscal militar carece de independencia e imparcialidad, lo que podemos asociarlo al fiscal del Ministerio Público, ya que es el encargado de llevar a cabo la investigación, tema que como vimos al principio fue muy criticado al antiguo sistema inquisitivo. Prosigue su veredicto al sostener que el haber sometido al imputado a prisión preventiva no cumple los estándares del tratado pues dicha medida no es de carácter excepcional, y que el Estado Chileno comete un abuso ya que no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que posee el Señor Palamara Iribane. En consecuencia, tenemos la misma figura que analizamos: un imputado restringido en su libertad personal de la forma más aguda, sin respetar los requisitos de la misma para decretar dicha restricción, como ser de *ultima ratio*, y efectuada además por una autoridad no competente para ello, imponiéndose en definitiva una medida cautelar de pleno derecho entregada a la discrecionalidad de un órgano que carece de imparcialidad. Por esta y otras consideraciones finalmente se condena a pagar una gran indemnización por parte del Estado de Chile. Es absolutamente tajante el examen que hace esta jurisprudencia con respecto al fin de nuestro estudio.

El fallo del caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador” es el segundo antecedente jurisprudencial que se hace cargo de los requisitos de la prisión preventiva, si bien es cierto lo hace desde un punto de vista más doctrinal coincidiendo con lo que hemos visto anteriormente, para que pueda lograr aceptarse que esta sea decretada en un caso concreto. Los enumera uno a uno y destaca que ellos no sólo deben estar contemplados en la ley, sino que se deben ponderar –por el juez- para que dicha privación no provenga de algo arbitrario.

Nuevamente ambos fallos coinciden con nuestro criterio, y sólo se aparta de nuestra postura precisamente la modificación que se le hizo al artículo 149 inciso segundo CPP a través de la Ley 20.253.

El Tribunal Constitucional ya hizo un control abstracto de constitucionalidad del inciso segundo mencionado. Acto seguido, con la publicación de la ley 20.253 comenzó a regir este articulado, lo que desde su inicio fue controversial en su aplicación por parte de algunos jueces de garantía del país, algunos de los cuales incoaron diversas cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y que sin embargo fueron rechazados por no existir al momento de resolver el recurso una gestión pendiente sobre los cuales recaía la acción, es decir, fueron rechazados por aspectos meramente formales.

Sin embargo, el recurso de inaplicabilidad rol 1065-2008 nos dio luces en ambos sentidos sobre la constitucionalidad, pues fue rechazado pero tuvo votos disidentes, que permitieron analizar *in extenso* el fondo del asunto.

Así las cosas, se rechazó el recurso -básicamente- por dos argumentos centrales. Por una parte entiende que la decisión acerca del sistema recursivo y de acciones concernientes a las resoluciones judiciales depende absolutamente del legislador, por lo que no corresponde revisarlo por esa vía. Además agrega que no se vulnera el artículo 76 y 83 CPR, pues serán siempre los tribunales quienes deberán decidir acerca de la libertad de un individuo, únicos titulares de la facultad jurisdiccional, y no el Ministerio Público, como acertadamente –según creemos- lo expuso el Juez de Garantía de Puerto Montt.

Creemos que es evidente que la decisión de adoptar o desechar uno u otro sistema de recursos o de acciones siempre recaerá en el legislador, sin embargo, una vez ya hecho esto por parte del mismo, y cuando se creen vulneradas las garantías de un individuo, si corresponderá al juez que deba aplicar la norma someterla a su revisión por parte de esa magistratura, no enfocándose en el texto legal mismo, sino en el efecto que éste producirá al caso concreto. Sumado a lo anterior, lo que a nuestro

juicio también padece de algún tipo de razonamiento equivoco, es creer el Tribunal Constitucional que no se vulneran los artículos de la Constitución mencionados pues siempre resuelve el asunto el Juez de Garantía o las Cortes de Apelaciones respectivas, ya que lo sustancial aquí, además de ver quién resuelve acerca de la prisión preventiva de un imputado, es determinar precisamente quién es el organismo o autoridad que la decreta, pues existe un espacio de tiempo en que el imputado es privado de libertad sin orden, ni del Juez de Garantía, ni de la Corte de Apelaciones respectiva, y es precisamente ese intervalo temporal el que se pretende atacar a través del recurso de inaplicabilidad.

El otro sentido, que es favorable y reafirma nuestra postura a pesar de ser bastante más sucinto, lo encontramos en los votos disidentes.

Sostienen que privar a un imputado de su libertad es un asunto que la Constitución se la entrega sólo al juez, y al aplicar la norma cuestionada se le dejaría esta tarea, cuando el juez no considere la prisión preventiva necesaria, a la voluntad y arbitrariedad del fiscal del Ministerio Público, quien no está autorizado por ley para hacerlo por no ser autoridad competente.

1.10 Conclusión

De todo lo anterior podemos concluir que el nuevo inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal resulta cuestionable desde el punto de vista doctrinario pues es contrario a la construcción que se ha hecho de la prisión preventiva y la prohibición de excesos, como así mismo los principios que informan la Reforma Procesal Penal en nuestro país, como son el debido proceso, la excepcionalidad y legalidad de las medidas cautelares, privativas y restrictivas de libertad y la autorización judicial previa de las mismas.

Acto seguido, se ve una inconformidad con la normativa legal ordinaria de nuestro Código Procesal Penal contemplada en los artículos 4, 5, 9, 139, 140, 154, 355 y 368.

Los Tratados Internacionales suscritos, ratificados y vigentes por Chile, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 5, 9.1, 9.3 y 9.4, y la Convención Americana de Derechos Humanos en los preceptos 7.2, 7.5 y 7.6, que son integrados a nuestro ordenamiento constitucional por el artículo 5 inciso 2º de la Constitución ven una clara vulneración con respecto a la norma en estudio, a pesar de no existir unanimidad sobre el rango de los tratados internacionales, según vimos, entendemos que nuestra constitución tendrá preponderancia.

Por todo lo anterior, el artículo 149 inciso 2º nos parece inconstitucional pues es contrario a la Constitución Política de la República en los artículos 7, 19 N° 2, N° 3 inciso primero y quinto, N° 7 letras b), c), d) y e), artículo 76 inciso primero y finalmente el artículo 83 incisos primero y tercero.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 248 LETRA C) E INCISO FINAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.1 La Protección de la Víctima en el Proceso Penal: principios, sujetos procesales e intervinientes

Según hemos señalado en la introducción del presente trabajo, la Reforma Procesal Penal en Chile buscó satisfacer distintos anhelos, tanto a favor del imputado, como así también a favor de la víctima.

En el capítulo primero nos enfocamos en uno de los sujetos del proceso penal como es el imputado, canalizando nuestros esfuerzos en él. Ahora bien, cabe apuntar a otro sujeto dentro del mismo proceso que es el ofendido, especificando qué rol cumple y qué derechos le asisten actualmente, para así poder llegar a determinar si la norma que estudiaremos se encuentra en pugna o no a la luz de nuestra Carta Fundamental.

Conforme a lo establecido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder, es víctima “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente de los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”¹³⁰.

Por su parte nuestra Carta Magna se refiere a la víctima en el Capítulo VII al tratar el Ministerio Público, particularmente en su artículo 83 inciso segundo, diciendo que “El

¹³⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder. [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>> [consulta: 01 de septiembre de 2011]

ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”, como asimismo hace una alusión en el inciso tercero referente a la protección de las víctimas, por lo que cabe concluir que no da una definición propiamente tal, sino que simplemente se limita a referirse al “ofendido por el delito” como titular de la acción penal.

Ya en la legislación ordinaria encontramos la definición de víctima en el artículo 108 inciso primero CPP, con motivo de los sujetos procesales, estableciendo que “se considera víctima a la persona ofendida por el delito”.

De todo lo anterior podemos desprender que víctima debe ser considerada como sinónimo de ofendido por el delito, optándose por la primera terminología ya que es usualmente más aceptada en la doctrina moderna.

El propio término de víctima incluye tanto a las personas naturales como jurídicas.

En tercer lugar, se considera víctima, para los efectos procesales penales, tanto al sujeto pasivo del delito, es decir, el titular de los bienes jurídicos protegidos, como así también al sujeto pasivo de la acción, es decir, el que sufre la acción delictiva, ya que ambos son afectados por el delito, aunque de diferente manera.

Por su parte, el legislador considera también como víctima, cuando la consecuencia del delito fuere la muerte de la misma y en los casos en que éste no pudiera ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, a: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos; e) al adoptado o adoptante. Todo lo anterior en virtud de la enumeración del artículo 108 inciso segundo CPP conforme a un orden de prelación entre los diferentes grupos¹³¹.

Hasta aquí nos hemos detenido a desentrañar qué entendemos por víctima para poder continuar con nuestro análisis de una manera efectiva.

¹³¹MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Santiago, Legal Publishing, 2010. p. 305 y siguientes.

Sabemos que el ofendido por el delito hasta antes de la reforma en nuestro país se encontraba inmerso dentro de un procedimiento “que [le] confiere no sólo pocas garantías, sino que, además, se trata de un procedimiento carente de eficiencia y, lo que es peor, displicente con las víctimas y los usuarios que a él acceden”¹³².

Es por ello que se intentó modificar el estado en que se encontraba, introduciendo a nivel de principios básicos del sistema, el de la protección y promoción de sus intereses, destacando entre ellos otorgarle y reconocerle el carácter de “sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación”¹³³ - ¹³⁴. Buen ejemplo de ello es lo que se señala en el Mensaje del Ejecutivo cuando se manifiesta que “asimismo, se propone que cuando la víctima se interese en la persecución su voluntad se imponga de modo absoluto”¹³⁵.

La cuestión sobre si la víctima merece o no tutela en el nuevo proceso, ha sido zanjada -a mi modo de ver- de manera certera, aunque no sea hasta la fecha un tema pacífico y acabado, según veremos a continuación.

El sistema acusatorio actual consagra el ejercicio de la acción penal en el órgano encargado de la persecución, quien es el Ministerio Público, con el objeto de darle igualdad de armas a los sujetos que se enfrentan dentro del mismo, por ello, un tercer sujeto podría verse como un desequilibrio a la mencionada igualdad.

Sin embargo, en la vereda del frente vemos como parte de la doctrina, cual fue la que adoptó nuestro Código, reconoce que es necesario y útil consagrar la nueva figura del “querellante particular autónomo”, quien en su origen se desprende de la víctima según veremos más adelante, debido a que agiliza la persecución y le resta carga de trabajo al Ministerio Público; es la vía que tiene para obtener reparación a la violación de sus

¹³² Mensaje del Código Procesal Penal de 2000

¹³³ *Ibíd.* p. 18

¹³⁴ En este mismo sentido MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *ob. Cit.* p. 300.

¹³⁵ Mensaje del Código Procesal Penal de 2000

bienes jurídicos protegidos más importantes, los cuales son garantías integrantes de la persona humana y que se encuentran por sobre los intereses del Estado y; por último, integrar a la víctima importa una forma de poder otorgarle salidas alternativas que buscan la terminación del proceso a través de una reparación¹³⁶.

Es por ello que todos los recursos han apuntado a que la víctima dentro de la Reforma Procesal Penal, sea reconocida jerárquicamente desde el rango constitucional hasta normas inferiores, como lo verificamos en el derecho constitucional que le asiste al ofendido a la tutela judicial efectiva, que guarda estrecho vínculo con el racional y justo procedimiento -ya que constitucionalmente también ella merece la misma protección que el imputado según lo ha señalado el Tribunal Constitucional Chileno¹³⁷- y, por su parte, es consecuencia también de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 3 CPR, pues comprende la “igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales y por y para ello, el derecho a la acción”¹³⁸.

Por tanto, concluyen los propios autores, “la tutela judicial efectiva constituye un derecho autónomo, presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho, que persigue y posibilita que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de conflictos, complementado adjetivamente por los restantes derechos que integran el denominado debido proceso. Es por lo anterior que el legislador, la administración y sus agentes en general, se encuentran impedidos de establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción (...)”¹³⁹

¹³⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 293 y siguientes.

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aarón David Vásquez Muñoz, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0600764824-1, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=730> [consulta: 01 de septiembre de 2011]

¹³⁸ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 296 y 297.

¹³⁹ *Ibíd.* p. 297

De este modo se establecen como derechos de la víctima¹⁴⁰, a raíz de su introducción como sujeto del proceso e interviniente propiamente tal, y reconociendo sus derechos, en virtud de la reforma, el de ser atendida por jueces, fiscales, y la policía; recibir un trato digno; denunciar el delito; ser informada; solicitar protección; obtener reparación; ser escuchada; participar en el proceso; reclamar e interponer querrela.

La víctima por tanto es considerada un sujeto procesal y un interviniente en el procedimiento penal, a la que se le otorga el derecho –como vimos- de interponer una querrela para así poder hacer efectivo su derecho a la acción de forma autónoma a la investigación y eventual acusación que formule el Ministerio Público, quien no debe confundirse con la figura del querellante, también reconocido como sujeto procesal e interviniente, aunque en la mayoría de los casos esta diferenciación no se materializa pues habrá una identidad de personas entre la víctima y el querellante.

En nuestra opinión, sin querrela la víctima podría llegar a ser un elemento decorativo dentro del nuevo proceso, ya que se le reconocerían efectivamente una serie de derechos, los cuales podrían no estar efectivamente tutelados por no contar con el vehículo para hacerlos valer dentro del mismo, limitando extremadamente la esfera de defensa de sus propios intereses.

Recordemos que la diferencia entre sujetos procesales e intervinientes que realiza el Código tiene una fundamentación básica. El CPP prefiere hablar de “intervinientes” y no de “partes”. Tradicionalmente, sabemos que es “parte” la persona que pide y aquella frente a la que se pide, al titular del órgano jurisdiccional, la actuación de la pretensión penal y de resarcimiento en su caso. La modificación se funda en que el término “partes” en el proceso penal apunta a quién defiende un interés propio.

Sin embargo, en el propio proceso no rige de manera irrestricta esta defensa del interés propio, como por ejemplo el Ministerio Público no defiende el interés del Ministerio Público, sino que el interés general de la sociedad, lo mismo que sucede con

¹⁴⁰Artículo 109 CPP. *Derechos de la víctima.*

la Defensoría Penal Pública. Por ello, siguiendo al profesor Falcone, podríamos definir al “interviniente” como “aquellas personas con facultad de actuación en el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte.”¹⁴¹ En cambio, los “sujetos procesales” son todos aquellos que actúan en el proceso realizando actuaciones determinadas, pero que no necesariamente tendrán un interés propio o ajeno, como la policía, generándose entre ambos –sujetos procesales e intervinientes- una relación de contenido a continente.

Es el propio legislador quien los diferencia en el Código, estableciendo en el artículo 12 del mismo cuerpo legal como intervinientes al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

A su vez, considera como sujetos procesales, según prescribe el Título IV CPP, al tribunal, al Ministerio Público, la policía, el imputado, la defensa, la víctima y el querellante. Cabe ahora enfocarnos en el propio querellante.

Según sabemos, el querellante puede definirse como “la víctima, su representante legal, heredero testamentario u otra persona excepcional y expresamente autorizada por la ley, que ha realizado un acto jurídico procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al juez de garantía competente, por la cual le solicita al Ministerio Público la iniciación de una investigación penal o lo tenga como parte de una investigación ya existente, para ejercer los derechos que le confiere la ley dentro del proceso penal”¹⁴².

Sin embargo, faltaría incluir en esta definición lo que sucede con el querellante en el procedimiento de acción penal privada, la cual sólo podrá ser ejercida por la víctima. Por tanto, diremos también que el querellante en este tipo de procedimiento, es la víctima o su representante legal, quien ejerce la pretensión punitiva ante el juez de

¹⁴¹ FALCONE, Roberto. Derecho Procesal Penal. P. 17 [en línea] <<http://es.scribd.com/doc/29372640/Derecho-Procesal-Penal-Falcone>> [consulta: 27 de mayo de 2012]

¹⁴²MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 320

garantía, cumpliendo además con los requisitos establecidos en el artículo 259 CPP, con el objeto de iniciar un procedimiento y obtener una sentencia condenatoria en contra del imputado por el delito.

Por ello, podemos sostener que la voluntad del querellante radica en ser parte del proceso, ejerciendo la pretensión punitiva y todos los demás actos para los cuales se les confiere legitimidad¹⁴³.

Es la propia Constitución que le otorga este derecho al ofendido y a las demás personas legitimadas por ley para ejercer la acción penal, en su artículo 83 inciso segundo, quienes están condicionadas o limitadas durante el procedimiento, y en especial durante la etapa de investigación, por parte del Ministerio Público, por ser la misma de dirección exclusiva de este último, tal como lo habíamos adelantado¹⁴⁴. Es por ello que su reconocimiento, en primer orden, emane precisamente de la Constitución a favor de la víctima, en conjunto de las demás personas que -aunque reconocidas por el constituyente- individualizadas por el legislador, logrando con ello evitar tener a un querellante que sea única y exclusivamente “adherente” al Ministerio Público, “sino un ente activo e independiente, que puede hacer valer una pretensión punitiva diversa a la sostenida por el Ministerio Público, e incluso, puede ejercerla el mismo, en caso que éste último no estime procedente sostenerla, al ser partidario que se declare el sobreseimiento. Demostración de lo anterior en nuestro sistema lo encontramos en diversas manifestaciones (...) [cuando] el querellante puede formular la correspondiente acusación si el Ministerio Público no lo hiciera (artículo 258)”¹⁴⁵.

Así -reconociendo a la víctima y al querellante igual jerarquía dentro del proceso que al Ministerio Público, por tener, todos, la calidad de intervinientes-, el legislador ha regulado a su vez quiénes serán aquellas personas legitimadas para querellarse, según versa el artículo 111 CPP.

¹⁴³ Ibid. p. 320

¹⁴⁴ Ibid. p. 321

¹⁴⁵ Ibid. p. 323

La regla general viene dada por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario.

Excepcionalmente podrá querellarse también cualquier persona capaz de parecer en juicio, domiciliada en la provincia respectiva, respecto de hechos punibles por actos constitutivos de delitos terroristas, o cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública¹⁴⁶.

Con este marco preliminar, nos corresponderá a continuación entrar de lleno en el procedimiento propiamente tal, para verificar quiénes de estos sujetos procesales e intervinientes están legitimados para el ejercicio de la acción penal.

2.2 Legitimados para el Ejercicio de la Acción Penal Pública y su Deber de Ejercicio

Sabemos que la acción penal puede clasificarse, según el delito que trate, en acción penal pública, acción penal pública previa instancia particular o acción penal privada. Nos abocaremos a la primera de ellas.

Como dijimos anteriormente, el artículo 83 CPR dispone que “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley... El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

¹⁴⁶ Ibid. p. 327

Por tanto, concluimos en primer término que aquellos sujetos legitimados para el ejercicio de la acción penal son: el Ministerio Público, la víctima y las personas específicas que la ley señale.

Sin embargo, la acción penal pública no está definida por el legislador en ninguna norma, por lo que podríamos establecer que es “aquella que se ejercita a nombre de la sociedad, de oficio por el Ministerio Público o por las demás personas establecidas en la ley, para obtener el castigo de un hecho que reviste los caracteres de delito, dentro del proceso penal y previa dictación de una sentencia condenatoria”¹⁴⁷.

En virtud del artículo 53 CPP la acción penal pública deberá ser ejercida por el Ministerio Público. Puede ejercerse también por las demás personas que determine la ley, que son los denominados “querellantes” establecidos en el artículo 111 del mismo cuerpo legal, es decir: la víctima, su representante legal o heredero testamentario – según vimos-; y cualquier persona capaz de parecer en juicio, domiciliada en la provincia respectiva, respecto de hechos punibles por actos constitutivos de delitos terroristas, o cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública; además de aquellos organismos que por ley orgánica están expresamente facultados para ejercerla¹⁴⁸.

En el caso de los delitos cometidos contra menores de edad, se concederá siempre acción penal pública para su persecución, según prescribe el artículo 53 inciso segundo CPP.

Por tanto, el legislador nos indica que el ejercicio de la acción penal será obligatoria para el Ministerio Público en los casos y circunstancias que determine la ley, y facultativa para las demás personas mencionadas, es decir, los querellantes.

Ello se sostiene por lo preceptuado en el artículo 53 inciso 2º CPP al sostener que la acción penal pública, cuando no esté sometida a regla especial, “deberá” ser ejercida

¹⁴⁷ Ibid. p. 336

¹⁴⁸ Ibid. p. 337

de oficio por el Ministerio Público, en cambio, con respecto a las personas que determine la ley, el legislador utilizó la palabra “podrá”¹⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, existe el deber de denuncia del artículo 175 CPP, como sucede con ciertas personas que en virtud de su posición, profesión u oficio, están obligadas a efectuar denuncia frente a la autoridad, según dijimos, que son, a saber, los miembros de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería, de todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia, y además miembros de las Fuerzas Armadas sobre delitos que tomaren noticia en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte están los fiscales y empleados públicos de delitos que tomaren noticia en el ejercicio de sus funciones. Se agregan los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave. Por su parte, se cuentan los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejerzan prestaciones auxiliares de ellas y que noten en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito. La ley contempla además en este deber de informar a los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, de los delitos que afecten a los alumnos o que hayan tenido lugar en el establecimiento. La misma disposición del Código Procesal Penal aclara que "las personas anteriormente indicadas deberán hacer la denuncia dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que tomaren conocimiento del hecho criminal. Respecto de los capitanes de naves o de aeronaves, este plazo se contará desde que arriben a cualquier puerto o aeropuerto de la República". Si alguno de éstos personeros no denuncia "incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, relativo al cómplice o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que corresponda".

¹⁴⁹Ibíd. p. 339

Fuera del Código Procesal Penal y dentro del Código Penal, en su artículo 369, para los delitos de violación y otros delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, contenidos ambos en los artículos 361 y 366 quáter, se establece la facultad de denunciar por parte del representante legal de la persona ofendida por el delito, o cuando ésta estuviere imposibilitada, cualquier persona que tome conocimiento del hecho, como asimismo la obligación del Ministerio Público de ejercer la acción penal pública, dada la aplicación del mencionado artículo 53 inciso segundo parte final CPP.

Por su parte el artículo 77 CPP en relación con su artículo 166 inciso 2º, establece la obligación a los fiscales de ejercer la acción penal pública, por lo que se concluye inequívocamente que la regla general es esa, en virtud del principio de legalidad, y que excepcionalmente, en los casos previstos en la ley, podrán no iniciar o poner término anticipado al ejercicio de la acción penal, ejerciendo las facultades, entre otras, del archivo provisional por falta de antecedentes, el principio de oportunidad y la decisión de no perseverar en la investigación.

Por último, sabemos también que la posibilidad de ejercer la acción penal pública por parte del querellante es absolutamente facultativa de él, pues según dispone el constituyente y el legislador, en un principio, debería quedar absolutamente determinado su ejercicio al mero arbitrio de quién esté legitimado en ese momento para llevarla adelante.

2.3 La Etapa de Investigación: formalización de la investigación como “eje central”, cierre de la investigación y la comunicación del ministerio público de la decisión de no perseverar en el procedimiento.

El nuevo sistema procesal penal que comenzó a regir en nuestro país con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, consagró un nuevo procedimiento que contempla distintas etapas o fases para su desarrollo.

En primer término, tenemos la **etapa de investigación**, que el proyecto del código llamaba la etapa de instrucción, contenida en el Título I del Libro Segundo¹⁵⁰.

En segundo lugar surge la llamada **etapa intermedia**, cuyo fin primero es la preparación del juicio oral, que presupone la formulación de la acusación en contra del imputado.

Finalmente, constituyendo la fase central del nuevo procedimiento de enjuiciamiento criminal, aparece el **juicio oral**, bajo los principios de inmediación, oralidad, continuidad, publicidad, contradictoriedad y sana crítica en la apreciación de prueba por parte del tribunal.¹⁵¹

“Junto a lo expresado, el nuevo procedimiento penal consagra, como novedad importantísima, una serie de prerrogativas para el afectado por el delito el cual, en su carácter de víctima, pasa ser titular de derechos y facultades procesales, por esa sola circunstancia, lo que no implica desechar su actuación en calidad de querellante o actor civil...”¹⁵²

¹⁵⁰ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Santiago, LexisNexis, 2002. 2ª edición. p. 17

¹⁵¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. 1ª edición. p. 444

¹⁵² CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. p. 18

De esta manera, sabemos que surge esta primera etapa –que es la que más nos interesa y por ello centraremos nuestro trabajo en la misma- que se muestra diferente al “sumario” del procedimiento penal del antiguo sistema, destacándose por ser en ella “donde el mayor flujo de casos que conoce el sistema se concentran y es donde la mayoría de los mismos deberán encontrar alguna respuesta o salida. Es también en esta etapa donde se definirá buena parte del éxito de los casos que vayan al juicio oral por medio de las investigaciones realizadas por la policía y el Ministerio Público. En fin, es en esa etapa en donde los tribunales deberán ejercer un control intenso para evitar que la actividad policial y del Ministerio Público exceda los marcos admitidos por nuestro sistema legal”¹⁵³.

Esta primera etapa, que ya hemos venido detallando, consta a su vez de dos sub etapas: la **investigación preliminar o desformalizada** y la **investigación una vez formalizada**¹⁵⁴.

2.3.1 Investigación Preliminar o Desformalizada

La primera de ellas estará a cargo del fiscal quién la podrá llevar adelante de manera discrecional, siempre bajo el control jurisdiccional del juez de garantía, teniendo él mismo el impulso procesal de esta etapa, con la obligación de investigar de oficio por el sólo hecho de haberse iniciado la investigación¹⁵⁵.

Sabemos que la investigación podrá iniciarse de tres formas: de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o querrela¹⁵⁶. Cualquier receptor de la denuncia deberá hacérsela llegar de inmediato al Ministerio Público, quién, por ende, estará obligado a

¹⁵³RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio. El nuevo sistema de instrucción. En: CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. Cit. p 177

¹⁵⁴CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. Cit. p 178

¹⁵⁵Ibíd. p. 179

¹⁵⁶Artículo 172 CPP

evaluarla para analizar su procedencia. Algo similar ocurrirá con la querrela presentada ante el juez de garantía quien la remitirá al ente persecutor¹⁵⁷.

Según el propio Fiscal Nacional, Sabas Chahuán, “la evaluación inicial de la denuncia y de su alcance es una fase clave en el nuevo sistema. En efecto, en dicha fase se pueden adoptar decisiones trascendentales para el futuro de los casos en que se iniciará o continuará la persecución penal o, por el contrario, respecto de aquellos que no serán investigados, o cuya investigación será abandonada (piénsese en instituciones tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, etc.)”¹⁵⁸.

De esta manera se llevará a cabo la investigación que, siendo evaluada en un primer momento, tenga la verosimilitud necesaria que otorgue indicios que los hechos conocidos por el Ministerio Público son constitutivos de delito y cumplan con los demás requisitos para que ésta sea procedente¹⁵⁹.

Si no se cumplen con todos los requisitos necesarios para, a juicio del fiscal, poder seguir adelante con una investigación que eventualmente podría llegar a una acusación seria, podrá adoptar una de las siguientes actitudes en una investigación desformalizada: en primer orden, puede poner término, suspender o no continuar la investigación a través de la facultad de no iniciar la investigación del archivo provisional y el principio de oportunidad¹⁶⁰. También podrá el fiscal requerir información adicional por medio de nuevas diligencias realizadas directamente o por la policía.

Por lo pronto nos centraremos en las primeras alternativas a las que puede arribar el fiscal a cargo de una investigación desformalizada, para poder comprender sobre qué fundamentos descansan estas facultades discrecionales del Ministerio Público para poner término o suspender la investigación.

¹⁵⁷ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. Cit. p 183

¹⁵⁸ Ibid. p 183

¹⁵⁹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. Cit. p. 184

¹⁶⁰ Artículos 167, 168 y 170 CPP.

Al momento de adoptar un sistema procesal penal eficiente, existen distintos mecanismos que permitirán al Estado, a través del órgano persecutor, determinar a qué casos dedicará su labor de investigación¹⁶¹.

El primer camino consiste en regirse por el “principio de legalidad procesal” que consiste en la “obligación de los órganos estatales de la persecución penal (principalmente el Ministerio Público y la policía) de llevar adelante la investigación respecto de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias, sin poder suspender, revocar anticipadamente la persecución penal”¹⁶².

No obstante lo anterior, sabemos que dicho principio no lleva necesariamente a sancionar todos y cada uno de los delitos cometidos en un tiempo determinado, a diferencia de lo que sucedía con el antiguo sistema penal chileno, que terminaba la mayoría de las causas decretando en los expedientes el sobreseimiento temporal por falta de antecedentes-hecho que se trató de evitar-, según veremos en el establecimiento del artículo 248 letra c) CPP.

Como dijimos, la diferencia radica básicamente en que el actual sistema tiene como finalidad principal la solución del conflicto sometido al conocimiento del tribunal, y no la búsqueda de la verdad material, aunque ambos fines, por cierto, no son excluyentes, pues el arribo a la verdad de lo ocurrido igualmente también es un fin en sí mismo para el sistema. Por ello, y por el motivo antes mencionado, se ha agregado -al mencionado principio de legalidad- un mecanismo de selectividad de casos otorgado precisamente a los fiscales, que es conocido en la doctrina moderna como el “principio de oportunidad o discrecionalidad” –lo llamaremos en adelante principio de discrecionalidad para no confundirlo con el principio de oportunidad establecido en el artículo 170 CPP-, que puede ser definido como “la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender

¹⁶¹MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 568

¹⁶²Ibíd. 568

provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”¹⁶³.

Adoptar este principio como base angular -en conjunto con el de legalidad- se basa principalmente en motivos de economía procesal y la priorización de diversos intereses buscados en oposición a la aplicación de la pena a delitos de bagatela.

El modelo de discrecionalidad puede a su vez ser amplio o reglado.

Diremos que la “discrecionalidad amplia o absoluta” se configura por entregarles a los organismos persecutores la facultad plena de decidir llevar adelante la investigación y posterior persecución o de no hacerlo, como sucede con el modelo angloamericano de Estados Unidos¹⁶⁴, donde no existe límite positivo alguno para su ejercicio.

Por su parte, el modelo de “discrecionalidad reglado” se caracteriza porque la facultad de selección de casos es una excepción del principio de legalidad y, por tanto, se permite a los agentes de persecución decidir, excepcionalmente, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma¹⁶⁵. Este es precisamente el modelo adoptado en Chile porque la selectividad se da en “condiciones igualitarias, transparentes y sujeta a una mayor posibilidad de control”¹⁶⁶, objetivos todos buscados por la reforma que hemos venido comentando y que se hicieron patente en el Mensaje del Ejecutivo como en las discusiones de ambas Cámaras, según veremos.

Es por ello que hoy en día los mecanismos de discrecionalidad reglada contemplados en el Código son el archivo provisional, el principio de oportunidad y la facultad de no iniciar la investigación.

¹⁶³CAFFERATA NORES, José. Legalidad u oportunidad. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. En: MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 571

¹⁶⁴MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 572

¹⁶⁵Ibíd. p. 573

¹⁶⁶Ibíd. p. 573

Así las cosas, señala el Profesor Julián López, “el principio de oportunidad lo que hace es permitir que un órgano del Estado al cual se encomienda la persecución penal pueda, en el caso concreto, determinar que ciertos delitos no se van a perseguir por razones de conveniencia social o utilidad político-criminal”¹⁶⁷.

Bajo esa perspectiva, concordamos con los autores Maturana y Montero en que si el principio de oportunidad reglado, en sus tres vías que analizaremos a continuación, es una excepción al principio de legalidad, no resulta posible que su masiva aplicación nos conlleve a una derogación de hecho de los tipos penales anticuados o desfasados de nuestra realidad actual, ya que el Ministerio Público no es el órgano encargado, según lo establece nuestra Carta Fundamental, para determinar las conductas que deben ser sancionadas penalmente¹⁶⁸.

De todo lo anterior resulta importante mencionar que, dada la construcción del “principio de discrecionalidad reglado” que hemos apuntado, la facultad del Ministerio Público de comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, cuando la misma no se encuentra formalizada pero sí judicializada –a diferencia del resto de los casos-, podría llegar a ser un correlativo encubierto del mencionado “principio de discrecionalidad” para poner término a una investigación, pero una vez que ésta ya esté judicializada y no se cuente con antecedentes suficientes para fundar una acusación, es decir, en una etapa posterior a la que le entrega el legislador para dicho efecto, en la hipótesis de ser esta práctica una traba para el querellante particular al momento de querer forzar la acusación, según veremos a continuación.

¹⁶⁷LÓPEZ MASLE, Julián. Formas alternativas de solución del conflicto penal. En: MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 576

¹⁶⁸MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. ob. Cit. p. 576

2.3.1.1 El Archivo Provisional, la Facultad de No Iniciar la Investigación y el Principio de Oportunidad

Nuestro Código, en el Libro Segundo que trata del Procedimiento Ordinario, nos muestra los motivos por los cuales un fiscal fundadamente podrá optar por alguna de las alternativas que le otorga la ley para poner término, suspender o no continuar la investigación.

El **archivo provisional** es un acto administrativo y discrecional del fiscal a cargo de la investigación, que procederá siempre que no haya intervenido el juez de garantía y, por regla general, cuando no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Las excepciones que generan requisitos adicionales a los mencionados, como la aprobación por parte del Fiscal Regional o el reclamo administrativo de la víctima al Ministerio Público, los encontramos en los incisos 2° y 3° del artículo 167 CPP.

A su vez, el propio fiscal, en un nuevo acto netamente administrativo, por no haberse producido la intervención judicial, podrá ejercer la **facultad de no iniciar la investigación** si considera que los hechos denunciados no fueren constitutivos de delito o cuando de los antecedentes se permita establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. No obstante ser un acto administrativo el ejercicio de esta facultad, ella siempre deberá ser sometida a la aprobación del juez de garantía.

En los dos casos anteriores, según consagra el artículo 169 CPP, el legislador quiso materializar uno de sus anhelos con respecto a la víctima como hemos venido adelantando, cual es el otorgarle derechos por el sólo hecho de ser tal. En este sentido, podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva, y si éste la admite a tramitación, el fiscal respectivo deberá seguir adelante con la investigación.

Por último, el **principio de oportunidad**, contemplado en el artículo 170 CPP, es una “facultad conferida por la ley al Ministerio Público para decidir en forma motivada no iniciar una persecución penal o abandonar una que ya hubiere iniciado, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público”¹⁶⁹, con lo demás requisitos establecidos en la ley.

En opinión del propio profesor Maturana, una característica significativa de este principio de oportunidad es que, a diferencia de las otras dos instituciones mencionadas anteriormente, puede ser adoptado antes de la intervención judicial, como también durante el curso de la investigación cuando hubiese intervenido el juez de garantía. Por ende, al estar tratado apartadamente del archivo provisional y de la facultad de no iniciar la investigación, pareciera ser que el legislador buscó que fuera aplicado una vez que hubiera intervenido el juez de garantía en la mayoría de los casos¹⁷⁰.

Una vez culminada la investigación por alguno de los motivos mencionados, se producirá el cierre de la misma con sus respectivos efectos procesales.

2.3.2 La Investigación Formalizada

A su vez, cuando realizadas todas las actuaciones y diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos donde, a juicio del fiscal, exista al menos un mínimo atisbo de participación del imputado en el hecho investigado, éste procederá a formalizar la investigación, entrando de lleno a lo que hemos denominado la segunda subetapa: investigación formalizada¹⁷¹, que puede ser un punto clave en el desarrollo de nuestro trabajo.

¹⁶⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián. Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2004. p. 53

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 53

¹⁷¹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. ob. Cit. p. 184

El ingreso a esta segunda subetapa, dentro de la primera fase del proceso penal, se refiere a la **investigación una vez formalizada**, la cual se diferencia de la anterior, principalmente, por su judicialización¹⁷².

La formalización de la investigación se define legalmente como la “comunicación que hace el fiscal al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”¹⁷³.

Por tratarse de un acto jurídico procesal que emana del fiscal, es un mero acto de comunicación, lo cual no implica en caso alguno que ello quede fuera de la esfera de competencia de la revisión que debe realizar el juez de garantía en su carácter, el cual cumple una función garantista a favor de quien se considere afectado por la investigación y tenga interés, precisamente, en la formalización, que podrá ser el imputado para efectos de que prepare su defensa, o la víctima. Por el mismo motivo – ser un acto exclusivo del fiscal- la oportunidad para efectuar la formalización será, por regla general, cuando él lo considere oportuno por medio de la intervención judicial, según el artículo 230 CPP. Deberá regir asimismo la intervención judicial, a través de la formalización de la investigación, cuando se desee llevar a cabo determinadas diligencias de investigación, recepción anticipada de prueba, y por sobre todo, el pronunciamiento del tribunal sobre determinadas medidas cautelares, como puede ser una de la más importante, por su radicalidad, dejar al imputado en prisión preventiva.

Finalmente, los efectos de la formalización de la investigación son, de pleno derecho, los siguientes¹⁷⁴:

- a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal;
- b) Comienza a correr el plazo para el cierre de la investigación;

¹⁷²VALDÉS ALDUNATE, Patricio. Nociones básicas sobre la etapa de investigación y la formalización en el nuevo Sistema Procesal Penal. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Derecho Procesal Nº 20. 2005. P. 278

¹⁷³Artículo 229 CPP.

¹⁷⁴MATURANA MIQUEL, Cristián. ob. Cit. p. 55 y artículo 233 CPP.

- c) El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento y la facultad para no iniciar investigación.

También generará, aunque no de pleno derecho, un requisito previo para las siguientes actuaciones y resoluciones del juez de garantía¹⁷⁵:

- a) Decretar la prisión preventiva o alguna de las medidas cautelares del artículo 155 CPP;
- b) Aprobar la suspensión condicional del procedimiento o de los acuerdos reparatorios;
- c) Revocar la suspensión del procedimiento en el caso de existir una nueva formalización;
- d) Autorizar algunas diligencias de investigación que restrinjan o perturben derechos fundamentales del imputado o de tercero, o la recepción anticipada de prueba;
- e) Permitir que pueda verificarse el cierre de ella, solicitando por parte del fiscal el sobreseimiento, formular acusación o comunicar la decisión de no perseverar;
- f) Formular, por parte del fiscal, una posterior acusación y llegar a juicio oral;
- g) En virtud del principio de la congruencia, la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica. Ello porque la infracción al mencionado principio da lugar al recurso de nulidad cuando no exista congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva, según el artículo 259 inciso final y 374 letra f) respectivamente.

De los mencionados, los puntos e) y g) nos parecen absolutamente relevantes pues tienen incidencia directa con el desarrollo de nuestro trabajo y sobre las posibles conclusiones a las que arribaremos.

Como bien dice el título de este apartado, la formalización de la investigación que hemos estado tratando es el “eje central” de discusión para determinar si ella es necesaria como requisito indispensable o no para

¹⁷⁵Ibíd. p. 55 y siguiente

el forzamiento de la acusación. Sin embargo, no podremos abordarla *a priori* sin antes determinar los alcances que derivan de la formalización, según hemos apuntado, sobre la base de los efectos arriba mencionados, debiendo hacer previamente una referencia sucinta a los trámites que pueden y/o deben realizarse en el término de la investigación y las actitudes que pueda tomar tanto el Ministerio Público, la víctima y/o el querellante.

Otra alternativa, si bien un poco más discutida y que no se aplica por la mera voluntad del Ministerio Público, se refiere a la llamada “**formalización forzada**”, que se da en aquellos casos que, aun cuando el fiscal decida poner término, suspender o no continuar la investigación, por alguno de los medios mencionados anteriormente, cualquier persona que se considere afectado por una investigación no formalizada, requiera al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de la investigación, otorgándole la alternativa de solicitarle también al propio juez que le fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación, según señala el artículo 186 CPP, que discutiremos más adelante.

2.3.3 El Cierre de la Investigación y la Comunicación de No Perseverar en el Procedimiento

La conclusión o **cierre de la investigación** es una declaración “que formula el fiscal, una vez practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”¹⁷⁶.

Según mencionamos, uno de los efectos que trae aparejado la formalización de la investigación, es el inicio del cómputo del plazo de dos años que tiene el Ministerio Público para cerrar la misma. “Si, transcurrido este plazo, el fiscal no la declara cerrada, el querellante o el imputado pueden solicitar al juez de garantía que lo aperciba para que proceda al cierre de la misma, so pena de declarar el sobreseimiento definitivo de la causa.”¹⁷⁷

¹⁷⁶Ibíd. p. 90

¹⁷⁷ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. ob. cit. p. 577

El fiscal, entonces, podrá asumir alguna de las dos posibilidades en la audiencia que fije el juez al efecto, según señala el artículo 247, incisos segundo y tercero, del CPP, que son:

- a) no comparecer o compareciendo, negarse a declarar cerrada la investigación, debiendo el juez decretar el sobreseimiento definitivo; o
- b) allanarse a la solicitud de cierre de la investigación, teniendo el plazo de diez días para deducir acusación. De no hacerlo, el juez citará a audiencia y dictará el sobreseimiento definitivo en la causa.

Por su parte, una vez efectuada la declaración de cierre de la investigación conforme a la regla general, el fiscal dentro de los diez días siguientes, según expresa disposición del artículo 248 CPP, podrá solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamentos serios para enjuiciar al imputado contra quien se hubiere formalizado la misma; o comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar la acusación. No nos detendremos en las dos primeras opciones por no ser relevantes para nuestro estudio.

En efecto, la **comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento** la podemos definir como una “decisión exclusiva del Ministerio Público respecto del procedimiento que sólo debe ser comunicada al tribunal y demás intervinientes, sin que atendida su naturaleza administrativa puedan deducirse recursos judiciales en su contra”¹⁷⁸, la que produce los efectos de:

- a) Dejar sin efecto la formalización,
- b) Da lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y

¹⁷⁸ MATURANA MIQUEL, Cristián. El sobreseimiento. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Derecho Procesal N° 20. 2005. P. 357

- c) La prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido¹⁷⁹.

Al estudiar la norma en comento, debemos ir más allá del simple texto para ver qué podemos encontrar en su establecimiento.

Vemos que la historia fidedigna de la ley no la contemplaba en un inicio, es decir, no tenía el fiscal a cargo del caso esta posibilidad, pues en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, el artículo 337 original que trataba sobre el cierre de la investigación no la establecía como una de las vías que se podían adoptar después de cerrada la misma¹⁸⁰.

Sin embargo, en la tramitación del proyecto en el Senado, se decidió incorporar esta tercera vía para el fiscal cuando se hubiese cerrado la investigación.

En un principio se consideró siempre como “primera causal de sobreseimiento temporal, decretado por el juez de garantía, el hecho de que (...) los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad”¹⁸¹.

Por diversas razones, al ser el sobreseimiento temporal una salida bastante insatisfactoria tanto para la víctima, la sociedad, el sistema penal como para el imputado, se optó por que esta causal tuviera una limitación que consistía en que si durante un año no surgieran nuevos antecedentes para fundar la acusación, el sobreseimiento temporal se convertía en definitivo, contemplada esta causa de sobreseimiento definitivo en la letra g) de los artículo 339 del Anteproyecto, 340 del proyecto del Ejecutivo y 320 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados¹⁸².

¹⁷⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián. ob. cit. p. 92. Énfasis añadido.

¹⁸⁰ HERRERA SEQUEL, Marta. Conclusión de la etapa de investigación. Diplomado Reforma Procesal Penal. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Septiembre de 2004. P. 15

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 15

¹⁸² *Ibíd.* p. 16

No obstante, y como ya hemos adelantado, fue precisamente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado donde se “optó por suprimir en su totalidad esta causal (...) [y fue] trasladada e incorporada como una tercera vía que podía seguir el fiscal una vez cerrada la investigación.

El hecho de que dejara de contemplarse como una causal de sobreseimiento temporal no tuvo relación únicamente con el ánimo de restringir al máximo estas causales de sobreseimiento que en definitiva se dictaren, sino en la advertencia que el contenido de dicha causal involucra un juicio de valor acerca del mérito de la investigación que le corresponde hacer al fiscal y no al juez”¹⁸³. Es decir, se reafirma la postura por el legislador, y según lo indicado en la definición de esta institución, de que dicha comunicación corresponde exclusivamente al Ministerio Público, vale decir, es un mérito que, en esencia, corresponde al órgano encargado de la investigación penal, por lo que malamente podría ser objeto de pronunciación por parte del órgano jurisdiccional.

A este respecto se afirma y cabe aclarar que, como bien dijimos, el hecho que haya dejado de considerarse como una causal de sobreseimiento temporal “no correspondió al deseo del legislador de otorgar una salida definitiva al imputado beneficiado con este término, de modo que pudiera invocar posteriormente la cosa juzgada, sino sólo al reconocimiento de que no se trataba de una materia que mereciera pronunciamiento jurisdiccional”¹⁸⁴.

Sabemos que a la víctima y al querellante le quedarán a salvo diversas alternativas para poder hacer valer sus derechos frente a esta facultad del Ministerio Público, dependiendo de la actitud que tome frente a la misma.

¹⁸³2° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: HERRERA SEGUÉL, Marta. ob.cit. p. 16

¹⁸⁴HERRERA SEGUÉL, Marta. ob. Cit. p. 18

En primer término, la víctima que eventualmente se vea en desacuerdo con el fiscal, tendrá que ser oída por el mismo, si lo solicita, antes de que éste resuelva adoptar esta forma de terminación anticipada del procedimiento.

Con respecto al querellante surgen diversas alternativas.

La primera es discrepar de la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, teniendo el derecho a solicitarle al juez de garantía que lo faculte para forzar la acusación, previa revisión por parte del fiscal regional, o formular y sostener la acusación por su cuenta, con las implicancias que veremos más adelante.

La segunda alternativa, por ende, es que no exista discrepancia del querellante respecto de la decisión del fiscal de no perseverar, caso en el que el tribunal debe dictar una resolución en la cual deje constancia de este hecho. Sin embargo, existen dudas en la doctrina nacional con respecto a los efectos que derivan en esta hipótesis.

La primera postura sostiene que “el procedimiento termina y no puede volver a iniciarse una investigación por los mismos hechos, lo que importaría que debería dictarse un sobreseimiento definitivo”¹⁸⁵. No obstante lo anterior, se ha sostenido que no puede aceptarse un sobreseimiento definitivo por cuanto no se contempla en la ley esta causal para que se decrete, entre otros motivos¹⁸⁶.

Por su parte, la segunda postura afirma que el procedimiento queda paralizado, por lo que no puede reabrirse, hasta que corra íntegramente el plazo de prescripción respectivo, solicitándose el sobreseimiento temporal una vez que transcurra el mismo, lo que a simple vista no nos parece acertado pues se deja correr un plazo sobre un delito que no se puede precisar, por haber quedado sin efecto la formalización; y si se niega la posibilidad de reabrir la investigación para formalizar nuevamente, carecería de sentido suspender aquello que no puede volver a iniciarse¹⁸⁷.

¹⁸⁵MATURANA MIQUEL. Cristián. ob. Cit. p. 358

¹⁸⁶Ibíd. p. 358

¹⁸⁷Ibíd. p. 359

Sostener las primeras dos posturas podría vulnerar –como lo habíamos adelantado- la aplicación del principio de oportunidad reglado, transformándose entonces en un principio de oportunidad discrecional no aceptado por el legislador, el cual jamás podría ser controlado por parte del juez¹⁸⁸.

Por último, la tercera posición doctrinal sostiene que sólo se producen los efectos del inciso final del artículo 248 CPP, pudiendo formalizarse nuevamente una vez que se presenten nuevos antecedentes, sin que esta nueva formalización vaya más allá del plazo para la prescripción de la acción penal. Sostener esta última postura –donde los antecedentes que se presenten sean los mismos utilizados en la anterior formalización- importaría violar la regla del artículo 247 CPP por contrariar el plazo máximo de dos años para el cierre de la investigación formalizada¹⁸⁹. Por ello, lo planteado por el Profesor Maturana en este sentido resulta plenamente aplicable con el espíritu de la legislación, ya que la decisión de no perseverar debe producir el efecto de dejar sin efecto la formalización de la investigación y revocar las medidas cautelares que se hubieren decretado, salvo que se presenten nuevos antecedentes, que sean diversos a los ya investigados, para poder solicitar una nueva formalización y nuevas medidas cautelares.

Es la opinión que ha dado el propio Ministerio Público a este respecto al señalar que “en los casos en que hayan ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento sólo vuelvan a formalizar investigación contra el mismo imputado y por los mismos hechos cuando tuvieren antecedentes suficientemente contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión”¹⁹⁰.

Antes de volver al objeto central de nuestro trabajo, cual es la alternativa que aún no hemos desarrollado en extenso y que se refiere básicamente a discrepar con el fiscal, por parte del querellante, en su decisión

¹⁸⁸Ibíd. p. 360

¹⁸⁹Ibíd. p. 360

¹⁹⁰Oficio N° 556-03 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. En: HERRERA SEGUÉL, Marta. ob. Cit. p. 20

de no perseverar en el procedimiento, intentando forzar la acusación o solicitando que se le autorice a sostenerla por sí mismo y en los mismos términos que el Ministerio Público, corresponde detenerse en el último problema práctico derivado de la comunicación del fiscal de su decisión de ejercer la facultad de no perseverar, cuando la misma sea ejercida por el fiscal a cargo del caso sin que previamente se haya formalizado la investigación.

En la mayoría de los casos, el juez de garantía no habrá intervenido, por lo que deberíamos pensar que el fiscal utilizará los otros mecanismos que le franquea la ley para no darle curso a la investigación que está siguiendo, si su convicción apunta en esa dirección.

Sin embargo, existen casos en que el juez de garantía habrá intervenido por diversos medios, como por ejemplo el haber admitido a tramitación una querrela, sin que se hubiera llevado a cabo la formalización. Así las cosas, no podría archivar provisionalmente el procedimiento o ejercer la facultad de no iniciar la investigación. Por tanto, existen casos en que, aún habiéndose producido la intervención del juez de garantía, no se encuentra seriamente en condiciones de formalizar la investigación por tener fundadamente algún argumento en contra de dicha opción¹⁹¹.

Existen distintas soluciones jurisprudenciales a este respecto que, por apego a la literalidad del artículo, han tomado diversas vías de interpretación ante el mismo tópico.

Algunas sostienen que el Ministerio Público no puede ejercer la facultad de no perseverar por no haberse formalizado la investigación en virtud de que es el propio artículo 248 inciso final CPP que sostiene que el ejercicio de la facultad señalado en la letra c) “dejará sin efecto la formalización de la investigación...”, por lo que dicha aseveración se considera como un requisito indispensable y previo a la facultad de no perseverar.

¹⁹¹HERRERA SEGUEL, Marta. Op. Cit. p. 21

En contraposición, la opinión de la Profesora Marta Herrera en orden a que acogerse a dicha literalidad nos haría retornar a los casos ilógicos ya mencionados de no poder dar solución a ciertas circunstancias cuando considera que no tiene antecedentes suficientes para formalizar conforme a las personas imputadas o a los hechos imputados, o considera que el hecho no es constitutivo de delito u otras causales y ya no puede utilizar los mecanismos consagrados en los artículos 167 y 168 CPP. Sumado a lo anterior –sostienen-, se estaría obligando al órgano persecutor a ejercer una acción que es eminentemente privativa de él, lo que parece irascible¹⁹².

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha seguido una línea argumentativa similar a la antes mencionada, pues en el año 2002 conociendo de un recurso interpuesto por el Ministerio Público en contra del Juez de Garantía de la misma ciudad, revocó la resolución que negó la posibilidad de cerrar la investigación al fiscal estimando que “... la imposibilidad de que en esta investigación se hubiere precedido a la formalización de la misma, si se considera lo acreditado por ella y lo que sobre el particular dispone el artículo 229 del mismo Código, llevaría a que una vez concluida, no pudiera procederse en alguna de las formas que establece la Ley. Cierto es que la decisión de no perseverar en el procedimiento, deja sin efecto la formalización de la investigación, pero debe entenderse que ello tendrá lugar para el caso que se hubiere producido la misma. El apego estricto al tenor literal de la ley, que al parecer se ha seguido, conduciría a una situación anómala que no pudo ser querida por la misma. Por otra parte, más infundada resulta la negativa recaída en la comunicación del cierre de la investigación, puesto que siendo una facultad privativa del Fiscal, no resulta posible oponerse a ella”¹⁹³.

En este mismo aspecto, confirma esta postura el Oficio F.N. N° 099 de 2005 del Fiscal Nacional del Ministerio Público de la época, que haciendo referencia a una sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 9 de febrero de 2005, sostiene en lo fundamental que “... no es necesario que exista formalización previa para que el Fiscal haga uso de la facultad de no perseverar, agregando más

¹⁹² Ibid. p. 21

¹⁹³ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta. En: HERRERA SEGUEL, Marta. ob. Cit. p. 22

adelante, que nada impide que dicha facultad se ejerza cuando se trate de una investigación no formalizada pero sí judicializada, como la de autos. Como fundamento, se sostiene en la sentencia que la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, no distingue en cuanto a si existe o no formalización en el caso, como sí lo hace el inciso final de esa norma, que requiere de aquella para que la decisión de no perseverar produzca, respecto del imputado, los efectos que la misma disposición menciona¹⁹⁴.

Por tanto, resulta absolutamente necesario destacar que es perfectamente posible que cada fiscal del Ministerio Público, según hemos apuntado, pueda ejercer la facultad de no perseverar aun cuando no exista formalización de la investigación, por lo que ésta última automáticamente deja de ser un requisito esencial de la misma¹⁹⁵.

Por último, analizando el mismo cuestionamiento, creemos que resulta necesario que esta decisión sea motivada ya que, a pesar de haberse llevado la investigación de una manera prolija, ésta no ha generado los resultados esperados para seguir adelante con la persecución penal¹⁹⁶.

Corrobora lo mencionado el hecho de que el querellante particular pueda intentar el forzamiento de la acusación, pues al optar el representante del Ministerio Público por ese camino, y evitando una mala utilización del mismo, deberá ser revisada esta decisión por el fiscal jefe de cada fiscalía local, y en caso de que los hechos investigados se tratara de un delito que mereciera pena aflictiva, deberán pasar por la revisión del Fiscal Regional¹⁹⁷, todo lo cual nos lleva a concluir que esta institución exige, para su correcto desarrollo, que se fundamente de buena forma la misma, ya que el legislador no quiso dejar dicha institución al arbitrio de los fiscales del Ministerio Público sin motivo plausible.

¹⁹⁴Oficio F.N. N° 099-05 del Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público.

¹⁹⁵MATURANA MIQUEL, Cristián. ob. Cit. p. 675

¹⁹⁶HERRERA SEQUEL, Marta. ob. Cit. p. 22

¹⁹⁷Ibíd. p. 23

2.4 El Forzamiento de la Acusación Fiscal: artículo 258 inciso cuarto del Código Procesal Penal, su vinculación con el artículo 259 del mismo código y el “principio de congruencia”

Efectuadas las salvedades mencionadas anteriormente, nos corresponde volver sobre la primera alternativa que tiene el querellante cuando el fiscal toma la decisión de no perseverar en el procedimiento, cual es discrepar de la misma.

Para comenzar, podríamos definir el forzamiento de la acusación como “la posibilidad de que dispone el querellante, previa autorización del juez de garantía, de sostener por sí mismo la acusación en los eventos que el Ministerio Público no la ejerciere, por haber solicitado el sobreseimiento o comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento”^{198 199}.

Por su parte los requisitos para que proceda serán:

- a) El fiscal debe haber solicitado el sobreseimiento o haber comunicado su decisión de no perseverar;
- b) El querellante particular debe haberse opuesto a la solicitud de sobreseimiento o comunicación de no perseverar, y solicitar que se autorice para formular la acusación en lugar del Ministerio Público si éste no la ejerciere;
- c) El juez debe disponer que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional;
- d) El Fiscal Regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes debe: ratificar la decisión del fiscal, o decidir que el Ministerio Público formulará acusación.

¹⁹⁸ En este capítulo, si bien se hablará en todo momento de “forzamiento de la acusación”, por denominarse así el título del artículo, ello técnicamente no es correcto para nuestro trabajo, pues sólo se obligará (forzará) al fiscal a acusar en aquellos casos en que solicite el sobreseimiento, y se cumplan los demás requisitos señalados en la ley; situación absolutamente distinta a cuando manifiesta su decisión de no perseverar en el procedimiento, pues allí lo único que sucede es que se autoriza al querellante a sostener por sí mismo la acusación.

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 654

- e) Si el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación sea formulada en los mismos términos que se establecen para el Ministerio Público, en virtud del artículo 258 inciso cuarto.²⁰⁰

Frente a la comunicación de no perseverar por parte del fiscal, el querellante –sólo él y no la simple víctima- tendrá el derecho para solicitar al juez de garantía que lo faculte para sostener la acusación, dejando de ser interviniente en este caso el Ministerio Público.

Lo anterior se debe a que si se obliga al ente acusador a promover una acusación que sea contraria a su propia convicción, caeríamos en una acusación que *a priori* parecería postergada o argumentada en contra por el propio fiscal.

Por ello el Senado, en la discusión de la norma, estudió la conveniencia de que el fiscal fuese reemplazado o sustituido, y que el acusador particular asuma el rol de contradictor²⁰¹.

Así, el procedimiento continuará con el querellante como único acusador. Sin embargo, distintos autores sostienen que “en este caso, no se producen los efectos previstos en el inciso final del artículo 248 del NCPP [cuales son –según sabemos- dejar sin efecto la formalización, que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido] (...) dado que el procedimiento continúa adelante, sin perjuicio del derecho del imputado de solicitar que se revoquen o modifiquen las medidas cautelares (...) conforme a la regla general prevista en el artículo 144 del NCPP”²⁰². Esta postura, que a simple vista parece muy lógica y sencilla, y de la que la doctrina nacional no se ha encargado mayormente, es la que precisamos desarrollar en el fondo de nuestro trabajo para llegar a determinar su constitucionalidad.

²⁰⁰ *Ibíd.* p. 655

²⁰¹ *Ibíd.* p. 24

²⁰² MATURANA MIQUEL, Cristián. ob. Cit. p. 357

Si nuestro sistema procesal penal se fundamenta básicamente en un sistema acusatorio ¿Qué justifica la incorporación de esta institución al mismo?

Según la opinión de la Profesora Marta Herrera, existen dos circunstancias esencialmente ligadas entre sí, cuales son:

- a) la legitimación que al ofendido por el delito le corresponde para accionar, derecho reconocido en el propio texto constitucional y el Código del ramo, según hemos venido adelantando;
- b) la recepción de la tendencia del derecho comparado a potenciar la figura del ofendido en el proceso penal, ya que se ha visto afectado un interés suyo concreto.²⁰³

Los órganos de persecución penal, por ser estatales, necesitan un contrapeso y control externo para su eficiencia, por lo que el papel del ofendido en este caso es una de sus mayores tareas dentro del sistema, hecho que lo justifica sin lugar a dudas.

Así, a juicio de Bovino, entendemos que “este mecanismo reconoce el interés de la víctima vinculado a la necesidad de llevar adelante el procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del derecho penal y representa, claramente, una excepción al principio de la persecución penal pública.”²⁰⁴

Ya vimos en el apartado anterior que la formalización de la investigación no corresponde a un requisito necesario para que el fiscal a cargo del caso ejerza la facultad de no perseverar en la acusación. ¿Sucede lo mismo con el forzamiento de la acusación?

El artículo 258 inciso cuarto CPP nos dice que “En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá

²⁰³ HERRERA SEGUEL, Marta. ob. Cit. p. 26

²⁰⁴ BOVINO, Alberto. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. En: HERRERA SEGUEL, Marta. ob. Cit. p. 26

solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.”

Ese inciso anterior hace alusión precisamente a que el juez autorice al querellante a formular la acusación en los mismos términos que se establecen para el Ministerio Público.

A raíz del mencionado artículo, se podría sostener que no se podría llevar a cabo esta institución por el querellante sin que haya tenido lugar la formalización de la investigación, sobre la base de dos argumentos básicos:

- a) al no existir formalización previa de la investigación, el querellante no podría encuadrar su acusación en cuanto a hechos y a derecho;
- b) no es posible que el fiscal sea forzado a formalizar la investigación con el solo objeto de que el querellante pueda ejercer la acción penal pública a través de la acusación privada, ya que una actuación –como vimos- eminentemente exclusiva del Ministerio Público no podría ser impuesta coercitivamente por un órgano jurisdiccional.²⁰⁵

Este último argumento fue corroborado y plasmado en la historia fidedigna de la ley cuando se establece que “(...) Consideramos, asimismo, difícilmente conciliable con el principio acusatorio que informa el Código la posibilidad de que el juez de garantía pudiera obligar al fiscal a formular acusación. No compartimos la idea de que, si el querellante particular quiere que se acuse al imputado y el fiscal discrepa de ese parecer, lo que es ratificado por el fiscal regional, el juez pueda ordenar al ministerio público que acuse. En ese caso, optamos porque la acusación se formule por el querellante, dotándolo para este efecto de las facultades que el Código contempla respecto del Ministerio Público.”²⁰⁶

²⁰⁵HERRERA SEGUÉL, Marta. ob. Cit. p. 27

²⁰⁶2do. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En: HERRERA SEGUÉL, Marta. ob. Cit. p. 28

En definitiva, se sostiene que no puede el tribunal asumir funciones de otro órgano del Estado sin norma legal expresa, por lo que mal podría forzar a un organismo a que ejerza una función que se le ha catalogado como privativa.

Referente a la última consideración también, una opinión diametralmente opuesta es la que plantea en tres sentencias el Tribunal Constitucional²⁰⁷ conociendo sobre el asunto específico del denominado “forzamiento de la formalización”, entendiendo dicha magistratura que es perfectamente posible que el querellante, en su calidad de “afectado” por la investigación, le solicite al juez de garantía que le fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación, cuestión en la que ahondaremos en el análisis de jurisprudencia.

Con el panorama ya analizado con respecto al segundo de los argumentos, iremos al tema central de éste acápite, y se traduce en que la norma legal del inciso tercero del artículo 258 Código Procesal Penal se torne inaplicable o sea una traba para el querellante cuando el fiscal no haya formalizado la investigación.

Esta práctica la vemos a diario en las denominadas “salidas no judiciales” en todos los tribunales de la República, pero sin tener la información exacta de cuándo la decisión de no perseverar ha sido aplicada, es decir, si se ha llevado a efecto en una investigación formalizada o no, según las estadísticas que nos entrega a este respecto el Ministerio Público²⁰⁸, donde del total nacional de audiencias que terminan a través de la decisión de no perseverar, desde la entrada en vigencia de la reforma hasta el año 2011, alcanzan 277.576, que equivalen a un 2.85% del total del causas que ingresan al sistema (excluyendo las que se acaban por “otros términos”)²⁰⁹. Debido a ello podemos concluir que, aun cuando exista una leve discusión poco abordada por la doctrina nacional, no contamos con datos o evidencia empírica que nos permitan

²⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencias Rol 1337-09-INA, 1380-09-INA y 1484-09-INA. Todas en www.tribunalconstitucional.cl

²⁰⁸ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico 2011. P. 70 [en línea] <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>> [consulta: 07 de febrero de 2012]

²⁰⁹ *Ibíd.* p. 70

determinar con exactitud la práctica de los tribunales y la frecuencia con que los fiscales utilizan la decisión de no perseverar en una investigación no formalizada.

Siguiendo nuevamente la opinión de la Profesora Marta Herrera, tendríamos que considerar que es absolutamente posible que el querellante pueda sostener la acusación por sí mismo, aun sin que se haya formalizado la investigación, pues el legislador, en primer lugar, no ha restringido su aplicación y ha sido el espíritu de la norma otorgar un cierto grado de control a la víctima, según lo estableció la Cámara de Diputados al mencionar que "(...)El único caso en que se ha estimado necesario llevar adelante la acusación en contra de la opinión del fiscal, es aquél en que tanto el querellante como el juez coinciden en que la instrucción arroja antecedentes suficientes para la apertura del juicio. En este caso, ha parecido que la voluntad de la víctima u otro interesado habilitado, con la disposición a asumir la carga de la acusación, más la opinión favorable del juez, deben imponerse sobre la del fiscal. La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en manos del ministerio público."²¹⁰

Otro punto a destacar es que si consideramos como requisito necesario, para forzar la acusación, la actuación discrecional del fiscal a través de la formalización de la investigación, nos enfrentaríamos a un acto absolutamente arbitrario del mismo, lo que dejaría en absoluta indefensión al querellante, dejándole vedada para siempre esta posibilidad, encontrándonos frente a lo que denominamos anteriormente como un correlativo encubierto del principio de oportunidad, cuestión que nos parece absolutamente inaceptable.

Reitera, en definitiva, que podemos establecer que lo que se ha buscado por parte del legislador no es otra cosa que "reconocer que la víctima es un sujeto de derechos, a quién históricamente le fue expropiado su conflicto por parte del Estado, por lo que ahora se pretende, en lo posible, revertir dicha situación otorgándole mayor injerencia

²¹⁰ 1er. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia de la Cámara de Diputados. En: HERRERA SEGUÉL, Marta. ob. Cit. p. 29

en el proceso penal del cual forma parte y, principalmente, en la decisiones relevantes que al respecto se adopten.”²¹¹

Por ello, una manera de conciliar ambos aspectos según esta parte de la doctrina, a saber, la imposibilidad de forzar la formalización por parte del fiscal y el impedimento de la víctima de ejercer esta facultad, es simplemente tener que aceptar en casos muy excepcionales ponderados por el juez de garantía, que sea el propio querellante quien sostenga por sí mismo la acusación, aun sin que previamente haya existido formalización, lo que pareciera ser, a simple vista, una salida más compleja que el problema mismo.

Las posturas que optan por este camino, principalmente la de la Profesora Herrera²¹², podrían llegar a ser viables –pero con ciertos reparos que indicaremos más adelante, en virtud del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-, basándose principalmente en el “principio de congruencia” que está establecido en el artículo 341 CPP de la sentencia definitiva respecto solamente a la acusación y no con respecto a la formalización, por lo que malamente podría interponerse un recurso de nulidad en su contra.

En consecuencia con lo anterior, el artículo 259 inciso final CPP podría ser considerado como el argumento que nos llevaría al resultado totalmente opuesto de lo antes mencionado, ya que expresa los requisitos que debe contener la acusación, y dentro de ellos, está que la acusación se refiera a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación. No obstante lo anterior, podríamos concluir primordialmente que es una norma solamente referida a la acusación entablada por el Ministerio Público ya que la letra f) y el inciso segundo de la norma en comento se refiere también en término explícitos al fiscal, por ser ella la situación de normalidad en que debería desenvolverse el proceso, y la acusación por parte del querellante una excepción al curso natural del proceso. Por ende, su inciso final es una disposición que

²¹¹HERRERA SEGUÉL, Marta. Op. Cit. p. 30

²¹² Ibid. p. 30

no resulta aplicable al querellante porque, para su aplicación, debería forzarse la formalización, hecho que ya vimos no resulta razonable.

En tercer término, podría decirse en contra de la primera postura, que el inciso tercero del artículo 258 CPP establece expresamente que la acusación particular deberá sostenerse en los mismos términos que se establecen para el Ministerio Público. Sin embargo, continúa tal disposición diciendo que se deberá sostener “en lo sucesivo”, o sea una vez presentada la acusación.

En consonancia con lo anterior, nos topamos finalmente con la congruencia mencionada entre la formalización y la acusación como garantía para el imputado. Si se permite que el querellante, excepcionalmente, sostenga por sí mismo la acusación sin que exista una formalización, esto ha sido autorizado en su carácter precisamente de excepcionalidad por el juez de garantía, quien está encargado de velar por las garantías de los intervinientes del proceso, por lo que sólo es de su competencia resolver algún conflicto que pueda suscitarse dentro del proceso sobre esta materia. Sucede lo mismo cuando pensamos en un sujeto que pueda ser acusado sin siquiera haber sido formalizado, lo que atenta claramente en contra de uno de los pilares fundamentales del actual sistema procesal penal, que es el derecho a defensa. Sin embargo, al igual que lo anterior, el magistrado a cargo que autorice la acusación compartirá y tendrá una opinión similar al querellante para llevar esta situación “anormal” adelante, pero siempre resguardando los derechos del imputado y tomando las medidas que estime necesarias.

Por su lado, encontramos opiniones absolutamente disímiles a las recién expresadas, que en primer orden de cosas tienden a darle prevalencia al tantas veces mencionado principio de congruencia entre formalización-acusación-sentencia.

A esto arriba cierta parte de la doctrina²¹³ sobre la base de que el legislador al tratar el cierre de la investigación –paso previo a comunicar la decisión de no perseverar- lo

²¹³ORELLANA SOLARI, Nicolás. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo

hace en el entendido que el Ministerio Público ya ha formalizado la investigación, siendo el curso normal del proceso como apuntamos, en virtud del artículo 247 CPP que dispone “Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el Fiscal deberá proceder a cerrarla” y prosigue “(...) si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de la investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación.”

Así también se expresa por parte del mismo autor que el artículo 248 CPP indica que es necesaria la formalización para el cierre de la investigación, pues establece que “(...) el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá dentro de los diez días siguientes...” plazo al que alude el propio artículo 247 inciso cuarto y quinto CPP, que presupone la formalización.

Podría sostenerse como argumento contrario que el artículo 248 CPP es independiente del artículo 247 por tratar hipótesis de investigaciones formalizadas como desformalizadas, sin distinguir. Sin embargo, de igual manera sostiene que “en la medida que la interpretación sistemática del propio artículo 248 nos lleva nuevamente a entender que las posibilidades procesales que tiene el Fiscal luego de cerrar investigación se generan sólo respecto de una investigación formalizada. Señalamos ello, porque a lo menos las letras b) y c), del mencionado artículo, esto es, formular acusación y comunicación de no perseverar están redactadas en términos que presuponen la existencia de una formalización previa.”²¹⁴

A esto se suma que el inciso final del propio artículo 248 CPP indica que la comunicación de la decisión de no perseverar dejará sin efecto la formalización de la investigación, lo que por lógica nos debería señalar que ésta se produjo con anterioridad durante el proceso.

a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno. [en línea] <<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/3-Orellana.pdf>> [consulta: 07 de febrero de 2012] p. 68

²¹⁴Ibíd. p. 69

A mayor abundamiento, se sostiene que dentro de los otros efectos de la comunicación de no perseverar que son dejar sin efecto las medidas cautelares y que continúe corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiera interrumpido, pues es la formalización de la investigación la que genera, en la mayoría de los casos, ambos efectos, por lo que nuevamente suponemos que existe una formalización previa.

Por último, si entendemos que el fiscal realiza una investigación de tipo administrativa y no judicializada, esto es, antes de la formalización, no podría concebirse que se cierre judicialmente una investigación que no se ha abierto formalmente.

Un poco menos gravoso que todo lo anterior, y haciéndonos cargo de una tercera alternativa que barajamos anteriormente, es la idea de retroceder un paso para arribar al mismo resultado ¿A qué nos referimos?

Nos referimos precisamente al hecho de que el juez de garantía valore o entienda que la víctima o el querellante son “afectados” por esta investigación no formalizada, en la cual previamente ha intervenido el propio juez –piénsese el caso de la presentación de querrela que fue admitida a tramitación, según hemos reiterado- el cual podrá proteger asimismo los derechos de intervinientes, otorgándole la posibilidad señalada en el artículo 186 CPP para que, precisamente, evite la conculcación del derecho de impulsar el desarrollo del proceso penal, ya que es el propio artículo mencionado el que le permite, a quien le afecte la no formalización judicial de la investigación, pedirle al juez que fije un plazo para que el fiscal formalice la investigación, y de esta manera, llegar a otorgarle al querellante la posibilidad de poder sostener la acusación por sus propios medios, sin quedar afecto –por existir no formalización- a la traba de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 258 del código.

En consecuencia, podemos sostener que, desde un punto de vista proteccionista de la víctima que ha deducido querrela criminal, parece absolutamente factible el hecho de que se pueda llegar al forzamiento de la acusación por parte del querellante particular, evitando de esa forma arbitrariedades de parte del fiscal a cargo del caso que no

permitan, como lo quiso el constituyente y el legislador, ejercer a la víctima las acciones que le asisten, siendo un método de control sobre investigaciones poco acuciosas por parte del Ministerio Público. Es decir, se estima como aceptable por parte de algunos, aun cuando no hayan formalizado la investigación los fiscales del Ministerio Público, que el querellante particular pueda sostener por sí mismo la acusación, sobre la base de los fundamentos que el legislador tuvo en vista para crear esta institución. A ello cabe añadir que la autorización para que se sostenga la acusación particular sólo deberá ser otorgada por el órgano jurisdiccional, y no por el Ministerio Público.²¹⁵

Por contrapartida, la opinión disidente sostiene que si el fiscal no llega a formalizar la investigación, el querellante no podría forzar la acusación ya que no cumpliría con los requisitos que exige el artículo 258 CPP y el principio de congruencia para tal efecto, vulnerando además la garantía del imputado del derecho a defensa. Acto seguido, se estaría vulnerando a la vez al querellante particular, por una decisión arbitraria del Ministerio Público, cual es el ejercicio de la acción penal de acuerdo a lo que dispone la Constitución en los artículos 19 N° 2, y 3 inciso primero, y 83 inciso segundo.

En tercer lugar, se deja abierta la posibilidad de forzar al fiscal, por intermedio del juez de garantía, a que el querellante “afectado” por esta investigación no formalizada pueda solicitar que se formalice la misma, según mencionamos, haciendo aplicación de la interpretación extensiva del artículo 186 CPP acerca de las personas que deben considerarse como “afectados”.

Nos haremos cargo en definitiva de estas posturas una vez que arribemos a nuestra conclusión para determinar la constitucionalidad del artículo que estamos estudiando.

²¹⁵HERRERA SEGUEL, Marta. ob. Cit. p. 32

2.5 Tratamiento Práctico por parte del Ministerio Público de la Comunicación de la Decisión de No Perseverar en el Procedimiento: oportunidad

Como adelantamos en el apartado anterior, es un tema absolutamente relevante determinar en qué casos se puede producir la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento por parte del Ministerio Público, pero más aún la oportunidad dentro del procedimiento en que esto se lleva a cabo, es decir, si es precisamente en una investigación formalizada o no.

La tabla del Anexo²¹⁶ nos indica la calificación de cada causa según su tipo de término a nivel nacional desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en nuestro país.

La misma tabla nos muestra todos los casos en que se arribó al término de la causa, como una salida “no judicial”, a través de la decisión de no perseverar en el procedimiento por parte del fiscal a cargo del caso, que en número alcanzan a 277.576 en total.

Sin embargo, no existe un estudio empírico acerca del segundo de los cuestionamientos que tenemos, ya que la evidencia sólo nos permite acercarnos a ciertos datos, pero sin distinguir si los términos de causas por decisión de no perseverar fueron dentro de una investigación formalizada o desformalizada, por lo que utilizar esta estadística parece inoficioso para nuestro estudio, de manera tal que prescindiremos de ella.

²¹⁶MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. ob. Cit. p. 70.

(1) Se consideran los términos aplicados desde el inicio de la reforma.

(2) Los porcentajes de término por Salidas Judiciales y Salidas No Judiciales se calculan excluyendo la categoría 'Otros términos'.

2.6 Análisis de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Ordinarios de Justicia

Como mencionamos en el inicio de nuestro trabajo, resulta indispensable, una vez agotado el punto de vista doctrinal y normativo del asunto en cuestión, revisar que es lo que ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional al respecto, como asimismo la opinión de los tribunales ordinarios de justicia, para poder arribar a una correcta conclusión para este apartado.

En primer término, analizaremos las sentencias que se refieren básicamente al forzamiento de la formalización, y como este mecanismo es una alternativa al forzamiento de la acusación, objeto central en estudio.

La sentencia Rol 1137-09-INA del Tribunal Constitucional²¹⁷, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad acerca del artículo 186 CPP, plantea en lo sustancial que donde la ley no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir, por lo que nada se opone a que el juez haga aplicación del mencionado artículo si lo exige el querellante, pues dicha aplicación no solo no infringiría la Constitución, sino que por el contrario, respetaría cabalmente el inciso segundo del artículo 83 constitucional²¹⁸.

Agrega además que el artículo 6 del Código Procesal Penal le asigna responsabilidad al propio tribunal en orden a garantizar los derechos de las víctimas, lo que se condice con las discusiones hechas sobre esta norma en el Senado²¹⁹.

Por último, entiende el propio tribunal que el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución "...sitúa claramente al ofendido y a las demás personas que determine la ley en un plano de igualdad con el Ministerio Público (...) que desde ese punto de vista,

²¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1337-09-INA. [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> [consulta: 3 de julio de 2012]

²¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando octavo.

²¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Prevenciones 1°, 2° y 3° de los Ministros José Luis Cea Egaña, Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

el ejercicio de la acción penal pública no sólo es una posibilidad para la víctima del delito sino que un verdadero derecho que los tribunales deben cautelar en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° del Código Procesal Penal (...) Luego, no puede el querellante y víctima del delito acusar sin que exista formalización previa, la cual, al tenor de los artículos 229 y 230 del Código Procesal Penal, es de resorte del Ministerio Público; que de lo razonado se concluye que el derecho a ejercer la acción penal por parte de la víctima del delito debe ser seriamente cautelado por el tribunal durante el desarrollo de todo el procedimiento, constituyendo el artículo 186 del Código Procesal Penal, una herramienta eficaz para esos efectos, que no puede entenderse limitada solamente a una facultad del imputado.”²²⁰

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan Colombo Campbell, que sostiene en lo medular que el artículo citado no corrobora que la “afectación” corresponda al imputado, al querellante o a ambos, por lo que la judicatura y el Ministerio Público han optado por entender que sólo el beneficiario es el imputado. Además, agrega, que el “facultar” al juez, es decir “podrá”, por lo que no estaría obligado a fijar un plazo para formalizar ni tampoco para solicitar información, por lo que si cree que no existe mérito para ello, no dará lugar a la petición.”²²¹

En consecuencia señala “que cabe concluir que la aplicación de los preceptos impugnados, en orden a no formalizar o a excluir al querellante de la posibilidad de ser amparado por el juez de garantía frente a la negativa a formalizar, constituye una privación del derecho a la investigación, de rango constitucional, por lo que la aplicación de los preceptos impugnados al caso sub lite infringe la Carta Fundamental, en específico el numeral 3° de su artículo 19 y su artículo 83, además de sus artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 número 26°.”²²²

²²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Prevenciones 5°, 6° y 7° de los Ministros José Luis Cea Egaña, Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

²²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Voto en contra del Ministro Juan Colombo Campbell

²²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Voto en contra del Ministro Juan Colombo Campbell.

A su vez, tratando nuevamente otro requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad acerca del mismo asunto, el fallo analizado razona, en lo sustancial, que cuando se habla de “afectado” también comprende al querellante, quien está facultado para solicitar al juez de garantía que se obligue al fiscal a informar acerca de la investigación y de fijarle incluso un plazo para que formalice²²³.

Sostiene además que “si bien la Constitución encomienda al Ministerio Público la protección de la víctima, ello no lo convierte en garante de sus derechos, en circunstancias que el juez en tanto órgano jurisdiccional, se encuentra obligado a velar por los derechos del imputado y de la víctima, contando para tal cometido con amplias facultades, sea que fuere requerido por alguno de ellos o que proceda a actuar por iniciativa propia.”²²⁴ Por ello, prosigue, “teniendo en consideración que el derecho constitucional a ejercer la acción penal pública se hace efectivo mediante la correspondiente acusación y que según los artículos 260 y 261 del Código Procesal Penal, ello requiere que previamente se haya formalizado el procedimiento, es dable concluir que el artículo 186 de ese cuerpo legal empodera al juez, en tanto responsable de cautelar los derechos de la víctima y querellante, para controlar a solicitud de este interviniente la prerrogativa que otorga el artículo 230 a los fiscales del Ministerio Público, consistente en determinar la oportunidad de formalizar la investigación.”²²⁵ (Énfasis añadido).

Se concluye finalmente que de los argumentos esgrimidos, se evita con esta interpretación otorgarle al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho a la víctima el derecho del artículo 83 inciso segundo de la Constitución.²²⁶

²²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1380-09-INA. Considerando decimoprimer. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>> [consulta: 4 de julio de 2012]

²²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada, Considerando decimoquinto.

²²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada, Considerando decimoséptimo.

²²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada, Considerando decimoctavo.

Acordado con el voto en contra del Ministro Juan Colombo Campbell, por las mismas consideraciones expuestas en la sentencia anterior.

Vemos nuevamente como existe unanimidad en cuanto a que la formalización se entiende como requisito para formular acusación, y en consecuencia, la manera de llevar adelante el proceso por el querellante será forzar al Ministerio Público, a través del juez de garantía, para que formalice la investigación.

Por último, y de bastante interés, resulta la sentencia Rol 1484-09-INA²²⁷, que resulta coincidente con ambos fallos anteriores, en el sentido de considerar “afectado” tanto al imputado, como al querellante y la víctima, además de concluir que no puede entablarse la correspondiente acusación mientras no se haya formalizado la investigación, por lo que podrá pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella, pudiendo el mismo juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.²²⁸

Sin embargo, lo peculiar de esta sentencia, y que merece detención sobre este punto, es el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por acoger el requerimiento sobre la base de, en primer término, considerar que el “Tribunal Constitucional en varias sentencias ha entendido que también el ofendido y querellante podría solicitar la formalización de investigación (186 CPP), puesto que también resultaría afectado por la investigación, esta interpretación conforme a la constitución -que evita declarar la inaplicabilidad del precepto legal- no ha sido acogida por los órganos a quienes corresponde la aplicación de la norma”²²⁹ (énfasis añadido)

²²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1341-09-INA. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>> [consulta: 4 de julio de 2012]

²²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerandos decimocuarto, decimoquinto y decimoséptimo.

²²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando tercero voto disidente.

“Que, sin embargo, el Tribunal no conoce causas que demuestren que el Ministerio Público o los jueces de garantía hayan seguido en algún caso la interpretación que el Tribunal Constitucional tuvo anteriormente (...) Muestra inequívoca, es la postura que ha tenido –el Ministerio Público- en la presente causa, en que ha reiterado que el ofendido por el delito y querellante, no puede obtener del juez de garantía la orden de que el fiscal formalice la investigación.”²³⁰

Continúan en su prevención razonando “que, si se acepta que el artículo 186 del Código Procesal Penal excluye al ofendido y querellante particular de las personas que pueden obtener del juez de garantía la orden de formalizar la investigación, resulta, por la aplicación de las disposiciones que regulan el cierre de la investigación y la formulación de la acusación penal, que sin formalización previa el ejercicio de la acción penal del ofendido deviene en ilusorio.

Que, en efecto, aunque el juez de garantía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 258, inciso tercero, del Código Procesal Penal, autorice que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante cuando el fiscal haya solicitado el sobreseimiento definitivo o temporal, la formulación de la misma, que tiene que hacerse en los mismos términos en que lo haría el Ministerio Público, no podría prosperar. Ello, porque según lo dispuesto en el artículo 259, inciso final, del Código citado, en virtud del principio de congruencia, la acusación sólo puede referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, por lo cual, de no existir ésta, el medio procesal –la acusación- a través del cual se ejercita el derecho constitucional a la acción, es inidóneo y no puede prosperar.

Que, otra vía con que cuenta el fiscal para obtener el cierre de la investigación, es la que contempla la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, esto es, la comunicación del Ministerio Público de no perseverar en la investigación, la que no está sujeta a aprobación judicial, aunque sí permite que el querellante particular obtenga del juez de garantía, según el inciso cuarto del artículo 258 del mismo Código, la autorización para formular la acusación, la cual, sin embargo, por la misma razón

²³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando quinto voto disidente.

expuesta en el considerando anterior de esta disidencia, no produciría efecto útil alguno en el ejercicio de los derechos constitucionales del ofendido.

Que, en cambio, si se acoge la inaplicabilidad solicitada respecto de la parte que se ha impugnado del artículo 186 del Código Procesal Penal, cualquier persona, y por consiguiente también el ofendido y querellante particular, podría solicitar del juez de garantía la orden de formalizar la investigación, y cumplida ésta, si acaso posteriormente el Ministerio Público quisiera obtener el cierre de la investigación, sea por sobreseimiento definitivo o temporal o por la decisión de no perseverar en la investigación, desde el momento que ésta se encontraría formalizada, en el supuesto de forzamiento de la acusación contemplado en el artículo 258 del mismo Código, dicha acusación, caso de formularse por el querellante, podría cumplir la exigencia de referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación que contempla el inciso final del artículo 259, por lo que sería un vía útil para ejercitar el derecho constitucional a la acción.

Que, demostrado que la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal, en la parte impugnada, produce efectos contrarios a la Constitución, corresponde a juicio de los Ministros disidentes acoger el requerimiento formulado ante este Tribunal.”²³¹

Quedan claras entonces las correctas apreciaciones que realizan los ministros del voto disidente, quienes concluyen que en el concepto de “afectado” por una investigación también es posible incluir a la víctima y al querellante, sin embargo tal razonamiento no ha sido recogido por los tribunales ordinarios, quienes son los llamados a su aplicación. Razonan asimismo que así lo demuestra la experiencia del propio Tribunal Constitucional, ya que en la práctica se ha excluido al ofendido y al querellante, en tanto “afectados” según el artículo 186 CPP, y si ello sucede, se conculca el derecho al ejercicio que tienen ambos de la acción penal, resultando un impedimento al forzamiento de la acusación, pues no produciría efecto útil alguno, vulnerando en definitiva los derechos amparados por nuestra Carta Fundamental.

²³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerandos séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo del voto disidente.

Posteriormente corresponde mencionar la sentencia Rol 1341-09-INA del TC²³² por ser la única de su especie que trata de manera específica la institución de la facultad de no perseverar y forzamiento de la acusación, como temas centrales de la sentencia.

En lo sustantivo, debemos apuntar que se trata de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 248 CPP, por haber procedido el Ministerio Público a cerrar la investigación y solicitar audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la misma, que consistía en una investigación desformalizada.

Señala el actor o requirente que la forma en que el Ministerio Público ha dado aplicación a su facultad de no perseverar, con el respaldo del tribunal de garantía, ha sido decisiva en la causa, impidiéndole en la práctica la alternativa de poder seguir con la persecución penal, por no haber sido formalizada la investigación y, al ser ésta –la formalización- un requisito previo para sostener por sí mismo la acusación, no ha podido acusar particularmente. Todo lo anterior, sostiene, le habría infringido su derecho a defensa, a un procedimiento y una investigación racional y justo, y su posibilidad de poder ejercer el ofendido por el delito la acción penal correspondiente, todo sobre la base de los artículos 19 N° 3 y 83 inciso segundo CPR, entre otras normas legales.

Sin adentrarnos en la contestación del requerido –Ministerio Público- por escapar a la materia de análisis, cabe destacar para una mayor inteligencia del caso, que finalmente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue rechazado por entender que, a pesar de tener la víctima derechos que puede ejercer durante el curso del proceso, de modo que la discrecionalidad del Ministerio Público en la investigación no se transforme abiertamente en una arbitrariedad, no ha quedado la víctima en indefensión ni en posición de verse privada de su derecho a la acción penal por la aplicación de la facultad de no perseverar.

²³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1341-09-INA. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>> [consulta: 10 de febrero de 2012]

Este razonamiento se configura, entre muchas otras -de las cuales no nos haremos cargo por motivos obvios-, por las siguientes razones.

En primer término, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido avanzando conforme al desarrollo de la Reforma Procesal Penal. Así, en un primer momento sostuvo que “el derecho a la acción penal se encontraba consagrado expresa y categóricamente en la Constitución, y que cualquier razonamiento que condujera a privar a la víctima de dicho derecho debía ser descartado, pues de ese modo se subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor penal.”²³³

Sin embargo, esta posición más totalitarista fue atenuada por jurisprudencia posterior, que equilibró los derechos de la víctima y del ente persecutor. Es por ello que, aun reconociéndole derechos al querellante y/o a la víctima, la investigación penal sigue estando a cargo exclusivamente del Ministerio Público, cosa que no supone el ejercicio de la función jurisdiccional, otorgándole ello discrecionalidad en su actuación.

Agrega además que “el control que ejerce el juez de garantía en virtud del artículo 186 CPP es el que ayuda a evitar que la discrecionalidad de la formalización se convierta en un monopolio arbitrario por parte del fiscal.”²³⁴ Con ello, las facultades de formalizar la investigación y de ejercer la opción de no perseverar en el procedimiento siguen estando entregadas solamente al fiscal a cargo de la investigación.

Prosigue su razonamiento sosteniendo: “Que, ahora bien, a pesar de que todos los fallos que se han pronunciado sobre la discrecionalidad del fiscal lo han hecho sobre la facultad y oportunidad para formalizar, dicha jurisprudencia se puede extrapolar a otras instituciones en las que el fiscal tiene discrecionalidad, como es la facultad para no perseverar en la investigación.”²³⁵

²³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando undécimo.

²³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Cit. Considerando duodécimo.

²³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Cit. Considerando décimo quinto.

Agrega además “Que, el sistema de seguro en favor de los intereses de la víctima también opera en el caso del sobreseimiento y de la facultad de no perseverar.

(...) Por su parte, en el caso de la facultad de no perseverar en la investigación, procede la reapertura de la investigación (art. 257 CPP).

En efecto, el Ministerio Público ha planteado que dicha reapertura procede incluso si es que la facultad de no perseverar se ha ejercido existiendo formalización (MP, Oficio F.N. 556, 18 de noviembre de 2003).

Para apoyar esta postura se ha argumentado que:

- a) “...el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no parece una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sentido, cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema. Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos.”
- b) En segundo lugar, se ha señalado que tanto la decisión de no perseverar como la formalización no producen cosa juzgada, por lo que la decisión de no perseverar no sería impedimento para que posteriormente se volviera a realizar una nueva formalización...”

Abunda en este sentido mencionando “que, además de la reapertura, podría proceder en este caso, si existiese formalización, la posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 CPP.”²³⁶

Que al efecto, según hemos visto en las sentencias mencionadas anteriormente²³⁷, ha resuelto esa Magistratura que al no distinguir la ley, tampoco corresponde al intérprete

²³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando octogésimosegundo y octogésimotercero.

distinguir, por lo que nada se opondría a que el propio juez de la causa entendiera que el querellante es una persona afectada en los términos del artículo 186 del CPP, por lo que podría acceder a la petición de aquel interviniente de controlar una investigación no formalizada, y promoviera la formalización²³⁸, cuestión que ya hemos reiterado no es factible en nuestro actual ordenamiento.

Sin duda los razonamientos del TC podrían estar sujetos a algún tipo de cuestionamiento, según hemos visto, a nivel doctrinal. Es por ello que se configura en el mismo fallo un voto disidente de los Ministros Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza.

Este voto en contra versa, principalmente, en que lo que debe hacerse no es un control de constitucionalidad abstracto, sino que debe ponderarse si efectivamente en el caso *sub lite* existe un precepto legal en particular que deje en indefensión a la víctima, como lo plantea el requirente. Sostienen en particular: “Que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con la facultad que tiene para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, no está sujeta a la aprobación del juez de garantía como lo dispone el artículo 248, letra a), en relación con los artículos 250 y 252, del Código Procesal Penal.” Es decir “existe, por consiguiente, una diferencia sustancial de cara a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y al derecho constitucional a la acción del ofendido-querellante particular, en caso que el fiscal solicite el sobreseimiento y en caso que comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento, pues, en la primera de estas situaciones no depende de su sola voluntad el término de la investigación, lo que sí ocurre en la última de ellas, en la cual no es un órgano dotado de jurisdicción –el juez de garantía- quien lo decide sino un órgano administrativo.”²³⁹ Concluyen además que, conforme al artículo 259 CPP que regula el contenido de la acusación, sólo podrá referir la misma a hechos y personas incluidos en la formalización²⁴⁰, por lo que en el caso sometido al conocimiento de dicho tribunal se está “frente a una investigación no

²³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencias citadas 1337-09-INA, 1380-09-INA y 1484-09-INA.

²³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. Considerando octogésimo cuarto.

²³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. N° 5. y 6. del voto en contra.

²⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. N° 8. del voto en contra.

formalizada, por lo cual la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, la misma que no requiere de aprobación judicial como se ha indicado, trae como consecuencia la imposibilidad para el querellante de ejercer de modo útil la acción penal y obtener una tutela efectiva de sus derechos, pues, aunque el juez de garantía le autorice a formular la acusación, ésta no podrá cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal.”²⁴¹

Por todo lo anterior cabe concluir que todo esto, a pesar de ser votos a favor y en contra del rechazo del requerimiento, conjugan y convergen en lo esencial de lo que nos convoca, determinando en definitiva que no existe duda en el propio Tribunal Constitucional que la formalización es un requisito indispensable para que el querellante particular pueda sostener por sí mismo la acusación a través de su forzamiento, ya que de lo contrario no existiría posibilidad alguna de que se cumplieran con los requisitos establecido en el artículo 259 CPP, lo que haría inviable la prosecución del proceso solamente con el querellante privado. Sólo deja a salvo la posibilidad del llamado “forzamiento de la formalización”, según se mencionó en la letra e) de quiénes estuvieron por rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad.

Como podemos apreciar, se trata de una opinión consonante con alguna parte de la doctrina nacional y, a la vez, diametralmente distinta a la sostenida por otra facción doctrinaria que sí acepta el forzamiento de la acusación sin existir antes formalización de la investigación.

Hemos indicado además, que si existiera un apego irrestricto a lo fallado fundadamente por el Tribunal Constitucional en las sentencias que hemos analizado sobre forzamiento de la formalización, superaríamos esta traba que se le presenta al querellante que no puede sostener por sí mismo la acusación cuando no existe formalización. Sin embargo, como bien lo señala el último voto disidente que tratamos sobre esta materia, la inobservancia de los tribunales ordinarios sobre dicho aspecto, viene a materializar el entorpecimiento que le supone al querellante no poder proseguir

²⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada. del voto en contra.

con el proceso, viendo conculcado su derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva, siendo esto, precisamente, el objeto central del presente trabajo.

A su vez, existen algunas consideraciones a este respecto por parte de los tribunales ordinarios de justicia que a continuación pasaré a detallar.

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha resuelto, conociendo de un recurso de queja en contra de los integrantes de una sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel que posteriormente fue acogido, que: “En efecto, según aparece de los antecedentes agregados a estos autos, en la causa por delito de secuestro en que incide esta queja no ha existido formalización en contra de quien ha sido imputada por el querellante como autora de tal ilícito, situación que impide a este último hacer uso de la facultad que contempla el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, forzar la acusación por parte del Ministerio Público o, eventualmente, formularla él.” (Énfasis añadido por nosotros).²⁴²

Lo anterior concuerda a su vez con lo sostenido en el ya mencionado Oficio F.N. N° 099 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, donde en su punto 4 señala que el forzamiento de la acusación regulado en el inciso 4° del artículo 258, sí requiere que la investigación se encuentre formalizada contra determinados imputados, lo que resulta de toda lógica ya que con dicho forzamiento lo que se persigue es la autorización del Tribunal para que sea el querellante quien formule la acusación y la sostenga en lo sucesivo.

Indicamos lo anterior, ya que tales conclusiones a que arriba el Fiscal Nacional de ese entonces, se fundan particularmente en los fallos Rol de Ingreso N° 78-2005 y N° 56-2004 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco y Antofagasta, respectivamente.

²⁴²EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 26 de febrero de 2009 en causa Rol N° 6742-2008.

Sostiene el primero de ellos en su sentencia de fecha 9 de febrero de 2005 “Que la decisión de no perseverar en el procedimiento -prevista en el inciso primero letra c) del Art. 248 del Código Procesal Penal- es una actuación unilateral del Fiscal a cargo de la investigación, comoquiera que esta fase del procedimiento, constitucional y legalmente, pertenece sólo al Ministerio Público y es de su exclusiva competencia, por lo que no cabe un pronunciamiento ulterior del juez. Por consiguiente, no procede aprobarla ni rechazarla en la audiencia a que se refiere el Art. 249 del código citado, puesto que el único fin de la misma es dar a conocer dicha decisión; y sólo procede continuar el procedimiento en el caso del inciso 4° del Art. 258 del mismo cuerpo legal, esto es, cuando se autoriza al querellante para deducir acusación (o forzamiento de la acusación) y siempre que se hubiese previamente formalizado la investigación contra determinados imputados.”²⁴³

A mayor abundamiento, sostiene la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el fallo citado que “En este sentido, se ha dictado el artículo 259 del Código Procesal Penal sobre el contenido de la acusación, que debe estar vinculada coherentemente con la formalización, que constituye la fuente del principio de congruencia o convergencia, pilar básico y garantía fundamental para el imputado. Como si fuese poco, el legislador enfatizó en el inciso final de esta disposición, acerca de que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica, norma que no puede ser desobedecida por interpretación alguna frente al mandato legal y expreso (...) Por último, lo que constituye un presupuesto fundamental en el procedimiento, es la garantía de defensa del imputado, en cuanto debe conocer una imputación clara, respecto de la cual está siendo investigado para tener la posibilidad de pedir o producir diligencias tendientes a demostrar su inocencia, lo que se produce sólo con la formalización de la investigación que, en suma, no es más que un acto de imputación oficial para ejercer el derecho a la audiencia y concretar los gérmenes de la adversariedad o contradictoriedad como principio procesal, de manera que en el evento de que se llegue al juicio oral, no debe

²⁴³ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Sentencia de fecha 9 de febrero de 2005 en causa Rol N° 78-2005. Considerando tercero.

existir una investigación cerrada en donde al imputado se le ha impedido ejercitar su derecho a defensa” (Énfasis añadido)²⁴⁴.

En suma, no cabe sino concluir que para toda nuestra magistratura ordinaria, lo esencial para que el querellante particular pueda forzar la acusación o mantenerla por sí mismo es la formalización de la investigación, ya que interpretan que sin ella no se cumpliría con el mandato expreso del legislador en orden a cumplir los requisitos del artículo 259 CPP y el principio de congruencia, que informa como pilar fundamental nuestra Reforma Procesal Penal, ya que de lo contrario –según entienden los juzgadores- se violaría una de las garantías del imputado, y de paso, se vedaría la opción del querellante particular de hacer uso de su derecho a constitucional a la acción.

2.7 Síntesis

La víctima en el actual sistema penal es entendida como el ofendido por el delito, ya sea el sujeto pasivo de la acción material, como así mismo el sujeto pasivo de las consecuencias jurídicas del delito, así fuesen personas naturales o jurídicas. El legislador también quiso incluir entre ellos, en los casos que el propio ofendido no pueda ejercer su derecho o a causa de su muerte, a ciertas personas señaladas en el artículo 108 inciso segundo CPP para que hagan valer sus pretensiones, llamadas víctimas indirectas o por rebote.

En definitiva, a partir de la Reforma Procesal Penal en nuestro país, la víctima pasa a ser un sujeto procesal e interviniente a la que se le reconocen distintos derechos que la sacan del estado de indefensión en la que se encontraba antiguamente.

Es por ello que este sujeto procesal e interviniente en el proceso penal llamado “víctima” goza, entre otros, del derecho de interponer querrela y luego acusación, con

²⁴⁴ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2004 en causa Rol N° 56-2004. Considerando duodécimo.

lo cual se reconoce su derecho constitucional a la acción y, en consecuencia, debemos reconocer que está amparada por la tutela judicial efectiva en nuestro ordenamiento legal.

Acto seguido, según dijimos, la figura del querellante –por regla general y salvando las excepciones del artículo 111 CPP- estará subordinada a la de la víctima, pues no existe el primero sin el segundo. Pero es precisamente éste último quién ejerce su voluntad para ser parte y sujeto activo dentro del proceso –nos referimos a tomar un rol más protagónico- ejerciendo su pretensión punitiva y todos los demás derechos que la ley le confiere.

Con ambos intervinientes –tanto víctima como querellante- reconocidos en el artículo 83 inciso segundo CPR, vemos como se corona certeramente lo que buscó el constituyente y el legislador al momento de la creación de la Reforma Procesal Penal: encontrarnos con un querellante que sea parte activa de este nuevo proceso en los momentos que el legislador lo llame a ello, todo en representación de la víctima por regla general, como un sujeto activo capaz de ser más que un simple adherente a la labor del Ministerio Público, e incluso ser capaz de poder llevar adelante y por sus propios medios el juicio por sí mismo, cuando discrepe con el fiscal a cargo del caso de la decisión de dar por terminada la investigación por los diversos motivos que le franquea la ley, lo que lo equipara precisamente en la jerarquía constitucional al Ministerio Público.

Los legitimados para el ejercicio de la acción penal pública serán el Ministerio Público, la víctima (que se transforma en querellante por dicho ejercicio) y las demás personas que señale la ley²⁴⁵, según expreso mandato del constituyente. Pero para un mejor entendimiento, es el mismo constituyente quien le entrega al legislador la labor de definir quiénes en definitiva será estos legitimados además del propio Ministerio Público, los cuales podemos encontrar en el artículo 111 CPP, donde la “querella” –vehículo de la pretensión- podrá ser interpuesta por la propia víctima, su representante

²⁴⁵Artículo 83 inciso primero y segundo CPR.

legal o su heredero testamentario, por regla general, otorgándoles a ellos el nombre de “querellantes” dentro del proceso.

Cuando nos detenemos a pensar sobre este mismo punto debemos entender y determinar en qué situación se encuentra cada uno de estos intervinientes con respecto al ejercicio de la acción penal pública.

Según se desprende de la simple lectura de texto legal de los artículos 83 inciso primero CPR y 77 CPP, el Ministerio Público “ejercerá” la acción penal en virtud del principio de legalidad, por regla general. En cambio el querellante –según el propio texto del artículo 83 inciso segundo CPR y 111 CPP- “podrá” interponer la misma.

Por todo ello no cabe sino concluir que existe obligatoriedad de ejercicio para el fiscal a cargo de la investigación cuando se cumplan ciertos requisitos, dejando a salvo la facultad de decidir los casos en que no continuará con el proceso de manera absolutamente excepcional, con aprobación, en su caso, del juez de garantía, y a su vez, será facultativo para el querellante interponer o no la respectiva querrela cuando lo estime conveniente.

Con todos estos antecedentes sobre el ofendido por el delito, su garantía de tutela judicial efectiva y la posibilidad de poder ejercer la acción penal a su arbitrio, nos adentramos en determinar doctrinariamente las fases del proceso para saber precisamente en cuál de ellas podrá el fiscal aplicar las excepciones al Principio de Legalidad, y si ello afecta de alguna manera los derechos que de manera constitucional se le aseguraron a la víctima.

Encontramos por tanto una primera fase del proceso llamada etapa de investigación, que puede ser a su vez, según sabemos, investigación formalizada o desformalizada.

La investigación desformalizada se caracteriza –por regla general- en que se llevará adelante sin judicialización, es decir, mientras el juez de garantía no haya intervenido en ella. Una investigación desformalizada y no judicializada le permitirá al fiscal a cargo

de la investigación, en los casos y con los requisitos que establece la ley, archivar provisionalmente la causa, aplicar la facultad para no iniciar la investigación o ejerciendo el principio de oportunidad, todos los cuales están reglados en los artículos 167, 168 y 170 del Código Procesal Penal.

Estos últimos mecanismos fueron incorporados a nuestro sistema penal que, como ya hemos dicho reiteradamente, se rige por el principio de legalidad, con el cual los fiscales cuentan con la obligación de llevar adelante todas las investigaciones que lleguen a su conocimiento.

Todas ellas –las facultades mencionadas para poner término anticipado a una investigación desformalizada- provienen del denominado principio de Oportunidad o de Discrecionalidad reglado, precisamente para morigerar una labor exhaustiva e inoficiosa que deriva del Principio de Legalidad, como la de tener que llevar adelante una investigación, aún cuando se sepa de antemano por el ente persecutor, la imposibilidad de que ella llegue a buen puerto, pues no todos los hechos que sean constitutivos de delito podrán efectivamente sancionarse, según mostró la experiencia de nuestro antiguo sistema, por el cual una gran cantidad de causas llegan a su término a través del sobreseimiento temporal.

Por ende, no resulta aceptable que este principio de discrecionalidad reglado sea utilizado en la práctica por parte del Ministerio Público para efectuar una derogación de hecho de ciertos tipos penales, por motivos de eficiencia o utilidad político-criminal, ya que el constituyente no le encargó dicha tarea al ente persecutor, sino que esta atribución sigue siendo una facultad exclusiva del constituyente y del legislador. El caso contrario implicaría que el Ministerio Público se convierta, sin mandato constitucional, en un nuevo ente legislador, hecho que es tajantemente rechazado.

Al hacer uso del principio de discrecionalidad el Ministerio Público, sin querer ser reiterativos y a modo ilustrativo, sabemos que empleará el archivo provisional cuando no haya intervenido el juez de garantía y, por regla general, no aparecieren

antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Asimismo se contempla en su favor la facultad de no iniciar investigación si considera que los hechos denunciados no fueren constitutivos de delito o cuando de los antecedentes se permita establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado, todo sometido a la aprobación del juez de garantía, como forma de control.

Según hemos venido analizando, llevar adelante la facultad de no perseverar en una investigación desformalizada, pero sí judicializada, es decir, la cual no ha sido objeto de formalización por parte del fiscal en la audiencia respectiva, pero en la que previamente intervino el juez de garantía, podría significar que el Ministerio Público utilice errónea y/o encubiertamente el principio de discrecionalidad a través de la facultad de no perseverar, en una oportunidad, o más concretamente, en una etapa procesal donde el legislador no le permitiría tal circunstancia.

Es precisamente en este punto donde se materializa que la víctima tiene derechos y puede iniciar su camino como querellante, ya que en el caso de aplicar el Ministerio Público alguna de las salidas anteriores, ella podrá deducir la querrela respectiva y si el juez la admitiere a tramitación, el fiscal deberá seguir a cargo de la investigación, según versa el artículo 169 CPP.

Por último, podrá el fiscal a cargo aplicar el Principio de Oportunidad, como ya hemos apuntado, cuando decidiere no iniciar una investigación o abandonar una ya iniciada por no comprometer gravemente el interés público en los casos previstos por la norma, ya sea antes o después de la intervención del juez de garantía. Según vemos, esta institución representa una sustancial diferencia con el que hemos llamado Principio de Discrecionalidad, ya que el último se aplica de una manera bastante más amplia y extensa en cuanto a sus requisitos y efectos, por lo que no deben tratarse, ni doctrinaria, normativa o prácticamente de la misma manera.

En el caso que el fiscal no opte por algunas de las salidas mencionadas anteriormente, podrá formalizar la investigación ya que a su juicio existen fundamentos suficientes de participación para comunicarle al imputado, en presencia del juez de garantía, que se desarrolla actualmente una investigación en su contra, según desprendemos de la definición del artículo 229 CPP. Dijimos que es precisamente aquí, en este punto, donde la primera fase del proceso –la investigación- entra obligatoriamente al plano judicial a través de este acto, y por ende se llama a esta segunda subetapa “investigación formalizada”.

La formalización de la investigación constituirá una etapa clave en nuestra conclusión.

Por ahora podemos adelantar que, según distintos autores, la misma producirá distintos efectos, tanto de pleno derecho, como otros que sin ser un efecto propiamente tal, provocan que la formalización se transforme en un requisito previo para otras actuaciones o diligencias dentro del proceso. De especial interés resulta que entendamos que la propia formalización se requiere, entre otros asuntos, para:

- a) permitir que pueda verificarse el cierre de ella, solicitando posteriormente el fiscal el sobreseimiento, formular acusación o comunicar la decisión de no perseverar; y
- b) que en virtud del Principio de la Congruencia, la acusación sólo se refiera a hechos y personas incluidos en la formalización. Ello porque la infracción al mencionado principio da lugar al recurso de nulidad cuando no exista congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva, según el artículo 259 inciso final y 374 letra f) respectivamente del CPP.

Vemos como cierta parte de la doctrina nacional se ha inclinado en este punto, según hemos venido apuntando, por entender y concluir que no puede existir la comunicación de no perseverar en el procedimiento sin que antes exista previamente la formalización de la investigación.

Sin embargo, para un acabado entendimiento del asunto y para no sacar conclusiones apresuradas, estudiamos en primer orden precisamente el texto de la institución que

nos convoca, y revisamos sucintamente la historia de su establecimiento y lo que le sucede en el procedimiento, para determinar normativamente cuáles eran sus alcances.

Llegamos de esta manera al cierre de la investigación y a la facultad misma de comunicar la decisión de no perseverar, contemplada en el artículo 248 CPP.

El cierre de la investigación –dijimos- es la declaración que debe formular el fiscal una vez practicadas todas las diligencias necesarias para averiguar el hecho punible y sus responsables.

Una vez efectuada esta declaración, y dentro de los diez días siguientes, podrá el fiscal solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo, formular acusación, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento.

Formulada la última de estas alternativas por parte del Ministerio Público, ello, trae consigo los efectos de dejar sin efecto la formalización, se revocan las medidas cautelares que se hubiesen decretado y continuará corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiese suspendido.

De aquí nacen las alternativas para la víctima y el querellante, dependiendo de las actitudes que adopten al momento de la comunicación que haga el Ministerio Público.

Como sabemos, la víctima tendrá el derecho a ser oída por el fiscal al momento de efectuar dicha comunicación.

Por su parte el querellante podrá mantenerse inactivo, es decir, no oponerse, con lo que valida la actitud asumida por el fiscal o, en caso contrario, discrepar de la solución arribada por el fiscal, por lo que podrá solicitarle al juez de garantía que remita los antecedentes al Fiscal Regional a fin de que pueda provocar el forzamiento de la acusación, o en su defecto, cuando el Fiscal Regional ratifique la decisión del fiscal a cargo de la investigación, le faculte para sostener la acusación por sí mismo.

Nos detuvimos durante el transcurso de nuestro trabajo en la primera alternativa que le asiste al querellante, cual es no provocar el forzamiento de la acusación o la autorización para sostenerlo por sí mismo, determinando el alcance que tiene la resolución del juez de garantía en este sentido, por ser un tema que aún no es pacífico en nuestra doctrina, y arribamos a la conclusión que sólo se producirán los efectos del inciso final del artículo 248 CPP, pudiendo formalizarse nuevamente una vez que se presenten nuevos antecedentes, sin que esta nueva formalización vaya más allá del plazo para la prescripción de la acción penal.

A su vez, la segunda alternativa a favor del querellante será, sin duda, discrepar de la opción elegida por el fiscal de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, por lo que podrá solicitarle al juez de garantía, dentro del plazo que le establece la ley, que se le faculte para sostener la acusación por sí mismo y en los mismos términos que el Ministerio Público.

De aquí, surgen las dos preguntas centrales que debemos contestar en nuestra investigación, antes de llegar de plano a analizar la constitucionalidad de las mencionadas normas. Primero, ¿Es posible ejercer la facultad de no perseverar sin que exista formalización de la investigación? En segundo lugar ¿Es posible que se autorice al querellante particular al forzamiento de la acusación sin que exista formalización previa?

Para responder a la primera de las interrogantes tuvimos presente que esto se suscitaría en aquellos casos en que, aún cuando la investigación no se encuentre formalizada, haya existido intervención por parte del juez de garantía, como por ejemplo, haber admitido a tramitación una querrela.

Sin querer ser reiterativos, diremos que cierta parte de la doctrina y variada jurisprudencia sostiene que sí sería necesaria la formalización de manera previa al ejercicio de la facultad de no perseverar por parte del Ministerio Público, ya que según la literalidad del artículo 248 inciso final CPP, uno de los efectos de dicha facultad sería

precisamente dejar sin efecto la formalización, por lo que sería requisito previo e indispensable que esta exista con anterioridad.

Sin embargo, nosotros nos adscribimos a la postura de que dejarse llevar por el estricto sentido literal de la norma nos llevaría a conclusiones erróneas y que, por tanto, debiéramos atender a una correcta y lógica interpretación de la misma para poder dar una correcta solución al caso concreto.

Es decir, en el caso que se encuentre judicializada esta investigación, pero en el caso que no exista formalización previa, dejaríamos de manos atadas al Ministerio Público cuando carece de antecedentes suficientes para formalizar a las personas imputadas, o considera que el hecho no es constitutivo de delito u otra causal que la lleven a la convicción de que no es preciso formalizar, además de tener en cuenta que ya no puede utilizar el archivo provisional y la facultad para no iniciar investigación, lo que lo obligaría en definitiva a formalizar con el único objeto de cerrar posteriormente la misma investigación.

Sumado a lo anterior, creemos que si se exigiera por ley formalizar la investigación previamente para poder ejercer la facultad de no perseverar, se estaría obligando al órgano persecutor a ejercer una acción que es eminentemente privativa de él.

Por ello es que concluimos perfectamente que sí podrá el fiscal a cargo de la investigación ejercer su facultad de no perseverar en el procedimiento sin que exista formalización previa.

Para la segunda de nuestras interrogantes -determinar si se requiere o no de formalización para que el querellante pueda sostener la acusación por sí mismo- fijamos en primer término los requisitos necesarios para que ella proceda, principalmente oponerse a la actitud del fiscal de ejercer su facultad de no perseverar y solicitar que se le autorice para sostener la acusación por sus propios medios. De esta manera, veremos que el procedimiento continúa adelante con el querellante como único acusador, dejando de ser interviniente en él el Ministerio Público.

Sin embargo, adentrándonos en el propio texto legal empiezan a surgir las dudas acerca de los requisitos y alcance de la norma. Decimos esto debido a que pareciera, a la luz del texto del artículo 258 CPP, que si el fiscal comunica la decisión de no perseverar y el querellante solicita al juez de garantía que lo faculte para ejercer la acusación en los mismos términos que el Ministerio Público, estos “mismos términos” serán precisamente establecer que la acusación debiera referirse a hechos y personas incluidas en la formalización.

Por tanto, nos encontramos con la problemática que, de no existir formalización previa a la facultad de no perseverar cuando el querellante se oponga a ella y solicite el forzamiento de la acusación, no podría encuadrar su acusación en cuanto a las personas, los hechos y el derecho.

Reiteramos además, tal como dijimos anteriormente, que se sostiene por algunos autores que no se puede forzar al fiscal a formalizar con el solo objeto que el querellante pueda sostener la acusación por sí, ya que es una actividad privativa del mismo y no puede ser impuesta de manera coercitiva por un órgano jurisdiccional sobre la base de que ningún órgano puede atribuirse funciones que no les han sido encargadas por el constituyente o el legislador de manera expresa.

Solución opuesta es la que se ha comentado, donde se concluye que sí podría el querellante forzar la formalización, entrando en consonancia el artículo 186 CPP y el 83 CPR, aunque en la práctica no se considere esta facultad del querellante de la misma manera por parte de los tribunales de justicia.

¿Qué sucede entonces, considerando que existen dos alternativas, vías o posturas que se pueden adoptar, con la congruencia que debe haber entre la formalización y la acusación, cuando no exista la primera? ¿Es un obstáculo para el querellante que no exista formalización? ¿Lo deja en menoscabo y le pone una traba para ejercer efectivamente sus derechos constitucionales de defensa y de acción?

Sabemos de antemano que la facultad de no perseverar en el procedimiento es utilizada de manera común por los fiscales cuando el caso lo amerite. No obstante, no contamos con una cifra exacta acerca de la cantidad de causas que han llegado a término a través de este mecanismo cuando se trate de investigaciones que están formalizadas y en cuales se ha aplicado la misma facultad en investigaciones no formalizadas.

Por ende, simplemente nos limitamos a establecer los criterios y argumentos que justifican, según la doctrina, que podría sostenerse particularmente la acusación por parte del querellante sin que exista formalización previa, y aquellos que rechazan tajantemente dicha posibilidad.

Como argumentos acordes a ejercer la facultad de forzar la acusación en el caso de que la comunicación de no perseverar se haya efectuado en una investigación desformalizada encontramos:

- a) El legislador no ha restringido esta posibilidad en ninguna norma legal, y ha sido precisamente ese el espíritu, el de darle al querellante la carga de la acusación.
- b) Aceptar que la formalización sea un requisito indispensable y previo al forzamiento de la acusación, nos lleva a entregarle al fiscal lo que denominamos el “principio de oportunidad encubierto”, ya que al ser la formalización una atribución propia y exclusiva del mismo, y no pudiendo forzarse la formalización-como repetidamente lo hemos dicho-, dejaría en la más completa indefensión al querellante, cerrándole las puertas para ejercer cualquier tipo de acción.
- c) El principio de congruencia sólo se ha referido, según algunos, a la relación que debe existir entre la acusación y la sentencia, por lo que no podría impugnarse a través del recurso de nulidad.
- d) Que el artículo 259 inciso final CPP, a pesar de sostener que la acusación debe referirse a los hechos y personas incluidas en la formalización, solamente se refiere a la situación cuando la acusación es sostenida por el Ministerio Público, ya que la letra f) y el inciso segundo de la norma en comento se refiere también en término explícitos al fiscal, por ser ella la situación de curso general en que

se desenvuelve el proceso, por lo que no debería aplicarse al querellante. Cabe hacer presente la salvedad que, en todo caso, sólo debe referirse dicha acusación al imputado por el delito.

- e) El inciso tercero de la norma antes mencionada establece expresamente que la acusación deberá sostenerse en los mismos términos que el Ministerio Público, pero continúa tal disposición expresando “en lo sucesivo”, es decir, una vez ya formulada esta.
- f) Si pensamos que la formalización es una garantía para el imputado, será el juez de garantía quien autorizará de manera excepcional al querellante a sostener la acusación por sí mismo, por lo que tendrá que velar con mayor rigidez en estos casos por las garantías de todos los intervinientes, debiendo a su vez resolver sobre algún conflicto que se produzca entre ellos, adoptando las medidas necesarias que conduzcan a la igualdad de armas entre querellante e imputado.

En la vereda contraria está aquella doctrina que entiende que existe imposibilidad para el querellante de forzar la acusación en una investigación que aún no está formalizada, por los siguientes aspectos:

- a) El principio de congruencia entre formalización, acusación y sentencia debe ser prioritario puesto que el legislador al tratar el cierre de la investigación, lo hace en el entendido que ya se formalizó la investigación, pues establece expresamente como plazo máximo para el cierre el de dos años contados precisamente desde la formalización, según se desprende del artículo 247 CPP.
- b) El artículo 248 CPP, donde se contempla la decisión del Ministerio Público de no perseverar, trata precisamente de investigaciones formalizadas, ya que los mecanismos que en la misma norma se le entregan para concluir la investigación presuponen una investigación de este tipo, por lo que debería existir formalización previa.
- c) Argumento reiterado es el que señala que precisamente uno de los efectos establecidos en el artículo 248 inciso final CPP es el de dejar sin efecto la formalización de la investigación, por lo que presupone necesariamente la misma.

- d) Por último, los otros efectos de la comunicación de no perseverar consisten en dejar sin efecto las medidas cautelares decretadas y que continúe corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiere interrumpido, efectos ambos que se producen a raíz de la formalización, por lo que no podemos sino determinar en este preciso punto que se requiere de formalización previa.

Una última alternativa que revisamos, menos gravosa que las anteriores ya que no arriba a resultados tan extremos o forzados, es aquella que permite el forzamiento de la formalización, ya analizada reiteradamente, y que dice relación con la posibilidad de que el querellante, en su rol de afectado por una investigación no formalizada, solicite al juez de garantía que le fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación.

Debimos también indagar acerca de la jurisprudencia nacional, tanto de nuestro Tribunal Constitucional como de los Tribunales Ordinarios al respecto, para saber qué tipo de tratamiento le dan los órganos jurisdiccionales a esta materia y cuál es su propia conclusión.

El Tribunal Constitucional, revisando tres requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que versaban sobre lo que hemos denominado “forzamiento de la formalización”, facultad contenida en el artículo 186 CPP, se pronunció rechazando los requerimientos, entendiendo que la víctima y el querellante se encontraban contenidos por la norma en aquellas personas que el legislador contempla como “afectados” por la investigación, con el objeto de que solicitaran al juez de garantía que se les informara sobre la misma, o que le fijara un plazo al fiscal para que formalizara la investigación.

No obstante lo anterior, lo más llamativo de estos fallos viene de los votos disidentes, especialmente el voto disidente de la sentencia Rol N° 1484-09-INA, donde expresamente manifiesta su opción por acoger el requerimiento, básicamente, por compartir los fundamentos sobre quien debería ser considerado como el “afectado” por la investigación, pero estableciendo que en la práctica tal criterio no ha sido recogido por los propios jueces de garantía, llamados a aplicar la misma, demostrándolo así la experiencia del caso *sub lite*, y en general, la del propio Tribunal Constitucional, por lo

que su aplicación práctica excluye al ofendido y al querellante en la solicitud del artículo 186 CPP, y en consecuencia, se conculca el derecho de ejercicio que tienen sobre la acción penal, resultando finalmente que a través de la comunicación de no perseverar en la investigación por parte del fiscal –facultad otorgada según el propio 248 letra c) CPP-, el forzamiento de la acusación contenido en el artículo 258 del mismo cuerpo legal no produciría efecto útil alguno, vulnerando con ello flagrantemente el ejercicio de los derechos amparados por nuestra Constitución.

Por su parte, en la única sentencia que comenta el tema en estudio²⁴⁶, sostuvo que los derechos de la víctima y del querellante están en un mismo nivel con respecto a aquéllos del ente persecutor, quien tiene a su cargo exclusiva y discrecionalmente –distinto de arbitrariamente- la investigación, por lo que en la facultad de formalizar la misma, la víctima-querellante no tendrá injerencia alguna. Prosigue en la misma línea sosteniendo que los fallos anteriores se referían –como hemos dicho- a la facultad y oportunidad de formalizar, pero que ello también se puede trasladar a otra facultad discrecional del Ministerio Público como es la comunicación de no perseverar. Se ha planteado además que, incluso en los casos de sobreseimiento y comunicar la decisión de no perseverar se protege a la víctima a través de otros medios, como la reapertura de la investigación y, en este punto nos queremos detener porque es un gran indicador, se protege a la víctima o querellante con el forzamiento de la acusación pero –hace hincapié el fallo- existiendo formalización.

No obstante lo anterior, el fallo cuenta con un voto disidente que nos pareció aceptable revisar, que sostiene en lo sustancial que el texto legal pide, para el forzamiento de la acusación, una consonancia entre la acusación y la formalización, y si el fiscal decide no perseverar, decisión que no está sujeta a la aprobación del juez de garantía por ser discrecional del fiscal, imposibilita al querellante para que haga uso efectivo de la acción penal y lo entorpece en la tutela judicial efectiva de sus derechos, pues aunque el juez lo autorice a llevarla a cabo, no podrá cumplir con los requisitos del artículo 259 CPP.

²⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia citada 1341-09-INA.

En síntesis, la jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional nos da cuenta de que no puede llevarse a efecto el forzamiento de la acusación por parte del querellante sin que exista formalización, y en el caso de ser esto posible por autorización judicial, su acusación no cumplirá con los requisitos para ello.

Sin embargo, siempre en un momento anterior a ello, le queda a salvo su posibilidad de solicitar el forzamiento de la formalización, como ya hemos visto.

Por su parte la revisión de jurisprudencia de tribunales ordinarios no nos entregó una sustancial diferencia en cuanto al volumen de fallos que discuten el presente tópico, pero rescatamos de todas maneras aquellos que son más representativos y han servido para desentrañar la alternativa adoptada por los mismos.

Con respecto a la opinión de la Corte Suprema, ésta ha optado –en el fallo estudiado– por considerar que, no existiendo formalización en contra de la imputada, no puede el querellante aplicar la facultad que le confiere el artículo 258 CPP, esto es, solicitar autorización al juez de garantía para sostener por sí mismo la acusación, por entenderla como un requisito básico y previo para tal efecto.

Así mismo señalamos que el Ministerio Público sostiene la misma apreciación sobre la base de dos fallos de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Antofagasta y Temuco, que disponen en lo neurálgico de nuestro estudio, que una vez efectuada la comunicación por parte del fiscal de no perseverar en la investigación, sólo procede continuar adelante a través de la facultad del querellante de forzar la acusación, contenida en el artículo 258 inciso cuarto CPP, siempre que previamente se hubiese formalizado la investigación. Todo esto fundamentado en virtud del principio de congruencia que debe existir entre la formalización y la acusación, y en el entendido que es la primera –formalización– una garantía fundamental básica del imputado para conocer acerca de qué hechos y en qué calidad está siendo investigado, por lo que se privilegia la circunstancia que debe existir formalización.

Por ende, según lo que hemos venido revisando, no cabe sino concluir que toda nuestra magistratura sostiene una opinión unánime, en cuanto a que es un requisito esencial y previo al querellante, para que pueda sostener la acusación por sí mismo en virtud de la facultad que le otorga el artículo 258 inciso cuarto CPP, que exista formalización de la investigación por parte del fiscal a cargo del caso, institución que resulta absolutamente privativa de aquél.

No obstante ser privativa del fiscal la formalización, se podría llegar a obtener la misma –puesto que no se le permite al querellante formalizar al imputado- a través de lo que hemos denominado “forzamiento de la formalización” por parte del afectado, ya que la investigación, si bien es cierto está a cargo del Ministerio Público, ella siempre estará bajo el control del juez de garantía en los casos que ella lo requiera, como es el asunto que estamos ventilando

2.8 Conclusión

Teniendo ya desarrolladas *in extenso* ambas posturas en su aspecto normativo, doctrinal y jurisprudencial, creemos, a la luz de lo investigado en el presente capítulo, que no podemos catalogar a la norma contenida en el artículo 248 letra c) e inciso final CPP, específicamente, como una de carácter inconstitucional.

Si bien es cierto que la letra c) y el inciso final del artículo 248 CPP están reñidos, en ciertas situaciones particulares que hemos estudiado, con la legislación positiva vigente, ello no implica -tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su análisis abstracto de constitucionalidad- que la misma norma sea inconstitucional *per se*, por lo que no correspondería tacharla como tal, ya que en la generalidad de las situaciones no representa absolutamente ningún problema respecto a su contradicción con la norma suprema.

Así lo ha afirmado el mismo tribunal al señalar en diversos fallos que “(...) la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 546/2006). De este modo, la declaración de inaplicabilidad no significa que siempre la norma impugnada sea per se inconstitucional, sino que únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el respectivo requerimiento”.²⁴⁷ Abunda en el mismo diciendo que “(...) el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración.”²⁴⁸

En definitiva, creemos que habrá conflicto con la norma constitucional, específicamente con respecto a los artículos 19 N° 3 inciso 1° y 2°, y artículo 83 inciso 2°, referentes al derecho a la acción y tutela judicial efectiva, sólo en el caso en que exista una investigación que no esté formalizada pero sí judicializada, cuando el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en la investigación y el querellante quiera ejercer su facultad de forzar la acusación, ya que como ampliamente hemos revisado, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia están contestes en el hecho de que no puede existir forzamiento de la acusación sin haberse previamente formalizado la investigación, facultad ésta última única y exclusiva del Ministerio Público, la cual si no se puede forzar, dejaría a dicho querellante absolutamente de manos atadas para poder sostener por sí mismo la acusación, vulnerándolo expresamente en sus derechos constitucionales consagrados ya dichos.

En consecuencia, le quedará a salvo al querellante la vía de que, una vez cerrada una investigación no formalizada, se ejerza el mecanismo de forzar la formalización.

²⁴⁷TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Requerimiento de inaplicabilidad del Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt respecto del artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal. Rol 1065-2008. Considerando Vigésimo. [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1070>> [consulta: 15 de julio de 2011]

²⁴⁸Ibíd. Considerando Vigésimo primero.

Es por todo lo anterior que proponemos como alternativa de solución para la práctica legal, en el entendido que se trata de una norma que no es inconstitucional *per se* y que por el volumen de causas que terminan por esta facultad en estas condiciones –que si bien no contamos con una cifra exacta, es inferior al 2,7% del total de causas a nivel nacional- que todos aquellos casos en que se produzca esta situación anómala, se adopte el siguiente camino:

- a) Que el querellante en la audiencia en la cual se comunique la decisión de no perseverar en virtud del artículo 248 letra c) CPP, cuando la investigación no esté formalizada, pueda solicitar al juez de garantía la aplicación del artículo 186 del mismo código, fijándole al Ministerio Público un plazo donde realice la formalización, sólo para efecto de poder sostener la acusación por sí mismo;
- b) Si se deniega por parte del juez de garantía la alternativa anterior, ésta sea revisada a través del canal legal vigente para ello, cual es interponer un recurso de apelación, conforme al artículo 370 letra a) CPP, por tratarse de aquéllas resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su prosecución, con el objeto de que el tribunal superior enmiende, conforme a derecho, la negativa del juez de garantía de obligar al fiscal a cargo a formalizar la investigación, sólo para el efecto de que el querellante pueda sostener la acusación por sí mismo sobre el particular; y
- c) Como última medida, en caso de que el superior jerárquico del tribunal de garantía no dé lugar a forzar la formalización para que el querellante pueda deducir particularmente su acusación, y así ejercer legítimamente, conforme lo dispone la propia Constitución, su derecho a la acción penal, debe impetrarse requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para el caso concreto, fundado precisamente en la situación de desamparo en que queda el querellante cuando no puede sostener por sí mismo la acusación, según hemos revisado, por no permitírsele la justicia ordinaria.

A pesar del razonamiento expuesto a modo de conclusión –que si fuera respetado a cabalidad por parte del Ministerio Público sería absolutamente operativo y funcional-, la solución cuenta sin embargo con un talón de Aquiles, cual es que no existe sanción legal alguna para el fiscal que se niegue a

formalizar la investigación una vez que se le fuerce a ello, dentro del plazo estipulado por el Juez de Garantía o la Corte de Apelaciones respectiva, según sea el caso. Al no existir dicha sanción, estamos en la convicción que en virtud de la certeza jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, resulta conveniente que sea el legislador quien determine, establezca y regule los efectos que produciría esta eventual negativa, para no dejar al querellante en la situación de indefensión que hemos venido tratando.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI; WOISCHNIK, JAN; y MAIER, JULIO (coord.). “Las reformas Procesales Penales en América Latina”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- BARATTA, ALESSANDRO. “Criminología crítica y crítica al derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México. 1986.
- BORDALÍ, ANDRÉS (coord.). “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2006.
- CHAHUÁN SARRÁS, SABAS. “Manual del Nuevo Procedimiento Penal”. Editorial LexisNexis. 2ª edición. Santiago, 2002.
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>>.
- DUCE, MAURICIO. “Políticas públicas, libertad provisional y seguridad ciudadana en Chile”. En “Nueva doctrina penal”. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000.
- DUCE, MAURICIO. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal. <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf>> [s.a.]
- FALCONE, ROBERTO. “La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la ley procesal penal”. En: Doctrina Revista Procesal Penal. N° 27. [s.a.]
- FALCONE, Roberto. Derecho Procesal Penal. <<http://es.scribd.com/doc/29372640/Derecho-Procesal-Penal-Falcone>> [s.a.]
- FERRADA, CULACIATI, FRANCISCO. “La Constitucionalidad del artículo 149 inciso 2° del Código Procesal Penal”. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Estudios de la Justicia. N° 11. 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros). “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. Valladolid. 2000.
- FONTECILLA, RAFAEL. “Interpretación judicial de las leyes de procedimiento penal y especialmente en torno de los vocablos “inculpado”, “reo” y “procesado”. Ediar Editores. Buenos Aires. [s.a.]

- GALLARDO, EDUARDO. “Los Jueces de Garantía y la Seguridad Ciudadana en el contexto de la independencia judicial concebida como sujeción a la ley”. En: Doctrina Revista Procesal Penal. N° 45. [s.a.]
- HASSEMER, WINFRIED (trad. de Patricia S. Ziffer). “Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento; límites a la prisión preventiva”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998.
- HERRERA SEGUEL, MARTA. “Conclusión de la etapa de investigación. Diplomado Reforma Procesal Penal”. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Septiembre de 2004.
- Historia de la Ley N° 19.969 <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>>
- Historia de la Ley N° 20.253 <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf>>
- HORVITZ L., MARÍA INÉS y LÓPEZ M., JULIÁN “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I y II. Editorial Jurídica de Chile. [s.a.]
- LÓPEZ M., JULIÁN. “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”. En: “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. BORDALÍ, ANDRÉS (coord.). Editorial Lexis Nexos. Santiago. 2006.
- MATURANA, CRISTIÁN (coord.). FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. “Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias”. 2003
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. “Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal”. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2004.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. “El sobreseimiento”. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Derecho Procesal N° 20. 2005.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Legal Publishing. Santiago. 2010.
- Mensaje del Código de Procedimiento Penal Chileno de 1.906.
- Mensaje del Código Procesal Penal Chileno de 2.000.

- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico. <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>>. 2011.
- ORELLANA SOLARI, NICOLÁS. “Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno”. <<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/3-Orellana.pdf>> [s.a.]
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder”. <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>> [s.a.]
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.
- PFEFFER, EMILIO. “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”. Revista Ius et Praxis. Año 9. N° 1. [s.a.]
- PIEDRABUENA, GUILLERMO. “Ley 20.253. Agenda Corta Antidelincuencia”. Editorial Legis. Santiago. 2008.
- SALINAS, HERNÁN. “Los tratados internacionales ante reforma constitucional. Jornadas Chilenas de Derecho Público”. En: Revista de Derecho Público. N° 36. Santiago. 2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_avanzado>
- VALDÉS ALDUNATE, PATRICIO. “Nociones básicas sobre la etapa de investigación y la formalización en el nuevo Sistema Procesal Penal”. En: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE. Revista de Derecho Procesal N° 20. 2005.
- VARGAS, IRIS. “El Inculpado en el Proceso Penal”. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Valparaíso. 1994.
- VERDUGO, MARIO., PFEFFER, EMILIO., NOGUEIRA, HUMBERTO. “Derecho Constitucional”. 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002.

ANEXO

Términos Aplicados por Año.

Período: 16 diciembre 2000 - 31 diciembre 2011

TIPO DE TÉRMINOS ⁽¹⁾	2000 -2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	TOTAL
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	150.977	120.681	159.802	215.155	248.790	248.505	241.332	1.385.242
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	3.174	2.277	3.400	4.495	5.434	7.471	7.801	34.052
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	39.035	34.918	36.221	34.692	44.158	40.498	27.406	256.928
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	1.822	2.089	3.405	5.121	5.630	8.683	13.800	40.550
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	19.662	25.393	50.225	71.302	97.168	140.638	299.341	703.729
ACUERDO REPARATORIO	25.944	12.482	14.144	17.851	19.670	21.584	28.484	140.159
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	154.035	109.302	100.939	130.935	136.002	120.215	119.087	870.515
SUBTOTAL SALIDA JUDICIAL	394.649	307.142	368.136	479.551	556.852	587.594	737.251	3.431.175
ARCHIVO PROVISIONAL	836.113	510.110	565.379	687.662	727.579	703.065	810.611	4.840.519
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	35.304	20.613	32.675	42.028	47.475	46.027	53.454	277.576
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	218.489	114.274	139.042	169.165	137.400	118.997	142.845	1.040.212
INCOMPETENCIA	57.494	21.219	18.327	17.086	16.473	15.827	16.481	162.907
SUBTOTAL SALIDA NO JUDICIAL	1.147.400	666.216	755.423	915.941	928.927	883.916	1.023.391	6.321.214
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	7.097	3.324	3.109	3.370	3.494	3.650	5.928	29.972
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	77.044	64.693	69.411	73.851	68.028	61.566	65.678	480.271
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	10.881	3.004	3.063	3.108	2.810	2.921	4.426	30.213
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	96	135	209	359	485	689	1.353	3.326
SUBTOTAL OTROS TÉRMINOS	95.118	71.156	75.792	80.688	74.817	68.826	77.385	543.782
TOTAL	1.637.167	1.044.514	1.199.351	1.476.180	1.560.596	1.540.336	1.838.027	10.296.171

