



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Post Grado
Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal

ACERCA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

DANIEL MARTORELL FELIS
15.638.243-4
PROFESOR GUÍA SR. GERMÁN OVALLE MADRID
SANTIAGO
2014

Resumen

Ante la ausencia de un texto legal expreso que se pronuncie al respecto, la doctrina y la jurisprudencia, bajo el imperio del Código de Procedimiento Penal y aplicando una lógica inquisidora, intentaban determinar qué actuaciones procesales tenían la aptitud para suspender el curso de la prescripción de la acción penal. Las dudas existentes al respecto parecían disiparse con la regulación efectuada por el Código Procesal Penal. Este cuerpo normativo, de manera expresa, asigna a un determinado hito procesal el efecto suspensivo de la prescripción. A partir de la formalización de la investigación, la prescripción de la acción penal se encuentra suspendida. Sin perjuicio del claro tenor literal de la norma, la práctica judicial sigue siendo vacilante, concediendo a actuaciones distintas, los efectos que el legislador ha reservado a la comunicación de cargos que realiza el ente persecutor ante el correspondiente órgano jurisdiccional. Nuestro objetivo es contribuir a la discusión no tan sólo a partir del explícito texto legal, sino que extrayendo consecuencias de los principios orientadores del nuevo proceso penal, los que deben tener un pleno reconocimiento en el actuar de las agencias encargadas de la represión de los delitos.

Palabras clave

Prescripción, formalización, acusatorio, imputado, plazo razonable.

INDICE

Aspectos preliminares	4
1. Suspensión de la prescripción de la acción penal y formalización	10
1.1. Planteamiento del problema.....	10
1.2. Consideraciones para la solución del conflicto	12
1.2.1. Principio de juridicidad en los órganos del Estado.....	12
1.2.1.1. Previa investidura regular de los órganos	15
1.2.1.2. Actuación dentro de su competencia.....	15
1.2.1.3. Formalidades que prescribe la ley.....	16
1.2.1.4. El proceso penal y el principio de juridicidad	18
2. Principios que orientan al proceso penal.....	21
2.1. El principio acusatorio	21
2.2. Principio de la titularidad fiscal en la promoción de la persecución penal.....	26
2.3. Principio de legalidad	29
2.4. El principio de inocencia	32
2.4.1. In dubio pro reo.....	34
2.4.2. La carga de la prueba	35
2.4.3. El trato de inocente	36
2.5. Principio de la precisión de la imputación.....	37
2.6. Principio de un proceso penal sin dilaciones indebidas.....	41
3. Consideraciones normativas.....	47
3.1. Los efectos de la formalización de la investigación	47
3.1.2. Exigencias de la formalización.....	47
3.2. Uniformidad sistemática-normativa	51
3.2.1. Formas de inicio del procedimiento.....	56
3.2.2. Plazo de duración de la instrucción.....	56
3.2.3. Control judicial previo a la formalización	57
3.2.4. Comunicación de no perseverar.....	58
3.2.5. Adecuada relación entre el Código Penal y el Código Procesal Penal	59
4. Interpretación de la ley.....	61
5. Eficiencia en la persecución de los delitos	67
Conclusiones	73
Bibliografía.....	77

Acerca de la suspensión de la prescripción de la acción penal

Aspectos preliminares

La responsabilidad penal proveniente de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, puede extinguirse por el transcurso del tiempo. La obligación de responder que pesa sobre quien ha intervenido, de una manera penalmente relevante, en un injusto culpable, a partir de los números 6 y 7 del artículo 93 del Código Penal, cesa por la prescripción de la acción penal y de la pena, respectivamente.

El plazo de prescripción de la acción penal, en la que centraremos nuestra atención, en desmedro de aquella que se refiere a la pena¹, comienza a correr desde el día en que el delito se hubiere cometido². El cómputo de este plazo, puede verse afectado por dos circunstancias. La primera de ellas, se refiere a la comisión de un

¹ Tampoco haremos referencia a aquella prescripción que se refiere a las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de reincidencia propia (sea esta genérica o específica) contemplada en el artículo 104 del Código Penal. Respecto de ella, se ha extendido jurisprudencialmente la aplicación de los conceptos de suspensión e interrupción. Recordemos que, al respecto, no existe norma expresa que resuelva estos asuntos tratándose de la referida circunstancia de responsabilidad criminal. Para más detalles, Cfr. Jaime Couso Salas *et al.* *Código Penal Comentado. Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. 2011. Pp. 308 y ss y; *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Luis Ortiz Quiroga *et al.* Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Tomo I. pp.378 y ss. De igual manera, es posible consultar lo resuelto por la Ilustre Corte de Apelaciones de Valdivia en autos número de ingreso 197-2008 en sentencia de 26 de junio del 2008. Revisada en www.pjud.cl el día 14 de agosto de 2014.

² Para fijar el momento en que esto ocurre, la doctrina ha distinguido según las características de que es portadora la propia infracción penal. Cfr. a este respecto, Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*. Séptima edición ampliada. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. p. 235, quien determina el tiempo de ejecución de delito a partir de si estamos en presencia de un delito instantáneo, continuado, permanente, habitual o de omisión; Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Tercera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009. Tomo I. p. 227 y; Luis Ortiz Quiroga *et al*, *Ibid.* p. 23

nuevo delito por parte del sujeto³. La segunda, en cambio, se asocia al comportamiento que puede ser desplegado por parte de los organismos encargados de perseguir y de hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes han intervenido culpablemente en hechos constitutivos de delito.

Los anteriores sucesos, a los que se asigna la interrupción y la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal respectivamente, se distinguen entre sí, además de sus presupuestos constitutivos, en lo relativo a la intensidad de sus efectos. Si bien es cierto, ambas impiden que el reo siga acumulando días en su favor, erigiéndose de esta manera como un obstáculo a que el sujeto vea extinguida su responsabilidad penal por el mero devenir del tiempo⁴, la interrupción de la prescripción lo priva del período de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la verificación de su hecho fundante. La suspensión, en cambio, proyecta sus efectos sólo hacia el futuro. El culpable no es despojado del tiempo ya verificado, pudiendo beneficiarse de éste en caso que el hecho constitutivo de la suspensión sea removido y se reanude el cómputo del plazo.

³ La doctrina, a propósito de la interrupción de la prescripción, sólo se ha limitado a señalar que la comisión de una falta por parte del sujeto activo no tiene efecto alguno en esta materia. No se ha preocupado acerca de desentrañar el sentido de la expresión empleada por el legislador. A nuestro juicio, sólo comete el delito quien interviene como autor. Otras forma de intervención en un hecho ilícito, no tendrían la suficiente capacidad para interrumpir un plazo de prescripción en marcha. Lo anterior teniendo en consideración que quienes participan en el delito de otro tienen una intervención accesoria a su respecto. Debemos tener en consideración que, como indica Díaz y García Conlledo. Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*. (Número 10): 288. 2008, "Partícipes son los sujetos que intervienen en un delito, sin ser autores del mismo (es decir, desde la caracterización de la autoría que aquí se sostiene, sin realizar la acción típica nuclear, sin determinar objetiva y positivamente el hecho), siempre y cuando sus conductas estén recogidas en alguno de los preceptos del CP que describen formas de participación. Esa intervención en el delito puede revestir diversas modalidades, como se ve al analizar las formas de participación, pero todas tienen en común el fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho típico del autor". Atendida la equiparación que realiza el artículo 15 del Código Penal entre la autoría y otras formas de participación, los efectos de lo acá planteado resultan limitados a las hipótesis de complicidad y encubrimiento, a menos, claro está, de estar en presencia de hipótesis delictuales autónomas y no subordinadas.

⁴ Tal como se analizará en detalle más adelante, ver supra 1.2, la prescripción reconoce como elementos fundantes el período de tiempo y la inactividad de las autoridades encargadas de la persecución penal.

No resulta difícil comprender las consecuencias y diferencias entre ambas instituciones. Especialmente, respecto de aquellos casos en que se reanuda el cómputo del plazo de prescripción. En la suspensión, el nuevo período se adicionará al ya existente antes de haberse verificado el hecho que tuvo la idoneidad para suspender la prescripción. Situación que no ocurre en la interrupción⁵.

El Código Procesal Penal, y a diferencia de lo que hacía su predecesor⁶, contempla una norma expresa en la que se señala qué actuación procesal tiene la capacidad de suspender el plazo de prescripción de la acción penal. En efecto, la letra a) del artículo 233 del referido cuerpo legal, atribuye a la formalización de la investigación⁷ la aptitud de suspender el curso de la prescripción de la acción penal. De esta manera, la nueva disposición adjetiva, clausura la amplitud normativa del artículo 96 del Código Penal, que indicaba satisfacerse, y así desencadenar la suspensión de la prescripción de la acción penal, a través de la dirección del procedimiento en contra del responsable, sin indicar desde cuándo aquello tenía lugar.

Aunando imaginariamente las normas sustantivas y adjetivas referidas, podemos señalar que desde la formalización de la investigación, el procedimiento penal se dirige en contra de un responsable, y desde esta oportunidad y para todos los

⁵ Estas proyecciones cobran aun más relevancia al enfrentar, como veremos más adelante, aquellas situaciones en las que el propio legislador estima, que la prescripción nunca fue suspendida. En este evento, y sin solución de continuidad desde la comisión del delito, el plazo es reconocido para los efectos de determinar la extinción de la responsabilidad criminal por parte de su autor.

⁶ Bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, fue labor de la doctrina y la jurisprudencia señalar qué actuaciones ocurridas dentro del proceso tenían la aptitud de suspender el plazo de prescripción de la acción penal. Lo anterior debido a que en las disposiciones del referido cuerpo legal, no existía norma alguna que asociara tal efecto a un hecho concreto. La posición mayoritaria se inclinaba por estimar que cualquiera de las formas de inicio del procedimiento, las que se encontraban en el artículo 81 del referido cuerpo legal, eran suficientes para entender que el procedimiento se dirigía contra el responsable y de esta manera impedir la configuración de la causal de extinción de la responsabilidad criminal. Al respecto, ver Yuseff Sotomayor, Gonzalo. *La Prescripción Penal*. Tercera edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009. p. 84 Atendida la identidad de nuestro texto legal con el existente en el Código Penal español, también resulta útil consultar, Ragués i Vallès, Ramón. *La Prescripción Penal*. Barcelona, España. Atelier Libros Jurídicos. 2004. pp. 34 y ss.

⁷ Según el artículo 229 del Código Procesal Penal, la formalización de la investigación es “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

efectos legales, el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se encuentra suspendido. Atendidas las ganancias sistemáticas que se obtienen, y que redundan en una mayor certeza jurídica y desde ahí, un estado de Derecho más robusto, la opción legislativa adoptada resulta fácilmente justificable.

Sin perjuicio del claro tenor literal de la norma adjetiva referida, una constante jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, secundados por la práctica habitual del Ministerio Público⁸ al momento de dirigir las instrucciones criminales, ha resuelto que el efecto atribuido por la ley a la formalización de la investigación no impide que otras actuaciones procesales permitan dirigir el procedimiento contra una persona. Se niega a la formalización de la investigación la exclusividad para suspender el plazo de prescripción de la acción penal, concediendo, de esta manera, una preponderancia a la norma contenida en el Código Penal en desmedro de aquella establecida en el Código Procesal Penal. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado de manera expresa⁹ que la interposición de una querrela satisface las

⁸ Llamativa resulta la opción que ha adoptado el ente persecutor. Sobre todo si tenemos en consideración que el único instructivo existente sobre esta materia, el número 456, de 19 de octubre del año 2001, señala de manera expresa que “la opinión de esta Fiscalía Nacional se inclina por considerar que la actuación propia del fiscal, esto es, la solicitud de la audiencia de formalización representa la actuación que tiene la virtud de producir la suspensión de la prescripción”. Precizando lo anterior, agrega “la sola presentación de la querrela no constituye una forma de actuación directa, imputable a los órganos del Estado, que produzca el desequilibrio necesario entre persecución y olvido a favor de la primera”. El anterior criterio ha sido confirmado por sucesivos instructivos impartidos por la Fiscalía Nacional. A este respecto podemos mencionar el número 60/2009 de fecha 30 de enero del año 2009 en que se imparte criterios de actuación en materia de delitos económicos. Destaca, por su relevancia para el objeto del presente trabajo, lo señalado a propósito del giro doloso de cheques. A su respecto señala que la suspensión de la prescripción “sin duda se produce con la formalización de la investigación”, sin embargo, reconoce la existencia de cierta jurisprudencia que concede el mismo efecto a la interposición de una querrela o a la mera solicitud de audiencia de formalización. Nos manifestaremos al respecto con posterioridad, sin embargo podemos adelantar que resulta justificada la actitud de los Tribunales a este respecto. Lo anterior por la especialidad del delito de giro doloso de cheques. Éste, tiene un plazo de prescripción distinto a aquel que le hubiese correspondido en caso de someterse a la regla general vinculada con la penalidad de cada una de las infracciones.

⁹ Ver resoluciones dictadas por la Excelentísima Corte Suprema en autos ingreso números 5362-2003 de 19 de febrero del 2004; 2693-2006 de 13 de junio de 2006 y; 6268-2008 de 16 de diciembre de 2008, consultados en www.legalpublishing.com el 17/4/2014. En todos ellos, la Corte Suprema reconoció una aptitud suspensiva a la mera presentación de la querrela dirigida en contra de una persona determinada. Dentro de la jurisprudencia del Máximo Tribunal, debemos hacer especial mención a la resolución dictada en autos ROL 4068-2009 de fecha 21

exigencias del artículo 96 del Código Penal y permite desencadenar las consecuencias, adversas al reo, que en esa disposición se contemplan. El proceder judicial es reforzado por una práctica reiterada del ente persecutor de dirigir investigaciones desformalizadas¹⁰. El comportamiento desplegado por el Ministerio Público, le permite desentenderse del plazo máximo, sea éste legal o judicial, de duración de la investigación, y así no encontrarse constreñido por consideración alguna al plazo de prescripción de la acción penal¹¹.

de marzo de 2011 consultada en www.pjud.cl el día 18/05/2014, en que conociendo de un recurso de nulidad a partir de lo prescrito en el artículo 373 letra b) en relación al artículo 376 ambos del Código Procesal Penal, reiteró la anterior postura y señaló, en su considerando décimo sexto, que una postura diferente “no está de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte Suprema”. La trascendencia de este último fallo estriba en que la competencia de la Corte Suprema, para resolver ese recurso, radica en la existencia de fallos contradictorios en los Tribunales superiores de justicia. Atribución que le fue conferida al máximo Tribunal en desmedro de las Cortes de Apelaciones con el objeto de uniformar la jurisprudencia.

¹⁰ Debemos hacer presente que de acuerdo a nuestro sistema procesal penal, la formalización de la investigación corresponde a una actuación discrecional del Ministerio Público. Es claro, en este sentido, el tenor de lo dispuesto en el artículo 230 del Código Procesal Penal en orden a establecer que la oportunidad para formalizar la investigación corresponde a una decisión del fiscal. Las únicas restricciones impuestas por la legislación adjetiva se refieren a: i.- la situación de los imputados detenidos en situación de flagrancia y que el fiscal decide someterlos a control de detención, en cuyo caso éste, o su asistente, están obligados, de acuerdo al artículo 132 del referido cuerpo legal, a proceder a la formalización de la investigación. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 393 bis del Código Procesal Penal, que permite que respecto de los sujetos detenidos en una situación de flagrancia y respecto de delitos que así lo permitan, el fiscal pueda decidir someterlos a control de detención pero para los efectos de proceder a deducir, verbalmente, un requerimiento en su contra de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado; ii.- aquellos casos en que el ente persecutor requiera la práctica de diligencias de investigación cuya autorización, por privar, restringir o perturbar derechos garantidos por la Constitución u otros cuerpos normativos, requiere de autorización judicial y; iii.- para anticipar la recepción de prueba o para discutir la imposición de medidas cautelares. Sin embargo debemos hacer presente lo previsto en el artículo 186 del Código Procesal Penal y la forma en que ha sido interpretado, tanto por los Juzgados de Garantía como por el Tribunal Constitucional. Ambas cuestiones, que permiten que el Juez de Garantía se inmiscuya en la oportunidad de la formalización, alterando el carácter absoluto de lo acá afirmado, exceden los fines del presente trabajo. Al respecto véase Herrera Seguel, Marta. “Control Judicial Previo a la Formalización de la Investigación”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XXVI). I Semestre. 2005.

¹¹ Sin perjuicio de la existencia de reglas especiales (como la que se contiene en el artículo 34 del Decreto con Fuerza de Ley número 707 de 21 de julio de 1982, Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques) las reglas comunes a la prescripción de la acción penal y de la pena se encuentran en los artículos 94 y 97 ambos del Código Penal. Estas disposiciones fijan los plazos a partir de la duración de la pena asignada por el legislador o el juez en el caso concreto.

Con la presente investigación, nos hemos propuesto interpretar a las disposiciones legales comprometidas en la controversia de manera estricta. Llevar adelante una exégesis que no tan sólo tome en cuenta el tenor literal de las mismas sino que sea influenciada por el cambio de paradigma, que en lo que a la administración de Justicia en lo criminal, ha vivido nuestro ordenamiento jurídico.

Pretendemos averiguar si resulta respetuoso con la estructura del sistema procesal penal y las finalidades que se propuso el legislador con la reforma¹², la doctrina arraigada en nuestro máximo Tribunal y en el comportamiento procesal del ente persecutor.

¹² Estas exceden con creces el mero cambio en la sustanciación de los actos que conforman el proceso penal. Se buscó, un cambio de cultura en los operadores del sistema y así instaurar una administración de justicia penal de corte acusatorio. Reformando, de manera urgente, la ley procesal penal, pero aspirando a afectar el comportamiento de los operadores del sistema. En el mensaje del Código Procesal Penal se establecía que “La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y última ratio; supone, además, supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el Estado y la policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza y; supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpaado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediatez”. Se pretende un cambio del sistema penal a través de la reforma al proceso penal.

1. Suspensión de la prescripción de la acción penal y formalización

1.1. Planteamiento del problema

La responsabilidad penal se extingue por la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 93 del Código Penal¹³. En su numeral sexto, establece que la prescripción de la acción penal es uno de los motivos por los cuales esto puede ocurrir. La regulación legal existente a propósito de la prescripción, continúa en el artículo 96 del referido cuerpo legal. Esta disposición señala que:

Art. 96. “Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido”.

¹³ Sin perjuicio de la referencia legal efectuada, debemos señalar que es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico otras circunstancias que ponen fin a la responsabilidad penal. El cumplimiento de un acuerdo reparatorio o la verificación del plazo de vigencia de la suspensión condicional del procedimiento sin que ésta hubiese sido revocada, según lo establecen los artículos 240 y 242 ambos del Código Procesal Penal, tienen la aptitud de poner término a la responsabilidad penal de quienes se vieron beneficiados con alguna de las salidas alternativas al juicio oral referidas. La importancia del artículo 93 del Código Penal es que es el único lugar donde de manera sistemática se regula la extinción de la responsabilidad penal.

La norma transcrita es clara en orden a establecer un presupuesto fáctico y una consecuencia jurídica proveniente de su acaecimiento. Cada vez que el procedimiento penal se dirige en contra de una persona, el cómputo del plazo de prescripción iniciado con la comisión del delito, se suspende. La norma instituye, por su parte, dos eventos idóneos para reiniciar el cómputo suspendido. La paralización de la persecución por un período de tres años o; el término del proceso sin condena. En el evento que concurra cualquiera de estas dos situaciones, el imputado nunca vio afectado el cómputo de la prescripción de la acción penal, la que, para todos los efectos legales, se entiende nunca haber sufrido paralización alguna.

Para tener claridad acerca de qué es lo que provoca la consecuencia adversa para el reo contenida en la disposición recién referida, resulta necesario determinar qué se debe entender por “*desde que el procedimiento se dirige en su contra*”. Por otra parte, interesado estará el imputado en comprender cuándo el procedimiento se paraliza por tres años y qué se debe entender por terminado sin condena en su contra.

El Código Procesal Penal pretende dilucidar la primera de estas dudas. A través de la letra a) de su artículo 233, establece que la formalización de la investigación: “Suspende el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”.

El problema existente al combinar las normas antes aludidas, que pretendemos sea resuelto en la presente investigación, consiste en saber si la referencias y remisión que una de las disposiciones efectúa respecto de la otra, es excluyente. Si sólo la formalización de la investigación suspende el cómputo de la prescripción de la acción penal o, por el contrario, existen actuaciones procesales diferentes que tienen una análoga aptitud.

Otra cuestión problemática propiciada por la imprecisión legislativa, se refiere a la determinación de qué implicancias y cuál es el correcto alcance de la mención final contenida en la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal y su reenvío al artículo 96 del Código Penal.

Sobre ambos núcleos conflictivos, nos pronunciaremos a lo largo del presente trabajo y pretendemos brindar una adecuada respuesta.

1.2. Consideraciones para la solución del conflicto

La administración de Justicia en lo criminal, supone la interacción de una serie de instituciones y órganos. A todos ellos les corresponde satisfacer un rol distinto y, muchas veces, intervenir como contralor y garante de la legitimidad del actuar del otro. Tratándose de órganos del Estado y que su comportamiento engendra el riesgo de afectación de los derechos individuales, creemos que la solución al problema planteado precedentemente supone tener en consideración lo siguiente:

1.2.1. Principio de juridicidad en los órganos del Estado

La Constitución Política de la República ha asumido una concepción valórica determinada. A lo largo de su articulado, es posible aprehenderla e identificarla. En este sentido, la regulación a la que están sometidas importantes instituciones políticas no resulta sino el efecto de aquella. Este compromiso ideológico, se materializa en una serie de principios y reglas de comportamiento que constituyen las vigas maestras de nuestro ordenamiento jurídico. En el capítulo 1º de la Constitución Política de la República, titulado “Bases de la Institucionalidad”, y quizás de una manera más nítida que en los restantes, se explicita con mayor fuerza este compromiso valórico.

Uno de los pilares de nuestra institucionalidad es el principio de juridicidad. En su virtud, “las autoridades y los gobernados deben actuar dentro del marco de potestades, atribuciones y derechos determinados o asegurados, de antemano y en

texto escrito por el Derecho, con sujeción, leal o de buena fe, a cuanto fluye de ese marco”.¹⁴ De acuerdo a este principio, los órganos del Estado, cuentan con un ámbito de competencia claramente circunscrito, y respecto del cual se les encuentra vedado excederlo.

Considerado de esta manera, el principio de juridicidad, no se asocia de una manera necesaria con una concepción política determinada. De tal manera libre de un contenido determinado, es que resultaría admisible con nociones del Estado y de la sociedad, absolutamente contradictorias entre sí, y sólo dependiente del contingente y convencional diseño institucional. Nuestra Constitución Política de la República, dentro de las Bases de la Institucionalidad, concede, dota al principio en referencia de un determinado contenido. Para ello, establece una noción del hombre, del Estado y cómo ha de ser la relación entre ambos. El constituyente ha consagrado a la primacía de la persona humana y la servicialidad del Estado como directrices y permanentes pautas del actuar de los organismos públicos. Como declaración de principios, el constituyente señala que los órganos del Estado y su actuar están subordinados al individuo. Es aquél, de esta manera, el que debe proporcionar las condiciones elementales para el mayor desarrollo material y espiritual de éste y no al revés. “Definir al Estado como un ente al servicio de la persona humana consagra la anterioridad y superioridad de esta respecto del Estado, porque es ella quien lo produce. Dicha producción se inspira en la posibilidad que brinda el Estado de satisfacer necesidades complejas que no pueden ser alcanzadas por estructuras sociales más pequeñas y simples como las familias y los cuerpos intermedios”.¹⁵

El principio de juridicidad se encuentra regulado en el artículo 7º de la Constitución Política de la República. La referida disposición señala que:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

¹⁴ Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2002. Tomo I. p. 34

¹⁵ Vivanco Martínez, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2007. Tomo II. p. 56

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

En el artículo citado, el constituyente no tan sólo consagra de manera expresa al principio de juridicidad. Manifiesta, adicionalmente, el vigor del Estado de Derecho. Noción política que alude a “un modelo de Estado organizado en torno a los ciudadanos, en el cual el poder de los gobernantes se halla distribuido racionalmente, sometido a un manejo de controles, límites y barreras, articulados coherentemente, y en el cual se reconocen y garantizan efectivamente los derechos y libertades de todas las personas”.¹⁶ Lo que define al Estado de Derecho es “la sujeción integral de Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”.¹⁷

De acuerdo a lo señalado hasta acá, la legitimidad del actuar de los órganos del Estado radica en que hayan obrado dentro del ámbito de competencias que le son propias y que le fuese atribuido legalmente. En un sistema político como el nuestro, en el que las autoridades, por regla general, no son designadas mediante una elección popular, cobra fundamental importancia el principio de juridicidad. Es el cumplimiento de la ley, en tanto manifestación de la voluntad soberana, el que concede legitimidad democrática a las instituciones públicas cuyos integrantes son designados sin una intervención ciudadana directa. Lo anterior, si tenemos en consideración, claro está, que la ley es el fruto de una institución cuyos integrantes ocupan sus cargos gracias al ejercicio directo de la soberanía popular mediante la votación. En este sentido, las decisiones de los Tribunales devienen en legítimas en la medida que son el fruto del

¹⁶ Gandulfo R, Eduardo. Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 20. :415-474. p. 425 1999.

¹⁷ Soto-Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. Tomo II. p. 24

irrestricto apego a la legalidad. En la medida que de ella se apartan, se acercan a la arbitrariedad y al despotismo.

De acuerdo al principio de juridicidad, el legítimo actuar de los órganos públicos, supone la reunión de tres requisitos. En primer lugar la investidura regular de sus integrantes. En segundo lugar, el actuar dentro de su competencia. Por último, resulta fundamental dar cumplimiento a las formalidades que prescribe la ley. La omisión de cualquiera de estos elementos acarrea la nulidad del acto y las responsabilidades que prevé el ordenamiento jurídico.

1.2.1.1. Previa investidura regular de los órganos

La actuación de los órganos del Estado se materializa a través de sus agentes. Teniendo en consideración que el funcionario representa al servicio en su actuar, la legalidad de la relación existente entre ambos, extiende y proyecta sus consecuencias al comportamiento concreto desplegado por aquél. “La investidura es por consiguiente, la asunción del oficio o toma de posesión del cargo por quien ha sido elegido o designado para servirlo en un órgano estatal”.¹⁸ Lo relevante de esta investidura es que quien goza de ella se “distingue de la ciudadanía en general, porque conlleva autoridad y debe observar la obligación del cúmulo de deberes que lleva consigo”.¹⁹ El funcionario público que es designado para ocupar un determinado cargo u oficio, asume la obligación de dar satisfactorio cumplimiento a los deberes del rol público que asume.

1.2.1.2. Actuación dentro de su competencia

¹⁸ Cea Egaña, José Luis. Op.cit. p. 250

¹⁹ Cea Egaña, José Luis. Ibid. p. 250

Cada órgano del Estado tiene un determinado ámbito de actuación. Generalmente, éste se encuentra limitado por la propia finalidad del servicio. “La competencia es la suma de potestades, funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan, limitadamente, a cada órgano del Estado”.²⁰ La competencia de los órganos del Estado fija cuál es su legítimo ámbito de actuación. En ningún caso, bajo pretexto alguno, un órgano del Estado puede excederla. A diferencia de lo que ocurre con los particulares, cuya autonomía sólo se encuentra restringida por la existencia de una prohibición, los organismos públicos sólo pueden actuar cuando cuentan con la correspondiente autorización. Propio de todo diseño institucional es que el establecimiento de las competencias se realice de manera concreta. Siempre se delimitan sus contornos, los cuales no pueden ser desdibujados mediante interpretaciones inexactas. Gracias a ello, resulta factible que la ciudadanía pida cuenta a las autoridades y contraste lo que se esperaba de ella con aquello que, efectivamente, fue realizado por ésta.

1.2.1.3. Formalidades que prescribe la ley

Por último, para que una actuación de un órgano del Estado pueda ser calificada como legítima, se debe haber observado las formalidades que en cada caso el legislador ha previsto. “No parece ocioso recordar que, en el Derecho Público, la “forma” deviene sustancia, y de la más relevante importancia, por cuanto implica “garantía” tanto de la sujeción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella como de respeto a los derechos de las personas”.²¹

Inherente al establecimiento de formalidades o ritualidades que deben ser observadas, resulta el fijar un plazo dentro del cual un comportamiento ha de tener

²⁰ Cea Egaña, José Luis. *Ibid.* p. 250

²¹ Soto-Kloss, Eduardo. *Op. cit.* p. 28

lugar. La oportunidad con que actúa un organismo público resulta esencial para dar una adecuada respuesta a las demandas que la ciudadanía le puede dirigir. En este sentido, deja de ser satisfactoria la tardía actuación de los órganos del Estado. La fijación de un plazo es de suma importancia. De hecho, más que una formalidad, es una especie de competencia temporal. En todos aquellos casos en que expira el plazo dentro del cual el Estado, a través de cualquiera de sus órganos, debía realizar alguna actuación, no resulta posible rehabilitar esa autorización. No puede el órgano, aún cuando mantenga en él la competencia, llevar a cabo actos fuera del plazo que se le había indicado.

No existe organismo público que cuente con una autorización para actuar en abstracto. Ésta siempre es concreta tanto en una dimensión material como temporal. No existe posibilidad alguna de que estas fases sean excedidas sin generar la nulidad del acto y la responsabilidad para todos quienes hayan intervenido en él.

Según la regulación constitucional, el principio de juridicidad tiene una obligatoriedad absoluta. No existe circunstancia alguna que permita su desobediencia. No reconoce como excepción ni siquiera la satisfacción de un interés legítimo de algún miembro de la comunidad. Aun cuando se obtenga un beneficio o se evite un mal, los órganos del Estado no pueden actuar sin haber sido investidos regularmente en sus cargos, dentro de sus competencias y observando las formalidades legales existentes en cada uno de los casos. La importancia del principio de juridicidad es que permite poner un coto al ejercicio del poder público.

1.2.1.4. El proceso penal y el principio de juridicidad²²

La asunción de un estado de Derecho tiene repercusiones en cada uno de los aspectos en los que se desenvuelve la actividad gubernamental. Debe reconocerse que esta noción jurídico-política, “implicó un cambio de toda esa visión de las relaciones del Hombre y su sociedad; ahora aquél es el centro en torno al cual gira la construcción y planificación del Estado. Consecuentemente, aquello tuvo también repercusión en la idea de la función jurisdiccional, puesto que se tratará de impartir justicia a los ciudadanos”,²³ reconociéndolos en cuanto tales y fundando el reproche penal en la deficiente relación observada entre un comportamiento concreto con uno que se esperaba por estar objetivado en una norma que se entiende conferida por el propio sujeto en cuanto miembro de la comunidad.²⁴

El proceso penal vigente se construye sobre una marcada separación de funciones. Se ha establecido un organismo técnico y especializado, encargado de dirigir la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito, de ejercer la acción penal pública y de, durante el ejercicio de sus funciones, proteger a víctimas y testigos. Por otra parte, corresponde al órgano jurisdiccional, única y exclusivamente, juzgar y determinar el Derecho aplicable al caso concreto conforme a la prueba que le sea rendida, en cuya obtención no le ha cabido participación alguna.²⁵ La dirección de

²² El contenido de este apartado no resulta aplicable en aquellos delitos en los que, por no existir un compromiso del interés público, no tiene participación el Ministerio Público (*v.gr.* los delitos de acción penal privada) o en aquellos en que la actuación del ente persecutor de encuentra subordinada a que otros intervinientes realicen determinadas actuaciones procesales, como ocurre por ejemplo en los delitos de acción penal pública previa instancia particular. En este último caso, pese a que se trata de hechos cuya persecución penal compromete al interés de la comunidad, los organismos públicos encargados de ello carecen de la suficiente competencia para los efectos de iniciar una instrucción criminal sin la correspondiente *notitia criminis* efectuada por el afectado.

²³ Gandulfo R, Pedro. Op. cit. p. 416

²⁴ Al respecto, véase a Mañalich Raffo, Juan Pablo. Pena y Ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*. (6). Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2005.

²⁵ De acuerdo a las disposiciones del Código Procesal Penal, los Tribunales carecen de competencia para inmiscuirse en las labores de investigación. Las únicas dos disposiciones que autorizan al Tribunal para incidir en la instrucción criminal corresponden a los artículos 98 y 257 del Código Procesal Penal. La primera de las disposiciones, específicamente su inciso 4,

la investigación compete sólo al Ministerio Público. “La lógica del nuevo sistema opera con base en la idea de que una institución fuerte estará a cargo de conducir la investigación, formular cargos en contra de los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales. Sin un Ministerio Público poderoso que esté capacitado para cumplir con estos cometidos, es imposible concebir al nuevo sistema funcionando adecuadamente, en tanto el rol acusador no estará apropiadamente personificado”.²⁶ Las facultades del Ministerio Público tienden a materializar el interés público comprometido en la averiguación, y posterior sanción, de los hechos que revisten caracteres de delito. La política criminal se concreta a través del proceder del ente persecutor.

La misión que corresponde al Ministerio Público en el proceso penal, en ningún caso es reemplazable por la actividad de algún otro interviniente. Las omisiones o actuaciones deficientes en las que el ente persecutor pudiese incurrir en el ejercicio de su rol, no pueden ser suplidas por el comportamiento subsidiario de un tercero. Lo anterior, ni siquiera tratándose del órgano jurisdiccional. A éste sólo le compete velar por el respeto de los derechos de quienes pudiesen verse afectados por la actividad del ente persecutor. Le corresponde, de esta manera, erigirse como un contrapeso al poder con que cuenta el Ministerio Público durante la instrucción criminal. Debe velar, porque el poder del Estado transite por los cauces de legitimidad trazados por el legislador, garantizando, de esta manera, la debida igualdad en la interacción de los intervinientes en el proceso penal.

A partir de la distribución de funciones existentes en el proceso penal, la labor del Ministerio Público excede a la mera organización de recursos en la instrucción criminal. Por el contrario, el Ministerio Público, materializa o, por el contrario, deja sin una respuesta satisfactoria, a las aspiraciones de política criminal que pudiesen existir

establece que tras la declaración del imputado, el Juez de Garantía puede recomendar al Ministerio Público la práctica de determinadas diligencias de investigación. La segunda de las disposiciones, establece que, tras haber accedido a la reapertura de la investigación, el Juez obligará al fiscal al cumplimiento de diligencias precisas de investigación, fijándole un plazo para dar cumplimiento al mandato.

²⁶ Duce J, Mauricio y Riego R, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007. p. 538

en un momento determinado. Respecto de ésta, “tenemos dos funciones claramente diferenciadas: por una parte, “determinar los bienes jurídicos que deben protegerse” estableciendo en la ley qué hechos se considerarán constitutivos de delito, labor entregada al legislador; y por otra, determinar “la forma de materializar dicha protección”, función entregada parcialmente al Ministerio Público, en tanto órgano autónomo encargado de la investigación criminal y el sostenimiento de la acción penal”.²⁷

Teniendo en consideración lo señalado a propósito del principio de juridicidad y las normas constitucionales y legales que regulan las funciones del Ministerio Público, podemos afirmar que la dirección de la instrucción criminal corresponde única y exclusivamente al ente persecutor. Ningún interviniente, bajo pretexto alguno, puede reemplazar al Ministerio Público. No existe sujeto procesal, sea en sí mismo considerado o en relación a las actuaciones que está autorizado a realizar, que mantenga una relación de equivalencia con el Ministerio Público. Si el ente persecutor no actúa, o lo hace de manera equivocada, no existe forma de corregir el procedimiento²⁸ y se generarán las consecuencias y sanciones que el ordenamiento jurídico contempla.²⁹³⁰ Lo anterior resulta evidente y justificado atendido que al

²⁷ Matus, Jean Pierre. El Ministerio Público y la Política Criminal en una Sociedad Democrática. En: *Delito, Pena y Proceso, Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. p. 99

²⁸ Al respecto podemos citar como ejemplo lo establecido en el inciso tercero del artículo 247 del Código Procesal Penal. Esta disposición establece que el Juez de Garantía decretará el sobreseimiento definitivo si es que el fiscal, tras haber comunicado el cierre de la investigación no deduce acusación dentro del plazo de 10 días contados desde la clausura de la instrucción criminal. Lo anterior sin ninguna consideración a la existencia de víctimas y/o querellantes particulares.

²⁹ Estas pueden ir desde la declaración de sobreseimiento definitivo en la causa, sin considerar el mérito de los antecedentes, hasta la obligación del Estado de resarcir de los perjuicios causados por actuaciones injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público según lo dispone el artículo 5 de la ley número 19.640 orgánica constitucional del Ministerio Público. Por otra parte, y de manera supletoria, la deficiente instrucción criminal puede dar lugar a responsabilidad administrativa del fiscal adjunto encargado de dirigir la investigación en el caso concreto.

³⁰ Lo señalado acá no debe confundirse con determinadas hipótesis en que el legislador concede a ciertos intervinientes hacer peticiones idénticas a las que puede efectuar el Ministerio Público a aquellos casos en que existe una autorización judicial para reemplazarlo. En definitiva, el que el querellante pueda, solicitar la imposición de una medida cautelar o que pueda, en las hipótesis de forzamiento de la acusación contenidas en el artículo 258 del Código

Ministerio Público le fue impuesta una función determinada que no comparte con el resto de quienes intervienen en el proceso penal. No existe, sistémicamente, autorización a ningún otro interviniente para suplir al Ministerio Público dentro de la labor que le es propia. La propia estructura en la que se desenvuelve el sistema de administración de justicia en lo criminal no lo permite. El erigirse como garante del interés público en el castigo de los hechos constitutivos de delito, sólo corresponde al ente persecutor.

2. Principios que orientan al proceso penal³¹

2.1. El principio acusatorio

El proceso penal, más allá de la organización concreta que adopte en los distintos ordenamientos jurídicos, persigue la aplicación de la ley penal. Alcanzar su objetivo, supone que éste sea capaz de indagar acerca de la ocurrencia de un hecho y la identificación de un sujeto, o grupo de ellos, que haya tenido en éste, una participación culpable y penada por la ley. Por otra parte, la aplicación de la ley penal requiere de un ejercicio intelectual de contraste entre el hecho que se pudo reconstruir y las exigencias que la propia norma contempla en su estructura lógica. Atendido que toda norma jurídica está construida sobre una hipótesis fáctica, su aplicación supone estar en presencia de ella. Cuestión que sólo ocurrirá en la medida que en un proceso se dé por establecida su existencia.

Procesal Penal, en nada altera que el rol protagónico de la instrucción criminal corresponde al ente persecutor.

³¹ Se advierte que este capítulo en ningún caso tiene una aspiración exhaustiva. Por el contrario, se hará una selección de los principios que tienen una relación con el objeto del presente trabajo. Por otra parte, en lo relativo a lo denominación y el orden en la exposición, se seguirá el trabajo, ya citado, de Gandulfo R, Eduardo. Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 20. :415-474. 1999.

En virtud del principio acusatorio, las funciones de investigar acerca de la ocurrencia de un hecho y la determinación de quiénes han participado en él, se separan de la actividad intelectual de comprobar la concurrencia de los elementos normativos que autorizan la imposición de una sanción penal. La consecuencia, al menos más visible, de la adopción de este principio, es la división entre quien investiga y acusa, por una parte, y a quien le corresponde juzgar y determinar, en última instancia, la aplicación de la ley penal, por la otra. “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho a defenderse, y finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo.”³² En el caso del proceso penal vigente, la instrucción criminal, y la facultad de ejercer la acción penal pública, se encuentra encomendada única y exclusivamente al Ministerio Público. Desde el texto constitucional, que no existen dudas al respecto. Según el artículo 83 de la Carta Fundamental, “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”.

A los Tribunales corresponderá, de esta manera, la función de juzgar los hechos sometidos a su conocimiento. Careciendo de facultades para inmiscuirse en la investigación³³. El Tribunal carece, en consecuencia, de competencias suficientes para

³² Maier, Julio B.J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Segunda Edición 4ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editores del puerto S.R.L. 2012. p. 444

³³ En el Código Procesal Penal esto resulta claro. Sólo dos hipótesis permiten al Tribunal tener alguna incidencia en materias propias de la investigación. Estamos haciendo referencia la situación prevista en el artículo 257 del referido cuerpo legal. Este artículo, a propósito de la reapertura de la investigación, autoriza al Tribunal a ordenar al Ministerio Público la realización de determinadas diligencias de investigación que hubiesen sido propuestas oportunamente por los intervinientes mientras la investigación se encontrase abierta. La otra situación “anómala” se

iniciar una investigación criminal. En virtud del principio acusatorio “la persecución penal se coloca en manos de una persona de existencia visible, el acusador; sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas”.³⁴

Una de las consecuencias más relevantes asociadas al principio acusatorio, permite al Tribunal, independizarse de la instrucción y reforzar su imparcialidad. Se abstrae de la producción de la investigación y sólo se concentra en su valoración. El hecho que el Ministerio Público tenga como función la de investigar “entrega al sistema su imparcialidad, puesto que al asumir la calidad de parte permite que el juez actúe sólo como órgano jurisdiccional e imparcialmente ante las partes del proceso, mientras que –como señala Tito Enzo Solari- en la instrucción convierte al juez en garante de los derechos ciudadanos”.³⁵⁻³⁶ La sentencia condenatoria, en el sistema acusatorio, “presupone que dos autoridades –fiscalía y tribunal- consideran, de forma coincidente, que un comportamiento es punible, aun cuando no necesariamente en el mismo estadio del procedimiento”.³⁷

En cuanto norma programática del proceso penal, el principio acusatorio se opone al inquisitivo. Bajo el imperio de este último, el juez concentra en sí mismo las funciones de dirección de la investigación, de acusar y de juzgar a quienes resultan involucrados en el proceso penal. Una de las críticas que se efectúan a los sistemas

produce cuando el imputado, en cuanto medio de defensa, ha decidido prestar declaración. Tras ello, el Juez puede sugerir la realización de determinadas diligencias de investigación. La diferencia entre las dos situaciones es evidente.

³⁴ Maier, Julio B.J. Op. cit. p. 445

³⁵ Gandulfo R. Eduardo. Op. cit. p. 421

³⁶ En el mensaje del Código Procesal Penal se deja constancia de cuáles son las ventajas de la adopción de un sistema acusatorio de enjuiciamiento en lo criminal. A este respecto se dice que “La proyección de la reforma hacia el conjunto del sistema penal debe producirse a través de dos mecanismos principales: el primero de ellos es la creación de un Ministerio Público. Este organismo debe, además de cumplir su rol específico como órgano acusador en el procedimiento penal, asumir la función de ordenar la utilización de los recursos represivos del sistema conforme a criterios generales, conocidos y legitimados por medio de la discusión pública y frente a órganos representativos de la comunidad. El segundo consiste en devolver a las decisiones judiciales, y en especial a la sentencia judicial, su plena centralidad como forma de control y legitimación de la utilización de dichos métodos represivos”.

³⁷ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto S.R.L. 2000. p. 87

procesales que se organizan de conformidad a este principio se refiere a la afectación de la imparcialidad judicial. Difícil labor tiene el Juez para resolver imparcialmente el conflicto sometido a su conocimiento si ha dirigido el sumario criminal, desde su inicio, de conformidad a su propia convicción. Las diligencias investigativas decretadas en el proceso inquisitivo, sólo tienen por objeto ser instrumentos argumentativos para que el Juez pueda justificar su decisión, de absolución o de condena, que ha adquirido desde un inicio.

Nuestro Código de Procedimiento Penal tenía una orientación inquisitiva. Sus autores no desconocían las críticas ni las implicancias que su adopción generan en la administración de Justicia Penal. En este sentido, el propio mensaje del cuerpo legal de 1906 señala que: “Los Criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis son casi incontrovertibles”. De una manera más explícita, continúa el mensaje señalando que: “El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.

De conformidad al principio acusatorio, y revelándose en contra de las adversas consecuencias a las que hemos hecho referencia anteriormente, el vigente proceso penal, cuenta con un organismo especializado y técnico encargado de la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito. “Al juez ya no se le exige el imposible desdoblamiento objetivo, que para él importaba la asignación de la doble calidad de “garante” e “inquisidor” de una instrucción...que en definitiva se resolvía normal y lógicamente en el predominio de una (generalmente la de inquisidor) en perjuicio de la otra. En lugar de lo anterior, frente a sí mismo y frente a la comunidad, este juez, liberado del lastre imposible de sobrellevar que conlleva la obligación de vigilarse y limitarse a sí mismo, puede recuperar la función que le es propia; la función de Juez,

que vigila, controla, la regularidad del proceso de instrucción, asegurando durante el mismo la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los involucrados”.³⁸

De conformidad a la estructuración del proceso penal, y a la consecuente distribución de competencias, corresponde dirigir mayores exigencias al ente persecutor. A diferencia de lo que ocurría en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal y las labores que debía cumplir el Juez del Crimen, al Ministerio Público, por su propia especialidad, se le obliga a cumplir con altos estándares de calidad y eficiencia en el ejercicio de su función. Es posible erigir un reproche más intenso, aquel que se efectuaba al antiguo Juez del Crimen. El ente persecutor cuenta con una sola función y con una serie de recursos, humanos, materiales y económicos, que eran desconocidos para nuestro antiguo Juez del Crimen. Debe de responder de una mejor manera aquel órgano al que le fueron entregadas mejores herramientas. Por otra parte, incrementa estas exigencias la circunstancia que los sistemas acusatorios de persecución de la responsabilidad penal, imponen al Tribunal un rol pasivo en la instrucción criminal. “El tribunal no puede actuar jamás de oficio, incluso cuando un hecho punible...se comete en la audiencia”.³⁹ Lo señalado respecto del Tribunal, se hace extensivo respecto de cualquier otro interviniente. En ningún caso podrá el imputado o su defensa; la víctima o el querellante equipararse al Ministerio Público y dar cumplimiento a las obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha impuesto. Ninguna de las actuaciones que éstos puedan llevar a cabo podrá reemplazar a aquél. No debe olvidarse la proyección de lo que venimos señalando. Tan relevante es el Ministerio Público en el sistema procesal penal, que su comportamiento permite, tal

³⁸ Soto Piñeiro, Miguel. “Ministerio Público y Política Criminal”. En: *El Ministerio Público Para Una Nueva Justicia Criminal*. Santiago, Chile. Corporación de Promoción Universitaria. 1994. p 148.

³⁹ Roxin, Claus. Op.cit. p. 88 Tan palmaria es esta afirmación que, por ejemplo en el caso que un juez se percate de la comisión de un delito en la sala de audiencia, puede proceder a la detención del sujeto por la autorización legal que existe ante una situación de flagrancia (la que se contiene en el artículo 129 del Código Procesal Penal) y que beneficia a cualquier persona. Pero ni siquiera en este caso podrá, iniciar una investigación o expropiarle al Ministerio Público atribuciones que le son propias.

como ya lo hemos señalado, la materialización de una determinada política criminal.⁴⁰ Los éxitos y fracasos en su implementación son dependientes del actuar, o de las omisiones, del ente persecutor. En este sentido, “lo que subyace aquí es una determinación de competencias en orden a que, son el Ministerio Público y el legislador los que determinan la política criminal del Estado, por lo que el fiscal ordena de acuerdo a dicha política lo que corresponda en esta fase; de esta manera, y entiéndase de una vez por todas, no se le entrega al magistrado el control del éxito de la instrucción, como para que tenga el poder de enderezar en opinión suya la investigación (no es el representante ni contralor del interés público de la investigación, sino el garante de los derechos públicos subjetivos).⁴¹

2.2. Principio de la titularidad fiscal en la promoción de la persecución penal

Por exigencias derivadas del principio de lesividad⁴², los delitos constituyen las formas más graves de agresión a los bienes jurídicos más importantes que existen dentro de una sociedad. Más allá de la discusión respecto de cuál es el objeto preciso de protección de la norma penal⁴³, la comisión de un hecho delictivo compromete el

⁴⁰ Sólo de esta manera se entiende la facultad concedida al Fiscal Nacional en el artículo 21 de la Ley 19.649, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, número de, “cuando lo estime conveniente”, de sugerir las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos, y el adecuado resguardo de los derechos de las personas.

⁴¹ Rodríguez Vega, Manuel. Sistema Acusatorio de Justicia Penal y Principio de Obligatoriedad de la Acción Penal. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: 643-686 Primer Semestre 2013.

⁴² También se conoce a este principio como de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este sentido, “El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección a la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “*bienes jurídicos*” Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”. Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2004.p.44. Destacado en original.

⁴³ Para analizar una postura tradicional entre nosotros, Cfr. Cury Urzúa, Enrique. Op. cit, p. 67 quien afirma que el fin del Derecho penal es “preservar los valores elementales sobre los que descansa la convivencia” pacífica en sociedad. Para analizar una postura diferente, que asocia como fin del sistema penal la mera sanción a aquellos casos en que se ha defraudado una

interés público. A la comunidad le interesa la represión y sanción del autor del hecho delictivo⁴⁴. Una de las características del moderno proceso criminal consiste en que el conflicto penal le es expropiado a la víctima, y la satisfacción de sus intereses cede frente a aquellos que posee la colectividad. El proceso penal puede alcanzar sus objetivos sancionadores, incluso actuando contra la voluntad de quién resultó afectado por la conducta típica, antijurídica y culpable protagonizada por otro.

En cuanto representante del interés público, el Estado, y a diferencia del rol que asume en la intermediación y solución de conflictos de otra índole, tiene una activa participación en el proceso penal. “Dada la particular importancia que los temas penales ameritan para el sistema jurídico, es dable destacar la amplitud de funciones que tiene el Estado al ocuparse del tema delictual”.⁴⁵ De manera nítida nos es posible apreciar que frente al conflicto penal, el Estado “se arroga no sólo la estructura de poder que significa la jurisdicción, sino que también incursiona casi monopólicamente instrumentando una persecución oficial en la inmensa mayoría de los ilícitos llegados a su conocimiento”.⁴⁶

En virtud del principio en comento, quien se encuentra encargado, de manera exclusiva, de la dirección de la investigación penal es el Ministerio Público. El mensaje del Código Procesal Penal nos señala que “El ministerio público será un órgano estatal especializado en la persecución penal, en la protección de la víctima y en una

expectativa social impuesta, Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (trad. Cuello Contreras/Serrano González De Murillo). 2ª ed. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 1998. p. 55, para quien el Derecho penal viene a constituir una negación de una manifestación de voluntad contraria a una disposición normativa realizada por el autor de un delito y que tiene por objeto la afirmación de la vigencia de la norma puesta en duda por el comportamiento de aquel sujeto, persiguiendo de esta manera la estabilización de la vigencia de la norma.

⁴⁴ La afirmación no supone asunción alguna por alguna de las respuestas que asignan propósito a la pena. De esta manera, tanto las teorías absolutas como las relativas acerca de los fines de la pena, reconocen que el castigo involucra al interés público en el castigo del injusto penal. Al respecto, véase Politoff L. Sergio, Matus A., Jean Pierre y Ramírez G. María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2010. p. 24

⁴⁵ Jauchen, Eduardo M. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2012. Tomo I. p. 643

⁴⁶ Jauchen, Eduardo M. Op.cit. p. 643

represión imparcial y rápida de la delincuencia”. Es él quien tiene el monopolio sobre el ejercicio de la acción penal pública. A él corresponde, dentro del proceso penal, representar al interés público comprometido en la comisión de un delito. En cuanto organismo sin contrapeso, “existe discrecionalidad en el proceso por parte del Ministerio Público para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para la investigación, pudiendo llevarlas adelante hacia donde mejor le parezca”.⁴⁷ En este sentido, el Ministerio Público cuenta con un “poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación”.⁴⁸ Al igual que en el resto del ordenamiento jurídico, la libertad con que cuenta el Ministerio Público se encuentra ligada a un sistema de contrapesos y de responsabilidades frente a la concurrencia de comportamientos deficientes. Existen, de esta manera, sanciones civiles, penales y hasta procesales, como contra cara a la discrecionalidad fiscal y a los yerros en que pueda incurrir. El ente persecutor, atendidas las obligaciones que pesan sobre él y que tienen como objetivo la satisfacción de los intereses asociados a la persecución de los delitos, debe responder en aquellos casos en que por una actuación imputable a él no se logren los objetivos que el ordenamiento jurídico le ha impuesto.

A partir de esta forma de organizar el proceso penal, la calidad de las actuaciones del Ministerio Público tiene una directa incidencia en la calidad de las respuestas que el sistema entrega al conflicto penal. Es el “Ministerio Público quien debe responder frente a daños o perjuicios que se generen como consecuencia de la actividad de investigación de un delito y también debe responder por el éxito o fracaso de las investigaciones penales frente a la opinión pública”.⁴⁹ En aquellos casos en que el ente persecutor omite actuar, lo haga de manera tardía o de manera deficiente, no existirá una respuesta o esta será extemporánea o inadecuada. El sistema procesal penal vigente no contempla herramientas para subsidiar actuaciones erradas del ente persecutor. Preverlas sería dejar al imputado en una situación desmejorada. No tan sólo debería enfrentarse al Ministerio Público, sino que además, a la concomitancia

⁴⁷ Gandulfo R., Eduardo. Ibid. p. 427

⁴⁸ Gandulfo R., Eduardo. Ibid. p. 427

⁴⁹ Riesgo, Cristián, Duce, Mauricio. Op.cit p.137

entre éste y el Tribunal. Las sanciones procesales emanadas de un deficiente actuar del Ministerio Público, no se corrigen ni aún frente a la posibilidad de absolución del culpable⁵⁰ o frente a la actuación de otro interviniente. No existe, dentro del proceso penal, interviniente alguno que pueda suplir al ente persecutor. La diferencia entre éstos y el Ministerio Público radica en el interés que encarnan y en las competencias que el legislador ha concedido a cada uno de ellos. En aquellos casos en que el ente persecutor se ha comportado de una manera deficiente, es obligación del órgano jurisdiccional aplicar las sanciones que se prevén en el sistema. Cuestión que, por lo demás, tiene evidentes proyecciones estratégicas y modeladoras respecto al comportamiento de los otros intervinientes. “Si no se pone un límite a las actuaciones policiales y del Ministerio Público, entonces el persecutor penal puede verse tentado a recurrir a cualquier medio para obtener los antecedentes que le permitan justificar una acusación, pero si se le prohíbe recurrir a ciertos métodos, especialmente aquellos que menoscaban derechos fundamentales, existe la certeza que aquellos antecedentes “mañosamente” obtenidos no podrán utilizarse como material probatorio, en consecuencia, resulta inútil violentar derechos básicos de los intervinientes a sabiendas que la búsqueda de la verdad por esa vía será inadmisibile en el proceso penal”.⁵¹

2.3. Principio de legalidad

En la comisión de un delito, como ya hemos señalado precedentemente, se encuentra comprometido el interés público. El Estado instituye que sus órganos, de

⁵⁰ Cuestión que no debería llamar la atención. En la medida que en el proceso penal se contemplan una serie de cargas, como la que se refiere a la prueba, en todos aquellos casos en que quien se encuentra sometido a ella no cumple con la obligación que existía a su respecto, se prevén consecuencias adversas a sus intereses. En el presente caso, y atendido que el Ministerio Público encarna al interés público, es éste quien sufre las consecuencias provenientes de una actuación equivocada del ente persecutor. Al respecto cfr. Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile. 2010. p. 108.

⁵¹ Castro Jofré, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*. Segunda Edición Actualizada. Santiago de Chile. LegalPublishing. 2008. p. 89

manera oficiosa y sin considerar las pretensiones de la víctima⁵², sean los encargados de investigar, perseguir, juzgar y castigar a los responsables. “Frente a la decisión de oficializar la persecución penal, como regla general, se ha estimado imponer a los órganos del ministerio público –también a los funcionarios de la policía-, por vía de principio, el *deber* de promover la persecución penal (*promoción necesaria*), ante la noticia de un hecho punible, en procura de la decisión judicial que, previo esclarecer la verdad acerca de esa hipótesis, solucione el caso por intermedio de alguna de las resoluciones previstas en la ley procesal”.⁵³ Adicionalmente, el ente persecutor se encuentra obligado a no interrumpir o hacer cesar de alguna forma, la persecución penal iniciada. La promoción necesaria se complementa con el carácter irrevocable de la iniciativa criminal. “La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución”.⁵⁴

De conformidad a lo expuesto, el Ministerio Público se encuentra obligado, en principio, a investigar todos los delitos de que tome conocimiento. La dirección de la instrucción criminal, por su parte, ha de estar orientada a la obtención de una resolución judicial que dé una satisfactoria respuesta al conflicto penal suscitado. El principio de legalidad tiene un evidente anclaje en valores políticos. Fácil es vincularla con la igualdad. La persecución penal obligatoria garantiza que todos quienes hayan infringido la ley penal se vean sometidos al mismo tratamiento⁵⁵. De la misma manera,

⁵² Resulta indudable que nuestro sistema procesal penal contempla una serie de mecanismos para que la víctima del delito tenga alguna participación en el proceso. El hecho que desde que sufre el delito es considerada como un interviniente, la posibilidad de interponer una querrela o la posibilidad que la satisfacción de su interés privado ponga fin al proceso penal a través de la aprobación judicial de un acuerdo reparatorio, son pequeñas muestras de ello. Sin embargo, la víctima y el querellante, siguen siendo participantes bastante modestos en el proceso penal vigente.

⁵³ Maier, julio B.J. Op. cit p. 828

⁵⁴ Roxin, Claus. Op. cit. p. 83

⁵⁵ Históricamente, la génesis de este principio procesal penal se encuentra en consideraciones asociadas a los fines que tendría la pena. No es indiferente, en este sentido, qué posibilidad tiene el Estado de renunciar al castigo de un infractor de la ley penal, si consideramos que la sanción tiene por objeto la mera retribución por el hecho realizado o, que por el contrario, puede tener proyecciones en la comunidad para los efectos de inhibir la reiteración de comportamientos refractarios a los mandatos o prohibiciones. Al respecto, Cfr. Durán, Mario. “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”. *Política Criminal*. [En línea] Vol. 4, No 8. Diciembre. 2009. Consultado en marzo de 2013. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf]. De la

se proyecta un igual tratamiento a las víctimas y de los bienes jurídicos afectados por el delito.

El principio de legalidad reconoce como excepción la aplicación de criterios de oportunidad. En virtud de ellos, y atendido que la eficacia del sistema supone que no todos los hechos deban ser tratados de la misma manera, el Ministerio Público puede no iniciar o poner término a una investigación penal. El Código Procesal Penal establece al archivo provisional, la facultad de no inicio de la investigación y el principio de oportunidad en sentido estricto como herramientas a disposición del fiscal para que éste se inhiba de iniciar una instrucción criminal o se desista de una que ya ha sido puesta en marcha. Estas son las únicas posibilidades que tiene el ente persecutor para excusarse de su obligación de investigar los hechos que son constitutivos de delito. No existe una autorización intermedia que permita al ente persecutor desmarcarse de la obligación impuesta por el legislador.

El Ministerio Público debe, tan pronto perciba la dificultad probatoria que enfrenta o que los hechos, por circunstancias concretas no son aptos para generar una responsabilidad penal, debe utilizar las herramientas que le permitan ejercer la oportunidad. Lo que no es admisible es que el ente persecutor acumule investigaciones o que éstas se prolonguen indefinidamente en el tiempo a la espera de que el ente persecutor pueda acopiar el suficiente material probatorio como para sustentar una acusación en contra de un imputado concreto.

misma manera Roxin, Claus, Op. cit. p. 89 cuando señala que el principio de legalidad “responde a la idea de retribución...según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales, que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva. No obstante, en la actualidad no ha sido dejado de lado; pues la democracia, el Estado de Derecho, principio de certeza y también el principio de igualdad exigen que el legislador determine por sí mismo, de un modo general, los presupuestos de la sanción del Derecho penal y que no deje a cargo de las autoridades de la persecución penal la decisión de quién debe ser castigado en el caso concreto”. Al respecto véase también, Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terror, Pena y Amnistía*. Editorial Flandes Indiano. Santiago, Chile. 2010. pp. 66 y ss.

Las consecuencias derivadas de la calidad de la investigación han de ser soportadas por el ente persecutor. Cada vez que el Ministerio Público no investiga un hecho de que tiene conocimiento, pero tampoco ejerce alguna de las facultades que consagran al principio de oportunidad, está infringiendo, de manera flagrante, una obligación legal. Por una parte, se está dejando sin una respuesta satisfactoria al interés público afectado con la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito. Por otra, se permite el ingreso al sistema penal, de la selectividad. Sin evidenciar criterios palpables y que permitan cierta prognosis de reacción frente a hechos futuros, el ente persecutor escogerá los hechos y responsables en los que se concentrará. “La falta de mecanismos transparentes de selección lleva a que el sistema desarrolle mecanismos informales que, por no estar regulados en la ley, se transforma en su ejercicio en formas oscuras, arbitrarias, no controlables y no homogéneas de discrecionalidad”.⁵⁶

2.4. El principio de inocencia

Según el artículo 4º del Código Procesal Penal, “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.⁵⁷ Se consagra, a través de esta disposición, el principio de la presunción de inocencia. Importantes consecuencias provienen de su adopción. Se erige como una garantía del imputado, que incide, no sólo en la labor investigativa del Ministerio Público, sino que también en aquella actividad realizada por el órgano jurisdiccional al momento de llevar a cabo las funciones que le son propias. Lo anterior resulta evidente atendido que sólo la declaración de culpabilidad realizada por el Tribunal permite descartar la presunción de inocencia. Antes de este hito, la

⁵⁶ Riego, Cristián y Duce, Mauricio. Op.cit. p. 184

⁵⁷ La consagración normativa del principio de presunción de inocencia también la podemos encontrar en distintos tratados internacionales. En este sentido, los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos consagran esta garantía para quien está siendo investigado en un proceso penal.

recopilación de material probatorio propio de la instrucción criminal y todas aquellas actuaciones que son realizadas en ella, no generan mella alguna en la presunción en comento.

Si tenemos en consideración que la única actuación procesal que pone fin a la presunción de inocencia es la sentencia condenatoria firme, y que ésta, a su vez, requiere como antecedente lógico previo la tramitación de una investigación y procedimiento racionales y justos, su vigencia se extiende durante todo el tránsito desde el inicio de la instrucción criminal hasta que la sentencia condenatoria adquiera un carácter inexpugnable. Desde la adquisición del estatus de imputado, con todas las proyecciones garantistas que ello implica, hasta el haber sido condenado, “De tal manera, el principio estudiado sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, *ninguna consecuencia penal le es aplicable*, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos”.⁵⁸

Este principio beneficia a toda persona, “aun cuando respecto de ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”.⁵⁹ Sin importar la incoación de un proceso penal, su motivo o su gravedad, todo ciudadano se presume inocente hasta que se dicte una sentencia condenatoria y esta adquiera un carácter firme. A partir de su reconocimiento normativo, la presunción de inocencia es un derecho fundamental.⁶⁰ Esto “implica que sólo puede ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como límite la no afectación de su contenido esencial; como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del

⁵⁸ Maier, Julio. Ibid. p. 492 El destacado es nuestro.

⁵⁹ Maier, Julio. Ibid. p. 491

⁶⁰ Pese a no estar incluido de manera explícita en el catálogo de derechos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, la doctrina le concede rango constitucional a la prerrogativa en comento por su recepción en diversos tratados internacionales ratificados por Chile. A este respecto véase Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Tomo I. pp. 45 y ss.

Estado”.⁶¹ Evidente resulta, en consecuencia, que “la intervención o afectación de los derechos del imputado debe cumplirse en función de pautas suministradas por el Poder Legislativo, con arreglo a la normativa constitucional”.⁶² Sólo la ley puede privar a una persona del pleno ejercicio de sus derechos. Cuestión que requiere, adicionalmente, una plena y adecuada descripción del presupuesto de hecho que habilita a la restricción, perturbación o privación de los derechos de los afectados. No resulta legítimo que un órgano del Estado distinto al legislativo, afectar derechos de los ciudadanos sin contar con una autorización legal expresa.

El reconocimiento de la presunción de inocencia acarrea una serie de consecuencias que se extienden a lo largo del proceso. Dentro de las más relevantes, podemos hacer mención a:

2.4.1. In dubio pro reo

El órgano judicial, se encuentra obligado, frente a déficits en los estándares de convicción probatoria a resolver el asunto penal de una manera en concreto. Específicamente, esta máxima se refiere a los requisitos que se han de verificar para poder dictar una sentencia condenatoria en contra de una persona. En virtud del *in dubio pro reo* “la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”.⁶³

Si tras la rendición de la prueba, el Tribunal tiene dudas respecto de la ocurrencia del hecho o de la participación que en él le ha correspondido al imputado, debe absolverlo. Lo anterior, incluso en aquellos casos en que se vislumbra la posibilidad de que el hecho haya ocurrido.

⁶¹ Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*. Volumen 11 (1): 4 p. 2005.

⁶² Fleming, Abel y López Viñals, Pablo. *Garantías del Imputado*. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. p. 39

⁶³ Maier, Julio. *Ibid.* p. 495

Sin perjuicio que el lugar más fecundo donde produce sus efectos el *in dubio pro reo* es en la sentencia definitiva y el efecto absolutorio que genera; la verdad es que la duda debe dulcificar la situación del imputado durante todas las resoluciones judiciales y no sólo en la que pone fin al debate. “Así, por ejemplo, si al decidir una excepción de prescripción, no se obtiene certeza acerca de la existencia de un hecho interruptivo o suspensivo de su curso, del que depende la extinción de la persecución penal y la impunidad del hecho, la falta de certeza favorecerá al imputado y por ende, determinará el sobreseimiento”.⁶⁴ En este mismo sentido, el Tribunal, en virtud del *in dubio pro reo*, se relaciona de una manera distinta respecto a los elementos que fundan el castigo (elementos de cargo) que respecto de aquellos que los excluyen o disminuyen su rigor (elementos de descargo). “La falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia, en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación”.⁶⁵

2.4.2. La carga de la prueba

El concepto de carga dentro de los procesos judiciales, se asocia a que para dar lugar a las pretensiones de las partes, resulta necesario el cumplimiento de ciertas obligaciones. En aquellos casos en que éstas se vean defraudadas, el sistema prevé un resultado adverso. El Código Civil, por ejemplo, en su artículo 1698, señala que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquéllas o éstas”. En la medida que quien pretende el cumplimiento forzado de una obligación no logre acreditarla judicialmente, su aspiración será, justificadamente, desestimada.

⁶⁴ Maier, Julio. Ibid. p. 499

⁶⁵ Maier, Julio. Ibid. p. 500

En lo que se refiere al proceso penal, la obligación de acreditar la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito y que en éste, una persona, o grupo de ellas, ha tenido una participación culpable y penada por la ley, le corresponde al Ministerio Público. En la medida que el ente persecutor no satisfaga esta carga procesal, no resulta posible imponer una sanción penal. La inocencia, por su parte, no ha de ser acreditada. La completa inactividad del imputado puede, incluso, conducir a su absolución.

2.4.3. El trato de inocente

En el tránsito desde la incoación del proceso penal hasta que la sentencia adquiera el carácter de firme y ejecutoriada, el imputado debe ser tratado, por los órganos encargados de la persecución penal, como inocente. De acuerdo a ello, al imputado, durante la instrucción criminal, le deben ser reconocidos todos sus derechos. La afectación o perturbación de prerrogativas, ha de encontrar un justificado motivo; que debe ser constatado por un órgano jurisdiccional, contando éste, adicionalmente, respaldo en una autorización legal expresa.

Habitualmente⁶⁶ el tratamiento de inocente que debe recibir el imputado se vincula con las medidas cautelares que resultan admisibles en el proceso penal y los aspectos que han de ser tenidos en consideración al momento de su imposición. Lo anterior resulta evidente atendido que, en su ejecución, puede no vislumbrarse diferencia alguna con la sanción que en definitiva se podría imponer al condenado. Difícil resulta identificar de que manera, en lo referente a la materialidad que alcanza, se diferencia la medida cautelar de prisión preventiva con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Pese a que esta vinculación académica nos parece correcta, genera resultados mezquinos. El tratamiento como inocente debe extenderse a todo el proceso penal y respecto de todas las actuaciones que en él pudiesen tener lugar.

⁶⁶ Al respecto, Cfr. Horvitz Lenon, María Inés y López Masle, Julián. Ob.cit.. p. 56

Atendido que toda persona involucrada en una instrucción criminal se presume inocente, la afectación de sus derechos ha de encontrarse plenamente justificada, debiendo el tribunal cerciorarse acerca de la concurrencia de los requisitos que permiten afectar los derechos de una persona inocente.⁶⁷ A propósito de la discusión sobre medidas cautelares, “La Corte Suprema en un fallo del 16 de noviembre de 1983 señaló que toda medida de restricción de libertad personal no puede darse por implícita o tácitamente establecida, porque, conforme al art. 19 n° 7 de la Constitución que asegura: “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”, su limitación sólo debe proceder si la correspondiente medida está expresamente establecida por la ley”.⁶⁸ No es admisible, en un ordenamiento jurídico en que el principio de presunción de inocencia ha recibido una sanción, que los órganos encargados de la persecución penal menoscaben los derechos de un inocente, sin un justo motivo y a partir de una autorización legal. “El principio de presunción de inocencia opera también en las situaciones extra procesales, constituyendo el derecho de las personas a recibir el trato de no participe en hechos delictivos y que no se le puedan aplicar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes a hechos de tal naturaleza, mientras ajuste su conducta al ordenamiento jurídico”⁶⁹ cuestión, que para todos los efectos normativos, es presumida hasta que una sentencia condenatoria manifieste lo contrario.

2.5. Principio de la precisión de la imputación

Las normas jurídicas se construyen sobre una descripción fáctica a la que se asocia una consecuencia jurídica determinada. En lo relativo a las normas penales⁷⁰⁷¹,

⁶⁷ De acuerdo al artículo 9° del Código Procesal Penal, toda actuación del Ministerio Público que prive, perturbe o restrinja, al imputado o terceros, de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconozca, debe contar con autorización judicial previa.

⁶⁸ Gandulfo R, Eduardo. Ob.cit.. p. 435

⁶⁹ Noguera Alcalá, Humberto. Ob.cit. p. 10

⁷⁰ Por exigencias propias de esta rama del ordenamiento jurídico, es el legislador quien establece qué debe ser entendido como delito. La ley es la única fuente inmediata del derecho penal. Este carácter restringido de las fuentes del Derecho Penal viene dado por el principio de *nullum crimen nula poena sine lege* consagrado entre nosotros en los incisos séptimo y octavo

el núcleo fáctico está constituido por la conducta que se encuentra prohibida u ordenada por el legislador. Es el tipo penal, el lugar donde el legislador describe, detallada y pormenorizadamente, los comportamientos constitutivos de delitos. “El tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”.⁷²

El otro elemento estructural de la norma penal se refiere a la consecuencia jurídica emanada de la desobediencia al mandato del legislador. Es la pena o la medida de seguridad en su caso, la consecuencia jurídica de la comisión culpable de un hecho típico y antijurídico. La reacción penal que se identifica con la privación o limitación de derechos subjetivos que se impone a un sujeto tras haber confirmado, en un proceso tramitado de manera racional y justo, que le ha cabido participación culpable y penada por la ley en ese hecho. La pena corresponde a “la sanción legal establecida como consecuencia de la perpetración de un delito, que consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos del delincuente, impuesta por sentencia judicial ejecutoriada, luego de un debido proceso, y cuya ejecución queda entregada, desde el punto de vista de su forma, a la ley”.⁷³ La determinación abstracta de la naturaleza y la magnitud de la pena corresponde exclusivamente al legislador.⁷⁴ “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma”.⁷⁵

del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Para mayores referencias, Cfr. Cury, Enrique. Ob.cit. pp. 165 y siguientes.

⁷¹ Normas penales entendidas como ley penal o como normas secundarias. “Las normas son proposiciones de derecho que exigen hacer algo... o prohibiciones de hacer algo. La ley penal se presenta como una disposición de derecho escrita, dirigida al juez, que lo autoriza para que derive efectos penales de la trasgresión de la norma”, Velásquez V. Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile. 2009. p. 12

⁷² Cury Urzúa, Enrique. Ob.cit. p. 279

⁷³ Ortiz Quiroga, Luis. Arévalo Cunich Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2013. p. 167

⁷⁴ El inciso séptimo del número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República señala que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

⁷⁵ Jakobs, Günther. Ob.cit. p. 8

Atendido que la responsabilidad penal supone la verificación de los elementos fácticos descritos en el tipo penal; que de acuerdo a la organización del proceso penal, la labor del órgano jurisdiccional está caracterizada por la pasividad, la fijación y determinación del objeto del juicio penal le corresponde al Ministerio Público. Es el ente persecutor el que debe comunicar qué hechos pretenderá investigar y respecto de los cuales se extenderá la competencia del Tribunal respectivo. Teniendo en consideración las competencias institucionales del Ministerio Público, los hechos que anuncie, deben tener un co-relato en un tipo penal. No cualquier hecho puede ser investigado por el ente persecutor.⁷⁶ Sólo podrá dirigirse la instrucción criminal sobre aquellos hechos que sean constitutivos de delito. “El principio de precisión de la imputación asegura a los ciudadanos que el órgano de la persecución esté sometiendo realmente su actuar a la exacta descripción legal del delito atribuido”.⁷⁷

La precisión en la imputación penal tiene una vinculación evidente con el derecho a defensa. “Nadie puede defenderse de algo que no conoce”.⁷⁸ Constituye “una garantía del sujeto pasivo de conocer la imputación”⁷⁹ cuestión que le permite “facilitar su defensa”⁸⁰ y así “limitar el ámbito de la persecución para evitar sorpresas posteriores y controlar la actividad del fiscal”.⁸¹

⁷⁶ Cuestión que resulta evidente, no tan sólo por la posibilidad prevista en el inciso final del artículo 232 del Código Procesal Penal de reclamar de una arbitraria formalización de la investigación sino que también a partir de la asignación de atribuciones que el Constituyente y el Legislador realizan respecto del ente persecutor. Ambos señalan que corresponde al Ministerio Público la investigación de los hechos que sean constitutivos de delito. No pudiendo, en consecuencia, desplegar actividad alguna respecto de hechos que no sean susceptibles de una mínima subsunción típica. Refuerza lo que venimos señalando la facultad de no inicio de la investigación. Excepción a la legalidad en la persecución penal pública que de conformidad al artículo 168 del Código Procesal Penal requiere que los hechos sobre los cuales se ejercerá esta facultad no sean constitutivos de delito o en aquellos casos en que la responsabilidad penal se encontrare extinguida.

⁷⁷ Gandulfo R. Eduardo. Ob.cit. p. 438

⁷⁸ Maier, Julio. Ob.cit. p. 559

⁷⁹ Gandulfo R. Eduardo. Ibid. p. 438

⁸⁰ Gandulfo R. Eduardo. Ibid. p. 438

⁸¹ Gandulfo R. Eduardo. Ibid. p. 438

El cumplimiento de este principio, demanda que se comunique al imputado “la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto”⁸² que se le atribuye.

Se infringe este principio en todos aquellos casos en que al imputado no se le informa, de manera alguna, por qué se le está investigando. El mismo efecto se genera en aquellas situaciones en que “sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado”⁸³ sin ninguna otra mención.

En nuestro proceso penal, la comunicación de los hechos que serán investigados, se realiza en la audiencia de formalización de la investigación. Es esta actuación, realizada en presencia del Juez de Garantía competente⁸⁴, erigido como garante de los derechos del imputado y con su comparecencia necesaria, la que circunscribe el objeto del proceso penal y le permite, tomar conocimiento de los hechos respecto de los cuales se le está investigando. Al respecto basta con recordar los alcances del principio de congruencia y la imposibilidad que afecta al ente persecutor de deducir acusación por hechos o imputados ajenos a la formalización de la investigación.

La comunicación de cargos tiene una relevancia fundamental en el proceso penal y no puede reemplazársele. “Con ella se materializa la decisión del persecutor penal, en representación del Estado, en orden a divulgar y delimitar la *posible* pretensión penal contenida en una futura acusación”.⁸⁵

No existe, dentro del proceso penal, una actuación equivalente a la formalización de la investigación. Ésta, “tiene fundamentalmente propósitos de

⁸² Maier, Julio. Ibid. p. 560

⁸³ Maier, Julio. Ibid. p. 560

⁸⁴ La participación del Juez de Garantía en la audiencia de formalización de la investigación está lejos de ser la de un mero espectador. Por el contrario, desde ese momento se erige como el garante de la observancia de los derechos del imputado. Adicionalmente, y por la relevancia que tiene la formalización en el proceso penal, el legislador obliga al Juez de garantía a cerciorarse de que el imputado a comprendido la imputación fáctica que se le atribuye.

⁸⁵ Salas Astrain, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, Etapa Intermedia y Procedimientos Especiales*. Santiago, Chile. Librotecnia. 2009. p. 38

garantía. En primer lugar, en cuanto permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación que, hasta ese momento, pudo haber sido mantenida en reserva”.⁸⁶ La formalización de la investigación tiene incluso consecuencias para el propio ente persecutor. “El fiscal queda limitado por los hechos incluidos en los cargos formulados, no pudiendo ampliarlos sorpresivamente en la acusación”.⁸⁷

Un binomio interesante existe en el proceso penal a propósito del principio en comento. Los órganos de la persecución penal están obligados a comunicarle al imputado cuáles son los hechos que, por ellos, están siendo investigados. Por su parte, el imputado, tiene el derecho a que se le informen los mismos. Repugna al sistema procesal vigente, el secreto y todo que pudiese vulnerar la publicidad.

2.6. Un proceso penal sin dilaciones indebidas

El proceso penal debe conciliar la consecución de sus fines con el pleno respeto a los derechos del imputado. El sujeto pasivo de la instrucción criminal, debe transitar por ella sin que los órganos encargados de su materialización perturben sus derechos. Por su parte, éstos deben desarrollar su labor, reconociendo y respetando siempre, su dignidad. Lo anterior resulta evidente antes de la sentencia definitiva, atendida la circunstancia que estamos en presencia de una persona inocente. La existencia de una sentencia condenatoria en nada cambia esta circunstancia. El respeto a los derechos individuales del condenado no afectados por la ejecución de la sentencia han de mantenerse incólumes. La condena penal, sólo debe extenderse a los derechos personales que ordena limitar, sin poder extenderse a otros⁸⁸.

⁸⁶ Duce J, Mauricio y Riego R, Cristián. Ibid. p. 220

⁸⁷ Duce J, Mauricio y Riego R, Cristián. Ibid. p. 220

⁸⁸ Al respecto, el artículo 2º del Decreto 518 del Ministerio de Justicia que aprueba el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, señala que “Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho Público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”.

No debe pensarse que los derechos del imputado sólo se ven afectados por la imposición de medidas cautelares o con la imposición de la sentencia condenatoria. “Uno de los problemas más importantes al que se enfrenta el derecho procesal penal en la actualidad es el de la duración del enjuiciamiento, lo cual equivale a la duración de la neutralización del principio de inocencia que, como es evidente, debería ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien el estado de inocencia, frente al hecho quede consolidado definitivamente por la clausura del proceso a favor del imputado y terminen las molestias judiciales o bien quede suprimido, también definitivamente, por la declaración firme de la necesidad y del deber de imponer una condenación al imputado”.⁸⁹

Las dilaciones en el proceso penal, no tan sólo afectan las garantías del imputado, sino que socavan la percepción de legitimidad de la sanción penal y el carácter simbólico que ésta tiene. El propio mensaje del Código Procesal Penal señala que “la extrema dilación y la estructura de los procedimientos, por otra parte, distancian a la infracción del castigo, privando a este último de sus funciones simbólicas y protectoras”. “Esta disfunción de los sistemas judiciales por el retraso en la conclusión de los procesos pone en crisis toda legitimación y todos los postulados del derecho procesal penal. En efecto, las graves restricciones de la libertad y todas las demás cargas y perjuicios que el proceso penal entraña para el inculpado –y que debe ser sufridas por él pues la ley impone a todo sospechoso el llamado deber de soportar el proceso- no puede ser mantenidas, sin lesionar de modo intolerable el principio de inocencia”.⁹⁰ No debe dejar de llamar la atención que “toda la estructura instrumental del proceso penal está pensada para actuar en términos relativamente rápidos y, si ello no se consigue la justificación de sus poderes de intervención en los derechos fundamentales, se deteriora y los daños que ocasiona se tornan irreparables”.⁹¹

Las críticas que se pueden formular a la dilación indebida del proceso penal no son novedosas. “Beccaria, en 1764, afirmó que *“el proceso mismo debe terminarse en*

⁸⁹ Pastor, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 4. : 51-76. 2004. p. 51

⁹⁰ Pastor, Daniel. *Ibid.* p 52.

⁹¹ Pastor, Daniel. *Ibid.* p 52.

*el más breve tiempo posible”, porque “cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil [...] más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el rigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia”.*⁹² Al respecto, y pese al alto grado de formalización que ostenta el Derecho penal en cuanto forma de control social, no hay que perder de vista que “tal vez el castigo sea una institución legal administrada por funcionarios del Estado, pero necesariamente está cimentada en patrones más amplios de conocimiento, sensibilidad y manera de actuar, y su legitimación y operación constantes dependen de estas bases y apoyos sociales”.⁹³

Por su relevancia, el principio en comento, ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos como una garantía del imputado. Éste tiene el derecho a que el proceso penal en el que se encuentra involucrado, no sufra dilaciones indebidas. Fecundos han sido los convenios internacionales en esta materia. Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana, en sus artículos 14 número 3-A y 7 número 5 respectivamente, “han dispuesto el derecho para todo individuo de exigir a los órganos estatales el deber de juzgar sin dilaciones indebidas dentro de un plazo razonable la cuestión penal”.⁹⁴ La cuestión no se ha quedado en la mera declaración normativa. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que pertenecer a la Convención *“implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*.”⁹⁵

El derecho del imputado a contar con un proceso penal sin dilaciones indebidas es una prerrogativa oponible a todos los órganos estatales intervinientes en el proceso

⁹² Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*. trad. De Francisco Tomás y Valiente. Madrid. 1982. pp.128 y s. Citado por Pastor, Daniel R. Op.cit p. 53

⁹³ Garland, David, *Castigo y Sociedad Moderna*. Un estudio de teoría social. Segunda Edición. México D.F. Siglo Veintiuno Editores. 2006 p 37.

⁹⁴ Gandulfo, Eduardo R. Op.cit. p 445.

⁹⁵ Caso “Velásquez Rodríguez”. sentencia de 29.7.1988. Citado por Pastor, Daniel R. Op.cit p. 61

penal. Es así como el legislador, al momento de fijar las reglas procesales, debe contener disposiciones que establezcan plazos para la actuación de los intervinientes y sanciones en caso que éstos expiren. Es precisamente esta consideración lo que hace que en nuestro proceso penal, por ejemplo, y desde sus momentos iniciales, se contemplan restricciones temporales al actuar de los órganos que intervienen en la instrucción criminal. Restringir el período de duración del control de identidad, limitar el período máximo dentro del cual el imputado debe ser puesto a disposición del Juez de Garantía en el caso que se decida controlar la legalidad de la detención, dentro de otras determinaciones, demuestran la adopción del principio en comento.

La fijación de plazos de prescripción, sean estos del delito o de la acción penal, no hacen más que fijar las reglas de competencia temporal para los Tribunales de Justicia. Sólo es legítima la actuación del Tribunal que se desarrolla antes que expire el plazo de prescripción. Cualquier conducta, que pretenda hacer efectiva una responsabilidad penal del imputado, fuera de este transcurso, deviene en ilegítima. “La institución de la prescripción de la acción penal, constitutiva de una causa de extinción de la responsabilidad penal, puede ser entendida como un compromiso del Estado de derecho. En la persecución penal, el Estado se somete a determinadas restricciones, que aquí revisten carácter cronológico. Transcurrido un período más o menos extenso, según cuál sea la gravedad del hecho punible correspondiente (manifestada en el marco penal respectivo), sin que la persecución penal se haya hecho, el Estado renuncia a ella. Y esto quiere decir: el Estado de derecho no mantiene indefinidamente abierta la contingencia de la punición”.⁹⁶

La obligatoriedad del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable debe, necesariamente, orientar la labor del Ministerio Público. Durante todas sus actuaciones, el ente persecutor ha de combinar eficiencia y rapidez para satisfacer su cometido de la manera más respetuosa con los derechos de quienes están siendo afectados por una investigación penal.⁹⁷ En ningún caso podrá ser un argumento válido

⁹⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo. Terror. Op.cit. p 209.

⁹⁷ De conformidad al artículo 6º de la ley número 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, “los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea

justificar el retardo en la investigación criminal en la carga de trabajo o en la ausencia de personal humano para dar una respuesta satisfactoria y oportuna al conflicto penal. En este sentido “si la dilación no es imputable a negligencia o dolo de los órganos del Estado sino a exceso de trabajo de éstos, los funcionarios no son responsables personalmente, mas no es suficiente título para hacer oponible a los ciudadanos la mencionada dilación”.⁹⁸ Lo anterior, en nuestro sistema de persecución penal, resulta evidente. En el artículo 96 del Código Penal encontramos una toma de postura al respecto. Según esta disposición, en el evento que el procedimiento se haya paralizado por tres años, la prescripción penal suspendida con su incoación, sigue su curso como si nunca se hubiese paralizado. De esta manera, la ausencia de diligencia en la tramitación del proceso penal, sólo beneficia al imputado ya que en el evento de verificarse esta paralización, el curso de la prescripción de la acción penal continuará su cómputo como si nunca se hubiese visto afectado de manera alguna.

La doctrina ha sido clara en señalar que la idea de un plazo en el que se deba llevar a cabo el juzgamiento en lo penal no importa un período de tiempo determinado previamente o; un lapso aplicable, por igual, a todos los procesos que se tramiten en un sistema procesal penal. La determinación acerca de si el plazo de duración del proceso ha sido excesivo, depende de una serie de factores, los cuales deberán ser analizados caso a caso. Dentro de los elementos que incide a este aspecto, se encuentra, por ejemplo, la mayor o menor complejidad del asunto.

Respecto a la consecuencia que conlleva la infracción a este principio, podemos señalar que “comprobada la irrazonabilidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada, desde el punto de vista material, penal o civil, o dar lugar a sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y sólo en casos extremos se justifica el sobreseimiento”.⁹⁹

administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones”.

⁹⁸ Gandulfo, Eduardo. Op.cit. p. 446

⁹⁹ Pastor, Daniel R. Op.cit. p. 60

En el Código Procesal Penal, no se contempla ninguna norma, en que de manera explícita, se reconozca al imputado un derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, y con la clara intención de dejar atrás traumáticas experiencias pasadas¹⁰⁰, de manera implícita, se establecen una serie de normas que restringen, temporalmente, las actividades propias de los órganos encargados de la persecución criminal y que se orientan en la dirección de reconocer, en el proceso penal chileno, un derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. El hecho que el legislador haya fijado un plazo máximo de duración de la investigación penal, el cual incluso puede ser reducido a través de una decisión jurisdiccional, se explica a partir de la consecución de este objetivo. Como una manera de reforzar esta aspiración de nuestro legislador, el plazo de duración de la investigación se formula bajo apercibimiento de clausurar, definitivamente, la investigación ante omisiones o retardos imputables al Ministerio Público.¹⁰¹ Lo anterior resulta válido frente a cualquier investigación dirigida por el Ministerio Público. Es evidente que aquella que ha sido formalizada cuenta con un plazo establecido por la ley o el Juez, tras el cual el ente persecutor debe manifestar si continúa o no con la investigación. Pero aquella investigación que se encuentra en una etapa desformalizada también está afectada por un plazo de duración máxima. En este caso, es el plazo de prescripción de la acción penal el que restringe, temporalmente, la actividad del Ministerio Público. En ningún

¹⁰⁰ Bajo el imperio del Código de Procedimiento Penal, “entre los años 1998 y 2001, en los cuales, en promedio, el 51% de los procesos judiciales tuvo una duración entre 6 meses y 2 años; luego sólo el 31% duró menos de 6 meses; el 15% demoró entre los 2 y 5 años; y, finalmente, el 3% tuvo un tiempo de duración superior a los 5 años”, en Salinero Echeverría, Sebastián. ¿Por qué aumenta la población penal en Chile?. Un estudio criminológico longitudinal. *Ius et Praxis*. Vol 18. N° 1. : 113-150. 2012

¹⁰¹ Sólo dentro de esta lógica se comprenden las consecuencias procesales asignadas por el legislador a las dilaciones indebidas en las que pueda incurrir el ente persecutor. De conformidad al artículo 247 del Código Procesal Penal, si el Ministerio Público no cierra la investigación, habiendo sido apercibido a ello, el Tribunal dispondrá el sobreseimiento definitivo de los hechos. Igual situación ocurre, si transcurrido el plazo de 10 días computados desde el cierre de la investigación, no ha comunicado al Tribunal su intención de solicitar el sobreseimiento, definitivo o temporal de los hechos; deducir acusación o; comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento. En ninguno de estos casos se analiza el fondo del asunto. El sobreseimiento definitivo es la consecuencia de asignarle un valor, digno de protección, a la eficiencia en el proceso penal y reconocer que la mera vigencia de un proceso penal, perturba los derechos del imputado. Cuestión que no puede prolongarse indefinidamente.

caso, y bajo ningún pretexto, el Ministerio Público puede investigar respecto de algún delito en el que se ha verificado el plazo de prescripción fijado por el legislador¹⁰².

3. Consideraciones normativas

3.1. Los efectos de la formalización de la investigación

La formalización de la investigación es una de las actuaciones más relevantes dentro del proceso penal. Se ha señalado que “es la concreción de la facultad genérica otorgada al Ministerio Público que resulta de los artículos 83 de la Constitución, 1º de la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y 77”¹⁰³ del Código Procesal Penal. La podemos definir¹⁰⁴ como una “actuación unilateral, exclusiva y soberana del fiscal, que cumple una función esencialmente garantista, que consiste en informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra”.¹⁰⁵

¹⁰² Lo anterior es sin perjuicio de reconocer la existencia de algunos delitos, que por su gravedad no se encuentran sometidos a reglas de prescripción. Así lo reconoce, por ejemplo, el inciso final del artículo 250 del Código Procesal Penal, en cuanto impide que respecto de los delitos calificados como imprescriptibles, se decrete el sobreseimiento definitivo atendido al mero transcurso del tiempo. En nuestro sistema, y tras la entrada en vigencia de la ley número 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, se declara como imprescriptibles tanto la acción penal como la pena respecto de estos delitos. Acerca de la justificación del tratamiento diferencial de este tipo de infracciones, véase Mañalich Raffo, Juan Pablo. Terror. Op.cit. p. 76.

¹⁰³ Salas Astrain, Jaime. Op.cit. p. 37

¹⁰⁴ Hacemos presente que el artículo 229 del Código Procesal Penal define a la formalización de la investigación. El concepto que utilizaremos no se aparta de los elementos legales sino que explicita y acentúa consecuencias y/o características que el legislador asocia a la formalización a lo largo de la regulación del proceso penal.

¹⁰⁵ Cerda San Martín, Rodrigo. *Manual del Sistema de Justicia Penal*. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. 2009. p. 202

Mediante ella, el objeto del proceso penal es circunscrito. Se advierte al imputado, qué hechos se investigarán y qué grado de responsabilidad se le atribuye en ellos, sin que el ente persecutor pueda sorprenderlo, respecto de lo primero o de lo segundo, con posterioridad. La formalización de la investigación “cumple una función eminentemente garantista, pues por medio de ella se informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica”.¹⁰⁶

La formalización de la investigación genera efectos en todos los intervinientes del proceso penal. Respecto del Tribunal, se ha señalado que “sólo una vez reclamada la intervención del juez de Garantía por el Ministerio Público a través de la formalización de la investigación nace la jurisdicción del tribunal”.¹⁰⁷ Respecto de la víctima, en aquellos casos en que se cumplan los requisitos, puede situar sus intereses privados por sobre el interés público afectado por la comisión del delito, y someter, el término del proceso, a la satisfacción de aquél por sobre éste. Lo anterior a través de la suscripción de un acuerdo reparatorio. En relación al imputado, la formalización de la investigación le concede un status en que la protección de sus derechos es más expedita y de reclamación inmediata frente al Tribunal correspondiente¹⁰⁸.

En lo relativo al objeto del presente trabajo, el Código Procesal Penal ha establecido, en la letra a) de su artículo 233, que la formalización de la investigación “suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”. Por su parte, la norma sustantiva referida dispone que: “Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere

¹⁰⁶ Salas Astrain, Jaime. Ibid. p. 38

¹⁰⁷ Salas Astrain, Jaime. Ibid. p. 40

¹⁰⁸ Debe tenerse presente que ha quedado descartada aquella opinión que fijaba a la formalización de la investigación como la actuación que concedía el carácter de imputado. El claro tenor literal del artículo 7º del Código Procesal Penal permite afirmar que la referida calidad procesal y el ejercicio de los derechos que a ese status corresponden, provienen de comportamientos procesales previos, los cuales pueden incluso, no relacionarse con actuaciones judiciales.

interrumpido”. De las referidas normas se deduce que, “el supuesto operativo viene constituido copulativamente por: que se haya incoado una investigación; que ésta sea en contra de una persona determinada; y que se haya informado oficialmente de los cargos a esa persona. La consecuencia normativa es: la suspensión de la prescripción de la acción penal”.¹⁰⁹

Sólo desde la formalización de la investigación el procedimiento se dirige en contra de una persona. Atendido que el Ministerio Público decide la oportunidad en que se formaliza una investigación, es el ente persecutor quien decide en contra de quien se dirige el procedimiento penal. De una manera coherente, el legislador entrega al ente persecutor la herramienta, cuyo ejercicio es discrecional, para suspender el curso de la prescripción de la acción penal.

Las normas adjetivas y sustantivas a las que hemos hecho mención, guardan, entre sí y en relación al sistema procesal penal vigente, una perfecta armonía. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la estructuración y diseño del sistema procesal penal, supone que el Ministerio Público tiene un rol protagónico, monopólico, exclusivo y excluyente en lo relativo a la dirección de la investigación penal. No existe interviniente alguno que pueda realizar las funciones que el legislador le ha concedido. De hecho, la opinión oficial del ente persecutor a este respecto, es coincidente con lo señalado por el legislador.¹¹⁰

¹⁰⁹ Gandulfo Ramírez, Eduardo. El Inicio de la Prescripción de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: Un Nuevo Modelo. *Revista Procesal Penal*. N° 49. :7-37. p. 9

¹¹⁰ La primera regulación que existió el respecto fue el oficio número 456 de 19 de octubre de 2001 de la Fiscalía Nacional. A este respecto, el Sr. Fiscal Nacional manifiesta que “La sola presentación de la querrela no constituye una forma de actuación directa, imputable a los órganos del Estado, que produzca el desequilibrio necesario entre persecución y olvido a favor de la primera”. La segunda oportunidad en que la Fiscalía Nacional se ha manifestado al respecto es en el oficio número 60 de 30 de enero de 2009. En él, se pretenden regular una serie de aspectos relativos a actuaciones en materia de delitos económicos. A este aspecto, y a propósito del giro doloso de cheques, señala que la suspensión de la prescripción se produce con la formalización de la investigación, sin dejar de reconocer la existencia de una tendencia jurisprudencial a reconocer el mismo efecto a la interposición de la querrela.

A partir de la opción legislativa, resulta evidente la diferencia entre dirigir un procedimiento en contra de una persona e iniciar una instrucción criminal en su contra. Lo primero le corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público. Lo segundo puede ocurrir por la intervención de cualquiera de los otros intervinientes, a través de una denuncia o una querrela. Confundir estos conceptos no se corresponde con el sistema procesal penal de inspiración acusatoria que nos rige en este momento. La errada práctica de los intervinientes del proceso penal que se denuncian en el presente, encuentran su fundamento en el padecimiento de una confusión conceptual. En la medida que siga teniendo lugar este comportamiento jurisprudencial, lo que se está haciendo es derogar tácitamente una disposición establecida en beneficio del imputado y reemplazándola por una práctica ambigua que da pie a la arbitrariedad judicial.

3.1.2. Exigencias de la formalización

Pese a su aparente claridad, la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal, nos enfrenta a una serie de dificultades interpretativas complementarias a las que se pretenden resolver en el presente. Estas complejidades hermenéuticas, no tan sólo se encuentran vinculadas a las consecuencias jurídicas atribuidas a una actuación procesal, sino que, de manera adicional, a qué es lo que debe tener lugar, como antecedente, para que se produzca, como consecuencia, los efectos previstos por el legislador. Nos estamos preguntando, en esta oportunidad, acerca de qué es lo que debe acaecer para que se suspenda el cómputo del plazo de la acción penal, más allá de la interrogante de si ese hito procesal es portador de una exclusividad desencadenante en la consecuencia procesal ya señalada o; por el contrario, los mismos efectos pueden tener lugar con ocasión de otros sucesos.

Si es que la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal se produce como consecuencia de haber tenido lugar una formalización de la investigación, resulta necesario tener claro cuándo tiene lugar aquello. Se satisface la exigencia planteada por el legislador con la mera solicitud que presenta el Ministerio Público ante el Juzgado de Garantía correspondiente para los efectos que cite a los intervinientes a una audiencia en la que le serán comunicados los cargos al imputado; debe haber intervenido el órgano jurisdiccional correspondiente, haber fijado una audiencia y encontrarse esta fecha notificada al imputado o; por último, debe habersele comunicado los hechos materia de la instrucción al imputado en una audiencia pública citada al efecto y que es llevada a cabo ante el Tribunal competente¹¹¹.

¹¹¹ Al respecto debe tenerse presente el oficio 456 de 19 de octubre del año 2001 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en el que se indicaba que el requisito legal se encontraba satisfecho con la mera solicitud de formalización de la investigación realizada por el ente persecutor. Como elemento fundante de su posición se encontraba la consideración de que de otra manera, la suspensión de la prescripción de la acción penal quedaría entregada al arbitrio del imputado, ya que en la medida que eluda los llamamientos que efectúen los Tribunales de Justicia a la audiencia respectiva, se podría granjear, por sus propios medios, una vía hacia la impunidad.

A nuestro juicio, una investigación se entiende formalizada sólo cuando el imputado conoce de los cargos materia de la imputación en una audiencia en la que el Tribunal interviene en la supervigilancia de sus derechos procesales. Creemos que no debe olvidarse que:

1.- La Formalización de la investigación corresponde a un concepto definido legalmente. Según el artículo 229 del Código Procesal Penal, corresponde a “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”. De acuerdo a su propia definición legal, sólo nos encontramos frente a una formalización de la investigación cuando son comunicados los cargos objeto de la investigación respectiva ante el correspondiente Tribunal. Las actuaciones procesales que preceden a esta información, como la presentación de la solicitud respectiva, la providencia judicial recaída en ella, por mencionar algunas, no son constitutivas de formalización alguna. De acuerdo a las normas de interpretación legal¹¹², en todos aquellos casos en que el legislador ha procedido a definir un término, debe estarse a él. Según lo señalado, no resulta lícito para el operador del sistema penal, desconocer una definición legal.

2.- Si un precepto legal admite diversas interpretaciones, debe optarse por aquella que sea más favorable para el imputado. Entre las posibilidades en disputa a este respecto, sin duda aquella que brinda mayor beneficio para el imputado es aquella que entiende que sólo se ha formalizado una investigación cuando se han comunicado los cargos en una audiencia, descartando cualquier actuación procesal previa o distinta.

¹¹² Según el artículo 20 del Código Civil, “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Incluso en el evento de tolerar una interpretación analógica, deben buscarse actuaciones procesales semejantes. En este caso, todo aquello que tiene lugar antes de la audiencia de formalización de la investigación, se encuentra en una relación deficitaria en lo que se refiere a los derechos de información del imputado. Ni el escrito contenedor de la solicitud o, la resolución en el recaída ni su posterior notificación, se acercan siquiera a informar al imputado acerca de los hechos por los cuales está siendo investigado. Lo anterior máxime si se observa en la práctica judicial, que el escrito presentado por el ente persecutor en el que solicita se fije una audiencia de formalización de la investigación, en la generalidad de los casos no contiene relato fáctico alguno y sólo se limita a efectuar una indicación de las normas legales que serían aplicables a la especie según el parecer del Ministerio Público.

3.- Por último, el argumento esgrimido por el Ministerio Público en orden a que los efectos asignados a la formalización se pueden desencadenar con la mera presentación del escrito no resulta válido. Lo anterior porque la apreciación de que una posición contraria permitiría al imputado obtener la impunidad mediante actuaciones elusivas para con los Tribunales de Justicia, desconoce que los plazos de prescripción del delito son lo suficientemente extensos como para permitir desarrollar todas aquellas diligencias necesarias para ubicar a un imputado rebelde. Si es que durante la vigencia del plazo, el ente persecutor nada hizo, no es posible perdonar la desidia fiscal con cargo a los derechos del imputado.

No debe olvidarse, además, que el Ministerio Público cuenta con toda una infraestructura puesta a su disposición para el logro de las finalidades que le fueron asignadas. Resulta indefendible que contando con los medios necesarios para que lleve adelante su misión, se desarrollen líneas jurisprudenciales que validen actuaciones deficientes. Sobre todo si es que se perjudica al imputado desobedeciendo un texto legal expreso.

3.2. Uniformidad sistemática-normativa

Con este nombre hemos querido hacer referencia a una serie de disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal que son coincidentes con los efectos que de manera expresa ha atribuido a la formalización de la investigación en la suspensión de la prescripción de la acción penal y que impiden estimar que otras actuaciones procesales produzcan efectos idénticos. Las disposiciones a las que haremos referencia en los apartados siguientes, proporcionan un adecuado soporte a la tesis planteada acá.

3.2.1. Formas de inicio del procedimiento

Según lo dispone el artículo 172 del Código Procesal Penal, “la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela”. Dentro de las formas posibles de iniciar una investigación no se encuentra la formalización de la investigación. De hecho, para que exista una formalización de la investigación, la instrucción criminal deberá haber sido iniciada previamente por alguna de las formas previstas por el legislador. Existe, desde este punto de vista, una necesidad cronológica. Para que exista formalización debe existir alguna cualquiera de las formas de inicio del procedimiento penal. Por lo anterior no debe equipararse la formulación de cargos con las formas de inicio de la investigación. Existe un evidente divorcio entre éstas y aquellas. No siempre que exista una investigación en curso, estaremos en presencia de una formalización de la investigación. Consecuente con esto, en la regulación de las formas de inicio de procedimiento penal, no se asocian a éstas las consecuencias de aquella. Lo anterior resulta evidente, teniendo en consideración que no existe equivalencia entre los intervinientes del proceso penal. Las labores que le competen al Ministerio Público no pueden ser suplidas por algún otro interviniente.

Si cronológicamente la formalización de la investigación supone que haya operado alguna de las formas de inicio de la investigación; y tenemos en consideración que el legislador ha establecido que la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción de la acción penal, quiere decir que el cómputo de la prescripción sólo se ve afectada por la formalización de la investigación. No teniendo este efecto, ninguna de las formas de inicio del procedimiento. Cualquier interpretación contraria a lo señalado hasta acá “obliga al juez dejar siempre sin aplicación norma expresa legal, vigente y especial en la materia”.¹¹³

Podría existir un cuestionamiento acerca de si es posible conceder a la querrela o a la denuncia interpuesta por la víctima, un efecto suspensivo de la prescripción de la acción penal. La respuesta debe ser, necesariamente, negativa. En primer lugar una distinta a la planteada supone una confusión entre la prescripción civil y aquella que rige las materias penales. La primera se constituye como una sanción al actor que se muestra negligente con sus propios intereses y no realiza actos concluyentes en aras de su consecución. La prescripción penal, por su parte, “se basa en una limitación del poder punitivo del Estado, no del querellante particular. Las razones de la prescripción obedecen solamente a una garantía de la libertad personal y a la certeza jurídica y la seguridad individual”.¹¹⁴ Frente a la comisión de un delito, el Estado asume la obligación de investigar, juzgar y castigar a sus responsables. Para dar cumplimiento a su cometido, ha establecido un plazo. Un período de tiempo en el que puede afectar, de manera legítima, los derechos de los ciudadanos que se encuentran siendo investigados. Período de tiempo restringido para así respetar la certeza jurídica y los derechos individuales. El paso del tiempo tiene un efecto estabilizador de las relaciones jurídicas. En lo que se refiere al infractor de la ley penal, éste tiene el derecho a que el transcurso del tiempo y la inactividad de los órganos encargados de la instrucción criminal se traduzcan en su impunidad. La afectación de los derechos del imputado requiere siempre de una autorización legal. Aun cuando estemos en presencia de un querellante sumamente diligente, nunca podrá satisfacer las obligaciones que le competen al Estado. De acuerdo a esa consideración fue que el

¹¹³ Gandulfo R, Eduardo. Ibid. p. 49

¹¹⁴ Gandulfo R, Eduardo. Ibid. p. 50

legislador concede, precisamente al ente persecutor y a ningún otro interviniente, la herramienta suficiente para suspender el curso de la prescripción de la acción penal.

De acuerdo a lo expuesto en los apartados precedentes, la investigación que no ha sido formalizada no suspende el plazo de prescripción de la acción penal. “Como lo ha reconocido la Fiscalía Nacional: La investigación preliminar que no ha sido formalizada, no tiene plazo de duración y podrá prolongarse por todo el tiempo que sea necesario, a menos que el fiscal aprecie que si no formaliza la investigación corre el riesgo de que la prescripción de la acción penal extinga la responsabilidad penal por el posible delito cometido. En cambio, si el fiscal decide formalizar la investigación, se suspenderá la prescripción de la acción penal conforme lo establece”¹¹⁵ la letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal.

3.2.2. Plazo de duración de la instrucción

El legislador ha establecido que la instrucción criminal no se puede extender de manera indefinida. Por el contrario, ha fijado un plazo de duración. Resulta inadmisibles la prolongación de la instrucción criminal más allá de estos márgenes. Para limitar temporalmente a los encargados de la investigación penal, el legislador ha dispuesto que desde la formalización de la investigación, la instrucción criminal no puede extenderse por un plazo mayor a los dos años o al inferior que ha fijado el juez¹¹⁶. Queda claro, que el hito que da inicio al cómputo del plazo es la formalización de la investigación.

¹¹⁵ Gandulfo R, Pedro. Op. cit. p. 55

¹¹⁶ La aspiración legislativa de restringir temporalmente la duración del proceso penal, se puede apreciar en distintas disposiciones. Al respecto podemos mencionar el artículo 260 del Código Procesal Penal, que fija un plazo máximo en el que debe llevarse a cabo la audiencia de preparación de juicio oral desde la presentación de la acusación; o los artículos 343 y 344 en los que se indican, bajo amenaza de generar la nulidad del juicio, los plazos máximos con los que cuentan los Tribunales Orales en lo Penal para comunicar su decisión de absolución o condena y la redacción de la sentencia respectivamente.

Si consideramos que otras actuaciones procesales pueden ser idóneas para generar los mismos efectos que el legislador le ha concedido a la comunicación de cargos, se producen distorsiones que pueden generar la violación de los derechos del imputado. En efecto “se rompe el sistema de equilibrios creado por el legislador, y logra generar un salto o vacío en la protección de la seguridad y la libertad constitucional. En efecto, habría un tiempo en donde habría persecución punitiva, y suspensión de la prescripción, pero no necesariamente protección o límite ante la incertidumbre provocada por la persecución, volviendo así a repetir en parte la misma situación del antiguo proceso inquisitivo”.¹¹⁷ El legislador ha valorado el que el proceso penal no sea excesivamente prolongado en el tiempo. Es constitutivo de un fraude a la ley el hecho de asociar a actos procesales distintos de la formalización sus efectos. Lo anterior porque autoriza al Ministerio Público ha tramitar investigaciones indeterminadas, contraviniendo el espíritu de la nueva legislación. Si el fiscal no desea formalizar una investigación, debe asumir el riesgo de que la responsabilidad penal del imputado se extinga por el transcurso del tiempo.

3.2.3. Control judicial previo a la formalización

Pese a que el proceso penal encarna el interés público asociado al castigo por la comisión de conductas constitutivas de delito, se contemplan en él una serie de disposiciones que permiten que los particulares intervengan. Estas normas le conceden la facultad para que pretensiones privadas de la víctima sean satisfechas en el proceso penal. Dentro de estas disposiciones destaca el artículo 186 del Código Procesal Penal. En virtud de él, “cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”. La anterior disposición permite a cualquier interviniente, que se vea afectado por la

¹¹⁷ Gandulfo R, Pedro. Op.cit. p. 56.

desformalizada investigación que lleva adelante el Ministerio Público, incitar la intervención judicial para poner término a esta situación lesiva para sus intereses. La anterior disposición se explica atendido que el legislador ha vinculado, de manera privativa, a la formalización de la investigación, una serie de consecuencias, dentro de las que se encuentra la suspensión de la prescripción de la acción penal. Existe, en consecuencia, una herramienta legal para corregir las consecuencias adversas a los intereses de los intervinientes y que emanan de la inactividad del ente persecutor.

3.2.4. Comunicación de no perseverar

Según lo dispone el artículo 248 del Código Procesal Penal, una vez agotada la investigación y dentro del plazo de 10 días contados a partir del cierre de la investigación, el Ministerio Público deberá comunicar si decide: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de los hechos; formula acusación en contra del imputado o; comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento. En el caso que se incline por esta última opción, el legislador ha señalado que quedará sin efecto la formalización de la investigación, se autorizará al juez a revocar las medidas cautelares que se hubieren decretado, y *la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido*. Más allá del error legislativo¹¹⁸, queda clara la unidad del sistema procesal penal. No se señala que queden sin efecto la querrela o denuncia interpuesta. De manera expresa, y en consonancia con la asignación de efectos, se determina la desaparición de la formalización de la investigación. Lo anterior responde a una lógica elemental. Si la formalización suspende el curso de la prescripción, el cómputo del término para que se extinga la responsabilidad criminal, supone, de manera necesaria, que la comunicación de cargos se tenga como nunca efectuada.

¹¹⁸ La disposición tendría que haber señalado suspendido. La interrupción de la prescripción se encuentra asociada a la comisión de un nuevo crimen o simple delito.

3.2.5. Adecuada relación entre el Código Penal y el Código Procesal Penal

La letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal, establece que la suspensión de la prescripción de la acción penal subsecuente a la formalización de la investigación, se producirá de conformidad al artículo 96 del Código Penal. A partir de esta referencia, se han querido mantener vigentes teorías antiguas acerca de la suspensión de la prescripción. Teorías que amplían el espectro de actuaciones procesales que suspenden el curso de la prescripción de la acción penal. A nuestro juicio la referencia normativa no ha de ser entendida en ese sentido. Lo anterior no tan sólo porque la norma del Código Procesal Penal mantiene una relación de especialidad con la norma sustantiva, lo que incide en que tenga una aplicación preferente. Sino que además, porque no es coincidente con el sistema procesal penal vigente, el atribuirle a actuaciones de los particulares efectos que el legislador ha restringido a comportamientos de los órganos estatales.

La referencia efectuada por la norma procesal a la sustantiva, sólo tiene por objeto circunscribir los posibles sentidos asignables a la expresión “desde que el procedimiento se dirija en su contra”. Resulta posible, de manera adicional, indicar que la otra relación que debe existir entre las dos normas es que todos los aspectos que no se encuentran regulados en las disposiciones procesales deben ser resueltos de acuerdo a lo que el Código Penal señala. Por ejemplo qué evento determina la reanudación del cómputo del plazo de prescripción¹¹⁹, o qué sucede si la instrucción criminal se extiende por un tiempo determinado o ésta termina sin condenar al imputado, cuestiones todas que sólo encuentran regulación en el Código Penal¹²⁰.

¹¹⁹ Según el artículo 96 del Código Penal, en aquellos casos que el procedimiento se paraliza por más de tres años o se termina sin condenarle, se entiende que el cómputo del plazo de prescripción nunca ha sido suspendido.

¹²⁰ También estimamos que el artículo 96 del Código Penal debe ser aplicado en todos aquellos supuestos procesales en los que la institución de la formalización no existe. Cuestión que existe, por ejemplo, a propósito del procedimiento de acción penal privada o de aquél que es tramitado conforme a las reglas del procedimiento simplificado. En todos estos casos, estimamos que debe buscarse aquella actuación procesal más parecida, en cuanto a sus proyecciones de publicidad, información e intervención del órgano jurisdiccional, que la formalización de la investigación.

El legislador procesal penal ha solucionado una disputa interpretativa que existía en el antiguo sistema de administración de justicia en lo criminal. Frente a lo débil que se encontraba la certeza jurídica en el antiguo sistema, atendido que no existía uniformidad en la doctrina acerca del hecho que ponía en suspenso el cómputo de la prescripción de la acción penal, el legislador ha optado por solucionar el sistema mediante el cierre de las hipótesis que generan la suspensión de la prescripción. “¿Podría haber tomado el Legislador otras opciones? Sí. ¿Las tomó? No. Que el intérprete judicial cambie una decisión política, transforma al juez en un interventor político, y que en este caso, a más, no lo hace para favorecer una garantía constitucional”.¹²¹

La solución jurisprudencial cuestionada en el presente, además de los defectos a los que, en parte hemos aludido, violenta una cuestión de distribución de los poderes del Estado y de las atribuciones que a cada uno de ellos le corresponde. En este sentido, “En un sistema democrático, al legislador se le reconoce supremacía por sobre los demás poderes, por ser quien detenta la representación más directa del pueblo como titular del poder del Estado. En consecuencia, sólo él puede decidir sobre la limitación de la libertad individual”¹²².

La regulación legal del comportamiento posible por parte de las agencias de la represión de los hechos que son constitutivos de delito, es una garantía para todos los ciudadanos. “Sobre la base de un concepto democrático de ley, entendida como representación de la voluntad popular, el principio se erige como garantía política de que el ciudadano no se verá sometido, por parte del poder Ejecutivo o Judicial, a penas que no sean expresión de esa voluntad popular”.¹²³

¹²¹ Gandulfo R, Eduardo. Op.cit. p. 61

¹²² Ossandón Widow, Magdalena. La Formulación de Tipos Penales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009. p. 362.

¹²³ Ossandón Widow, Magdalena. Op.Cit. p. 488.

4. Interpretación de la ley

La aplicación de la ley conlleva el desafío de su interpretación. Siempre que se pretenda transitar desde la descripción general y abstracta contenida en un texto legal al caso concreto y particular acaecido en la realidad, ha de llevarse a cabo un proceso intelectual tendiente a determinar el sentido y alcance de la disposición aplicable. Las reglas, principios y limitaciones aplicables a la interpretación, dependen de la parte del ordenamiento jurídico al que pertenece el objeto de la actividad exegética. Quien, por ejemplo, debe interpretar una disposición propia del derecho privado cuenta con un ámbito de actuación más amplio, y por ende con una menor restricción, que quien quiere hacer lo mismo pero respecto de una disposición perteneciente al Derecho público, donde los contornos de la actividad resultan más visibles.

Las particularidades antes referidas, se aprecian de manera nítida a propósito de la interpretación de la ley penal, sea esta sustantiva o adjetiva. Al tratarse de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, se prevén estrictas reglas que buscan reducir la discrecionalidad del órgano llamado a llevar a cabo esta actividad y propender a la seguridad jurídica, entendiendo a esta última expresión como cierta capacidad de predecir, con algún grado de certeza, cual será la respuesta que brindará el órgano jurisdiccional al resolver el conflicto sometido a su conocimiento.

El momento de aplicación de la ley es el que engendra mayores riesgos para la aspiración de certidumbre ínsita en las reglas de interpretación. De nada sirve, contar con claros textos legales, si el órgano llamado a su aplicación no reconoce restricción alguna al momento de obedecer el mandato contenido en la manifestación de la voluntad soberana.

De los distintos tipos de interpretación existentes y que han sido reconocidas por la doctrina, solo aquella que es estricta satisface las exigencias de seguridad jurídica antes mencionada. Aquella interpretación que amplía el sentido de una disposición permite el surgimiento de la arbitrariedad judicial y, a través de ella, la

vulneración de los derechos de quienes se encuentran sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional. En aquellos sistemas donde tiene lugar una estricta interpretación de la normativa penal, es posible vislumbrar dos proyecciones sistémicas. Por una parte, se tiene claridad respecto de cuál es el legítimo ámbito de actuaciones de cada una de las agencias intervinientes en la represión de los hechos constitutivos de delito, pudiendo saber *ex ante* qué actuaciones pueden ser calificadas como legítimas y cuáles no. Por otra parte, todos quienes son obligados por ella o aquellos que se encuentran sometidos a un proceso criminal, cuentan con un ámbito de libertad infranqueable. Este último se erige como una prerrogativa de exclusión respecto de los organismos públicos vinculados con el ejercicio del *ius puniendi*. Fácil resulta apreciar la directa relación existente entre la forma en que se lleva a cabo la interpretación de la norma penal con las consecuencias antes señaladas. En la medida que sea tolerada una interpretación amplia, que no se encuentre anclada con la norma, los organismos públicos contarán con posibilidades de comportamiento más amplios en perjuicio del ciudadano, quien, por su parte, verá reducido su ámbito de actuación.

A propósito de la interpretación, de su ligazón con la norma y con el carácter estricto que ha de tener, se ha reconocido una excepción. Se permite que el rigor de las restricciones interpretativas sea reducido, o incluso eliminadas, en aquellos casos en que el sujeto pasivo de la instrucción criminal se vea beneficiado. La demostración más evidente deviene con el reconocimiento, doctrinario y jurisprudencial, de la posibilidad de satisfacer vacíos legales mediante la analogía *in bonam partem*¹²⁴. Principios tan relevantes como el de reserva legal puede desconocerse si con ello se logra una reacción más benigna para el imputado.

Como consecuencia evidente de lo señalado precedentemente, debemos apuntar que en todos aquellos casos en que respecto de una disposición sea posible identificar varios sentidos posibles, se ha de preferir aquél que brinde un tratamiento beneficioso para los intereses del reo, descartando aquel que le perjudique.

¹²⁴ Al respecto, Cfr., Cury, Enrique, Op. cit. p 202, quien señala que: "Sólo se prohíbe la integración mediante analogía cuando se la emplea *en perjuicio del reo (analogía malam partem)*, pero que es lícito acudir a ella en beneficio del autor (*analogía bonam partem*)". Destacado se encuentra en el original.

En relación a las disposiciones comprometidas con el conflicto planteado en el presente trabajo, la norma procesal y su aplicación, no suponen controversia alguna. Las dudas afectan a la norma sustantiva. El punto central del asunto radica en determinar qué es lo que debemos entender con la expresión empleada en el artículo 96 del Código Penal. Es necesario dilucidar, a partir de la verificación de qué actuación procesal debemos entender que el procedimiento se ha dirigido en contra del imputado y se ha suspendido, consecuentemente, el curso de la prescripción de la acción penal.

Tratándose de la norma procesal no existen interrogantes. Su claro tenor literal impide el surgimiento de cualquier duda que se pudiese albergar respecto de sus presupuestos operativos.¹²⁵

De los sentidos atribuibles al artículo 96 del Código Penal, algunos identifican la dirección del procedimiento y sus efectos con las formas de inicio del proceso penal. Siempre que ocurra alguna cualquiera de éstas, surge el impedimento procesal para la prosecución del cómputo de la prescripción iniciada con la verificación del injusto culpable. Enfrentándose a esta significado, nos encontramos con la opinión desarrollada en el presente y que vincula la suspensión de la prescripción única y exclusivamente con la comunicación de cargos que se realiza en la audiencia de formalización de la investigación.

¹²⁵ Debemos reconocer, sin embargo que ha existido cierta discusión respecto de si los efectos que atribuye el legislador a la formalización de la investigación ocurren cuando se produce la comunicación de cargos ante el Tribunal correspondiente o, por el contrario, es posible la verificación de aquellos resultados mediante actuaciones previas pero que se encuentran relacionadas. Las dudas han sido planteadas en orden a determinar si la mera presentación ante el Tribunal correspondiente pudiese suspender el curso de la prescripción penal. El Ministerio Público ha dado a conocer su opinión afirmativa a través del Instructivo de su Fiscalía Nacional, número 456 del año 2001. Sin embargo creemos que la decisión del ente persecutor es errada. No hay que olvidar que la formalización de la investigación, en cuanto concepto, ha recibido una sanción legislativa. Ésta se identifica con el acto de comunicación de cargos en presencia del organismo jurisdiccional correspondiente. En la medida que ello solo ocurre frente a un Tribunal, al que comparece el imputado a oír la imputación táctica que se le efectúa, no puede ampliarse, en su perjuicio, la opción adoptada por el legislador.

Si contrastamos las dos acepciones, nos resulta fácil vislumbrar las ganancias que obtiene el imputado con uno de ellas. En la medida que sólo la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción de la acción penal, el imputado cuenta con una certeza. Sin perjuicio que la doctrina y la jurisprudencia ya se ha decantado en asumir que la calidad de imputado, y los derechos asociados a esta calidad procesal, se adquiere desde actos previos a la formalización de la investigación, a partir de ésta ya no quedan dudas de que el sujeto pasivo del actuar estatal cuenta con una serie de prerrogativas que oponer y hacer valer ante el órgano jurisdiccional y que son tuteladas por éste.

Lo anterior no ocurre si se da aplicación a aquella postura que amplía el catálogo de actuaciones procesales suspensivas de la prescripción y las asocia con los mecanismos para incoar un proceso criminal. Ello, sobre todo si ninguna de éstas conllevan requisitos de publicidad o de comunicación para con el imputado¹²⁶. Aquellas investigaciones criminales que han sido iniciadas de oficio por el Ministerio Público, o a través de la interposición de una denuncia o querrela, no reconocen como requisito de validez la notificación del imputado de las actuaciones inaugurales del proceso.

Si es que el sistema jurídico aspira a privilegiar aquellas asignaciones de sentido benignas para el imputado, desestimando aquellas que le resultan más gravosas, no queda otro camino que descartar la amplitud concedido al artículo 96 y clausurar el debate a favor de la toma de postura realizada por el legislador procesal penal. Sobre todo porque en la medida que la norma sustantiva no indica que las formas de inicio del procedimiento criminal suspenden el curso de la prescripción penal, se está satisfaciendo un vacío legal a través de una analogía perjudicial para el imputado. Vacío que, por lo demás, resulta inexistente al contar con una norma que de manera expresa resuelve el asunto.

¹²⁶ En este sentido, dentro de los requisitos de la querrela no encontramos exigencias relativas a su notificación o a actos de publicidad semejantes. De hecho, puede ser que un proceso penal, iniciado por su intermedio, sea desconocido para el imputado, sin adolecer de algún tipo de vicio que acarrea su nulidad.

Ha de preferirse la norma, o su sentido, más preciso en desmedro de aquella que es más amplia. A través de esta elección se fortalecen los derechos de los ciudadanos. La certidumbre contrae al órgano público y limita la arbitrariedad. La norma ambigua concede un intolerable margen de actuación descontrolado en perjuicio del individuo. Si por una redacción defectuosa, el Ministerio Público puede actuar discrecionalmente en perjuicio de los derechos del imputado, el Juez de Garantía debe intervenir aplicando la norma procesal y contrarrestando la situación desventajosa para el reo. No debe olvidarse la dependencia que existe entre la claridad de las normas con la salvaguarda de los derechos de las personas. Si es que, como en el caso en estudio, la norma sustantiva adolece de defectos en su redacción que son compatibles con actuaciones arbitrarias por parte del Ministerio Público, el órgano jurisdiccional ha de intervenir haciendo uso de la norma adjetiva que circunscribe el poder punitivo del Estado.

Lo dicho anteriormente se ve reforzado si es que damos aplicación a las disposiciones legales que constriñen al órgano jurisdiccional al momento de interpretar una disposición. De una manera constante, se ha reconocido que, sin perjuicio de su ubicación normativa, las reglas de interpretación legal contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil resultan aplicables al Tribunal Penal. Estas reglas de hermenéutica fijan qué sentido se ha de conceder a los términos empleados en la norma, haciéndolos depender de si pertenecen a una ciencia o arte o, por el contrario, han sido definidos por el legislador. En la medida que ninguna de estas dos cosas ocurra, se atribuirá a esos términos su sentido natural y obvio. Según estas reglas interpretativas, en todos aquellos casos en que el legislador ha definido un término, se le ha de dar aplicación de manera preferente. La definición legal resulta obligatoria para todos quienes intervienen en el proceso de administrar Justicia.

Estas reglas de interpretación brindan apoyo argumental a la toma de postura acá efectuada. A partir de ellas resulta posible afirmar que lo que el legislador procesal hace al momento de identificar a la formalización de la investigación con la suspensión de la prescripción de la acción penal es definir, o al menos asignarle uno de los posibles sentidos, a la expresión utilizada en la norma sustantiva. Máxime si la norma

del Código Procesal Penal hace una referencia explícita al Código Penal. Mediando definición legal, la disputa interpretativa ha de ser resulta a favor de ésta, descartando cualquier cosa que se aparte de la misma.

Pese a las aspiraciones de desterrar la arbitrariedad judicial al momento de la interpretación, “siempre va a existir un espacio de discrecionalidad en la decisión del juez, decisión que necesariamente tiene un componente valorativo y, por tanto, político. Lo que importa es que este espacio quede enmarcado dentro de la valoración previa realizada por el legislador”.¹²⁷ Tratándose de la prescripción de la acción penal, el legislador ya ha explicitado su parecer en que la suspensión de ésta ocurra ante la formalización de la investigación. Las dudas interpretativas que se pudiesen generar con la redacción del artículo 96 del Código Penal han de ser resueltas haciendo uso de la inclinación adoptada por el legislador e identificar actuaciones procesales semejantes, descartando aquellas que se alejan de sus características esenciales. En este sentido, “dentro de este ámbito de discrecionalidad, el juez debe intentar legitimar sus decisiones mostrándolas como consecuencias necesarias de una decisión de otra instancia que sí se halle legitimada democráticamente de modo directo, o, al menos, como no incompatibles con los términos de la decisión legislativa”.¹²⁸ Frente a las dificultades interpretativas que produce el artículo 96 del Código Penal, “el problema no se puede resolver interpretando el vacío, pues en el caso de las normas penales indeterminadas interpretar equivale a legislar *ex post*. La seguridad jurídica, por el contrario, exige poder prever y ello sólo es posible con normas que lo permitan *ex ante*”.¹²⁹

¹²⁷ Ossandón Widow, Magdalena. Op. cit. p. 499.

¹²⁸ Ossandón Widow, Magdalena. Op. cit. p. 499.

¹²⁹ Bacigalupo Zapater, Enrique. Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal. *Diario la Ley*. Número 6265, citado por Ragués I Vallés, Ramón. Op. cit, p. 392.

5. Eficiencia en la persecución de los delitos

Atendidos los fines que se le suelen asignar¹³⁰ y la afectación de derechos a los que se ven expuestos y sometidos los imputados, el diseño y aplicación del proceso penal ha de tender a la eficiencia. “Se entiende que una conducta es eficiente cuando los beneficios que consigue son mayores a sus costes; eficiencia que aumenta en la medida en que se maximicen esos beneficios minimizando los costes. Adaptado al ámbito penal, ello significa que los beneficios globales (sociales) que el Derecho penal produce deben superar sus costes; esto es, que se debe tender a la máxima consecución de los objetivos político criminales, reduciendo lo más posible los costes sociales y de menoscabo para los derechos individuales que su aplicación conlleva”¹³¹.

¹³⁰ Útil resulta al respecto lo afirmado por Roxin, Claus. Op. Cit. p. 1, al señalar que: “El *Derecho penal material*, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el StGB, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho. Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley. A la vez, la expresión proceso “jurídicamente regulado” comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias del hecho demostradas; simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo; y, finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada”. Más allá que la opinión referida está influenciada por la atribución de finalidad efectuada al Derecho penal material, queda en evidencia la dependencia existente entre el derecho penal de fondo y el adjetivo. Por otra parte, y en consonancia con lo expuesto acá, se atribuye al proceso penal, como fin, el circunscribir la actuación de los órganos estatales encargados de la *represión de los hechos que son constitutivos de delito en beneficio de la libertad del ciudadano*. Véase también, Díez Ripollés, José Luis. Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena. [En línea] *Indret* 2/2008, (www.indret.com). [Consultado en 23 enero 2015], cuando señala que: “los efectos que se han de perseguir con la declaración de responsabilidad y consecuente imposición de la pena se ven en la mayoría de las ocasiones notablemente afectados por el paso del tiempo. Si nos fijamos en los posibles efectos preventivo-generales a conseguir, sean de intimidación colectiva, sean de reforzamiento de las normas sociales, sean de reafirmación de la vigencia del ordenamiento, parece claro que éstos se atenúan o incluso desaparecen con el devenir temporal: Para que tales efectos funcionen es preciso que se mantengan en los ciudadanos una asociación cognitiva entre la realización del comportamiento delictivo y la posterior declaración de responsabilidad e imposición de pena”.

¹³¹ Ossandón Widow, Magdalena. Op cit. p. 362.

Un análisis de los costes del proceso penal, permite afirmar que éstos no tan sólo se radican en el imputado y su núcleo familiar al momento de padecer la pena que se le ha impuesto con ocasión del juicio condenatorio. El tránsito desde el estado de inocencia hasta la convicción adquirida por parte de un Tribunal de la concurrencia de los presupuestos necesarios para imponer a alguien el juicio de responsabilidad, evidencia un coste difícil de eludir. “Por lo demás, mantener a un ciudadano indefinidamente bajo el yugo de una acusación o la inminencia de una pena, contrasta con una apremiante exigencia de **humanidad**, aspecto de la idea del derecho sobre cuya importancia para el Derecho penal contemporáneo huelga insistir”.¹³² La latencia de la sanción criminal durante la tramitación del juicio, hace mandatorio la persecución de la eficiencia.

Existen costes, adicionalmente, que el conglomerado social debe soportar. Éstos, sin duda exceden a los recursos públicos comprometidos para el funcionamiento de las agencias estatales que persiguen y sancionan a los hechos que son constitutivos de delito. Si de alguna manera, el proceso penal ha de perseguir el adecuado tratamiento de los infractores de la ley penal, y desde ahí tratar de morigerar la reiteración de las conductas que justifican su existencia, el mayor coste que debe asumir la sociedad respecto del proceso penal, se refiere a los cuestionamientos acerca de la legitimidad de la herramienta penal ante el fracaso en la obtención de sus resultados. Cuestionamientos que no tan sólo se hacen extensivos al proceso penal, sino que a la norma sustantiva infringida cuya sanción se persigue por su intermedio. En la medida que la infracción normativa no produzca reacción alguna, se incrementa un riesgo de deslegitimación del sistema penal¹³³. Respuesta que, tratándose de

¹³² Guzmán Dálbora, José Luis. Comentario a los artículos 93 a 105 del Código Penal. En Ortiz Quiroga y otros. Op cit. p. 462. Destacado en original.

¹³³ Desde una perspectiva sociológica, cfr. Garland, David. Op. cit. p. 63, cuando, refiriéndose a los postulados de Émile Durkheim, señala que: “La verdadera tarea del castigo es apoyar la sensibilidad moral censurando cualquier agravio en su contra. En esencia, el castigo es un medio de transmitir un mensaje moral y de indicar la fuerza del sentimiento que lo sustenta. El punto “no es que los culpables expíen su crimen por medio del sufrimiento ni intimidar a posibles imitadores con amenazas, sino servir de apoyo a las conciencias para las cuales la violación de una regla puede y debe necesariamente desequilibrar su fe”.

infracciones penales, se espera sea punitiva.¹³⁴ “El hecho de que la validez de una norma dependa de la ejecución de sanciones, constituye un conocimiento sociológico elemental; si el incumplimiento de una regla que prescribe un determinado comportamiento deja de ser sancionado, o no lo es regularmente, aquélla perderá su carácter normativo”¹³⁵. Reconociendo que las finalidades aseguradoras se pueden alcanzar por otras vías, necesario resulta señalar que, “con esto no quiere decirse, naturalmente, que la sanción tenga que constituirse, en todo caso, en coacción exterior o que deba tener la forma de coacción, tal como la pena está configurada actualmente. Lo que debería ser inexorable, por el contrario, es el fortalecimiento del juicio de disvalor sobre el comportamiento antinormativo que, por regla general, de algún modo alcanza también al autor en tanto se le reduce el reconocimiento social del que gozaba”.¹³⁶

La ausencia de una reacción formal, en cuanto a sus efectos críticos respecto de la legitimidad del sistema, equivale a una respuesta tardía. Es por esto, en parte¹³⁷, que el legislador ha introducido al diseño del proceso penal, una serie de mecanismos para evitar que éste se prolongue de manera indefinida. La idea tras la prescripción de la responsabilidad criminal se enmarca dentro de la aspiración de robustecer los mecanismos internos de salvaguarda de la legitimidad del sistema. A través de ella, el Estado manifiesta que no es admisible la latencia de la sanción criminal. Por el contrario, ésta debe estar sometida a un plazo máximo, tras el cual, el estado de conmoción generado con la ocurrencia del delito, se ha disipado y ya no resulta necesaria la imposición de una sanción penal. “Cuando el Estado se autolimita al

¹³⁴ Resulta evidente que los fines del proceso penal exceden la aplicación de un castigo al infractor de la ley. Es posible que a partir de consideraciones de política criminal o respecto de los fines de la pena, sea aconsejable, precisamente, una respuesta distinta. Sin embargo, la reacción que de manera más inmediata se espera ante la verificación de un hecho antinormativo, es la sanción del culpable.

¹³⁵ Stratenwerth, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Argentina. Fabián J. Di. Placido Editor. 1999. p.17

¹³⁶ Stratenwerth, Günther. Op.cit.. p.17

¹³⁷ La incorporación de límites temporales a los que debe obedecer el proceso penal, también se fundan en las medidas cautelares existentes y en su similitud con alguna de las penas que asigna el legislador a la verificación del delito. Se busca que la medida cautelar cumpla, exclusivamente, con su rol tutelar de los fines del procedimiento, y no se erija como una pena anticipada impuesta sin forma de juicio. Al respecto, cfr. Duce J. Mauricio y Riego R. Cristián. *Proceso Penal*. Op. cit. p. 87.

imponer plazos de prescripción para los delitos está, a su vez, declarando que una respuesta más allá de esos plazos es una respuesta que no satisface ninguna de las funciones del derecho penal en un estado de Derecho”.¹³⁸

Aspiraciones de eficiencia y prescripción se encuentran relacionadas en cuanto ésta es el medio para obtener aquélla. El comportamiento de los organismos públicos intervinientes en la persecución penal se ve modelado de una manera determinada si es que les resulta visible que su actuar no puede prolongarse de manera indefinida en el tiempo. La certeza que tras un cierto plazo, la responsabilidad criminal, cualquiera sea el hecho que la justifique, se extingue, impulsa a los agencias estatales a adoptar un protocolo de actuación que incorpore como valor al proceder oportuno. La propia institucionalidad se valida a si misma si es que resuelve el conflicto penal dentro de los límites temporales que se han dado.

Teniendo en consideración que en el proceso criminal intervienen una serie de organismos estatales, todos ellos deben perseguir la eficiencia en los comportamientos que le fueron atribuidos. En la medida que uno cualquiera de ellos, no observe sus obligaciones, deben tener lugar las sanciones procesales existentes.

Lo anterior se traduce respecto del Ministerio Público en la obligación de llevar a cabo sus actuaciones dentro de los márgenes temporales que ha fijado el legislador. Debe, en este sentido, desplegar todas las conductas que impiden que la responsabilidad criminal no pueda hacerse efectiva por el mero paso del tiempo. Específicamente, esto se traduce en formalizar la investigación dentro de los plazos de prescripción que afectan a cada uno de los delitos. Debe, en sencillos términos, ejercer las herramientas con las que cuenta. En la medida que no lo haga, su omisión debe ser sancionada clausurando la posibilidad que el imputado sea castigado. Lo anterior, indispensable para el debido respeto de los derechos del ciudadano.

¹³⁸ Cabezas Cabezas, Carlos. Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quáter del Código Penal. *Política Criminal*. Vol 8, N° 16.: p 386-407.

Tratándose de los Tribunales, la búsqueda de eficiencia se debe traducir en un constante recordatorio dirigido al Ministerio Público que sus facultades deben ser llevadas a cabo dentro de un plazo determinado. No puede el órgano judicial incumplir su obligación de incrementar la legitimidad del proceso penal a través de brindar respuestas cercanas a los hechos que permitieron incoar el proceso criminal. Desigual enfrentamiento debe protagonizar aquel imputado en que el actuar del Ministerio Público es validado por el Tribunal llamado a controlar la legalidad de la instrucción criminal. En todas aquellas investigaciones en que no se ha producido la formalización de la investigación dentro de los amplios términos en los que prescribe la acción penal, el Tribunal debe proceder a sobreseer definitivamente esos hechos de acuerdo al número 6 del artículo 93 del Código Penal. Otra respuesta no es más que una intolerable fuga a la ineficiencia del proceso criminal. El comportamiento del Ministerio Público, al que adhiere en ciertas oportunidades, el órgano jurisdiccional, propicia una vulneración a la ley, pudiendo incrementar los plazos de prescripción de la acción penal más allá de lo fijado por el propio legislador. Lo anterior, ya que desde la formalización, actuación que puede ocurrir dentro de los 5 años de presentada una querrela, tratándose de un simple delito, según la práctica acá cuestionada, el ente persecutor podrá solicitar una investigación que se extienda por los dos años que autoriza el legislador. Lo anterior podría llegar a límites extremos si tenemos en consideración que la querrela suspende el curso del plazo de prescripción de la acción penal a partir de la calificación jurídica que el propio actor efectúa. En la medida que se indique en el libelo que se está en presencia de un crimen en circunstancias que concurre un simple delito, podríamos a doblar el plazo de prescripción a través de esta decisión jurisprudencial.

A partir de lo expuesto, “se hace evidente la irrazonabilidad a que se ve abocada la interpretación jurisprudencial de la expresión legal “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” anteriormente expuesta, ya que demuestra cómo, llevada a sus últimos extremos, conduce a tener que reconocer el efecto interruptivo de la prescripción de aquellas querellas y denuncias (incluso anónimas) que, presentadas dentro del plazo de prescripción, se hayan visto posteriormente olvidadas durante años (consciente o negligentemente) por sus propios impulsores o

por los órganos judiciales, haciendo así ilusorios los plazos de prescripción legalmente establecidos, cuya verdadera esencia, como hemos dicho, no es de carácter procesal sino material, al afectar los mismos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, venir imbricados en la teoría de los fines de la pena y cumplir, entre otras funciones, la de garantizar la seguridad jurídica del justiciable que no puede ser sometido a un proceso penal más allá de un tiempo razonable”.¹³⁹

¹³⁹ STC 63/2005, citada por Ragués I Vallés, Ramón. La Guerra de la Prescripción. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Número 91. Enero-abril (2011). p. 65. Al respecto hacer presente que la expresión “interruptiva” empleada en la cita se debe a que en el ámbito procesal penal español, la interrupción de la prescripción se encuentra asociada con la incoación del proceso penal. A diferencia de nuestro legislador que al respecto, y apartándose de su modelo, asignó a la comisión de un nuevo delito la referida consecuencia.

Conclusiones

El ejercicio del poder público debe ser limitado. No resulta admisible que no reconozca fronteras. El Estado moderno se caracteriza porque sus actividades encuentran justificación en la servicialidad que los órganos públicos deben de tener para con la persona humana. Mayor fuerza adquiere lo anterior cuando nos enfrentamos al ejercicio de su *ius puniendi*. El ejercicio del poder sancionatorio del Estado, debe mantenerse controlado siempre. Nunca debe olvidar que su objetivo es la protección de la comunidad frente a aquellos hechos que revisten una gravedad tan elevada que ponen en riesgo su propia convivencia pacífica. Atendido que el *ius puniendi* del Estado se materializa a través del proceso penal, su limitación ha de concretarse en una regulación acorde a las exigencias que el debido proceso demanda. Debe fijarse un procedimiento penal con todas las garantías, uno que se “ajusta a los principios de oficialidad (persecución penal por parte del estado), al principio acusatorio, al de legalidad (que tolera ciertas excepciones basadas en el principio de oportunidad), al de oralidad, al de inmediación, al de libre valoración de la prueba y al “*in dubio pro reo*”.¹⁴⁰

Una restricción evidente que debe tener el ejercicio del poder penal estatal es el que éste debe encontrarse sometido a un tiempo. La prescripción penal tiene por objeto poner coto al ejercicio del poder penal del Estado. El paso del tiempo, unida a la inactividad de los órganos encargados de la persecución penal, tiene la aptitud de poner término a la responsabilidad penal. El tiempo estabiliza a las relaciones jurídicas y obliga a que los órganos encargados de la instrucción penal sean eficientes en la consecución de la labor que les corresponde.

El presente trabajo tiene como objetivo el responder acerca de si existe una actuación procesal distinta a la formalización de la investigación que suspenda el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal. Tras los argumentos vertidos

¹⁴⁰ Bacigalupo, Enrique. *El Debido Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. 2005. p. 17

durante su desarrollo, debemos señalar que la respuesta debe ser negativa. Lo anterior debido a que:

1.- Existe texto legal expreso que disipa las dudas que existían, y que era válido efectuarse, en el sistema procesal antiguo. Actualmente, la amplitud de la norma contenida en el artículo 96 del Código Penal se encuentra cerrada. Bajo la vigencia del Código Procesal Penal sólo la formalización de la investigación es capaz de poner término a la inactividad del Estado.

2.- Resulta inadmisibles comprender que la amplitud del artículo 96 del Código Penal permite que actuaciones procesales distintas a la formalización sean capaces de suspender el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal. Lo anterior debido a que bajo la vigencia de un sistema acusatorio, quien es el encargado de la persecución penal es única y exclusivamente el Ministerio Público. Sólo a él le compete determinar desde cuando un procedimiento se dirige en contra de una persona. En el ejercicio de las funciones que le son propias, el Estado no puede ser reemplazado por los particulares.

3.- Interpretar el artículo 96 del Código Penal de manera amplia implicaría violentar el principio de igualdad ante la ley. Sólo una argumentación en este sentido permite justificar que el imputado querellado se encuentra en una peor situación que aquel que sólo ha sido denunciado.

4.- Todo sistema procesal judicial tenderá a la certeza jurídica. Se buscará minimizar la arbitrariedad judicial para que sea posible anticipar, con cierto grado de éxito, cuáles serán las respuestas que el propio sistema entregará, sobre todo respecto de aquellos casos que presentan cierta similitud fáctica. La letra a) del artículo 233 del Código Procesal Penal entrega una herramienta de certeza jurídica y que aleja a la arbitrariedad judicial. Toda formalización, respecto de cualquier imputado produce el mismo efecto, no existiendo actuación alguna que pueda desencadenar similares efectos.

El objetivo de este trabajo ha sido poner en evidencia que el “nuevo” proceso penal dejará de tener este calificativo cuando los órganos encargados de la administración de Justicia en lo penal se den cuenta que el sistema cambió integralmente y que deben proyectar estas nuevas características en cada uno de los aspectos en los que deben actuar. Desde las policías hasta el ente persecutor, sin olvidar a los Tribunales de Justicia y el ejercicio de la función que le es privativa. Que todas las instituciones procesales deben ser analizadas bajo un prisma nuevo. Denunciar, en consecuencia, que la plena vigencia del sistema procesal penal acusatorio no será posible hasta que la “cultura inquisitiva” desaparezca. “Y aunque es cierto que todo el sistema se ha diseñado en los textos legales en trámite supone de por sí mayores garantías para las personas que el marcadamente inquisitivo vigente, no hay que olvidar que la oportunidad de dejar atrás un sistema que ya en 1764 repudiaba Beccaria, está amenazada por lo que Binder denomina la “cultura inquisitiva”, esto es, un sistema que va más allá de una estructuración legal, correspondiendo a una verdadera “cultura” compartida por los jueces, abogados, y por todos los demás grupos que operan el sistema, cultura que es fundamentalmente resistente al cambio. De allí la advertencia de Riego en el sentido de que “es perfectamente posible que las nuevas leyes sin un proceso de implementación muy consistente puedan ser deformadas por las personas que deberán aplicarlas, reproduciéndose las mismas prácticas actuales en el contexto de un nuevo procedimiento”.¹⁴¹ La verdadera implementación de la reforma procesal penal pasa por el destierro de esta cultura inquisitiva. Esta debe desaparecer de la normativa y de los comportamientos de todos y cada uno de los que intervienen en la administración de justicia en lo penal.

En cuanto órganos cuyas posibilidades de comportamiento se encuentran formalizadas, tanto el Ministerio Público como los Tribunales se encuentran sometidos al imperio de la ley. En virtud de ello, el primero debe investigar, de manera oportuna y eficaz, todos los hechos de que tome noticia. El segundo, se encuentra subordinado a

¹⁴¹ Matus Acuña, Jean Pierre. Cultura y transición: Las resistencias de una “Cultura Inquisitiva” en la Transición hacia una Justicia Penal Republicana. Oportunidades y Amenazas para una Mejor Justicia Criminal. *UNIVERSUM*. Número 15. :175-187. 2000. p. 181

velar porque los derechos de los imputados y los demás intervinientes no se vean afectados más allá de aquello que el ordenamiento jurídico ha tolerado. Lo anterior debe ser asumido como un valor del sistema, y en cuanto tal, defendido en las actuaciones que despliegan las agencias encargadas de la represión de los hechos que son constitutivos de delito. Si en virtud de una aplicación estricta de las normas y principios, se produce la absolución del culpable, es un costo que el sistema debe asumir. Lo anterior debido a que resoluciones judiciales adversas al ente persecutor lo impulsarán a mejorar su eficiencia. Si los Tribunales subsidian actuaciones deficientes del Ministerio Público, no tendrá éste, motivación alguna para cumplir su misión de un modo respetuoso a la legalidad vigente y a los derechos del imputado.

No debemos olvidar que el proceso penal es la herramienta a través de la cual la violencia estatal formalizada se materializa y se dirige en contra de una persona. Así como consagramos al principio de reserva legal en lo sustantivo, el actuar de las agencias penales debe estar subordinada a la ley y a estrictas posibilidades de actuación. Lo sustantivo y adjetivo deben estar en sintonía para los efectos de lograr que a través del destierro de la arbitrariedad estatal se proteja al individuo.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. El Debido Proceso Penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi. 2005.

BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*. trad. De Francisco Tomás y Valiente. Madrid. 1982. pp.128 y s.

CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2002. Tomo I

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. Manual del Sistema de Justicia Penal. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia. 2009.

COUSO SALAS, Jaime *et al* Código Penal Comentado. Parte General, Doctrina y Jurisprudencia.. Santiago, Chile. Legal Publishing Chile.2011.

CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, Parte General. Séptima edición ampliada. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Autoría y Participación, Revista de Estudios de la Justicia, número 10, año 2008.

DUCE J, Mauricio y RIEGO R, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

DURÁN, Mario. "Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional". *Política Criminal*. [En línea] Vol. 4, No 8. Diciembre. 2009. Consultado en marzo de 2013. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf].

FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. Garantías del Imputado. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. 39 p.

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. El Inicio de la Prescripción de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: Un Nuevo Modelo. Revista Procesal Penal . Nº 49. :7-37. 9 p.

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo. Principios del Derecho Procesal Penal en el Nuevo Sistema de Procedimiento Chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 20. :415-474. 1999.

GARLAND, David. Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social. Segunda Edición. Siglo Veintiuno Editores. México. 2006.

HERRERA SEGUEL, Marta: "Control Judicial Previo a la Formalización de la Investigación", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, I Semestre, 2005.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2002.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2012. Tomo I.

JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación. (trad. CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). 2ª ed. Madrid, España. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 1998

MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal. Fundamentos. Segunda Edición 4ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editores del puerto S.R.L. 2012

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, Pena y Ciudadanía, *Revista de Estudios de la Justicia* 6, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Terror, Pena y Amnistía*. Editorial Flandes Indiano. Santiago, Chile. 2010.

MATUS, Jean Pierre. El Ministerio Público y la Política Criminal en una Sociedad Democrática. En: *Delito, Pena y Proceso, Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta et al.* Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Cultura y transición: Las resistencias de una "Cultura Inquisitiva" en la Transición hacia una Justicia Penal Republicana. Oportunidades y Amenazas para una Mejor Justicia Criminal. *UNIVERSUM*. Número 15. :175-187. 2000.

MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal, Parte General, Editorial BdeF, Buenos Aires, Argentina, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*. Volumen 11 (1): 4 p. 2005.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tercera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009. Tomo I

ORTIZ QUIROGA, Luis *et al.* Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Tomo I.

ORTIZ QUIROGA, Luis. ARÉVALO CUNICH Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2013

OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. La Formulación de los Tipos Penales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2009.

PASTOR, Daniel R. Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 4. : 51-76. 2004.

POLITOFF L, Sergio, Matus A., Jean Pierre y RAMÍREZ G. María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2010.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto S.R.L. 2000.

SALAS ASTRAIN, Jaime. Problemas del proceso penal. Investigación, Etapa Intermedia y Procedimientos Especiales. Santiago, Chile. Librotecnia. 2009.

SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián. ¿Por qué aumenta la población penal en Chile?. Un estudio criminológico longitudinal. *Ius et Praxis*. Vol 18. Nº 1. : 113-150. 2012

SOTO PIÑEIRO, Miguel. "Ministerio Público y Política Criminal". En: *El Ministerio Público Para Una Nueva Justicia Criminal Et. Al*. Santiago, Chile. Corporación de Promoción Universitaria. 1994.

SOTO-KLOSS, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996. Tomo II

STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fabián J.Di. Placido Editor. Buenos Aires. Argentina. 1999.

VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. Curso de Derecho Constitucional. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2007. Tomo II

YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo. La Prescripción Penal. Tercera edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2009.