



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA VÍCTIMA Y EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN:  
UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO PENAL**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

ELISA NOEMÍ ARAUS SALAZAR  
ALAN ORLANDO CARVAJAL JIMÉNEZ

PROFESOR GUÍA:  
ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

SANTIAGO DE CHILE  
JUNIO DE 2015

## TABLA DE CONTENIDO

	Página
TABLA DE CONTENIDO.....	ii
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.....	5
1. Breve descripción histórica de la posición de la víctima en el proceso penal.....	5
2. La posición de la víctima en el actual proceso penal chileno.....	11
2.1 Concepto de víctima.....	14
2.2 Derechos y garantías de la víctima. Enunciación.....	15
3. La protección de los derechos y garantías de la víctima a través de la imposición de deberes a los órganos del sistema penal.....	23
3.1 Deberes del Ministerio Público.....	24
3.2 Deberes de los Tribunales.....	28
CAPÍTULO II: EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA VÍCTIMA.....	32
1. La víctima y el ejercicio de la acción penal.....	32
2. Reconocimiento normativo del derecho de la víctima a ejercer la acción penal.....	38



la acusación.....	106
2.2 Jurisprudencia que se pronuncia a favor de la aplicación del forzamiento de la acusación, aun sin formalización previa.....	116
3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	127
3.1 Descripción general del conflicto planteado al Tribunal Constitucional y evolución de su jurisprudencia.....	129
3.2 Garantías constitucionales afectadas en el conflicto planteado y su análisis por parte del Tribunal Constitucional.....	135
3.2.1 Derecho a ejercer la acción penal.....	137
3.2.2 Derecho a la tutela judicial efectiva.....	147
3.2.3 Garantía de un procedimiento e investigación racionales y justos o derecho al debido proceso.....	152
3.2.4 Garantía de trato igualitario por la ley.....	163
3.2.5 Garantía de no afectación de los derechos en su esencia..	168
CAPÍTULO V: ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.....	171
1. El forzamiento de la acusación con formalización previa.....	171
1.1 El principio de orden consecutivo legal en el procedimiento penal.	173
1.2 Carácter de organismo público del ente persecutor.....	186
1.3 La formalización de la investigación como acto jurídico administrativo.....	192

1.4 Imposibilidad del Ministerio Público para ejercer funciones jurisdiccionales.....	197
1.5 Seguridad jurídica y confianza legítima.....	201
2. La vía alternativa: El forzamiento de la acusación sin formalización.....	212
2.1 Garantías del imputado.....	215
2.1.1 Contenido de la formalización de la investigación.....	219
2.1.2 El principio de congruencia.....	224
2.2 Las vías alternativas de solución al conflicto constitucional.....	232
2.2.1 Artículo 186 del Código Procesal Penal.....	233
2.2.2 Homologación de la querrela a la formalización de la investigación.....	238
2.3 La preparación del forzamiento de la acusación.....	242
CONCLUSIONES.....	248
BIBLIOGRAFÍA.....	252

## **RESUMEN**

La presente obra surge a raíz de la identificación de un problema constitucional en el proceso penal: en nuestra Carta Fundamental se le garantiza a la víctima el ejercicio a la acción penal y nuestro Código Procesal Penal la recoge, a través del forzamiento de la acusación. Sin embargo, en la práctica, cuando el fiscal del Ministerio Público, sin haber formalizado la investigación, decide no continuar con la persecución penal, por medio del sobreseimiento o de la decisión de no perseverar, los tribunales nacionales han negado sistemáticamente a los querellantes deducir el forzamiento de la acusación. Con esta idea en mente nos propusimos encontrar una vía apropiada para facilitar la aplicación de dicha institución. Para ello, realizamos una investigación bibliográfica de distintas fuentes relativas al tema, legales, jurisprudenciales, administrativas y doctrinarias. Como resultado, descubrimos las razones que fundamentan la posición predominante, dimensionamos su alcance y nos aventuramos con una reinterpretación de las normas que permita efectivamente la aplicación del forzamiento de la acusación, sea en presencia o ausencia de formalización previa.

## **INTRODUCCIÓN**

El nuevo sistema de justicia penal chileno, consagra un procedimiento que fue concebido con la idea de velar y otorgar la debida protección a los derechos y garantías de los intervinientes que actúan en él. En este sentido, la reforma procesal penal profundizó en la regulación normativa de la situación de los intervinientes, considerando por primera vez entre ellos a la víctima del delito, estableció sus derechos, facultades y posibilidades de intervención en el procedimiento. Asimismo, nuestro legislador ha incorporado en el Código Procesal Penal ciertos principios que resultan ser fundamentales para el correcto funcionamiento del sistema penal, y que se encuentran establecidos en la Constitución Política de la República, adecuándose a ella en lo sucesivo. Así ocurre con el principio de protección a la víctima, el cual está orientado a otorgarle resguardo en todas las etapas del procedimiento, ya sea de parte del ministerio público, así como de los tribunales de justicia, con el fin de garantizar el respeto de sus derechos a lo largo del proceso.

De acuerdo a lo anterior, se establecen en la ley algunas instituciones para velar por la protección de la víctima, intentar obtener reparación al daño sufrido

o simplemente entregarle las herramientas para poder sostener su pretensión en juicio, que por lo general descansa en el deseo de que el hechor del delito reciba una condena justa en proporción al acto típico, antijurídico y culpable que cometió y que la víctima debió soportar. Una de estas instituciones es el forzamiento de la acusación, establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, que esgrime al querellante como el sujeto procesal encargado de sostener la acción penal y, en la mayoría de los casos, conducir la pretensión de la víctima a lo largo del procedimiento, otorgándole la posibilidad de formular la acusación y sostenerla desde ahí en adelante, cuando el fiscal a cargo de la investigación decidiera no acusar, y terminar la causa por la vía del sobreseimiento o, a través, de la decisión de no perseverar.

Sin embargo, la práctica ha demostrado que en reiteradas oportunidades el fiscal solicita el sobreseimiento o decide no perseverar en el procedimiento, aun cuando no ha formalizado la causa ante el juez de garantía, entonces ¿Es posible que el querellante acuse particularmente, a través del mecanismo forzamiento de la acusación, sin que previamente el fiscal haya realizado el trámite de formalización de la investigación? Para el Ministerio Público esta tesis es insostenible, ya que atentaría contra los principios que informan el proceso penal actual, entre ellos el principio de congruencia, concebido como aquel que exige identidad entre la formalización de la investigación, la acusación y la sentencia, y entendido no tan sólo con el objetivo de dar



coherencia al funcionamiento del sistema; sino también como una garantía para el imputado. Además considera el ente persecutor que, la decisión de formalizar la investigación le corresponde en forma exclusiva y excluyente, de manera que no puede ser compelido por otro órgano del Estado a llevar a cabo dicha comunicación.

A la luz de lo anterior, en la práctica el forzamiento de la acusación no ha recibido la aplicación que se podría haber esperado con su establecimiento; no obstante que esta institución recoge en la ley procesal penal, la garantía constitucional de la víctima a ejercer la acción penal, consagrada en el artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República. En general los jueces han entendido que la formalización es imprescindible para acudir a la institución del forzamiento de la acusación, con lo que han entregado al Ministerio Público la posibilidad de vetar la intervención del querellante, a través de su decisión administrativa de no formalizar. El resultado de todo esto es que los jueces han dejado de pronunciarse respecto de la pretensión del querellante, hecho que afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Este desequilibrio en cuanto al ejercicio de la acción penal en que se encuentra la víctima, frente a la preeminencia que posee de ella el ente persecutor, es el conflicto constitucional que ha dejado a la víctima en una

situación desmejorada frente al Estado, representado por el Ministerio Público, en base a las garantías que se le reconocen y a los derechos que se le asegura proteger.

Para atender las particularidades del tema esbozado precedentemente, se analizará la perspectiva de la víctima en el proceso penal, tanto histórico como actual y dentro de este último la protección de sus derechos y garantías a través de los órganos de sistema (I); el derecho de la víctima a ejercer la acción penal, consagrado a nivel constitucional y legal, y la querrela como vía para su ejercicio (II); el forzamiento de la acusación (III); el problema en la aplicación de dicha institución, con mención de la postura que han adoptado el Ministerio Público, los Tribunales de Justicia y el Tribunal Constitucional en cuanto al tema, con especial detención en las garantías constitucionales involucradas (IV); finalmente se esbozarán dos alternativas de solución para la problemática tratada: la primera, acepta bajo ciertos supuestos, la necesidad de formalización previa al forzamiento de la acusación; mientras que la segunda solución, propone dos vías para prescindir de ella, refutando los argumentos contrarios.

## **CAPÍTULO I: LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL**

### **1. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL**

Durante la “alta edad media”, se produjo un quiebre respecto de lo que venía aconteciendo en la época feudal. Al consolidarse las grandes monarquías de la Europa continental, éstas concentraron la acumulación de la riqueza, el poder de las armas y la constitución del poder judicial. Es así como surgió “la persecución penal de oficio”, que tuvo su origen en una decisión política que fue adoptada por dichas monarquías, a partir del siglo XII, y cuyos fundamentos se encontraron en el interés público comprometido ante la gravedad del hecho delictual y el temor a la venganza privada.<sup>1</sup>

Entre los cambios más significativos que se produjeron en este período, se cuentan:

---

<sup>1</sup> BAUMANN. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales, pp. 42 y ss. Citado por BOVINO, Alberto. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, “Sistemas penales y derechos humanos”, 31 de mayo de 1997, San José, Costa Rica. Actualizado en Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, edición 19: 1-39.

- 1) Que la justicia dejó de ser un pleito entre individuos particulares, con libertad para resolver sus litigios. De aquí en adelante debieron someterse a un poder exterior, impuesto como poder judicial y político.
  
- 2) Apareció la figura del procurador, quien intervenía como un representante del soberano, del rey o del señor, pues comenzó a entenderse que a la vez que se causa daño a un individuo, el poder, el orden o la ley han sido lesionados de la misma forma. De esta manera, el poder político se apoderó del procedimiento judicial y sustituyó a la víctima del delito, en su calidad de lesionado por el daño.
  
- 3) Surgió la noción de infracción, que vino a sustituir al daño como fundamento del delito. Si antes se trataba de un conflicto entre dos individuos: víctima y acusado; de aquí en adelante se trata además, de una ofensa que infringe un individuo al soberano, al orden, a la ley.
  
- 4) Finalmente, al entender que el soberano ha sido lesionado, se justifica que sea él quien exige la reparación. De esta manera, el culpable no solo debe la reparación del daño causado a otro individuo; sino también, la reparación de la ofensa cometida contra el soberano, la ley. Esta reparación al soberano se materializó a través de la imposición de multas, de las grandes confiscaciones, que fueron el medio utilizado por las

monarquías para conseguir gran parte de sus riquezas. Siendo éste el trasfondo político que motivó la apropiación de la justicia.<sup>2</sup>

Para implementar esta transformación se adoptó el método de establecimiento de la verdad conocido como *la inquisitio* o la indagación, surgido en el Imperio Carolingio, y que era usado por los representantes del soberano para la solución de problemas de derecho, poder, impuestos, costumbres, foro o propiedad. Si bien es cierto que, durante el alto feudalismo de los siglos X y XI éste método cayó en desuso en el ámbito político; la Iglesia Católica lo mantuvo en aplicación durante toda la Edad Media en ámbitos muy disímiles, -ya no sólo en lo espiritual como ocurrió previo al feudalismo, sino que también en sus asuntos administrativos y económicos-. Hacia el siglo XII durante la Alta Edad Media, el mismo modelo fue adoptado por la monarquía, dentro del procedimiento judicial, en que el procurador tomó el lugar que había ocupado antes el visitador eclesiástico, en este caso para la investigación del delito, en su nueva concepción.<sup>3</sup>

Lo que ocurrió entonces con este proceso de transformación es que, en la práctica, el Estado desplazó a la víctima de su posición protagónica en el conflicto penal, anulando la posibilidad de solucionarlo a través de la

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. 1980. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Ed. Gedisa. Reimpreso en Buenos Aires por Primera Clase Impresores. 2008. pp. 78-81.

<sup>3</sup> *Ibíd.* pp. 82-85.

composición y la autotutela<sup>4</sup>, y reservando para sí el ejercicio de la acción penal, en el sentido de perseguir la responsabilidad infraccional, relegando a un segundo plano el interés de reparación del daño sufrido por la víctima. De esta forma se entiende que la justicia penal ya no se preocupa de solucionar conflictos entre particulares; sino más bien de la restauración del orden social.

En el juicio inquisitorio el juzgador era un técnico, un funcionario nombrado por la autoridad pública que, representaba al Estado y era superior a las partes. Este proceso buscaba descubrir la verdad substancial, por lo cual aunque el ofendido o acusador se desistiera, el juicio debía continuar hasta su término. El juez tenía iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar. En materia probatoria se consideraba a la confesión como la reina de las pruebas, ya que sólo ella bastaba para obtener una condena, y para lograrla, se usaba toda clase de medios, incluso el tormento. Por último, todas las actuaciones del procedimiento eran escritas y secretas.<sup>5</sup> En Chile, este procedimiento lo recibimos como colonia de España y se mantuvo vigente durante todo el siglo XIX.

---

<sup>4</sup> El sistema acusatorio privado como principal forma de persecución y la composición como forma común de resolución de conflictos sociales, viene de antiguo, de los pueblos germánicos, quienes otorgaban a la víctima un amplio ámbito de participación.

<sup>5</sup> FONTECILLA, Rafael. 1978. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.I. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 41-42.

Los Estados modernos adoptaron una nueva perspectiva del procedimiento penal, ya que con el movimiento reformador del siglo XIX, surgió el sistema inquisitivo reformado, el cual conserva las bases del método inquisitivo, aunque con algunas limitaciones.

El Código de Procedimiento Penal chileno de 1906 siguió esta línea, en la cual se consideraba sólo al ofensor y al Estado como los actores principales del procedimiento penal. La relación se construía sólo entre ellos, ya que se consideraba que el delincuente, al cometer el delito, perturbaba el orden social por afectar los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento y quebrantar el equilibrio y la paz existentes. En este esquema la víctima no tenía relevancia alguna, a pesar de ser quien soporta el perjuicio. A pesar de ser el afectado u ofendido más directo por la acción criminal, lo único que podía hacer, era sentarse a ver como se resolvía el conflicto entre el delincuente y el Estado, salvo el caso de la adhesión a la acusación de oficio o la acusación particular del querellante establecida en el Código de Procedimiento Penal y otras instituciones que permitían un grado de participación de la víctima, empero, jamás se le dio la posibilidad de ejercer la acción penal pública como único persecutor, ya que ésta era principalmente de competencia del juez del crimen, y la acusación de la víctima como querellante quedaba supeditada a la acusación de oficio.

Si bien en esta época surgió la idea de interés social, como sustento de la persecución penal; lo cierto es que en su origen el interés social en la persecución es una expansión del propio interés de la víctima. Si la sociedad busca intervenir es porque considera la gravedad del hecho delictual y la posibilidad de que cualquiera de los individuos que la componen pudiera haber sido afectado con el delito, esta es la razón que justifica la intervención de un órgano estatal en su representación. Lamentablemente en el abstracto concepto de sociedad y la noción de interés social, se invisibiliza a la víctima y se desatiende su interés, sin tener en cuenta que es su primitivo fundamento.



## **2. LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ACTUAL PROCESO PENAL CHILENO**

La instauración del nuevo proceso penal en Chile trajo consigo un cambio en el paradigma del sistema de persecución criminal. De un sistema de justicia penal de corte inquisitivo, administrado completamente por jueces del crimen, quienes eran los encargados de investigar, acusar y juzgar, pasamos a un sistema de persecución penal acusatorio, en que estas funciones se separan y son entregadas a distintos intervinientes: las dos primeras funciones se encuentran entregadas principalmente al fiscal del ministerio público, tutelado o supervisado por los juzgados de garantía, y el juzgamiento es desarrollado, ya sea por los integrantes del tribunal de juicio oral en lo penal, tratándose del procedimiento ordinario, o bien, por el juez de garantía en los demás procedimientos, como el abreviado y el simplificado. Según se puede apreciar, nuestro sistema procesal penal es acusatorio formal, ya que pese a la separación de las funciones todas quedan igualmente en manos del Estado, pero en diversos órganos públicos.

Este cambio responde a una urgente modernización de nuestro sistema de procedimiento penal, tanto en la manera de llevar a cabo la persecución

criminal, como en la necesaria adecuación a los principios y valores exigidos a un Estado Democrático que se precie de tal, de manera que sea capaz de conjugar el derecho penal con el respeto a la dignidad de los intervinientes y a los derechos humanos, obteniendo así un Estado de Derecho preocupado de brindar a sus ciudadanos las mejores condiciones posibles para una realización personal, equilibrando en cierta medida la diferencia de poder existente entre aquél y éstos.

Junto con ello, ha operado una transformación parcial de la legitimación estatal para perseguir los delitos que, hoy por hoy, no solo descansa en el ejercicio racional y justo del ius puniendi, sino también en la consideración de los intereses concretos de los afectados u ofendidos por el delito. De esta forma, la búsqueda de reparación para las víctimas de delito y la representación de su interés concreto en juicio, se ha vuelto relevante en el funcionamiento del sistema penal. En este sentido, Solé nos señala que “del proceso penal propio de un estado represor para con las conductas ilícitas debe avanzarse hacia un proceso penal encaminado a velar por la tutela efectiva de los derechos y libertades recogidos por la Norma Fundamental.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> SOLÉ. Jaume. 1997. La tutela de la víctima en el proceso penal. Barcelona, Bosch. p. 12.

Así, la Constitución Política de la República<sup>7</sup> estatuye en su artículo 83 una serie de atribuciones pertenecientes al ministerio público, como dirigir 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 -agrega- en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Lo que nos importa destacar se encuentra en el inciso 2° de la misma norma, la cual señala que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

Gracias al tenor del citado artículo de la Constitución, y a la normativa legal establecida conforme a él, se incluye al ofendido en la relación procesal penal, abandonando el rol más o menos pasivo que poseía; y perfilándose como un actor de tamaña importancia, ya que se le entrega la facultad para echar a andar el aparato penal o la extrema ratio frente a aquel individuo que lo puso en situación de víctima, pudiendo incluso sostener la persecución penal por sí solo. Con ello se establece cierta independencia para la víctima respecto del interés de persecución estatal, que representa actualmente el ministerio público, órgano que conserva exclusividad o monopolio únicamente en la investigación y no en la persecución penal, la que comparte con la víctima querellante, que ha dejado de tener una participación meramente accesoria respecto del persecutor estatal.

---

<sup>7</sup> En adelante indistintamente CPR.

En los siguientes párrafos precisaremos el concepto de víctima y enunciaremos los derechos y garantías que nuestro actual ordenamiento jurídico le reconoce, y que definen su rol y posibilidades de actuación en el procedimiento penal.

## **2.1 Concepto de víctima.**

Existe un reconocimiento constitucional de la víctima en el art. 83 inciso segundo, que al efecto indica: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.” Como se puede apreciar la CPR se refiere al “ofendido”, en lo que coincide la terminología utilizada por el Código Procesal Penal<sup>8</sup>.

Por su parte, el artículo 108 del CPP contempla un concepto de víctima, señalando que: “se considera víctima al ofendido por el delito”. Luego, contiene un orden de prelación determinado para definir la posibilidad de intervención en el procedimiento de otras personas en calidad de víctimas, en que la intervención de una o más personas de una categoría excluye a las posteriores,

---

<sup>8</sup> En adelante indistintamente CPP.

lo cual se ha previsto para dos tipos de casos, primero para los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, y segundo, cuando el ofendido se encontrare imposibilitado para ejercer los derechos que en el Código se le otorgan. Es así como en estos casos se considera víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

## **2.2 Derechos y garantías de la víctima. Enunciación.**

La víctima se encuentra contemplada en el Código Procesal Penal como uno de los intervinientes en el procedimiento, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 12, “desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.”

En este sentido, el Mensaje del Ejecutivo al Proyecto de Código Procesal Penal señala que el objetivo global de modernización de la justicia es definido como: “la maximización de las garantías y la imparcialidad del estado

democrático y el incremento del bienestar”. Esta maximización de garantías comprende obviamente a las de la víctima, y en cuanto a ella señala que: “Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos (...) reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación.” Para dar efectividad a estos derechos, el Proyecto desarrolla varias normas, de las cuales el Ejecutivo efectúa una acotada enunciación:

- 1) aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso de que no intervenga como querellante,
- 2) el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento,
- 3) el derecho a solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados,
- 4) el derecho a recurrir contra el sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria,
- 5) mantiene la posibilidad de la querrela como modo de intervención formal en el procedimiento,
- 6) la posibilidad del querellante de forzar la acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de garantía exista mérito suficiente para ello y,
- 7) mantiene la posibilidad de la demanda civil en el procedimiento criminal.

Los derechos de la víctima quedaron regulados en definitiva en el artículo 109 de nuestro Código Procesal Penal, que reza de la siguiente forma:

“Artículo 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado, acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.”

Se ha señalado que, de la garantía constitucional al debido proceso<sup>9</sup> emanan los demás derechos de la víctima, los cuales pueden ser agrupados en

---

<sup>9</sup> Dicha garantía se encuentra establecida en el artículo 19 N° 3 de la CPR, y se refiere tanto a la fase de juicio como a la de investigación, al señalar en su inciso 5° que: “Corresponderá al

distintas categorías. “En primer lugar encontramos las *garantías*, esto es, aquellos derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos, en este caso, al interior del proceso penal. Dentro de este importante grupo podemos encontrar el derecho a la protección, al trato digno y a la información.

Solo en la medida en que se asegura a la víctima la vigencia de estas garantías, ella puede encontrarse en condiciones de ejercer la segunda categoría de derechos. En este segundo orden de atribuciones, se encuentran las facultades de la víctima para ejercer acciones y pretensiones penales, ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia y ser reparadas del daño causado por la comisión del delito.”<sup>10</sup>

La doctrina nacional también se ha ocupado de tratar el tema de los derechos de la víctima en el proceso penal. Así, una primera posición doctrinaria,<sup>11</sup> indica que del reconocimiento de la calidad de interviniente a la víctima, se desprenden sus derechos y garantías, y en cuanto considera que estos tienen como punto de partida al debido proceso contemplado en el artículo 19 N° 3 CPR, se acerca a la posición anterior, y va más allá, pasando

---

legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

<sup>10</sup> División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público. 2003. La víctima en el nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Fallos del Mes. pp. 54 y 55.

<sup>11</sup> CASTRO J., Javier. 2004. La víctima y el querellante en la reforma procesal penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXV:127-141.



de la mera enunciación al desarrollo del contenido de las categorías doctrinales de derechos, haciendo mención a las normas que los prevén, del siguiente modo:

1) Derecho de protección: se refiere a la protección ante una nueva situación de riesgo o ante la situación de ser objeto de hostigamientos, amenazas o atentados, ya sea la propia víctima o su familia, para lo cual se impone la obligación de protección al Ministerio Público, durante todas las etapas del procedimiento. Asimismo, el deber de protección es tarea de los Tribunales, que tienen como principal herramienta para cumplirla, la imposición de medidas cautelares. Y finalmente, corresponde también a las policías prestar auxilio a la víctima sin necesidad de instrucción particular (arts. 80 A de la CPR; 1°, 20 letra f) y 34 letra e) de la LOCMP; 6°, 78 letra b), 83, 87, 109 letra a), 140 inciso final y 155 del CPP).

2) Derecho al trato digno: nuestro sistema procesal penal reconoce a toda persona como sujeto de derechos, y específicamente a la víctima como un legítimo interviniente del proceso, intentando evitar o minimizar cualquier perturbación o daño en dicha intervención, lo que se conoce como victimización secundaria, para lo cual impone obligaciones a los órganos del sistema, en especial al Ministerio Público y Policías, en cuanto a facilitarle su participación en los trámites en que deba intervenir y brindarle

un trato adecuado, en particular, a través del lenguaje utilizado (Arts. 6 inciso 3° y 78 del CPP; numerales 29 al 32 del Oficio 143, Instructivo General N°11 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 12 de octubre de 2000).

3) Derecho a la información: que se refiere, primero, a la información sobre sus propios derechos, y en seguida, al acceso a la información sobre el procedimiento y las actividades que debe realizar para ejercer eficientemente sus derechos (Arts. 78 letra a) e inciso final, 137, 182, 227, 228, 246 inciso final del CPP; 8° inciso final de la LOCMP; 25 del COT; Oficio 143, Instructivo General N°11 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 12 de octubre de 2000).

4) Derecho a la acción: se refiere a la facultad de la víctima para efectuar denuncia en los delitos de acción penal pública<sup>12</sup> y de ejercer la acción en los delitos de acción penal privada (Arts. 54, 55, 109 letra b) y 173 del CPP).

5) Derecho de participación: dice relación con la facultad de la víctima para ejercer cierto control respecto de la actividad del Ministerio Público y de

---

<sup>12</sup> Es menester señalar que no compartimos el contenido del derecho a la acción que señala el autor. Nos parece que la denuncia no constituye ejercicio de la acción penal propiamente tal, puesto que se concreta en un estadio procesal previo.

los Tribunales (Arts. 109 letra d) relacionado con el 78 letra d), 167 inciso final, 170 inciso 5° y 6°, 109 letra e) relacionado con el 69 inciso final, 109 letra f), 183 y 258 del CPP; numeral 9 del Oficio 143, Instructivo General N°11 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 12 de octubre de 2000).

6) Derecho a la reparación del daño causado por el delito: es uno de los objetivos perseguidos con la reforma al sistema penal y a contar del año 2002 con la incorporación de un inciso 2° al artículo 6°, quedó comprendido en el deber del Ministerio Público de velar por la protección de la víctima, del cual se colige que debe también facilitarle la reparación del daño sufrido. (Arts. 6 inciso 2°, 59 y ss., 78 letra c) y 189 del CPP; numeral 19 del Instructivo N° 34 y numeral 1 del instructivo 68, ambos emanados del Fiscal Nacional del Ministerio Público).

Una segunda posición doctrinal la recogemos del trabajo del profesor Raúl Tavolari, quien ha clasificado los derechos de la víctima del siguiente modo:

“En primer lugar, ha señalado que existe el **derecho de protección**, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía (art. 6° CPP, art. 78 CPP, art. 83 CPP, art. 109, letra a), CPP, art. 1° Ley 19.640, art. 20, letra f), Ley 19.640, art. 34, letra e), Ley 19.640, art. 32, letra g), Ley 19.640, art. 19 Ley 19.640, art. 14 COT y 80 A CPE). En segundo lugar, está el **derecho de intervención** (art. 111 CPP –posibilidad de presentar querrela-; art. 258 CPP –

posibilidad de forzar la acusación-; art. 261 CPP –posibilidad de adherir a la acusación o formular acusación particular; art. 157 CPP– posibilidad de solicitar medidas cautelares reales durante la investigación-; art. 83 CPE –derecho a la acción penal. En tercer lugar, se encuentra el **derecho de audiencia** (art. 78, letra d), CPP, art. 109, letra d), CPP, art. 237 CPP -derecho a ser oída antes de que el fiscal pidiere o se resolviera sobre la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada-; art. 169 CPP –derecho a producir la intervención del juez de control cuando el fiscal estima que no corresponde instruir-; art. 109 CPP –derecho a ser oída antes del pronunciamiento sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa-; art. 170, inciso tercero CPP -puede manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal para que el juez de garantía deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. En cuarto lugar, está el **derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas** (art. 109, letra f), CPP; art. 33 Ley 19.640; art. 167 CPP; art. 7º Ley 19.640; Libro III CPP). Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría “**otros derechos**” (art. 314 CPP, entre otros).”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> TAVOLARI O., Raúl. 2005. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos. Santiago, Editorial Jurídica. Citado en STC Rol 1341-2009-INA de fecha 15 de abril de 2010, considerando 67º.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA VÍCTIMA A TRAVÉS DE LA IMPOSICIÓN DE DEBERES A LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA PENAL**

Este principio básico del sistema, del que venimos hablando -“la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”- también trae como consecuencia la obligación que se impone a los fiscales de velar por sus intereses y por su protección a lo largo del procedimiento y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el mismo.

Por otra parte, se extiende la obligación a la policía y a los demás organismos, quienes deben brindarle un trato acorde a su condición de víctima y facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir (artículo 6 del CPP).

Las obligaciones que se imponen a los distintos órganos del sistema penal operan, tanto para la protección de los derechos y garantías de la víctima, así como para asegurarle su adecuado ejercicio, siempre teniendo en vista evitarle una victimización secundaria.

### 3.1 Deberes del Ministerio Público.

El Mensaje del Ejecutivo al proyecto de Código Procesal Penal señala que: “La reforma procesal penal, en la medida que instituye un órgano específico encargado de la persecución penal pública sometido a la conformidad de la víctima y, al mismo tiempo, en la medida que abrevia la distancia temporal entre la infracción y el castigo, contribuye a disminuir los factores que acentúan la inseguridad subjetiva en Chile. El ministerio público será un órgano estatal especializado en la persecución penal, en la protección de la víctima y en una represión imparcial y rápida de la delincuencia.”<sup>14</sup>

El Ministerio Público y los fiscales tienen que cumplir el mandato que les hace la ley, relativo a la función de dar protección a las víctimas y testigos. Esta ordenanza se encuentra establecida específicamente en el artículo 6° del Código Procesal Penal, titulado “protección de la víctima”, y se desenvuelve a través de todo el curso del procedimiento penal. Y además en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que al efecto señala: “le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.”

---

<sup>14</sup> El destacado es nuestro.

El CPP en su Título IV denominado “Sujetos Procesales” trata al Ministerio Público en su Párrafo 2º que contiene sólo dos artículos, uno de los cuales (artículo 78) se refiere exclusivamente a la información y protección de víctimas. El tenor de este artículo, en todas sus partes, es de una norma imperativa para el Ministerio Público, dado que le impone deberes u obligaciones de actuar en beneficio de la víctima, “Con ellos se busca evitar la denominada “victimización secundaria”, definición que caracteriza la nueva situación de desamparo e inseguridad que sufre la víctima, esta vez, ya no producto del delito; sino del funcionamiento del sistema de justicia penal.”<sup>15</sup>

En definitiva el Ministerio Público resulta obligado para con la víctima, específicamente a lo siguiente:

- 1) solicitar o adoptar medidas para proteger a las víctimas,
- 2) facilitar su intervención en el procedimiento y,
- 3) evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

---

<sup>15</sup> BUSTOS/LARRAURI. 1993. Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas). Barcelona, PPU. pp.43 y ss. Citado en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. T. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 149.

En seguida, el artículo 78 del CPP, señala a modo de ejemplo algunas de las actividades a que se encuentran especialmente obligados los fiscales, estas son:

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

Esta remisión de antecedentes a otro órgano estatal para representar a la víctima, se entiende considerando como antecedente de este literal, el inciso 2º del artículo 6º del CPP, que excluye la posibilidad de que el fiscal ejerza las acciones civiles que le correspondan a la víctima, acotando el deber del fiscal, en este aspecto, a promover:

- i. acuerdos patrimoniales,
- ii. medidas cautelares u,
- iii. otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima.



d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

Finalmente, señala tal artículo que en caso que la víctima haya designado abogado, el fiscal queda obligado también respecto de él a realizar las actividades de las letras a) y d) precedentes.

Tal como se puede apreciar, el legislador no se conformó con señalar los derechos de las víctimas en el artículo 109, según revisamos antes; sino que varios de ellos los impuso como deberes del Ministerio Público, es así como ocurre con las letras a), c) y d) del artículo 109, que corresponden a las letras b), c) y d) del artículo 78, respectivamente. Es así como se debe entender la relación entre estos sujetos procesales: es el órgano público el que está al servicio del particular, es por ello que se garantizan ciertos derechos básicos a la víctima, que se hacen cumplir imponiendo deberes al Ministerio Público para ello.

### **3.2 Deberes de los Tribunales.**

El Código Orgánico de Tribunales, en su Título II, párrafo primero denominado “De los Juzgados de Garantía”, específicamente en su artículo 14 letra a) señala que: “Corresponderá a los jueces de garantía:

a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

Como es posible apreciar, pese a que la víctima, no es nombrada directamente en la norma citada, sus derechos son objeto de aseguramiento por parte del juez de garantía, ya que se le considera dentro del concepto genérico de interviniente.

Luego, el artículo 6º del Código Procesal Penal, se refiere específicamente a un deber del tribunal en cuanto a la “protección de la víctima”, en este sentido señala: “el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.” De manera que el o los jueces tienen una obligación de protección respecto de la víctima, que se debe materializar en el procedimiento ejerciendo una función de garante de los derechos que la Ley le reconoce.

Esta referencia al “tribunal” debe entenderse en sentido amplio, comprensiva de los distintos tribunales con competencia en el proceso penal. Así se desprende de lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal Penal, con el cual comienza el Párrafo 1º del Título IV “Sujetos procesales”, denominado “El tribunal”, que en su inciso 2º indica: “De igual manera se entenderá la alusión al tribunal, que puede corresponder al juez de garantía, al tribunal de juicio oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema.”

Por su parte el artículo 109 letra e) del Código Procesal Penal señala: “La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa (...)”

Como se puede notar, la norma contempla en primer lugar los casos de sobreseimiento, y en segundo lugar, queda abierta a toda resolución que ponga término a la causa. Encontramos un claro ejemplo de término anticipado de la causa en la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, la cual consiste en la comunicación que hace el fiscal al tribunal, indicando que no

perseverará en el procedimiento por no haber reunido suficientes antecedentes en su investigación como para fundar una acusación (artículo 248 del Código Procesal Penal). En la audiencia en que se informa la decisión del fiscal se le da la palabra a la víctima antes de tenerla por comunicada.

Otro caso de término anticipado de la causa, en que debe ser oída la víctima previamente, es la suspensión condicional del procedimiento, para cuyos efectos el artículo 237 inciso 5° del CPP, señala que: el querellante o la víctima deberán ser oídos por el tribunal si asisten a la audiencia respectiva.

Un tercer ejemplo, lo constituye la institución conocida como principio de oportunidad, que consiste en la decisión motivada que emite el fiscal y luego comunica al juez de garantía, señalando que no iniciará la persecución penal o abandonará la ya iniciada en los casos previstos en el artículo 170 del CPP. El mismo artículo, en su inciso tercero, señala los casos en que el juez de garantía puede dejar sin efecto dicha decisión, entre ellos está el que la víctima manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal, para lo cual cuenta con el plazo de 10 días siguientes a la comunicación.

Como podemos apreciar, el Código no contempla, en un único artículo, el deber del tribunal de oír a la víctima, sino que, dicho deber se encuentra

recogido en las diversas normas que se refieren a aquellos casos en que el procedimiento se suspende o termina anticipadamente por las causas indicadas en la ley.

## **CAPÍTULO II: EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA VÍCTIMA.**

### **1. LA VÍCTIMA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL**

Según la Real Academia Española, acción se define como el “ejercicio de la posibilidad de hacer”, lo cual implica en la práctica, el ejercicio de una potencia o poder, de echar andar, etc. Luego, plantea una definición de derecho en sentido procesal, diciendo que es el “derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés.”

Ahondando en la doctrina, el profesor Perazzo señala que “El ordenamiento jurídico ha privado a los ciudadanos de la aplicación de la autotutela como forma de solucionar los conflictos de relevancia jurídica. Más aún, la ha prohibido y la ha tipificado como delito. Entonces, para resolverlos ha creado el Proceso y establecido la función jurisdiccional a la cual deben acudir los ciudadanos para encontrar la solución de los conflictos”.<sup>16</sup> Entonces, la acción se ejerce para echar a andar el aparato jurisdiccional, a través del proceso, con el fin de obtener una pretensión al interior del juicio. En este caso, hablamos de

---

<sup>16</sup> PERAZZO G., Pierino, 2005. La Acción en el Nuevo Proceso Penal. Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (20). p. 257.

la “acción penal”, que consiste en el requerimiento de una decisión del tribunal sobre una “noticia críminis”.<sup>17</sup>

Chiovenda nos dice, respecto de la naturaleza jurídica de la acción penal, basado en la doctrina alemana que “se la concibe, tanto en el ámbito civil como en el penal, como el derecho subjetivo, potestativo, público, procesal y autónomo diverso a los derechos subjetivos reales o personales que se reclaman mediante su promoción y posterior ejercicio”.<sup>18</sup>

En esto coincide parte de la doctrina nacional, que le reconoce como característica -a la acción penal- el ser “un derecho subjetivo, porque constituye un interés jurídico personal, protegido en forma inmediata y directa por la ley ante los demás individuos y el Estado, en términos de que, ante su promoción, el Juez está obligado a la prestación jurisdiccional. Es decir, es un derecho subjetivo, en particular, frente al juez.”<sup>19</sup> Lo cual se corrobora en nuestro ordenamiento nacional, a través del principio de inexcusabilidad de los tribunales, establecido en el artículo 76 inciso segundo de la CPR, que prescribe: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su

---

<sup>17</sup> PERAZZO G., Pierino. Op. Cit. p. 260.

<sup>18</sup> CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. T. I. Madrid, Instituto Editorial Reus. pp. 69 y ss. Citado en NUÑEZ, J. Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 60.

<sup>19</sup> NUÑEZ, J. Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 63.

competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Además concordamos con Chiovenda, cuando señala que: “la acción es un “derecho potestativo”, porque la ley concede a alguno el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste, haciendo cesar un preexistente estado de derecho, o procediendo a un nuevo efecto jurídico.”<sup>20</sup>

En este sentido, en cuanto a los intervinientes que tienen la facultad de ejercer la acción penal, nuestro sistema procesal penal reconoce, en primer lugar, al Ministerio Público, como un órgano autónomo y sujeto procesal que tiene a su cargo la dirección de la investigación penal en forma exclusiva y, que a su vez, tiene la atribución de deducir acusación en el procedimiento penal, con lo cual hace ejercicio de la acción penal. Sin embargo, no le ha dotado de exclusividad en el ejercicio de esta acción, pues existe un segundo interviniente que tiene derecho a ejercerla, éste es el querellante, que en la mayoría de los casos es la víctima del delito.

---

<sup>20</sup> CHIOVENDA. Principios de Derecho Procesal Civil. T. I. Madrid, Instituto Editorial Reus. p. 67. Citado en NUÑEZ J., Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 61.



Así lo ha sostenido la doctrina mayoritaria, por ejemplo, tratando los derechos de la víctima, entre ellos el “derecho a la acción”, se ha señalado que: “En el procedimiento penal acusatorio no sólo el MP puede deducir la acción penal, pues debe tenerse presente que el ejercicio de la acción penal pública siempre es posible por la víctima si formula una querrela según lo dispone expresamente el artículo 109 letra b)”<sup>21</sup> –del CPP-.

No obstante, es posible citar una doctrina contraria, en virtud de la cual, la víctima no tendría un tal derecho al ejercicio de la acción penal, este es el caso de Bordalí, quien señala que: “Si la ley permite a los ciudadanos presentar denuncia, querrela o acusar, no es porque se entienda que esos ciudadanos están ejerciendo un derecho subjetivo fundamental al proceso penal, sino porque la ley (o la Constitución en nuestro caso) les ha facultado para colaborar o para hacer valer el deber del órgano estatal.”<sup>22</sup>

No estamos de acuerdo con la postura de Bordalí, nos parece que las facultades de intervención dentro del procedimiento penal, que tienen los ciudadanos, deben entenderse como derechos subjetivos, y más aún, la facultad de la víctima para ejercer la acción penal. En este caso, si se tratara

---

<sup>21</sup> CASTRO Jofré, Javier. La víctima y el querellante en la reforma procesal penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXV: 127-141, 2004. p. 134.

<sup>22</sup> BORDALÍ Salamanca, Andrés. 2008. No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del código procesal penal. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Vol. XXI (2): 205-250. p. 247.

sencillamente de una facultad de colaboración con el Ministerio Público -según lo plantea el autor citado-, no habría sido necesario un reconocimiento expreso a nivel constitucional. Entendemos que el rol de participación accesoria que le correspondió a la víctima en el proceso penal, quedó atrás desde que se le reconoce la posibilidad de ejercerla, aún contra la decisión del órgano público encargado de la persecución de los delitos. Visto con mayor profundidad, podemos señalar que el autor adopta como punto de partida a su posición, que la facultad de acusar no constituye ejercicio de acción penal, con lo cual sustenta una postura contrapuesta al núcleo fundamental de nuestra tesis; no obstante, nos parece que el tema queda zanjado con el tenor de la Ley 20.516 de reforma constitucional -que trataremos en detalle más adelante-, la cual señala en forma explícita que la víctima tiene derecho a ejercer la acción penal, y que este derecho se encuentra reconocido en la Constitución y las Leyes.

A continuación se revisará la normativa vigente, tanto a nivel constitucional como legal, en base a la cual podemos sostener que la víctima tiene un derecho a ejercer la acción penal.

## **2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA A EJERCER LA ACCIÓN PENAL**

Como se adelantó precedentemente, en este apartado se expondrán argumentos amparados en su correspondiente base constitucional y legal, que fundan jurídicamente el derecho que le entrega nuestro sistema a la víctima, de ejercer la acción penal. Cabe hacer presente, que no se debe perder de vista toda la contextualización que sistemáticamente se ha venido tratando hasta este punto, principalmente porque ello refleja de manera contundente la verdadera calidad, derechos y facultades, que se le reconocen a la víctima al interior de nuestro sistema procesal penal, que en todos los casos se enmarca en el supuesto de legalidad estudiado por la doctrina y consagrado en el artículo 19 N°3, inciso 5°, de nuestra Carta Fundamental, en cuya segunda parte señala: “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

### **2.1 Garantía constitucional.**

Nuestra Constitución Política de la República en su artículo 83 se refiere al Ministerio Público y señala sus principales atribuciones, entre ellas, la de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Más adelante, en su inciso segundo, incluye expresamente a la víctima del delito como un actor de relevante importancia en el sistema procesal penal, al respecto señala: “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”<sup>23</sup> Como se puede apreciar, existe una clara correspondencia terminológica entre el artículo transcrito de la Constitución y el concepto de víctima del artículo 108 del Código Procesal Penal, que señala: “se considera víctima al ofendido por el delito.”<sup>24</sup> No queda duda de que la constitución se refiere a la víctima del delito, y le garantiza el ejercicio de la acción penal.

En este sentido, la Ley N° 20.516 de reforma constitucional, que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas, introdujo al artículo 19 N° 3 inciso tercero de la CPR, la siguiente oración: “la ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y

---

<sup>23</sup> Al hablar del *ofendido por el delito*, el legislador hace referencia al concepto de víctima entregada por el Código Procesal Penal en su artículo 108. El subrayado es nuestro.

<sup>24</sup> El subrayado es nuestro.

defensa jurídica gratuita, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”.

Esta reforma a la Constitución se refiere principalmente al otorgamiento de asesoría jurídica y defensa penal a la víctima por parte del Estado, pero a su vez ayuda a hacer más explícito aún el reconocimiento constitucional y legal del derecho que tiene la víctima a ejercer la acción penal, y así lo dice expresamente.

Cabe mencionar, que previo a la reforma constitucional, el artículo 19 N° 3, inciso segundo, decía: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale (...)” y el inciso tercero de la misma norma rezaba: “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.” Al tenor de la normativa transcrita, pudiera verse comprendida en ella a la víctima del delito, sin embargo, el desarrollo normativo a nivel legal tendió a regular, en la práctica, sólo el derecho a defensa para el imputado. “La moción agrega que esta asimetría entre el derecho a representación judicial de la víctima y del imputado no se resuelve por medio de la actuación del Ministerio Público, porque esta institución no representa los intereses del ofendido, sino los de la sociedad en su conjunto, y respecto del ofendido sólo está obligado a brindarle protección,

obligación que también recae sobre el Juez de Garantía y la Policía.”<sup>25</sup> Es por ello que se hizo necesario realizar esta reforma constitucional, con el objeto de incluir expresamente a la víctima como titular de este derecho.

## **2.2 Consagración legal.**

Antes de entrar de lleno en la normativa legal que reconoce a la víctima el derecho a ejercer la acción penal para la persecución del delito, haremos mención a un par de temas que deben estar claros previamente, estos son, las clases de acción penal y la querrela.

### **2.2.1 Clasificación de la acción penal.**

El Código Procesal Penal en su artículo 53, clasifica la acción penal en dos clases, estas son, pública o privada:

---

<sup>25</sup> HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. [en línea]  
<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20516&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20516&anio=2014)>  
[consulta: 03.02.2014]

1) Acción penal pública: Es aquella que debe ser ejercida de oficio por el ministerio público y, que puede ser ejercida, además, por las personas que determine la ley.

Como se tratará más adelante en este trabajo, la vía de los particulares para ejercer la acción penal pública es la interposición de la querrela, de manera que estas personas que determina la ley son entonces, aquellas autorizadas a deducir querrela.

Respecto del contenido de la acción penal pública, encontramos complemento en la doctrina que señala que “es aquella destinada a proteger a la sociedad de la amenaza de los delitos que lesionan los bienes jurídicos superiores, tales como la vida, el honor, la fe pública, la propiedad y otros valores de semejante identidad”.<sup>26</sup>

2) Acción penal pública previa instancia particular: Es aquella que no permite se proceda de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía. Estos casos constituyen una excepción dentro de la acción penal pública, -que por regla general autorizan su persecución de oficio-, ya que se exige el cumplimiento de un requisito adicional, esto es, que la víctima denuncie el

---

<sup>26</sup> NUÑEZ, J. Cristóbal. Op. cit. pp. 65-66.

hecho previamente, por ello se restringe a ciertos delitos en particular. Así lo manifiestan los artículos 53, 54 y 166 inciso 3° del CPP.

3) Acción penal privada: Es aquella que, sólo puede ser ejercida por la víctima, según lo instituyen los artículos 53 y 55 del CPP.

Según la doctrina, acción penal privada “Es la que protege los intereses particulares de los ofendidos por ciertos delitos que, por su carácter de exclusividad con respecto a determinadas personas, la ley otorga acción para perseguirlos sólo a la víctima”.<sup>27</sup>

El profesor Perazzo, con motivos pedagógicos, señala las características que presenta la acción penal privada, señalando que ésta es:

- Retractable: la renuncia y el desistimiento la extinguen.
- Transigible: la transacción produce consecuencias, la extingue.
- Divisible: el querellante puede excluir a uno o más de los sujetos responsables del delito.
- El perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal.
- La inactividad del querellante genera el abandono de la acción.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Ibíd. p. 66.

<sup>28</sup> Ibíd. pp. 260-261.



### **2.2.2 La querella.**

El Código Procesal Penal en su artículo 172 señala que: “La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querella. Se entiende entonces, que la víctima dispone, en principio, de ciertos mecanismos para promover la acción penal, estos son, la denuncia y la querella. A través de la denuncia, pone en conocimiento a alguno de los órganos correspondientes del sistema penal de la noticia criminis, con lo cual, será el Ministerio Público el único que podrá llegar a sostener la acción penal; mas cuando la víctima no se conforma con ello y busca participar activamente en el procedimiento, deducirá una querella, con lo cual promueve y además sostiene por sí misma la acción penal al momento de acusar, ya sea a la par con el Ministerio Público, por vía adhesiva o particular; o bien, en ciertos casos por sí sola, y aún contra la decisión del Ministerio Público, sirviendo la querella en este último caso como la vía adecuada para el ejercicio de la acción penal pública por un particular, de modo independiente del órgano de persecución penal estatal.

#### **2.2.2.1 Concepto de querella.**

La doctrina ha entendido que la querrela “Constituye una manifestación escrita y solemne de la voluntad de la víctima del delito, su representante legal o su heredero testamentario, o cualquiera capaz de parecer en juicio, en casos especiales, destinada a promover la acción penal, poniendo en conocimiento del juez de garantía el delito de que se trata, asumiendo la cualidad de parte acusadora en el proceso criminal.”<sup>29</sup> Bajo este prisma, se reconoce derechamente la protección al interés particular que existe en nuestro sistema de justicia penal, ya que no solo se trata de proteger a la víctima en su dignidad o sus derechos, sino que concluye que su voluntad desempeña un rol relevante durante todo el procedimiento.

En este sentido, “la querrela ostenta, como característica esencial, la de ser un derecho subjetivo público ante el juez, que le otorga la cualidad de parte y de acusador al querellante, y también, puede ser integrativa del objeto del proceso, en cuanto contenga alegaciones tendientes a introducir al juicio hechos o pruebas relevantes para la investigación del delito y la determinación del delincuente”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> NUÑEZ J., Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 73.

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 74.

### **2.2.2.2 Oportunidad para deducir querella.**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 112 CPP, la querella se puede presentar en cualquier momento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación.

### **2.2.2.3 Legitimación activa para deducir querella.**

El artículo 111 del CPP señala quienes pueden deducir querella, a saber:

- 1) la víctima u ofendido por el delito, según lo señala el artículo 83 inciso 2º de la Constitución, en relación con el artículo 108 inciso 1º del Código Procesal Penal;
- 2) el representante legal de la víctima (artículo 111 inciso 1º CPP);
- 3) el heredero testamentario de la víctima (artículo 111 inciso 1º CPP);

- 4) aquellas que en caso de muerte o impedimento del ofendido, son considerados víctima por el Código Procesal Penal, de acuerdo al artículo 108 inciso 2º del Código Procesal Penal, estos son:
- a) cónyuge e hijos;
  - b) ascendientes;
  - c) conviviente;
  - d) hermanos, y
  - e) adoptado o adoptante;
- 5) aquellas que sin ser víctima o estar considerada como tal en la ley, se encuentran autorizados a deducir querrela en el procedimiento penal, estas son, cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia de comisión de delitos terroristas o delitos cometidos por funcionario público, sea contra la probidad pública, o bien que afecten derechos de las personas garantizados constitucionalmente; y
- 6) los órganos y servicios públicos autorizados expresamente a interponer querrela en sus respectivas leyes orgánicas.

#### **2.2.2.4 Clases de querellante.**

La doctrina reconoce tres clases de querellante, según el tipo de participación que se le autoriza dentro del procedimiento penal, estos son, el querellante conjunto adhesivo, el querellante conjunto autónomo y el querellante privado.<sup>31</sup>

El querellante conjunto adhesivo, según señalan Horvitz y López, corresponde a aquel ofendido que puede participar en el procedimiento por delito de acción penal pública como colaborador y control externo del ministerio público. “La ley penal legitima su intervención en tanto coadyuvante del acusador público, privándolo de toda posibilidad de actuación autónoma del mismo. Su intervención es, en consecuencia, siempre accesoria de la persecución penal oficial. Así, si el fiscal no acusa o no interpone recursos en contra de la sentencia, al querellante adhesivo le está vedado hacerlo. En cuanto control externo del ministerio público, se encuentra autorizado para desencadenar mecanismos de control judicial o administrativo jerárquico cuando aparezca comprometida la legalidad de alguna actuación del acusador oficial”.<sup>32</sup> Con todo, como su nombre lo indica, puede adherirse a la acusación que presente el ministerio público en el proceso.

---

<sup>31</sup> De acuerdo a la clasificación planteada por HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián en Derecho Procesal Penal Chileno, T. I, pp. 305 y ss.

<sup>32</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 306.

El querellante conjunto autónomo “tiene atribuciones semejantes a las del ministerio público y las ejerce de modo paralelo y autónomo. La consecuencia más radical de este planteamiento es que el querellante puede acusar aunque el ministerio público no lo haga; en efecto, posee “plena autonomía no sólo formal sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal), ejercida también por él, sin limitación alguna”.<sup>33</sup> Los autores agregan que la admisión de este tipo de querellante, convierte a la acción penal pública en privada, lo cual contraviene el mandato de la ley que le entrega la persecución penal al Estado.

Respecto de este último planteamiento, nos cabe la siguiente acotación: esta entrega de la persecución penal al Estado en nuestra legislación, se ha hecho de forma principal, mas no exclusiva; ya que el querellante tiene la posibilidad de sostener la persecución penal de los delitos de acción penal pública, por sí sólo, en determinadas circunstancias, según lo prescribe el artículo 258 del CPP.

El querellante privado “es acusador exclusivo y excluyente en los denominados delitos de acción penal privada, máxima expresión de la privatización de la persecución penal, aunque constituye una excepción de

---

<sup>33</sup> MAIER (J.), “La víctima y el sistema penal”, en MAIER y otros, De los delitos y de las víctimas, Ad-Hoc, 1992, p. 235. Citado en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 307.

reducida extensión en las legislaciones que la contemplan. Se plantea en aquellos casos en que el componente de interés privado prevalece sobre el interés público al castigo, lo que permite que la autonomía de la voluntad y el poder de decisión del ofendido jueguen un papel preponderante en el inicio, desarrollo y desenlace del procedimiento. Es consustancial a la acción penal privada la posibilidad de renuncia o desistimiento de la querrela, la conciliación pone término al procedimiento y la inactividad del querellante, demostrativa de escaso interés en la persecución, determina generalmente el abandono de la acción y el sobreseimiento definitivo de la causa.”<sup>34</sup>

En conclusión podemos señalar que el Código recoge la figura del querellante privado y del querellante conjunto adhesivo, quienes intervendrán con las facultades que ya mencionamos, según los hechos configuren un delito de acción penal privada o de acción penal pública, respectivamente. Aquí se encuentra entonces la relación entre las clases de acciones y las clases de querellante, ya que la forma en que estará autorizado el querellante a ejercer la acción penal, esto es, la clase de querellante de que se trate, depende de la clase de acción que corresponde al delito.

Por otra parte, no se ha contemplado en nuestra legislación la figura del querellante adhesivo autónomo en términos amplios, probablemente porque la

---

<sup>34</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 308.

equiparación del querellante particular a la posición y atribuciones que tiene el ministerio público es impensable en nuestro sistema procesal penal, que reconoce primacía al principio de oficialidad.

No obstante lo anterior, en este punto parece importante destacar que el querellante conjunto adhesivo que reconoce nuestro CPP para el ejercicio de la acción penal pública es uno de características muy singulares, ya que en cierta medida se equipara al querellante conjunto autónomo, aunque no cuenta con una libertad respecto del órgano de persecución estatal mientras este actúa, de tal entidad que le permita participar con iguales atribuciones y en forma paralela a aquel; mas adquiere la facultad de sostener la acción penal en los mismos términos que el ministerio público -y siempre actuando sobre la base de la investigación fiscal-, sólo una vez que éste decide restarse de la persecución penal iniciada, sea por considerar procedente un sobreseimiento, o bien, por adoptar la decisión de no perseverar en el procedimiento por falta de antecedentes para fundar su acusación, es decir, tiene independencia en cuanto al ejercicio de la acción, pudiendo ejercerla aún sin la compañía del órgano persecutor. Esto claramente no es la regla general, pero se encuentra contemplado como la institución del “forzamiento de la acusación” que trataremos más adelante.



### **2.2.2.5 La querrela como vía de ejercicio de la acción penal.**

Como se ha podido apreciar nuestro CPP contempla a la querrela como la vía de ejercicio de la acción penal, desde su interposición surge un nuevo interviniente en el procedimiento: el querellante, quien es dotado de variadas facultades de intervención. Así por ejemplo:

- 1) Una vez admitida a tramitación la querrela, el artículo 112 CPP autoriza al querellante a ejercer los derechos conferidos por el artículo 261 del mismo cuerpo legal. Este último artículo señala un plazo máximo de hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación de juicio oral, para efectuar las siguientes actuaciones por escrito:
  - i. Adherir a la acusación del ministerio público;
  - ii. Acusar particularmente;
  - iii. Señalar vicios formales del escrito de acusación fiscal y requerir su corrección;
  - iv. Ofrecer prueba para sustentar su acusación;
  - v. Deducir demanda civil.

- 2) Derecho a ser oído por el juez de garantía si asiste a la audiencia en que discuta la solicitud de suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 inciso 5º).
  
- 3) Derecho a apelar de la resolución que se pronuncie sobre la suspensión condicional del procedimiento (Art. 237 inciso 8º).
  
- 4) Derecho a forzar la acusación del Ministerio Público o a sostenerla él solo, en los mismos términos que el ministerio público (Art. 258 CPP).

#### **2.2.2.6 La víctima querellante.**

La interposición de querrela por parte de la víctima no es irrelevante, ya que con ello se abre camino a las múltiples formas mencionadas de intervención en el procedimiento penal, y que antes le estaban vedadas.

Tal como tuvimos oportunidad de señalar, a la víctima se le han reconocido derechos y garantías por el sólo hecho de ser tal, y precisamente uno de esos derechos, contemplado en la letra b) del artículo 109 CPP), se refiere a la presentación de querrela, que es la institución procesal penal encargada de

conducir el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima a través de su representante, vale decir, el querellante. Esta es la relación fundamental que media entre el derecho a presentar querrela y la garantía de la víctima a ejercer la acción penal: la primera es el vehículo para el ejercicio de la segunda; la primera está consagrada legalmente, para cumplimiento de la segunda, que es una garantía de nivel constitucional.

Para efectos de este trabajo, centraremos nuestra atención en la víctima querellante, en la víctima que ha debido ejercer este acto jurídico procesal –la querrela-, contando con un abogado que represente sus intereses en juicio, para poder atribuirse las facultades de intervención que le caben como querellante. Entre ellas se encuentra la posibilidad de acceder a la institución del forzamiento de la acusación.

En este sentido, podemos señalar que la interposición de la querrela por parte de la víctima, ocasiona la intervención necesaria del Juez de Garantía en el procedimiento, realizando un examen de admisibilidad de la misma. Esta intervención del Juez de Garantía a su vez excluye varias de las alternativas de término anticipado del procedimiento con que contaba el Ministerio Público antes. Es así como el Fiscal pierde la posibilidad de archivar provisionalmente por no contar con antecedentes suficientes para iniciar la investigación y sólo le queda tomar la decisión de no perseverar en el procedimiento.

Resulta entonces que la interposición de querrela por parte de la víctima es determinante en la prosecución del juicio; de no haberlo hecho, el fiscal podría haber utilizado el archivo provisional, y en ese caso la víctima no tendría nada más que hacer por la continuación de la investigación. En cambio, desde que interpone querrela, fuerza la intervención del juez de garantía, excluye esta salida administrativa del fiscal y se abre paso al ejercicio independiente de la acción penal, sosteniendo su pretensión en juicio, y aun a pesar de la decisión contraria del fiscal.

### **CAPÍTULO III: EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN (ART. 258 CPP).**

#### **1. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN DEL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN.**

Sobre los fundamentos considerados al instaurar el forzamiento de la acusación en nuestro sistema, la doctrina ha señalado que: “el establecimiento de esta institución en nuestro código obedeció a la necesidad de potenciar la participación de la figura del ofendido por el delito en el procedimiento penal, fundamentalmente, en una etapa histórica de transición entre sistemas procesales tan diversos, más aún, considerando la posición que, hasta entonces, a la víctima le había correspondido en el mismo. Dicha necesidad se vinculaba, asimismo, a protegerla de eventuales arbitrariedades de las que pudiera ser objeto por parte de los órganos del Estado y, en tal sentido, dotarla de herramientas que le permitieran hacer frente a tales situaciones”<sup>35</sup>

La institución del forzamiento de la acusación regulada en el artículo 258 de nuestro C.P.P., encuentra su origen en el derecho alemán que, en los

---

<sup>35</sup> HERRERA S., Marta. 2004. Conclusión de la etapa de investigación. Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Citado en MATURANA M., Cristian. 2004. Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal. Santiago. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. p.93

parágrafos 172 a 177 StPO (Ordenanza Procesal Alemana) contempla un “procedimiento para forzar la acusación”, también denominado “procedimiento para compeler a la promoción de la acción”, por medio del cual, el ofendido por el delito, luego del archivo de su causa por el Fiscal, puede solicitar a un Tribunal que examine si el Ministerio Fiscal ha obrado consecuentemente con el principio de legalidad, y, si el Tribunal estima que no, que le fuerce a acusar.<sup>36</sup>

“El procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública [...] representa un procedimiento ajustado al art. 19, IV, GG, para la *protección* de los derechos públicos subjetivos del *ofendido* por el hecho punible, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado.”<sup>37</sup>

Siguiendo a Roxin<sup>38</sup> y Gómez Colomer<sup>39</sup>, los presupuestos para que el fiscal pueda resultar forzado a acusar en el procedimiento alemán, son los siguientes:

- a) Que la fiscalía se niegue a promover, sea porque inicialmente no da curso a una denuncia, o bien posteriormente sobresee el procedimiento.
- b) El solicitante debe ser notificado de dicha decisión con indicación de sus fundamentos.
- c) Que el solicitante sea el ofendido por el delito.

---

<sup>36</sup> GÓMEZ C., Juan-Luis. 1985. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona, Bosch. p. 154.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto. p.341.

<sup>38</sup> *Ibíd.* pp. 342-344.

<sup>39</sup> GÓMEZ C., Juan-Luis. 1985. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona, Bosch. p. 154.

d) Que se trate de hechos punibles respecto de los cuales rige el principio de legalidad, es decir, se excluyen los casos de acción privada, ya que en ellos el ofendido puede ejercer la acción por sí mismo.

El procedimiento para compeler a la promoción de la acción contempla una etapa preliminar, en virtud de la cual el ofendido debe interponer una queja ante el funcionario superior de la fiscalía, para lo cual cuenta con un plazo de dos semanas a contar de la notificación de la decisión del fiscal. En caso que resulte denegada la queja, el ofendido puede proceder a solicitar el pronunciamiento judicial pertinente, ante el OLG (Tribunal Superior Estadual), dentro del plazo de un mes. Su requerimiento debe indicar los hechos que funden el ejercicio de la acción penal pública, motivos, medios de prueba, indicios suficientes sobre la identidad del imputado, demostrar el cumplimiento del plazo para la queja y debe estar firmado por un abogado. En resumen este requerimiento debe ser tan completo que el OLG quede en condiciones de examinar sus fundamentos sin tener que recurrir a las actas de la investigación.<sup>40</sup> Sin perjuicio de lo cual, el OLG puede consultar las actas de la fiscalía, ordenar diligencias y encomendar su realización a un juez comisionado o requerido. Finalmente, el Tribunal se encuentra en condiciones de decidir, a través de un auto, en alguno de los

---

<sup>40</sup> A decir de Roxin, son estos requisitos excesivos el motivo principal para el fracaso de la mayoría de estos procedimientos. A mayor abundamiento, señala también el autor que, de 600.000 sobreseimientos decididos por la fiscalía anualmente, sólo se realizan alrededor de 2.000 procedimientos para compeler a la promoción de la acción, de los cuales, por ejemplo en el año 1982, sólo uno terminó en una sentencia condenatoria. pp. 342 y 345.

siguientes sentidos: (1) rechazar la solicitud, con costas, por falta de motivos suficientes para que el fiscal ejerza la acción pública, o (2) acoger la solicitud, ordenando al fiscal que ejerza la acción penal pública por medio de la presentación de su escrito de acusación.<sup>41</sup> Contra el auto del OLG no proceden recursos. Sin embargo, el auto que rechaza el requerimiento del ofendido, tiene efecto de cosa juzgada material limitada, de manera que la acción penal pública podría ser promovida con fundamento en nuevas circunstancias.<sup>42</sup>

Al contrastar las especificidades de la institución alemana y la nacional, encontramos al menos tres importantes diferencias entre ellas, a saber:

- a) El solicitante del forzamiento de la acusación en el derecho alemán sólo puede ser el denunciante que, es a la vez, ofendido por el hecho punible, entendiendo por ofendido a aquel que “resulta tan afectado en sus intereses legítimos a través de la acción punible afirmada, que su demanda de persecución penal supera una necesidad retributiva reconocible como legítima”<sup>43</sup>, según la opinión preponderante en la actualidad, a decir de Roxin. En cambio, en el derecho nacional, la

---

<sup>41</sup> Con esto se salva el principio acusatorio formalmente, pero a la vez se lo limita considerablemente a través de la sujeción de la fiscalía a la decisión del OLG. Así lo indica Roxin. Op. Cit. p. 346.

<sup>42</sup> ROXIN. Op. Cit. p. 346.

<sup>43</sup> Eb. SCHMIDT, II, 171, núm. marg. 12. Citado por Roxin. Op.Cit. p. 342.



facultad de solicitar el forzamiento de la acusación es del querellante, sea o no víctima del delito.<sup>44</sup>

b) El tribunal competente para conocer del procedimiento para compeler a la promoción de la acción es el OLG o Tribunal Superior Estadual. “Se ha elegido a este tribunal porque los tribunales inferiores, que son competentes para el procedimiento principal eventual, no deben ser expuestos al peligro de soportar, de antemano, una tacha de parcialidad.”<sup>45</sup> En cambio en nuestro sistema procesal penal, conoce del forzamiento de la acusación el juez de garantía, que podría ser el mismo que conozca del juicio, en caso de tratarse de procedimientos de su competencia.

c) Finalmente, la mayor diferencia entre la institución alemana y su adaptación en el derecho chileno, consiste en que en la primera la acción penal es sustentada por el ente persecutor, para lo cual cuenta con total independencia en la conducción del proceso, pudiendo incluso solicitar la absolución. Es por ello que, para compensar esta situación, el ofendido tiene la facultad de actuar como acusador adhesivo, una vez promovida la acción pública. A diferencia, en el derecho nacional, la acción penal

---

<sup>44</sup> Sobre la legitimación activa para deducir querrela, nos remitimos a lo señalado precedentemente en el título 2.2.2.3 del Capítulo II.

<sup>45</sup> ROXIN. Op Cit. p. 344.

pública puede llegar a ser sostenida únicamente por el querellante –en los casos en que fracase el recurso administrativo jerárquico deducido por el querellante, esto es, que el fiscal regional comparta la opinión del fiscal a cargo de la investigación-.

Inicialmente, el proyecto de Código Procesal Penal no contemplaba esta última diferencia con su símil alemán, la cual fue incorporada en la tramitación legislativa, por el Senado, y al efecto se indicó el riesgo de dejar la acusación en manos del ministerio público, en circunstancias que dicho órgano no comparte el criterio de sostener la acusación en el caso concreto, ya que podría terminar sosteniendo su tesis original, con lo cual restaría eficacia a la garantía de la víctima, que es lo que en definitiva primó para el legislador, según se indica con detalle bajo el siguiente título.

## 2. TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 258 C.P.P.

El mensaje que acompañó al proyecto de Código Procesal Penal del Ejecutivo hacía alusión a la participación de la víctima y a la institución del forzamiento de la acusación en los siguientes términos:

“Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación. Entre otros, se encuentran el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, a solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados y a recurrir contra el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria.

Con la misma orientación de relevar la posición de la víctima en el procedimiento criminal se plantea la mantención de la posibilidad de la querella como modo de intervención formal en el procedimiento, considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de control de la instrucción exista mérito suficiente para ello.

[...]El único caso en que se ha estimado necesario llevar adelante la acusación en contra de la opinión del fiscal, es aquél en que tanto el querellante como el juez coinciden en que la instrucción arroja antecedentes suficientes para la apertura del juicio. En este caso ha parecido que la voluntad de una víctima u otro interesado habilitado, con la disposición a asumir la carga de la acusación, más la opinión favorable del juez, deben imponerse sobre la opinión del fiscal. La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en manos del ministerio público.”<sup>46</sup>

En el proyecto de Código Procesal Penal enviado por el Ejecutivo a la Honorable Cámara de Diputados, el 9 de junio de 1995, el forzamiento de la acusación estaba contemplado en su artículo 346, en los siguientes términos:

---

<sup>46</sup> El subrayado es nuestro.

“Artículo 346. Forzamiento de la acusación. Si el fiscal planteara una solicitud de sobreseimiento temporal o definitivo, el juez de control de la instrucción la acogerá, a menos que no considerare procedente la causal invocada. En tal caso podrá sustituir la causal o decretar un sobreseimiento distinto del requerido.

Si durante la audiencia respectiva el juez considerare que procede la apertura del juicio oral, deberá ordenar se remitan las actuaciones a las autoridades del ministerio público según lo disponga la Ley Orgánica respectiva, para que se acuse o se ratifique el pronunciamiento del fiscal de la causa, dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones. Si las autoridades superiores del ministerio público ratificaren la solicitud del fiscal, el juez deberá resolver en el sentido solicitado.

En ningún caso podrá el juez ordenar al fiscal la ampliación de la investigación o la práctica de diligencias específicas.

El juez de control de la instrucción podrá ordenar al fiscal la formulación de la acusación, cuando lo solicite el querellante y siempre que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado.

La resolución que niegue la solicitud del querellante será inapelable, sin perjuicio de la procedencia de recursos en contra de la que pusiere término al procedimiento.

Cuando de acuerdo a lo dispuesto en los incisos segundo y cuarto el fiscal general o el juez ordenaren acusar, el fiscal que corresponda deberá hacerlo dentro del término de la audiencia fijada para el efecto.”

Durante el primer trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, en su primer informe comenta dicho artículo y al respecto señala que: “[...] al hablar del forzamiento de la acusación, fija las facultades del juez respecto del sobreseimiento.

Por lo general, debe acoger la proposición del fiscal, a menos que no considere procedente la causal. En tal caso, puede substituir la causal o decretar un sobreseimiento diferente.

Si durante la audiencia respectiva, el juez considerare que procede la apertura del juicio oral, debe ordenar que se remitan las actuaciones a las autoridades del ministerio público, para que acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal.

En ningún caso el juez puede ordenar al fiscal la ampliación de la investigación o la práctica de diligencias específicas.

El juez puede ordenar al fiscal que acuse, cuando lo solicite el querellante y existieren antecedentes que lo justifiquen.”

Dicho informe indica además que esta disposición fue objeto de un amplio debate: “Se indicó que en ella se contemplan diversas situaciones. Una, cuando la víctima pide que se acuse, caso en el cual, prima la opinión del juez y de la víctima sobre la del fiscal. Otra, cuando el fiscal está ocultando un caso, el juez lo acusa ante su superior jerárquico. Si el ministerio público, como órgano, decide no acusar, está dentro de su ámbito de competencia y prima su decisión.

Se consideró complicado que, al final, prime el criterio de la fiscalía sobre el del tribunal respecto de sí se debe o no se debe acusar en un determinado caso.

Se manifestó que si primara la decisión del juez, en el fondo todas las acusaciones serían judiciales. Se acusará cuando el juez quiera, porque todos los casos que no vayan a acusación van a ir a sobreseimientos, los que son

controlados por el juez. O sea, el que manejaría la llave de la acusación no sería el fiscal, sino el juez.

Una solución como la anterior atenta no sólo en contra de los principios que inspiran el Código sino también contra la aplicación práctica del sistema, porque los jueces, con una mentalidad burocrática y muy comprometida con la persecución penal, seguirán actuando como lo hacen hoy, o sea, acusarán en todos los casos.

Se sugirió eliminar el inciso segundo, porque hay un conflicto de poderes — entre jueces y fiscales — que se debe evitar. Al juez se le está otorgando una suerte de derecho de petición para que el propio Ministerio Público repiense la actitud de un fiscal.

Se consultó acerca de la negativa para que el juez pueda ordenar al fiscal la ampliación de la investigación, a solicitud del querellante.

Se contestó que ello se debía a que el juez se estaría involucrando en la investigación, perdiendo su imparcialidad. De aceptarse, la ampliación debería ser sin mencionar diligencias específicas.



En general, la filosofía de este proyecto es que el fiscal sea el dueño de la investigación y de la acusación, que ordene las diligencias y que no tenga control, salvo cuando se afecte a garantías constitucionales. Por eso, debe mantenerse.”

En definitiva, la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, aprobó con modificaciones el artículo 346 original. Separó en dos artículos diversos el tratamiento de su contenido, por una parte, los originales incisos primero y segundo dieron lugar al artículo 326 de las “facultades del juez respecto del sobreseimiento”, y por otra, los incisos tercero, cuarto y quinto del original quedaron tratados en el artículo 328 sobre el “forzamiento de la acusación”. Resultando el texto aprobado del siguiente tenor:

“Artículo 326.- Facultades del juez respecto del sobreseimiento. Si el fiscal del ministerio público planteara una solicitud de sobreseimiento temporal o definitivo, el juez de control de la instrucción la acogerá, a menos que no considerare procedente la causal invocada. En tal caso, podrá substituir la causal o decretar un sobreseimiento distinto del requerido.

Si durante la audiencia el juez considerare que procede la apertura del juicio oral, deberá ordenar que se remitan las actuaciones a las autoridades superiores del ministerio público, según disponga la ley orgánica constitucional

respectiva, para que se acuse o ratifique el pronunciamiento del fiscal de la causa, dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones. Si las autoridades superiores del ministerio público ratificaren la solicitud del fiscal, el juez deberá resolver en el sentido solicitado.”

“Artículo 328.- Forzamiento de la acusación. El juez de control de la instrucción podrá ordenar al fiscal del ministerio público la formulación de la acusación, cuando lo solicite el querellante y siempre que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado.

La resolución que niegue la solicitud del querellante será inapelable, sin perjuicio de la procedencia de recursos en contra de la que pusiere término al procedimiento.

Cuando el juez ordenare acusar, el fiscal del ministerio público que corresponda deberá hacerlo en la audiencia fijada para el efecto.”

En el segundo trámite constitucional, de la discusión general citada en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se lee la siguiente discusión en relación a la institución del forzamiento de la acusación:

“En lo que atañe al forzamiento de la acusación, **el Profesor señor Tavori** explicó que se aparta de los temas tradicionales puros, pero piensa que no afecta mayormente a la instrucción, puesto que ya está agotada. Hay una evaluación que hace el juez en reemplazo del fiscal, pero cree posible mantenerla en consideración a la tradición jurídica chilena, para que de ese modo la víctima quede mejor resguardada.

**El H. Senador señor Boeninger** expresó que cuando el juez de control estima que debe procederse a la acusación, a diferencia del fiscal, dado que no existen pruebas suficientes, se produce una situación muy subjetiva. Si el fiscal es forzado a formular la acusación, el problema de hecho que se producirá es que el fiscal tendrá escasa convicción de lo que se está haciendo y, si es honesto consigo mismo, y no ha cambiado de criterio luego de la decisión del juez de garantía, argumentará en contra de la acusación que está formulando.

Al respecto, **el H. Senador señor Zurita** observó que esa situación acontece en la práctica, cuando el juez somete a proceso a un sujeto y la Corte de Apelaciones revoca la resolución, o viceversa. El fiscal, en el juicio oral, estará obligado a mantener la acusación.

**El Profesor señor Tavolari** agregó que, además, estará presente el querellante, porque este forzamiento de la acusación sólo opera cuando es el querellante el que la ha solicitado.

**El Presidente de la Comisión, H. Senador señor Larraín,** reiteró que, dentro de este tema, es importante analizar la coherencia con los preceptos constitucionales, toda vez que la Constitución otorga la opción de ejercer la acción penal al Ministerio Público o al ofendido u otras personas, pero no se la entrega al juez. En cierto sentido esta disposición le entregaría la opción al juez.”

Al término de este segundo trámite constitucional, el Senado aprobó el proyecto de ley con modificaciones, entre las cuales son atingentes a nuestro tema, modificaciones tanto en el texto, como en el articulado, así se aprecia en el Oficio de la Cámara Revisora a la Cámara de Origen. El artículo 326 pasó a ser artículo 287, reemplazado por el siguiente:

“Artículo 287.- *Facultades del juez respecto del sobreseimiento.* El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 280, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo

las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 279.”.

Y el artículo 328 pasó a ser artículo 289, sustituido por el siguiente:

“Artículo 289.- *Forzamiento de la acusación.* Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 279, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.

La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquélla que pusiere término al procedimiento.”

En el informe de la Comisión Mixta, los artículos comentados adquieren su texto definitivo y así se reiteran en el Oficio de la Cámara de Origen al Ejecutivo, por medio del cual comunica el texto aprobado por el Congreso Nacional, para luego ser publicados como parte del Código Procesal Penal, siendo del siguiente tenor:

“Artículo 256.- *Facultades del juez respecto del sobreseimiento.* El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248.”

“Artículo 258.- *Forzamiento de la acusación.* Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el ministerio público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del ministerio público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público, o bien procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.

La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquélla que pusiere término al procedimiento.”



### **3. FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN.**

El artículo 258 del Código Procesal Penal, anteriormente citado, abre la puerta al querellante para formular la acusación en contra del imputado, y sostenerla en lo sucesivo en los mismos términos que el Código establece para el órgano persecutor, pero en este caso sin la participación del Ministerio Público, cuando éste decide abstenerse de acusar, para lo cual deben concurrir previamente determinadas circunstancias, a saber:

- a) En una primera hipótesis, el fiscal solicita el sobreseimiento del imputado en la causa, y el querellante particular se opone a dicha solicitud.
- b) El juez de garantía debe disponer la remisión de los antecedentes al fiscal regional, para que éste revise la decisión del fiscal de la causa y decida, dentro de un plazo de tres días, sobre la procedencia de la acusación por parte del ministerio público.
- c) Si el fiscal regional decide que el ministerio público formulará acusación, debe pronunciarse además respecto del fiscal adjunto que estará a cargo

de acusar, pudiendo mantener al fiscal que hasta el momento hubiere conducido el caso, o bien designar uno distinto. En este caso la acusación debe ser formulada dentro de los diez días siguientes, conforme a las reglas generales.

d) En cambio, si el fiscal regional decide ratificar la decisión del fiscal a cargo del caso, vale decir, no acusar, la decisión sobre la continuidad del juicio queda en manos del juez de garantía.

e) El juez de garantía puede decretar el sobreseimiento correspondiente, o bien, disponer que la acusación sea formulada por el querellante, sosteniéndola en lo sucesivo en los mismos términos que el Código Procesal Penal lo establece para el ministerio público.

f) En una segunda hipótesis, en vez de solicitar el sobreseimiento, el fiscal ha comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento, en este caso no procede la remisión de antecedentes al superior jerárquico del órgano persecutor para que revise la decisión del fiscal; sino únicamente la posibilidad para el querellante de solicitar al juez de garantía que le faculte para ejercer los derechos mencionados en el literal anterior, esto es, formular acusación y sostenerla en los mismos términos que el ministerio público.

Nos parece que es de suma relevancia propender a la aplicación de este artículo, considerando que se trata de la consagración legal que hace operativa una garantía constitucional del querellante y especialmente de la víctima que se ha constituido como tal. Así el inciso 2° del artículo 83 de la CPR le reconoce la posibilidad de “ejercer igualmente la acción penal”, en que la expresión “igualmente” hace alusión al ministerio público. Por su parte, el inciso 3° del artículo 258 del Código Procesal Penal, utiliza la expresión: “en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público”. En definitiva, la institución del forzamiento de la acusación es un caso muy especial que reconoce nuestro proceso penal, en que es particularmente clara la equiparación de la posición de la víctima querellante a la posición que en general ocupa el ministerio público dentro del procedimiento penal.

A través del empleo de esta institución, el querellante queda en condición de sostener la acción penal pública, aún sin la compañía del fiscal del ministerio público en juicio, por lo que constituye una excepción a la forma de sustentación dual de la persecución penal, -que se da en la generalidad de los casos en que participa el querellante-, y a su vez, el límite máximo en el ejercicio del derecho que tiene la víctima a sostener la acción penal pública.

Aquí cabe tener presente lo que señalamos precedentemente respecto de la consagración, a nivel de garantía constitucional, de este derecho de la víctima a ejercer la acción penal. En este sentido la doctrina ha señalado que: “Con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público, equiparación que, como veremos, no ha recibido el aplauso unánime de la doctrina.”<sup>47</sup>

A continuación veremos que la pretensión del legislador de evitar una sensación de frustración respecto del sistema y un exceso de poder del ministerio público, y aquella otra de promover los intereses concretos de la víctima, incluso equiparándola al ministerio público (sólo en el caso del forzamiento de la acusación) -recordando las palabras del mensaje del Código Procesal Penal-, al parecer no quedaron suficientemente claras en el texto de la Ley, lo cierto es que en la práctica se han suscitado conflictos en la interpretación y aplicación del artículo 258, que han llevado al mínimo las autorizaciones de actuación a la víctima querellante para sostener la acusación en los casos concretos.

---

<sup>47</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 289. El subrayado es nuestro.

## **CAPÍTULO IV: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA APLICACIÓN DEL ART. 258 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

Con anterioridad hemos señalado que la institución del forzamiento de la acusación es la concreción legal de aquella garantía constitucional que le reconoce a la víctima del delito la posibilidad de ejercicio de la acción penal pública. Por otra parte, hemos expuesto acerca de los deberes de los órganos del sistema, en especial, los que pesan sobre el Ministerio Público y los tribunales de justicia, y que tienen por objeto brindar protección a la víctima en el ejercicio de sus derechos y garantías.

Teniendo especialmente presente lo anterior, es razonablemente esperable que el forzamiento de la acusación reciba aplicación sin inconvenientes para la víctima querellante, ya que, si bien su regulación es sencilla y breve, extendiéndose a un sólo artículo del Código Procesal Penal, es la única vía que le queda al querellante para continuar con su pretensión en juicio, en la situación que el fiscal de la causa decida no acusar, concretando el ejercicio de su garantía constitucional a la acción penal pública; y más aún, es esperable que se propenda a la mejor realización de los derechos de la víctima, pues como decíamos, están el Ministerio Público y los tribunales de justicia

encargados de su protección. Sin embargo, la realidad difiere de lo esperable, y así la práctica nos ha demostrado que el derecho de la víctima querellante a ejercer la acción penal pública se ha encontrado con un importante obstáculo en su ejercicio, que viene dado por la falta de formalización de la investigación en muchas de las causas que terminan por sobreseimiento definitivo o por decisión de no perseverar en la investigación.

A continuación, expondremos los detalles de la posición sustentada por el Ministerio Público en materia de forzamiento de la acusación, y cuyos lineamientos han sido expresados por el Fiscal Nacional en oficios, por medio de los cuales imparte instrucciones de actuación a todos los fiscales regionales y adjuntos del país. Luego, haremos un análisis de jurisprudencia de los tribunales ordinarios que se han pronunciado sobre la institución en estudio, prestando especial atención a los fundamentos que han servido de base para resolver en disímiles sentidos. En algunos de los casos en que dichos tribunales rechazaron la aplicación del forzamiento de la acusación, los querellantes acudieron al Tribunal Constitucional, solicitando su pronunciamiento en el sentido de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algunos preceptos del Código Procesal Penal, atendida la interpretación que se había dado a los mismos. A estos fallos de orden constitucional nos referiremos en la parte final del presente capítulo.

## 1. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Recordando en lo esencial aquello que se dijo precedentemente acerca de la protección de la víctima a través de la imposición de obligaciones a los órganos del sistema penal, específicamente respecto del Ministerio Público, aludimos al mensaje del Código Procesal Penal, que señala que el Ministerio Público será un órgano estatal especializado en la protección de la víctima -entre otros aspectos-. En el mismo sentido el artículo 1º de la LOCMP indica que: “De igual manera le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.”

Es por ello, que surge naturalmente la expectativa que el Ministerio Público propenda a la mejor utilización por parte de la víctima del mecanismo forzamiento de la acusación, más allá que en sí mismo implica una diferencia de criterio jurídico respecto del caso concreto, se espera que prime el deber de protección a la víctima que carga el órgano de persecución estatal, por sobre cualquier otro tipo de consideración.

No obstante, no hemos presenciado una postura como la descrita, por parte del Ministerio Público, e inclusive está lejos de mantener una postura neutral u

objetiva, tomando decisiones institucionales sobre su proceder en las causas, con total prescindencia del interés de la víctima y, en ciertos casos, yendo incluso contra el interés expresamente manifestado por la víctima querellante frente al órgano persecutor y los tribunales de justicia.

Una explicación sobre la actuación del Ministerio Público antes enunciada, surge de la revisión de los oficios emitidos históricamente por el Fiscal Nacional, que contienen instructivos para orientar el quehacer de los fiscales ante el forzamiento de la acusación, en cada una de las dos hipótesis de su aplicación, a saber, en caso de solicitar el sobreseimiento de la causa, así como en caso de adoptar y comunicar la decisión de no perseverar en la investigación.

Así, en el oficio N° 106, el Fiscal Nacional define aquello que entiende el Ministerio Público por “protección de la víctima”, reduciéndose este rol a la mera información sobre los derechos que posee, además de la protección física y psíquica. Menciona lo anterior, como una de las razones de por qué el fiscal no es un representante de la víctima: “No es posible confundir el papel legal de protección de la víctima que se traduce en la información de sus derechos y en la protección física y psíquica del ofendido por el delito, con el rol de defensor legal de la misma, situaciones que son enteramente diferentes.”<sup>48</sup> Esta interpretación, a nuestro juicio, es insuficiente, pues entendemos que la

---

<sup>48</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 106 de 20 de marzo de 2001. pp. 2 y ss.



obligación legal que tiene el Ministerio Público de proteger a la víctima es de amplio contenido, que se debe extender a cuanto sea posible, no encontrando razonamiento plausible para restringirlo.

En términos generales el oficio N°106 aborda las audiencias que deben celebrarse luego que la investigación se declare cerrada por el fiscal, y trata separadamente el tema del forzamiento de la acusación, refiriéndose inicialmente a la hipótesis de solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal, y al recurso administrativo ante el fiscal regional, que contempla dos presupuestos: primero, que haya oposición del querellante, y segundo, que el juez de garantía no haya resuelto la solicitud del fiscal. Luego, se avoca a la enunciación de la hipótesis de comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, y finalmente, a la inimpugnabilidad de la resolución que niega lugar a la solicitud del querellante para forzar la acusación.

Uno de los criterios que el Ministerio Público tiene en consideración para definir su actuación en el procedimiento, es su imagen institucional ante la opinión pública, la que estima se vería mermada en caso de llegar en el juicio oral a una sentencia absolutoria, ya que según su perspectiva se trata del peor resultado para el órgano persecutor. Es por ello que, el Fiscal Nacional en su oficio N° 113, instruye a los fiscales en el sentido de actuar con cautela en la decisión de acusar, reservándola sólo para el caso de contar con antecedentes

suficientes, de modo que estratégicamente pueda asegurar un resultado óptimo, debiendo primar en los demás casos la opción de la decisión de no perseverar en el procedimiento.<sup>49</sup>

El oficio N° 556 tiene por objeto orientar a los fiscales sobre la decisión de no perseverar en el procedimiento, su naturaleza, diferencias con la petición de sobreseimiento, sus efectos y si esta decisión puede adoptarse en aquellos casos en que no ha existido formalización de la investigación. Mediante este instructivo el Fiscal Nacional hace hincapié en que la decisión de no perseverar es una facultad privativa del Ministerio Público y no supone resolución judicial alguna desde que en la última fase de tramitación parlamentaria, la institución se traslada de ser una causal de sobreseimiento temporal y adopta el carácter antes enunciado. En este sentido, el Fiscal Nacional señala: “Se trata, insistimos, de una **facultad** del órgano encargado de la investigación por lo que no requiere aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional sino que basta con la **comunicación** efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal”.<sup>50</sup>

Luego, se refiere a los derechos que pueden ejercer las partes (sic) en la audiencia que tiene por objeto comunicar dicha decisión, y en especial, a

---

<sup>49</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 113 de 26 de marzo de 2001. p. 7.

<sup>50</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003. p. 3.

quienes pudieren estar en desacuerdo con la decisión del fiscal. Estos son, por una parte, la víctima, que puede ser oída por el fiscal<sup>51</sup> antes que éste resuelva la terminación anticipada del procedimiento, sólo si lo ha solicitado; y por otra parte, el querellante, quien tiene la posibilidad de solicitar al juez de garantía que lo faculte a sostener por sí solo la acusación, a través del mecanismo forzamiento de la acusación.

En cuanto a la posibilidad de hacer uso de esta facultad, sin que previamente se haya formalizado la investigación, el Fiscal Nacional entiende que no habría inconveniente alguno, y a su juicio, interpretando correctamente el artículo 248 inciso final CPP, la formalización de la investigación quedaría sin efecto sólo en los casos en que hubiere tenido lugar, por las siguientes razones:

1) Se trata de la única solución que el fiscal vislumbra en aquellos casos en que carece de los antecedentes suficientes para continuar seriamente con un procedimiento, habiendo intervenido el juez de garantía, ya que por este hecho, el fiscal ha perdido la facultad de ejercer los mecanismos del archivo provisional y la facultad para no iniciar investigación (artículos 167 y 168 del CPP).

---

<sup>51</sup> En nuestra opinión, si la víctima lo ha solicitado debe ser oída por el fiscal, ya que tiene tal derecho, según establece el artículo 109 letra d) del Código Procesal Penal, mientras que el fiscal tiene la obligación de atender a dicha solicitud; no se trata tan solo de una posibilidad de ser oída, de acuerdo a los términos en que lo plantea el Fiscal Nacional.

2) No sería lógico obligar al fiscal a formalizar la investigación con la sola finalidad de ejercer la facultad señalada, puesto que carece de sentido imputar cargos que el fiscal cree que no existen y a personas que no cree responsables.

3) El Ministerio Público tiene la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, y en este sentido, la decisión de no perseverar es una actuación totalmente facultativa.<sup>52</sup>

Pese a que el Fiscal Nacional reconoce el punto como discutible, señala que: “esta Fiscalía Nacional por razones prácticas y de conveniencia estima que puede emplearse la decisión de no perseverar en el procedimiento en el caso de que haya tenido intervención el juez de garantía, aún en el evento que el fiscal no haya formalizado la investigación por falta de antecedentes.”<sup>53</sup>

Continúa el Fiscal Nacional, diciendo que: “debido a sus consecuencias y efectos prácticos, se trata de un mecanismo que debe ser usado con estricto apego a la legalidad y a las directrices que pueden darse a nivel institucional”<sup>54</sup>, y además señala que: “resulta muy importante obtener la validación de la opinión pública y que la misma no estime que el Ministerio Público no está cumpliendo fielmente sus funciones y llevando a cabalidad las investigaciones

---

<sup>52</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003. pp. 9.

<sup>53</sup> *Ibíd.* p. 10. El subrayado es nuestro.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

que se le han confiado (por la propia Carta Política)<sup>55</sup>, de esta manera vuelve a referirse al criterio de opinión pública o impresión que ocasiona a la ciudadanía su decisión.

Por todo lo anterior, y teniendo especialmente en cuenta: “el hecho de que esta decisión del órgano encargado de la persecución penal pueda verse cuestionada en caso que el querellante particular intente el mecanismo contemplado en el artículo 258, vale decir, el forzamiento de la acusación”<sup>56</sup>, este oficio dirige una instrucción en el sentido que la investigación se lleve de modo prolijo y acucioso por parte de los fiscales, para fundar adecuadamente dicha decisión, y además, para evitar la utilización distorsionada del mecanismo, ordena que las decisiones de no perseverar en el procedimiento sean sometidas a conocimiento del fiscal jefe de cada fiscalía local, y en caso que se trate de un delito que merezca pena aflictiva debe someterse a la revisión del Fiscal Regional correspondiente.<sup>57</sup>

El oficio N° 024 del 15 de enero de 2004, es el primero que aborda como tema central el forzamiento de la acusación, en cuyo cuerpo se tratan de manera sistemática tres temas relacionados a ella. En una primera etapa, se refiere a los antecedentes de su establecimiento y al símil que tiene esta

---

<sup>55</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003. p. 11.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> *Ibíd.*

institución con su par alemana; en segundo lugar, se refiere a la justificación para incorporar el mecanismo del forzamiento de la acusación al Código Procesal Penal chileno; y en tercer lugar, trata concretamente el procedimiento, abordando una hipótesis de aplicación de esta institución que ha sido discutida, y que constituye el tema central del presente trabajo, cual es, la posibilidad de aplicarlo en caso que no se haya formalizado previamente la investigación.<sup>58</sup>

Respecto de la justificación de la incorporación del forzamiento de la acusación en nuestro Código Procesal Penal, el Fiscal Nacional considera que ello se debe al reconocimiento de dos circunstancias esencialmente ligadas entre sí:

1) La legitimación que al ofendido por el delito le corresponde para accionar en el nuevo proceso penal.

2) La recepción en nuestro país de la tendencia comparada en orden a potenciar la figura del ofendido por el delito en el proceso penal.

En cuanto al primer punto, recuerda el Fiscal Nacional que la legitimación de la víctima para ejercer la acción penal pública es una facultad reconocida a nivel

---

<sup>58</sup> Debido a que el primero de los temas tratados en este instructivo fue abordado en el capítulo tercero de este trabajo, en adelante continuaremos con el análisis del contenido tratado en el segundo y tercer tema del oficio en comento.

constitucional, y lo relaciona además, con el artículo 111 CPP, que le entrega la facultad para deducir querrela. Sobre el segundo punto, menciona varias razones que han permitido justificar la participación de la víctima en el proceso penal: en primer lugar, “su condición de protagonista, junto con el imputado, del conflicto social que se pretende solucionar mediante el proceso penal, legitima su intervención en la medida en que se ha visto afectado un interés suyo concreto.”<sup>59</sup> En segundo lugar, se refiere a la función de contrapeso y control externo que le cabe a la víctima respecto de la actuación de los órganos del sistema penal.<sup>60</sup> En tercer lugar, cita a Roxín, quien encuentra una justificación en “(...) la protección de los derechos públicos subjetivos del ofendido por el hecho punible, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado.”<sup>61</sup> A continuación, el Fiscal Nacional cita a Bovino, quien encuentra en la participación de la víctima un reconocimiento de su interés, vinculado a la

---

<sup>59</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 5, citando a MAIER, Julio. 1992. La víctima y el sistema penal en De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad-hoc. pp. 220 y 221. Continúa el Fiscal Nacional refiriéndose a las razones para dar lugar a la participación de la víctima, parafraseando al autor citado: “En la búsqueda de una solución al caso concreto, el Estado no puede desatender dicho interés bajo pretexto del restablecimiento de la paz social, al menos porque la reconstrucción del conflicto en el procedimiento no es posible sin la intervención de la víctima. Incluso la venganza que pudiere perseguir la víctima no puede ser ignorada por el Estado, porque, como afirma MAIER, la venganza “existe en el mundo real y también requiere solución, o mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica.”

<sup>60</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 5. Encuentra en MAIER la fundamentación de estas funciones que se le asignan a las víctimas, quien señala lo siguiente: “los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas, racionales en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar el caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad”.

<sup>61</sup> ROXÍN, Claus. 2000. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto. p. 341.

necesidad de llevar adelante el procedimiento para lograr la imposición de las consecuencias tradicionales del derecho penal.<sup>62</sup>

El tercer tema que trata el oficio en comento, plantea que la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación. De manera que el artículo 258 del CPP no puede tener aplicación en caso que no se haya formalizado previamente la investigación, por parte del fiscal, y sostiene su postura fundamentalmente en base a dos argumentos:

1) El primero se refiere al principio de congruencia que informa nuestro sistema procesal penal, el cual debe mediar entre la formalización y la acusación de acuerdo al artículo 259 del CPP, en cuanto a los hechos y a las personas. Ahondando más en este punto, señala que la formalización constituye una garantía fundamental para el imputado, para propender a su defensa.

2) Señala que “no es posible que el fiscal sea forzado a formalizar la investigación, únicamente para los efectos de que el querellante pueda ejercer,

---

<sup>62</sup> BOVINO, Alberto. 1998. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto. pp. 107 y ss.



previa disposición del juez de garantía, la acción penal pública a través de la acusación privada.”<sup>63</sup>

Nos parece que esta idea planteada como segundo argumento para sostener la postura del Ministerio Público, no es un argumento propiamente tal, y además, carece de toda lógica, lo cual queda de manifiesto al expresar sintéticamente el razonamiento del Fiscal Nacional, del siguiente modo: el forzamiento de la acusación requiere formalización previa porque el fiscal no puede ser forzado a formalizar.

A continuación, el Fiscal Nacional reconoce tangencialmente que la negativa a formalizar la investigación, por parte del fiscal de la causa, constituye en el fondo una traba al ejercicio del derecho del querellante a la acción penal pública, en los siguientes términos: “En efecto, si bien puede estimarse que el Ministerio Público podría controlar esta facultad que asiste al querellante particular –la que, por lo demás y en sentido estricto, no pasa de ser una mera expectativa en términos procesales- a través de la no formalización de la investigación, no puede, en ningún caso, llegarse a concluirse que una atribución totalmente exclusiva del Ministerio Público como lo es la de formalizar las investigaciones pueda ser impuesta coercitivamente por el órgano

---

<sup>63</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 7.

jurisdiccional.<sup>64</sup> No obstante, el reconocimiento de esta situación desventajosa para el querellante y asumiendo que la solución se encuentra en manos del fiscal con la formalización, el Fiscal Nacional no se hace cargo de este tema; sino más bien recalca que no se puede forzar al Ministerio Público a formalizar. Estamos en completo desacuerdo con la liviandad que tuvo el Fiscal Nacional al abordar el entorpecimiento en el ejercicio de un derecho, que opera a favor de la víctima, sabiendo que del no ejercicio de la atribución que posee exclusivamente el Ministerio Público para realizar la formalización de la investigación, ha dependido dicha dificultad, y a pesar de ello, no se ha abocado a dictar instrucciones en el sentido de dejar despejada a la víctima la posibilidad de ejercer tal derecho.

Luego, tomando parte de la discusión parlamentaria del CPP en lo relativo al principio acusatorio que excluye la posibilidad del juez de garantía de forzar al fiscal a acusar, extrapola el argumento hacia la formalización de la investigación, realizando una interpretación por analogía de dichas instituciones, al señalar que: “Si resulta difícilmente conciliable con el principio acusatorio la posibilidad de que el juez de garantía pueda obligar al fiscal a formular acusación, resulta aún más inconciliable obligarlo a formalizar (...)”

---

<sup>64</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 7.

considerando que, en opinión del Ministerio Público, no existe delito alguno que imputar o imputado alguno en contra de quien formalizar.”<sup>65</sup>

A continuación, se refiere al artículo 186 CPP relativo al control judicial anterior a la formalización de la investigación, que ha sido considerado como una especie de “forzamiento de la formalización”, cuyo tenor literal es el siguiente: “Cualquier persona que se considerare 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 fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.” Este artículo ha sido entendido por el Ministerio Público de la siguiente forma: “el espíritu de la disposición no es obligar al fiscal a que formalice si éste estima no existir mérito suficiente para ello sino sólo que, en caso de que en uso de su (sic) atribuciones específicas estime del caso formalizar lo haga en ese acto, sin que exista posibilidad alguna de compelerlo a imputar hechos delictivos cuando no lo estime del caso.”<sup>66</sup> Nuevamente el Fiscal Nacional insiste en la idea de la imposibilidad de forzar la formalización: “A riesgo de ser reiterativos, insistimos en que no existe posibilidad alguna de que se obligue al Ministerio Público a ejercer una de sus atribuciones exclusivas como es la formalización, más aún si existe una sola norma que se acerca a la

---

<sup>65</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 8.

<sup>66</sup> *Ibíd.*

situación y, a lo más, establece la posibilidad de coaccionar fijando un plazo al fiscal para que, sólo si lo considera procedente, formalice.”<sup>67</sup>

Hasta ahora, las pautas dadas por el Fiscal Nacional no hacen más que incrementar la interrogante acerca de por qué existe tal renuencia por parte del Ministerio Público a formalizar la investigación en ciertos casos. Al final del oficio que venimos comentando, encontramos una explicación institucional, en que el Fiscal Nacional menciona algunas exigencias - que no se encuentran establecidas en la ley- para formalizar: “si el fiscal, sobre la base de los antecedentes reunidos, estima que no está suficientemente acreditada la existencia de un hecho punible o no existen presunciones fundadas de participación no puede formalizar, ya que ello sería necesariamente arbitrario.” El Fiscal Nacional impone estos dos requisitos para formalizar la investigación con el objeto de evitar arbitrariedades en la práctica de dicha comunicación. No obstante, el supuesto de arbitrariedad está previsto en la ley procesal penal y así lo reconoce el mismo Fiscal Nacional, al señalar que: “El sistema contempla mecanismos de revisión de la decisión en sede administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 232 inciso final.”<sup>68</sup> Lo que ocurre es que, para intentar los mecanismos de revisión administrativa, es necesario que se haya formalizado previamente, ya que éste trámite es el objeto de impugnación por

---

<sup>67</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004. p. 9.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

parte del imputado ante las autoridades del Ministerio Público. Continúa su idea señalando la falta al principio de legalidad que constituiría el hecho que los jueces pudieran forzar al fiscal a formalizar, habiendo señalado la existencia de la revisión jerárquica, pareciera que encuentra en ella la solución a las posibles arbitrariedades; mas el hecho de partir de este criterio, en realidad, implica restringir las formalizaciones con el propósito de minimizar las reclamaciones jerárquicas.

“Finalmente, se hace presente que la opinión del Consejo General del Ministerio Público coincidió con la del Fiscal Nacional, por considerar además que la tesis contraria llevaría al manejo arbitrario de los procesos por parte de querellantes particulares temerarios, vulnerando las bases esenciales del sistema acusatorio y las facultades constitucionales del Ministerio Público”<sup>69</sup>

Nos parece que no le corresponde al Fiscal Nacional emitir este tipo de calificaciones respecto de los querellantes, teniendo en consideración que para que opere la institución del forzamiento de la acusación, el querellante requiere de autorización judicial, de modo que el sólo hecho de manifestar opinión en la materia constituye una intromisión en las facultades de los órganos jurisdiccionales, violentando el principio de legalidad constitucional, al que él mismo hiciera referencia buscando salvaguardar sus atribuciones exclusivas.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*

Para terminar, el Fiscal Nacional es aún más enfático en señalar su intención dirigida a impedir el ejercicio del forzamiento de la acusación, buscando que sea su postura la que prime en todo caso, señalando que: “Si las resoluciones del juez de garantía discrepan de esta posición, se deberá consultar al Fiscal Regional acerca de los posibles recursos o acciones que hubiere que intentar para dejar sin efecto el forzamiento de la acusación.”<sup>70</sup>

En el Oficio N° 121, de fecha 27 de enero de 2006, el Fiscal Nacional deja de manifiesto una mala práctica de algunos fiscales, en cuanto a utilizar el mecanismo de la decisión de no perseverar sin haber efectuado una investigación acabada y suficiente como presupone el establecimiento de dicha institución, en este sentido, señala que: “Al respecto, se ha podido observar una práctica en algunas fiscalías locales que consiste en adoptar la decisión de no perseverar, sin efectuar investigación alguna previa, infringiéndose no sólo los instructivos generales del Fiscal Nacional sino que claros preceptos legales del Código Procesal Penal, tales como los artículos 248 letra c) e inciso 1°, artículo 166, artículo 180, etc.”<sup>71</sup> Este hecho, como veremos más adelante, ha significado un grave inconveniente a las víctimas querellantes que, esperando persistir en la persecución penal por medio del forzamiento de la acusación, han encontrado una barrera en la falta de formalización de la investigación, unida a

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 121 de 27 de enero de 2006. p. 1.

la deficiencia de la investigación practicada e incluso a la omisión total de ella, de manera que de acuerdo a los criterios expuestos encontraría una negativa a su solicitud de sostener la acusación y aún en el caso de que se le autorizara, no contaría con base probatoria suficiente para sustentarla.

El Oficio N° 133 del Fiscal Nacional, de fecha 31 de marzo de 2010, se encuentra actualmente vigente, y al tiempo de su emisión dejó sin efecto una serie de instructivos anteriores, entre ellos, todos los que hemos tratado precedentemente. Este instructivo fue impartido una vez que la reforma procesal penal estuvo consolidada y operando en todo el territorio nacional, y su objetivo fue unificar criterios institucionales del Ministerio Público, ya no sólo atendiendo a las circunstancias iniciales relativas a la implementación del sistema procesal penal, sino para enfrentar el desafío de su funcionamiento en lo sucesivo. En este contexto, por medio de dicho instrumento, el actual Fiscal Nacional buscó sistematizar tales directrices contenidas en los distintos oficios existentes hasta ese momento, con el objeto de asentar una normativa interna que guiara “de manera efectiva a los fiscales en las actuaciones propias de la etapa de investigación en el proceso penal, en aquellos delitos que no pertenezcan al ámbito de regulación de alguna de las unidades especializadas del Ministerio Público.”<sup>72</sup> Además, dejó determinado que los criterios impartidos serían “aplicables subsidiariamente, en aquellos casos en los que las referidas

---

<sup>72</sup> CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010. p. 1.

unidades especializadas no se hubieren pronunciado sobre determinadas diligencias de actuación.”<sup>73</sup>

A través del Oficio N° 133, se sientan las bases que rigen las actuaciones desarrolladas durante la etapa de investigación en el proceso penal, por lo que se dividieron los temas tratados en cuatro acápite distintos, que son: a) Actividades de la etapa de investigación, en general; b) Medidas cautelares; c) Salidas alternativas; d) Cierre de la investigación y actuaciones posteriores a la misma. Específicamente, nuestro análisis se centrará en el contenido tratado en el último acápite mencionado, es decir, al cierre de la investigación y actuaciones posteriores, ya que, es en esta etapa procesal en la cual tiene lugar la institución del forzamiento de la acusación, en estudio. Como sabemos, este mecanismo tiene aplicación en dos hipótesis que concurren en base a la decisión del fiscal a cargo de la causa, por ello y siguiendo la línea del instructivo es que trataremos, en primer lugar el sobreseimiento definitivo y en segundo lugar, la decisión de no perseverar en el procedimiento.

En concepto del Ministerio Público la citación del querellante a la audiencia de sobreseimiento es un requisito para que ésta se realice, no así su asistencia, de manera que, el querellante haya tenido la posibilidad de oponerse a la solicitud del fiscal en base al artículo 258 del CPP, el cual contempla un

---

<sup>73</sup> Ibid.



reclamo ante el Fiscal Regional. Sin perjuicio de lo anterior, el querellante igualmente puede deducir recurso de apelación contra la resolución que decreta el sobreseimiento (arts. 253, 258 inciso final y 370 del CPP).<sup>74</sup> Respecto de la decisión de no perseverar, el Fiscal Nacional señala que: “Se trata de una facultad del órgano encargado de la investigación por lo que no requiere aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional, sino que basta con la comunicación efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal”.<sup>75</sup>

Respecto de la decisión de no perseverar, con lo dicho precedentemente queda clara la visión específica que posee el Ministerio Público sobre su naturaleza jurídica, la cual constituiría un acto administrativo, de facultad exclusiva del fiscal de la causa, que no debe ser sometida a autorización judicial y la resolución que dicta el juez de garantía en la audiencia sólo tiene por comunicada dicha decisión del Ministerio Público y es, por lo tanto, inimpugnable, aun cuando en los hechos concretos sus consecuencias resultan ser de tal impacto, como lo sería un pronunciamiento judicial. El Fiscal Nacional señala un estándar para la toma de esta decisión, el cual se compone de los siguientes elementos que deben ser tomados en cuenta: a) la decisión del fiscal debe estar fundada estrictamente en el mérito de la investigación, ya que no es

---

<sup>74</sup> CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010. pp. 63 y 64.

<sup>75</sup> *Ibíd.* p. 66.

una decisión discrecional arbitraria; b) como correlato de lo anterior, la investigación debe haberse llevado de modo prolijo y acucioso; c) la posibilidad que el querellante particular cuestione la decisión del fiscal, en base al artículo 258 CPP, es una razón para que el Fiscal Nacional considere más importante aún, que dicha decisión se encuentre bien fundada. En definitiva, con el objeto que las decisiones de no perseverar en el procedimiento revistan efectivamente un fundamento plausible y que no se produzca una utilización distorsionada del mecanismo, el Fiscal Nacional instruye que éstas sean sometidas a revisión por parte de las autoridades del Ministerio Público. Es decir, por una parte, en el caso de los delitos que no revistieren pena aflictiva, la decisión será sometida al conocimiento del fiscal jefe de cada Fiscalía Local y, en caso contrario, la decisión debe pasar por la revisión del Fiscal Regional correspondiente.<sup>76</sup> El estándar señalado por este instructivo para la adopción de dicha decisión, conserva los términos propuestos en instructivos anteriores, los cuales quedaron sin efecto con su emisión.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010. p. 69.

<sup>77</sup> Particularmente es el caso del Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003, el cual establece primeramente estos lineamientos. Tres años más tarde, en el Oficio N° 121 de 27 de enero de 2006, el Fiscal Nacional reconoce una mala práctica que se ha dado en algunas Fiscalías Locales, que consiste en adoptar la decisión de no perseverar sin efectuar investigación alguna previa. En lo que atañe directamente a la víctima y al querellante, éste instructivo también conserva el criterio sostenido en el Oficio N° 556 ya singularizado, al señalar que: “los derechos que las partes pueden ejercer en esta audiencia, básicamente la víctima o el querellante, que serían quienes eventualmente podrían estar en desacuerdo con la decisión del fiscal, se limitan a que, la primera puede ser oída por el fiscal, si lo ha solicitado, antes que éste resuelva adoptar esta forma de terminación anticipada del procedimiento (artículo 109 letra d) y, en relación con el querellante, la única posibilidad que se contempla a su respecto es la de solicitar al Juez de Garantía que lo faculte para sostener por sí mismo la acusación en los mismos términos que los establecidos para el Ministerio Público, a través del mecanismo del

Más adelante, trata también el tema del forzamiento de la acusación, primero, referido a los términos contenidos en el artículo 258 del CPP, y en segundo lugar, emite su criterio de la siguiente forma:

“A juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación por las razones que a continuación se exponen y que deberán esgrimirse por los fiscales en caso que los querellantes intenten forzamiento en causas no formalizadas:

- El acto de la formalización, dentro de la cual debiera encuadrarse, en cuanto a los hechos y a personas, la posterior acusación constituye una garantía fundamental para el imputado y la no exigencia de formalización previa para la acusación forzada del querellante podría importar que investigaciones preliminares del fiscal, que no se han judicializado, llegaran a la etapa de forzamiento de la acusación sin que el imputado hubiera tenido conocimiento de los hechos respecto

---

forzamiento de la acusación, contemplado en el artículo 258.”<sup>77</sup> En la práctica, la víctima y el querellante vislumbran la posibilidad de ejercer los derechos mencionados, una vez que se encuentran en la audiencia de cierre de la investigación, ya que generalmente el fiscal solicita se cite a audiencia con este propósito, y al momento de su celebración, acto seguido de declarar el cierre, procede a comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, de modo que estos intervinientes han tenido a penas un instante para hacer valer sus derechos en la audiencia. Este Oficio reitera el criterio que es posible comunicar la decisión de no perseverar, aun cuando no se haya formalizado la investigación previamente. Dicha postura, además, se fundamenta por medio de las mismas razones entregadas en el Oficio N° 556 de 2003, que ya fueron tratadas en detalle y por tanto nos remitimos a ello.

de los cuales deberá defenderse y, de esta manera, se vulneraría su derecho a defensa y, por consiguiente, el debido proceso.

- Por otra parte, no es posible que el fiscal sea forzado a formalizar la investigación únicamente para los efectos, que el querellante pueda ejercer, previa disposición del juez de garantía, la acción penal pública a través de la acusación privada. Si resulta difícilmente conciliable con el principio acusatorio la posibilidad que el juez de garantía pueda obligar al fiscal a formular acusación, resulta aún más inconciliable obligarlo a formalizar, es decir, a comunicar al imputado que está desarrollando actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados considerando que, en opinión del Ministerio Público, no existe delito alguno que imputar o imputado alguno en contra de quien formalizar.

Si las resoluciones del Juez de Garantía discrepan de esta posición, se deberá consultar al Fiscal Regional acerca de los posibles recursos o acciones que hubiere que intentar para dejar sin efecto el forzamiento de la acusación, sin perjuicio de la comunicación a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.”<sup>78</sup>

El Fiscal Nacional sostiene que la formalización de la investigación es un requisito ineludible para que opere el mecanismo del forzamiento de la

---

<sup>78</sup> CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010. pp. 71 y 72.

acusación; y no lo es para la decisión de no perseverar, la cual es anterior y presupuesto de esta herramienta del querellante para ejercer la acción penal. Lo que en definitiva, implica asumir que en algunos casos el querellante estará vedado para ejercer el forzamiento de la acusación, por una decisión que depende únicamente del Ministerio Público. Esta interpretación que realiza el Fiscal Nacional del Ministerio Público da origen al planteamiento de nuestra tesis, ya que, debido a su aplicación práctica, el querellante ha quedado sin la posibilidad de ejercer el forzamiento de la acusación. Más grave aún, resulta el hecho que el Fiscal Nacional no se ha conformado sólo con que los fiscales sostengan esta postura del Ministerio Público ante el juez de garantía; sino que, les ha instruido además, para el caso que el juez no comparta esta posición, que intenten todos los recursos o acciones para dejar sin efecto el forzamiento de la acusación, solicitando si es necesario, la guía del Fiscal Regional respectivo.

Evidentemente, estamos en completo desacuerdo con la postura del Fiscal Nacional, ya que, nos parece que el querellante debe poder ejercer su derecho, y si el Ministerio Público no está de acuerdo con ello – lo que entenderíamos que ocurriera en algún caso concreto en particular, sin embargo, vemos que se trata de una oposición a la institución como tal y en abstracto- nos parece que simplemente debería abstenerse de poner cortapisas procedimentales, de nivel institucional en contra de un interviniente particular, al menos como una

demostración de buena fe. Lamentablemente nos hemos encontrado con una postura del Ministerio Público que se orienta a resguardar sus propios intereses institucionales, llegando incluso a hacer primar su imagen frente a la opinión pública, por sobre las garantías y derechos constitucionales de otros intervinientes, como se ha evidenciado a lo largo del presente capítulo.

## 2. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS<sup>79</sup>

Son abundantes los casos en que las víctimas querellantes han planteado su solicitud en orden al forzamiento de la acusación o a sostener la acusación por su propia cuenta, en procedimientos en los cuales no se ha formalizado la investigación por parte del fiscal del Ministerio Público. Como esta situación no se encuentra expresamente prevista en nuestra legislación, ha sido tarea de los tribunales ordinarios interpretar de forma armónica las normas constitucionales y del Código Procesal Penal, para determinar las consecuencias que tendrá, respecto de los derechos de la víctima, la falta de formalización de la investigación.

Encontramos jurisprudencia dividida en torno a la posible exigencia de formalización previa para proceder al forzamiento de la acusación. Por una parte, se ha fallado adhiriendo al criterio sostenido por el Ministerio Público, manifestado a través de los instructivos pertinentes del Fiscal Nacional, y que según se tratara en extenso en el apartado anterior, indica que los fiscales

---

<sup>79</sup> El ámbito del análisis jurisprudencial que desarrollaremos a continuación, se acota sólo a pronunciamientos de Cortes, cuyos fallos han sido obtenidos desde distintas bases de jurisprudencia en línea. Dejamos planteada la salvedad, que no en todos los casos el forzamiento de la acusación llega a esta instancia; sino que en la mayoría de ellos, el pronunciamiento que dirime esta situación, emana de los jueces de garantía. No obstante, dada la imposibilidad de contar con dichos fallos por no ser publicados, hemos debido prescindir de ellos en el presente estudio.

tendrían la facultad de no perseverar en el procedimiento o solicitar el sobreseimiento de la causa sin haber formalizado; y al contrario, el querellante no podría forzar la acusación en dichas circunstancias, por entender que la formalización es un requisito indispensable para ello. Por otra parte, existe jurisprudencia que ha admitido al querellante forzar la acusación sin existir formalización previa, atendiendo a la importancia de su derecho a ejercer la acción penal, que no le puede ser negado por la circunstancia de carecer de formalización de la investigación.

## **2.1 Jurisprudencia que exige formalización previa al forzamiento de la acusación.**

Como decíamos, en las decisiones que siguen la primera postura enunciada, ha sido una constante el rechazo de la solicitud de la víctima para sostener por sí misma la acusación, ya que se ha considerado que el trámite de la formalización de la investigación es un requisito indispensable para proceder a formular acusación en contra del imputado, según el artículo 259 CPP, y en base al principio de congruencia, que se ha hecho consistir en la relación de identidad en cuanto a hechos y personas, que media entre la formalización y la



acusación, y luego, entre la acusación y la sentencia. En este sentido se ha resuelto:

**La decisión de no perseverar en el procedimiento es una facultad exclusiva del fiscal del Ministerio Público, que no requiere formalización previa y no admite pronunciamiento judicial posterior.**

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

4.- Que cabe asimismo puntualizar que no es necesario que exista formalización previa para que el Fiscal haga uso de la facultad de no perseverar

en comento, toda vez que la citada letra c) del Art. 248 del código antes citado no distingue al respecto.”<sup>80</sup>

**En base al principio de congruencia, si el querellante pretende acusar, requiere formalización previa, primero, con el objeto de guardar coherencia entre los hechos y personas que le darán sustento a su acusación, y segundo, para proteger el derecho a defensa del imputado.**

“9° Que en el caso sublite no se ha efectuado la formalización de la investigación por el fiscal de manera que no se puede hacer uso de la facultad que contempla el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, disponer, que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante.

La Excma. Corte Suprema, en sentencia dictada en recurso de queja rol n° 6742-2008<sup>81</sup> ha señalado: En efecto, según aparece de los antecedentes

---

<sup>80</sup> SCA de Temuco, Rol 78-2005, de fecha 9 de febrero de 2005.

<sup>81</sup> En este fallo la Corte Suprema acoge el recurso de queja deducido por el querellante, señalando que la resolución que se pronuncia sobre la decisión de no perseverar en el procedimiento, “por haber sido dictada por un Juez de Garantía en el ejercicio de sus funciones, es una actuación de carácter jurisdiccional, y es de aquellas que hace imposible la prosecución del procedimiento. (...) Por lo anterior, atento lo dispuesto en el artículo 370 letra a) antes transcrito, tal decisión es susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de apelación.” (SCS, Rol 6742-2008, de fecha 26 de febrero de 2009, consid. 4°) Por otra parte, podemos señalar que la mayoría de sentencias de la Corte Suprema que tuvimos oportunidad de estudiar –entre otras SCS Rol 1412-2010 de 27 de mayo de 2010 y SCS Rol 4291-2009 de 19 de enero de 2010-, han rechazado los recursos de queja deducidos en estas materias, por cuanto se ha estimado que: “Procede declarar sin lugar el recurso de queja deducido contra los ministros de la Corte, si cualquiera que hayan podido ser sus errores o equivocaciones con motivo del pronunciamiento de la sentencia en que se funda, no representan ni una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades y, a lo más, un criterio errado sobre el negocio que les

agregados en estos autos, en la causa por delito de secuestro en que incide esta queja no ha existido formalización en contra de quien ha sido imputada por el querellante como autora de tal ilícito, situación que impide a este último hacer uso de la facultad que contempla el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, forzar la acusación por parte del Ministerio Público o, eventualmente, formularla él.

10° Que, consiguientemente, para que el querellante pueda deducir su propia acusación es menester formalización previa de la investigación por el Fiscal, por cuanto sin ella no podría ajustarse, en lo relativo a hechos y personas, la acusación posterior.

Así se desprende de lo dispuesto en el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal referido en el motivo 8° y afectaría además al principio de congruencia que constituye una manifestación del derecho de defensa del acusado, que consiste en la facultad del imputado de conocer el contenido de la imputación desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Así está establecido en los artículos 7 y 93 del Código del Ramo.

---

corresponde resolver”, reiterando persistentemente esta cita de SCS, de 21 de septiembre de 1951, RDJ, T. LVII, 2ª parte, sección 3ª, p. 123.

11° Que, además, siendo la formalización de la investigación una facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público no puede concebirse que la querrela sea sustituta de este trámite de tanta trascendencia.”<sup>82</sup>

Por ahora baste señalar que estamos en desacuerdo con lo razonado en el presente fallo, en cuanto a la exigencia de formalización previa. En lo que se refiere a la garantía del imputado, la entrega de la información sobre el contenido de la imputación en su contra, depende eminentemente del Ministerio Público, y si este órgano no cumple con ello, nos parece que traspasar esta obligación al querellante en idénticos términos, resulta una carga insostenible para él, en el entendido que la formalización no es un trámite en que pueda incidir. No obstante lo anterior, no restamos trascendencia al principio de congruencia, y sus dos expresiones mencionadas –congruencia procesal y derecho del imputado-; lo que buscamos es que en la hipótesis planteada, frente a la negativa del Ministerio Público, se deje a salvo la posibilidad al querellante de dar cumplimiento a dicho principio por vías alternativas que sí pueda practicar, en vez de cerrársele completamente la puerta al ejercicio de

---

<sup>82</sup> SCA de Concepción, Rol N° 42-2012, de fecha 15 de febrero de 2012. En el mismo sentido, SCA de Concepción, Rol N°606-2012, de fecha 23 de noviembre de 2012. En ambos casos la Corte de Apelaciones revoca lo resuelto por el juez de garantía, quien había autorizado el forzamiento de la acusación sin formalización, resolviendo en su lugar, en el primer caso, que se sobresee total y definitivamente la causa, y en el segundo, que no ha lugar, sin costas, a la autorización para acusar solicitada por el querellante. En este último caso, revoca parcialmente la resolución del juez a quo, sólo en la parte que hace lugar a la petición del querellante y lo autoriza a presentar acusación dentro del plazo de diez días, por lo cual entendemos que subsiste la sentencia apelada en cuanto tiene por comunicada la decisión de no perseverar.

sus propios derechos, por la falta de actuaciones del órgano de persecución penal.<sup>83</sup>

**No es posible obligar al fiscal a formalizar una investigación que, en su criterio, no ha reunido antecedentes suficientes que le permitan sostener la acusación. Además, le es facultativo comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, habiendo o no formalizado previamente.**

“3.- (...), no es efectivo que la falta de formalización en las anotadas condiciones, traiga consigo el sobreseimiento definitivo de los antecedentes, ya que de acogerse esta posición, se tendría que llegar al absurdo de obligar a la señora Fiscal a formalizar una investigación, no obstante la carencia de antecedentes reveladores de la perpetración de un ilícito y de que en él ha tenido el imputado una participación culpable penada por la ley.

4.- (...) Siguiendo este orden de ideas, acotaremos que la norma del inciso 2 de esa letra c), se refiere a los casos en que ha existido formalización, y no compartimos el criterio de que la comunicación de no perseverar sólo resulta aplicable cuando ha habido formalización previa, ya que esta exigencia no la

---

<sup>83</sup> Todo lo cual será tratado en detalle y adecuadamente fundamentado en el capítulo V.

contempla la ley, aparte de reiterar el argumento del absurdo, consignado con anterioridad.”<sup>84</sup>

Los considerandos que se acaban de citar, tienen un punto de partida implícito, en cuanto a lo que se entiende por formalización de la investigación, la cual en su concepto requeriría antecedentes reveladores de la perpetración del delito y de la participación culpable, exigencias que no se encuentran previstas en la ley y que además tienden a justificar la falta de formalización, y consecuentemente, la exclusión del ejercicio del forzamiento de la acusación para el querellante.<sup>85</sup>

**La autorización al querellante para acusar, luego de la decisión de no perseverar, sin formalización previa, vulnera el principio del orden consecutivo legal, y además priva al imputado del ejercicio de su derecho a defensa.**

“3°) Que en estas condiciones, forzoso resulta concluir que el recurso de hecho en estudio, necesariamente, debe ser desestimado.

4°) Que sin perjuicio de lo precedentemente concluido, esta Corte se encuentra legalmente facultada para invalidar, de oficio, actuaciones o

---

<sup>84</sup> SCA de Concepción, Rol N°526-2004, de fecha 15 de noviembre de 2004.

<sup>85</sup> Sobre el concepto y presupuestos de la formalización, se ahondará en el Capítulo V.

diligencias judiciales practicadas en el procedimiento que sean defectuosas y que causen a algún interviniente un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, presumiéndose de derecho la existencia de tal perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de garantías y derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República.”<sup>86</sup>

“5°) Que en todo procedimiento está presente el llamado principio de congruencia procesal, que en el caso del nuevo sistema de enjuiciamiento penal el legislador lo exige entre la formalización de la acusación (sic), y entre ésta y la sentencia definitiva; y el pronunciamiento de ésta con infracción a él constituye un motivo absoluto de nulidad de ella, conforme a lo prevenido en los artículos 259 inciso final, 341 y 374 letra f), todos del Código Procesal Penal.

6°) Que, entonces, la formalización de la acusación (sic), instituto creado para que el imputado, en conocimiento de la comunicación del Ministerio Público acerca del hecho punible que se le atribuya, pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, constitucional y legalmente reconocido, es presupuesto ineludible de la acusación, sea que ésta la formule el citado órgano persecutor o, en su defecto, frente a su decisión de no perseverar en el procedimiento, lo haga subsidiariamente el querellante,

---

<sup>86</sup> SCA de Talca, Rol N° 295-2009, de fecha 12 de agosto de 2009.

legalmente facultado al efecto por el Juez de Garantía en la audiencia correspondiente.

7°) Que en la especie es un hecho indubitado que, no obstante no haber sido formalizado el recurrente de hecho, el Juzgado de Garantía de esta ciudad, luego que el Ministerio Público comunicara, en la audiencia respectiva, su decisión de no perseverar en el procedimiento, a solicitud escrita del querellante, posterior a la aludida audiencia, autorizó a este el forzamiento de la acusación.

8°) Que lo actuado en autos, en la forma descrita, importa vulnerar el principio formativo del procedimiento del orden consecutivo legal, al permitirse por el tribunal indicado que se acusara y, además, fijara audiencia para la preparación del juicio oral, sin que previamente hubiere existido formalización de la acusación.

9°) Que lo actuado en tales condiciones, como se anticipó, ha privado al recurrente de hecho de un adecuado y oportuno ejercicio de su derecho a la defensa, consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y en la legislación común interna, y atendido el estado del procedimiento, esto es, con audiencia de preparación de juicio oral fijada para el 11 de septiembre próximo, sólo puede



ello repararse con la su (sic) invalidación, la que es reclamada, además, por razones de economía procesal.”<sup>87</sup>

Nos parece que esta forma de proceder a la invalidación de la sentencia -de oficio- y además por la razón en que lo fundamenta –impedir el pleno ejercicio de garantías y derechos-, bien podrían ser aplicables para cautelar las garantías constitucionales y legales de la víctima querellante, considerando que esta función de los tribunales se refiere a los derechos y garantías de todos los intervinientes y no sólo los del imputado, de modo que al emplearlo para su resguardo, no debiera perder de vista las garantías de los demás intervinientes, y menos aún vulnerarlas con este acto.

**La exigencia de formalización previa a la acusación opera, tanto para el Ministerio Público, como para el querellante, por lo cual sin ella no se puede autorizar el forzamiento de la acusación. Lo anterior no vulnera el derecho a la acción del querellante, ya que éste debe ejercerse de acuerdo a la normas legales vigentes, es decir, habiendo formalización previa.**

“SEXTO: Que no habiendo sido formalizados los querellados, resulta imposible que se autorice por parte de la señora Juez de Garantía a la parte

---

<sup>87</sup> *Ibíd.* Es otro caso más en que el juez de garantía acogió la solicitud del querellante en orden a sostener por sí mismo la acusación, y que luego fue revocada por la Corte de Apelaciones, y en este caso, a pesar de entender improcedente el recurso, anula de oficio.

querellante a deducir la acusación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 258 del cuerpo legal citado, por no existir previamente una formalización en contra de persona determinada, tal como se le exige al Ministerio Público.

NOVENO: Que respecto del derecho a la acción que señala el querellante se habría vulnerado en autos, éste debe ejercerse de acuerdo a las normas legales vigentes, es decir, existir una formalización de la investigación para efectos de acusar a determinada persona o en su caso, actuar de acuerdo a los procedimientos que establece la ley, según se detalla en las normas precitadas, razones por las cuales se procederá al rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte querellante.”<sup>88</sup>

## **2.2 Jurisprudencia que se pronuncia a favor de la aplicación del forzamiento de la acusación, aun sin formalización previa.**

Los fallos que se tratan a continuación, han buscado dar aplicación a la institución en estudio, aceptando el forzamiento de la acusación aun en carencia de formalización previa, y teniendo por base los hechos descritos en la querrela, lo cual han sustentado en fundamentos disimiles. En algunos casos,

---

<sup>88</sup> SCA de San Miguel, Rol N° 226-2010, de fecha 17 de marzo de 2010.

nuestra jurisprudencia entiende que la formalización no es un requisito legal para el forzamiento de la acusación; en otros, se parte de la base de la necesidad de formalización previa, sin embargo se prescinde de ella, ante la negativa del fiscal a formalizar, ya que siendo ésta facultad exclusiva del órgano persecutor, otro órgano no puede controlar su ejercicio, de modo que se plantea como una solución armónica que tiene por objeto evitar, tanto la limitación al derecho constitucional a la acción del ofendido, así como caer en la arbitrariedad que significaría entregar la decisión del ejercicio de dicho derecho al arbitrio del Ministerio Público. Asimismo, sobre la objeción que se ha planteado en base al principio de congruencia, se ha considerado que la congruencia legalmente debe ocurrir entre la acusación y la sentencia, sin involucrar a la formalización, por lo tanto, la ausencia de dicha comunicación no impide que se cumpla con el principio mencionado.

**La ley no contempla la formalización de la investigación como requisito para forzar la acusación, de modo que su ausencia no afecta el principio de congruencia, y exigirla pugna con la igualdad de armas. La formalización es una facultad privativa del Ministerio Público, y por lo mismo, en su ausencia, dicha gestión es inoponible.**

“C) Que, a su vez, la exigencia que impone el tribunal a quo, en orden a que la ausencia de formalización impide al querellante hacer uso de la institución en

comento, ciertamente constituye un requisito que la ley no ha contemplado expresamente y tiende a tornar ilusorio el ejercicio de ese derecho frente a la decisión del órgano persecutor fiscal en orden a no perseverar en una investigación que estima inconducente. Aceptar esa tesis pugna por lo demás con la igualdad de armas que deben tener los intervinientes en el proceso penal y que está consagrada en el N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en relación al N° 2 del mismo precepto;

D) Que debe tenerse en cuenta, asimismo, que la formalización constituye una facultad privativa del Ministerio Público y es supuesto del procedimiento que dicho órgano debe seguir cuando decide perseverar sosteniendo la acusación y el juicio oral que es su natural continuación. De tal modo, el carácter de un alternativo curso procesal ante un interviniente distinto al Ministerio Público, marginado éste último del juicio, hace inoponible una gestión de resorte exclusivo de ese ente persecutor;

F) Que igualmente, el principio de la congruencia tampoco resultaría afectado en aquellos casos en que está ausente la formalización, ya que esencialmente aquella comprende los actos procesales de “acusación” y “sentencia”, según dispone el artículo 341 del Código Procesal Penal y la exigencia del inciso final de ese precepto, que es similar a la de la letra a) del

artículo 261 del mismo cuerpo legal, obviamente suponen la permanencia del Ministerio Público en el juicio.”<sup>89</sup>

**El ejercicio de la acción penal es un derecho fundamental de la víctima, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. Exigir formalización para ejercer el mencionado derecho constitucional implicaría una limitación a aquél, entregada al arbitrio del órgano persecutor, por tratarse de una facultad privativa suya. La falta de formalización no afecta el principio de congruencia, ya que ésta se produce entre la acusación y la sentencia.**

“TERCERO: Que de lo expuesto fluye, que el asunto sometido a la decisión de esta Corte, radica en determinar la procedencia de fijar audiencia para forzar la acusación.

Que para dilucidar aquello, se hace necesario recordar que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República “asegura a todas las personas...La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.” Añade en el inciso 3° del mismo precepto, “...La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.” A su vez, el artículo 83 de la Carta Fundamental, en

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*, voto de minoría.

su inciso segundo, dispone: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, podrán ejercer igualmente la acción penal.”

En armonía con las normas constitucionales recién citadas, el artículo 53 del Código Procesal Penal estatuye “la acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial....Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.” A su turno, el artículo 109 del mismo texto normativo reconoce entre los derechos de la víctima, presentar querrela y en su letra e) “Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa,” e incluso, conforme lo señala la letra f) “Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.” Además, el artículo 258 del referido cuerpo legal estatuye expresa y especialmente en su inciso cuarto: “En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior.”, vale decir: “...que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público.”

CUARTO: Que de los preceptos constitucionales y legales recién transcritos es claro, que la víctima u ofendido con un delito tiene reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, como derecho fundamental, el ejercicio de la acción penal en contra del autor del ilícito, cuya prosecución puede instarla aún cuando el órgano persecutor hubiere comunicado la decisión de no perseverar, tal como explícita y exactamente lo estatuye el artículo 258 del Código Procesal Penal ya citado.

QUINTO: Que en consecuencia, en opinión de esta Corte, no es posible entender, como lo pretende la Defensa del querellado, que su formalización sea requisito para el ejercicio del señalado derecho constitucional, pues si así fuere, importaría una limitación de aquel, entregada al arbitrio del órgano persecutor, pues como es sabido, la formalización es una facultad privativa, exclusiva y excluyente del órgano persecutor.

Refuerza lo anterior, el prístino tenor del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil (sic), en cuyo inciso final determina que la comunicación de la decisión de no perseverar, “dejará sin efecto la formalización de la investigación...”. Consecuencia que cierta y necesariamente se ha producido en la situación prevista en el inciso 4° del artículo 258 del citado código ya referido, por lo que exigir la formalización del querellado para, como acontece en este caso, citar a audiencia para solicitar al juez se faculte al querellante ejercer el

derecho a formular la acusación correspondiente y sostenerla en los mismos términos que el Código establece para el ministerio público, notoriamente hace que ambos preceptos legales resulten a lo menos contrapuestos y hagan siempre inaplicable el señalado inciso 4° del artículo 258 del Código Procesal Penal. Por lo que la fijación de la audiencia en los términos requeridos ciertamente es procedente.

SEXTO: Que por otra parte, tampoco se visualiza la posibilidad de alguna afectación al principio de congruencia también alegada por la defensa, desde que conforme lo establece el artículo 341 del Código Procesal Penal, aquel debe producirse entre la “acusación” y la “sentencia”, sin perjuicio que como se ha indicado en lo que antecede, la eventual acusación que pudiera presentar la querellante en esta causa, si el Tribunal la faculta, en todo caso se rige por las normas que para el Ministerio Público se hayan establecidas en relación a la acusación y la prosecución de la acción penal.”<sup>90</sup>

**La formalización de la investigación es un requisito para forzar la acusación, y es de exclusiva decisión del Ministerio Público, sin que otro órgano pueda controlarlo. Por ello, ante la negativa de formalizar y para evitar la arbitrariedad y limitación al derecho a la acción, se autoriza a deducir acusación en base a los hechos de la querella.**

---

<sup>90</sup> SCA de San Miguel, Rol N° 803-2013, de fecha 24 de junio de 2013.



“1°. Que, si bien es efectivo que de la lectura de las normas que regulan lo que se denomina “forzosamente de la acusación” (sic), se advierte que es menester que el Ministerio Público haya formalizado la investigación en los términos señalados en los artículos 229 y siguientes del Código Procesal Penal, no es menos cierto que la negativa del ente persecutor a efectuar la comunicación a que se refiere el artículo 229 del citado código, provoca, en la práctica, que el querellante quede impedido de ejercer el derecho a forzar y sostener acusación, lo que conduce, en la mayoría de los casos, a que se sobresea definitivamente la causa incoada para investigar los hechos materia de la denuncia;

2°. Que, en efecto, resultando indiscutible que la formalización queda entregada por entero a la decisión del Ministerio Público, sin que sea posible que órgano alguno controle el correcto ejercicio de este derecho para evitar la arbitrariedad en que pudiera incurrirse con motivo del mismo, esta realidad no puede significar que el derecho a la acción, que constitucionalmente se reconoce a toda persona, pueda verse limitado por la mera voluntad de una persona natural o jurídica. La única manera de armonizar ambos derechos, a la luz de la actual normativa, es entendiendo que, en situaciones como la ocurrida en esta causa, la querellante puede forzar la acusación, debiendo tenerse como

hechos que servirán de base a los cargos que formule aquellos en que sustenta su querrela;”<sup>91</sup>

**El derecho del querellante establecido en el artículo 258 del CPP, tiene aplicación ante la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público, y también cuando se solicita como sanción, debido a la negligencia de dicho órgano. En este último caso, no se hace necesario el recurso jerárquico al Fiscal Regional, sino que opera por medio del pronunciamiento que de ello realiza el tribunal.**

“DUODÉCIMO: Que el artículo 258 del citado Código regula el forzamiento de la acusación para cuando el fiscal solicita el sobreseimiento de la causa y el querellante se opone a dicha petición, pero no la situación que se produce en este caso, derivada de una acusación fiscal no deducida oportunamente y la presencia de un querellante que por ello ve afectado su derecho al proceso, que el órgano jurisdiccional debe siempre cautelar.

Por lo anterior, resulta incuestionable que la sanción prevista en la ley en el artículo 247 inciso quinto del Código ya mencionado, por su naturaleza, sólo puede tener aplicación cuando no existe un querellante particular que promueva que la causa siga su tramitación legal, pero en presencia de este interviniente

---

<sup>91</sup> SCA de Santiago, Rol N° 1615-2012, de fecha 11 de julio de 2012.

ante una petición de sobreseimiento que tiene su origen en la negligencia del Ministerio Público, lo que corresponde es dar aplicación, en lo pertinente, a lo dispuesto en el artículo 258, previsto para el evento que el querellante no esté de acuerdo con las actuaciones del órgano persecutor fiscal y decida actuar aún contra la voluntad de dicho ente, instando por la prosecución de la causa al pretender se le autorice a sostener por sí sola la acusación en el respectivo juicio.

De esta manera, para conciliar ambas normas no cabe sino concluir que el derecho del querellante, de sostener la acusación, regulado en el artículo 258 citado, se mantiene incólume sea ante una petición expresa de sobreseimiento por parte del Ministerio Público, sea cuando ello opera a título de sanción en contra de dicho órgano, por lo que en ambos casos puede ser facultado judicialmente para ello.

DÉCIMO CUARTO: Que, por una parte y considerando que lo discutido es el sobreseimiento definitivo de la causa, a título de sanción, originado por la omisión del Ministerio Público, al haber dejado transcurrir el plazo legal previsto para deducir acusación, resulta obvio que el fiscal regional correspondiente no puede decidir formularla, porque le está vedada tal posibilidad y no cabe sino el pronunciamiento directo del tribunal sobre la petición del querellante

autorizando o no el forzamiento de la acusación en los términos previstos en el mencionado artículo 258.”<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> SCS, Rol 5342-2011, de fecha 25 de junio de 2012.

### **3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Hemos venido refiriéndonos al conflicto que ha surgido entre la víctima querellante y el Ministerio Público, cuando éste último adopta una vía de término de la causa, sin formalizarla previamente, entendiéndolo y asumiendo – según se indicara anteriormente- que con ello el querellante queda impedido para continuar con el procedimiento, y por su parte, la víctima aspira a sostener su pretensión en juicio, en miras a obtener una sentencia condenatoria, aun teniendo que sustentar la acusación por sí sola. Lo que hay tras este conflicto, son posiciones contrapuestas respecto de la intervención de la víctima en el proceso penal, ya que ésta pretende una participación amplia en su calidad de querellante, y por su parte, el Ministerio Público postula tener carácter de titular preeminente en el ejercicio de la acción penal pública.

Tal como se expuso en la segunda parte del presente capítulo, en muchos casos el querellante ha debido solicitar un pronunciamiento en la materia de la respectiva Corte de Apelaciones, obteniendo en algunas ocasiones un resultado adverso, que sigue la línea de la posición sustentada por el Ministerio Público, la cual exige formalización previa para proceder al forzamiento de la acusación. Ante esta negativa, las víctimas querellantes han terminado por recurrir al

Tribunal Constitucional, con la finalidad de poder continuar con el procedimiento incoado, ejerciendo su derecho a sostener la acción penal pública por la vía del forzamiento de la acusación, para ello han requerido la inaplicabilidad de diversos artículos del Código Procesal Penal según el caso concreto de que se trata<sup>93</sup>, ya que han entendido que la aplicación que se ha dado a dichas normas, pugna con el contenido de la Carta Fundamental y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.<sup>94</sup>

Cabe acotar en este punto, que el Código Procesal Penal no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Al respecto, alguna doctrina ha señalado que correspondía que se efectuara dicho trámite, por cuanto varios de los preceptos contenidos en él, revisten el carácter de Ley Orgánica Constitucional, entre otros, el artículo 6º, Protección de la víctima; artículo 77º, Facultades del Ministerio Público; artículo 78º, Información y protección de las víctimas; artículo 167º, Archivo provisional; artículo 168º, Facultad de no iniciar la investigación; artículo 170º, Principio de oportunidad; artículo 229º, Formalización de la investigación; artículo 248º, Cierre de la investigación. En general, se trata de normas que se refieren a la organización y

---

<sup>93</sup> Entre ellos, los artículos 186, 229, 230 inc. 1º, 231, 237 inc. 1º, 2º, 3º letra a), 4º, 5º, 7º y 8º, 240 inc. 2º, 248, 248 letra c), 256, 259 inc. final del Código Procesal Penal.

<sup>94</sup> Se ha argumentado por los requirentes que las disposiciones impugnadas vulneran los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 19, N°s. 2, 3 y 26, 76 y 83 de la Constitución Política de la República; artículos 8 N°s 1 y 2, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este último artículo se ha entendido contemplado el derecho de acceso a la justicia de la víctima querellante.

facultades de los Tribunales para una pronta y cumplida administración de justicia, o a la organización y atribuciones del Ministerio Público.<sup>95</sup>

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional, conociendo precisamente de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la materia que nos concierne, ha señalado: “Que, atendido que el Código Procesal Penal no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad, es en estas oportunidades cuando el Tribunal Constitucional debe realizarlo, encontrándose limitado por el marco de los casos concretos sometidos a su conocimiento, para lo cual debe confrontar el requerimiento, como un todo, con la preceptiva legal impugnada en el mismo, comprendiendo su ubicación, función y sentido en el contexto del conjunto de normas que componen el nuevo sistema procesal penal, con la normativa constitucional que lo sustenta.”<sup>96</sup>

### **3.1 Descripción general del conflicto planteado al Tribunal Constitucional y evolución de su jurisprudencia.**

---

<sup>95</sup> MATURANA M., Cristián. 2002. Normas de la Reforma Procesal Penal propias de la Ley Orgánica Constitucional. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Vol. 64. pp. 39 y ss.

<sup>96</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 3º.

Sobre el fondo del conflicto constitucional sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional, ya adelantamos lo esencial; ahora quisiéramos mostrar, de manera muy sintética, cómo lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, que en la sentencia en causa Rol 1341-2009<sup>97</sup> efectúa un recorrido por su jurisprudencia previa, indicando a qué se refieren las impugnaciones de los requirentes, y describiendo la evolución de sus fallos, estableciendo los criterios más importantes y sentando definitivamente una doctrina.

En este sentido, señala en primer lugar que los requirentes han impugnado la discrecionalidad con que puede actuar el Ministerio Público en relación a ciertas instituciones de la investigación, la cual atentaría en contra de los derechos de la víctima en el proceso penal. Los cuestionamientos de constitucionalidad se dirigen especialmente a:

1) la interpretación de acuerdo a la cual el control jurisdiccional anterior a la formalización de la investigación, establecido en el artículo 186 del Código Procesal Penal, sólo está establecido en favor del imputado y no de la víctima;

2) la discrecionalidad con que cuenta el fiscal para determinar si formaliza o no la investigación, y la oportunidad de la misma (arts. 229 y 230 CPP);

---

<sup>97</sup> Considerandos 8º al 13º.



3) la facultad del fiscal para solicitar ante el juez de garantía, y con acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP);

4) la facultad del fiscal para declarar cerrada la investigación (art. 248 CPP);

5) la facultad del fiscal para solicitar al juez de garantía la aplicación del procedimiento simplificado (art. 390 CPP).

Luego indica que, las materias referidas tienen la raíz común de contener una eventual tensión entre las facultades del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal. En la resolución de esa tensión, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido evolucionando desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél. Dichos criterios son los que se mencionan a continuación:

1) Se reconoce, tanto al querellante como a la víctima, el derecho a plantear sus pretensiones tanto durante la fase de investigación que realiza el fiscal, como durante la formalización y también en el caso en que el fiscal decida no formalizar (STC Rol N° 1244, consid. 15°).

2) Se le proscribe al fiscal el uso de una discrecionalidad que pueda afectar los derechos del imputado, querellante o víctima (STC Rol N° 1244, consid. 17º). Resulta imperativo que sujete la investigación a parámetros de racionalidad y justicia (STC Rol N° 1535, consid. 22º). La exclusividad de la investigación no impide sino que, por el contrario, requiere de mecanismos legales de control de que la actividad persecutoria se someta a aquellas exigencias (STC Rol N° 1445, consid. 14º). Dicho control se traduce, entre otras cosas, en una serie de derechos que tienen los intervinientes en el proceso penal (STC Rol N° 1445, consid. 20º).

3) La formalización es un paso de la investigación de carácter garantista, que busca que el imputado sepa de la imputación que se dirige en su contra y pueda ejercer sus medios de defensa (STC Rol 1445, consid. 17º).

4) El Ministerio Público es un órgano administrativo, no jurisdiccional, y por tanto, la atribución de dirección exclusiva de la investigación penal no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales (STC Rol N° 1145, consid. 9º, 10º y 11º). Dicha exclusividad no significa que el fiscal no deba justificar debidamente su proceder cuando no ha formalizado (STC Rol N° 1337, consid. 6º; STC Rol N° 1380, consid. 10º y ss.). El control que ejerce el juez de garantía en virtud del artículo 186 CPP es el que ayuda a evitar que la discrecionalidad de la

formalización se convierta en un monopolio arbitrario por parte del fiscal (STC Rol N° 1380, consid. 18°).

5) La formalización es un instituto cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el artículo 83, inciso primero, de la CPE (STC Rol N° 1380, consid. 6°). La labor de comunicar y de determinar la oportunidad de la formalización sería una consecuencia de lo anterior (STC Rol N° 1380, consid. 7°; STC Rol N° 1467-2009-INA de 29 de diciembre de 2009, consid. 8°).

6) El inciso segundo del artículo 83 CPE, sitúa al ofendido por el delito en un plano de igualdad con el Ministerio Público y además consagra el derecho a la acción penal como un verdadero derecho (STC Rol N° 1380, consid. 14°). El derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye tanto el derecho a la acción como el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, se extiende a los actos preparatorios al acceso al tribunal oral en lo penal (STC Rol N° 1535, consid. 20°). El que la Constitución haya otorgado a la víctima la posibilidad de actuar en el proceso penal, implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales (STC Rol N° 1535, consid. 26° y 38°).

La opinión del Tribunal Constitucional es que “esta jurisprudencia ha avanzado en reconocer y desarrollar un concepto de “discrecionalidad no arbitraria”, aplicable al Ministerio Público dentro de la investigación penal. El

fiscal, al tener la dirección exclusiva de la investigación, puede ejercer ciertas facultades de manera discrecional. Sin embargo, esa discrecionalidad debe estar sujeta a un control que verifique que ésta no se esté ejerciendo de modo arbitrario.”<sup>98</sup>

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia en estudio, por primera vez en el año 2007, en la causa Rol 815-2007, oportunidad en que acogió el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 230 inciso 1º del Código Procesal Penal. Luego, se siguieron presentando diversos casos en torno al mismo asunto, pero en adelante dicha Magistratura resolvió rechazando cada uno de los requerimientos deducidos. Así es como el segundo fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional en causa Rol 1244-2008, marca un precedente, ya que de aquí en adelante todos los fallos siguen su criterio. No obstante lo anterior, no dejan de oírse las consideraciones esenciales que llevaron a acoger el primer requerimiento de inaplicabilidad en la materia, pues en los fallos posteriores se sostienen persistentemente como voto de minoría.

Más allá de las particularidades de los casos concretos, tiene especial relevancia a efectos del presente trabajo, el análisis que ha hecho el Tribunal Constitucional de los derechos y garantías constitucionales que se encuentran

---

<sup>98</sup> STC Rol 1341-2009-INA, de fecha 15 de abril de 2010, considerando 13º.

en juego por la aplicación que se ha dado a los preceptos legales impugnados por la vía de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a saber, el derecho a la acción, el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, la igualdad ante la ley, y la garantía de no afectación de los derechos en su esencia. Sobre la base de los mencionados derechos y garantías, presentamos a continuación algunos extractos de las consideraciones más notables de nuestro Tribunal Constitucional.

### **3.2 Garantías constitucionales afectadas en el conflicto planteado y su análisis por parte del Tribunal Constitucional.**

Antes de entrar de lleno al tratamiento de las garantías constitucionales que encuentran en juego en el presente conflicto constitucional, nos parece pertinente comenzar refiriéndonos al concepto de garantía constitucional. Así, siguiendo al profesor Alex Carocca, podemos señalar que las garantías constitucionales son aquellos valores mínimos que el sistema procesal debe respetar, los cuales se encuentran contemplados en la Constitución, ya sea

directamente o mediante remisión a Tratados Internacionales, y que tienen proyección en todos y cada uno de los elementos de tal sistema.<sup>99</sup>

El autor busca abandonar la tradicional denominación de “principios procesales”, ya que según expresa: “debe recordarse la frecuencia con que se formulan solemnes declaraciones de “principios” que luego hallan *escasa concreción en la realidad*, que es lo que precisamente suele acontecer en nuestro país. De allí que parezca conveniente “optar por otra manifestación del lenguaje que pone el acento en el grado de cumplimiento y no en la mera enunciación. Se habla de *garantías* porque están ahí para exigir su observancia. Son algo cuya verificación es permanentemente controlable” por los propios tribunales, a fin de establecer si efectivamente el sistema procesal está cumpliendo su rol de otorgar a las personas una eficaz y oportuna tutela jurisdiccional.”<sup>100</sup>

“El punto de partida ha de ser no olvidar que lo importante es proteger a las personas, sea que estén actuando o que quieran actuar legítimamente en el proceso, ya que a favor de ellas todas las garantías de este orden están

---

<sup>99</sup> CAROCCA P., Alex. 1997. Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno. Revista *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. (2) p. 145. Sigue a RAMOS MÉNDEZ. 1992. El sistema procesal español. Ed. J.M. Bosch. Barcelona. p. 69.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 147.

establecidas. Por lo tanto, cualquier construcción teórica que se aparte o no sea funcional a la obtención de ese objetivo debe ser abandonada.”<sup>101</sup>

### **3.2.1 Derecho a ejercer la acción penal.**

**“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.” (Art. 83 inciso 2º CPR)**

“El ejercicio de la acción penal pública no se ha radicado con carácter de monopolio en el Ministerio Público como se proponía en el Mensaje del Ejecutivo, puesto que su texto fue modificado en el Congreso para consagrar al efecto en nuestra Carta Fundamental que dicha acción puede igualmente ser ejercida por el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley). (sic)

Respecto del ejercicio de la acción penal pública, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, citado se deja constancia que “otra diferencia importante radica en que le Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*, p. 157.

Ministerio Público”. La indicación, como se dijo, deja abierta la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpaado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Lo expresado llama a razonar en torno al claro contenido del artículo 83 de la CPR, que en el marco de la incorporación y regulación del Ministerio Público, señala que éste ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, agregando en su inciso segundo, que *“el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*, estableciendo un estatuto normativo de equilibrio entre su ejercicio por el persecutor estatal y por la víctima, quien puede ejercer la acción penal pública, no subordinado o en inferior calidad en el ámbito de la tutela de sus derechos. La voz “Igualmente” utilizada en la norma, implica “también”, o “de la misma forma” que el Ministerio Público, por lo que no podría sostenerse que la víctima



no goza en este sentido de igualdad de facultades en el ejercicio de la acción penal con el persecutor fiscal.”<sup>102</sup>

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado como sigue:

“que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos – acción directa-.

[...] la ley de procedimiento a que se refiere el artículo 19 en su numeral 3º debe dictarse para establecer su substanciación, tiene que asegurar el derecho a la acción, ya que si así no fuere, no habría posibilidad de proceso alguno. [...]Lo antes expresado llama a razonar en torno al claro contenido del artículo 83 de la Carta Política, que en el marco de la incorporación y regulación del Ministerio Público, señala que éste ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, agregando en su inciso segundo, ya recordado, que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer la acción penal”, estableciendo un estatuto normativo de equilibrio entre su ejercicio por el persecutor estatal y por la víctima.”<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> MATURANA M., Cristián y MONTERO L., Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. T. I. Santiago. Legal Publishing Chile. p. 214

<sup>103</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 6º.

“Debe destacarse la voz “igualmente” que emplea el artículo 83, inciso segundo, antes citado de la Carta Fundamental, la cual debe leerse en su único sentido posible, esto es, que el Ministerio Público ejerce la acción penal pública, como igualmente puede hacerlo la víctima que la Constitución denomina ofendido y además los otros sujetos que la ley determine.

Es claro que existen tres órdenes de sujetos legitimados, de acuerdo al tenor del artículo 83: el Ministerio Público, la víctima y, finalmente, los otros sujetos que la ley señale.

Resulta necesario precisar lo anterior, por cuanto el Ministerio Público, representado por su Fiscal Nacional, Sabas Chauán Sarrás, señala, en su escrito de observaciones al requerimiento, que la expresión “igualmente”, contenida en el artículo 83 en comento, *“no puede significar plena igualdad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y el que pueda hacer el ofendido. Entonces, aquella expresión debe necesariamente entenderse en referencia a las condiciones que la propia Carta Fundamental ha impuesto al ejercicio de la acción penal por parte del acusador fiscal, esto es, el ejercicio de la acción “en su caso”, y “en la forma prevista por la ley”, lo que nos conduce al respectivo Código Procedimental”*.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, considerando 18º.

“En este orden, la querrela y el ejercicio de la acción por parte de la víctima han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal.”<sup>105</sup>

“En este sentido, se hace necesario constatar la improcedencia de usar la ley como parámetro o elemento de interpretación de la Constitución a la hora de determinar el sentido de sus normas, pues con ello se somete a la norma constitucional, con infracción patente de la lógica, a los preceptos legales que se le hallan subordinados y eventualmente pugnan con ella.

En el marco de la precisión conceptual anterior, resulta necesario recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.519, reforma constitucional que creó el Ministerio Público, cuyo mensaje no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública. Como consecuencia de lo anterior, el proyecto original fue objeto de indicaciones para dejar a salvo el derecho a ejercer la acción por parte del ofendido del delito.”<sup>106</sup>

“cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, considerando 19°.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, considerando 20°.

de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma.”<sup>107</sup>

“A la víctima le está impedido autotutelar sus derechos y es por ello que la solución del conflicto penal mediante el proceso es un imperativo, en términos que el derecho a ejercer la acción penal por la víctima implica un derecho constitucional básico, consistente en que es un tribunal quien debe resolver su pretensión, sin que el legislador o un ente no jurisdiccional pueda entorpecer dicha garantía, impidiendo su libre ejercicio, por lo que corresponde al Ministerio Público dirigir, como elemento de realización del mismo, la investigación.”<sup>108</sup>

“Que esta Magistratura ha planteado, en su sentencia Rol N° 815, que el ejercicio de la acción procesal penal pública del Ministerio Público no es de carácter monopólico o exclusivo, sino preferente y es un derecho autónomo que le corresponde también a la víctima según lo previsto con claridad en las normas de los artículos 19, número 3º, y 83 de la Carta Fundamental, además

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, considerando 4º.

<sup>108</sup> Considerando 7º del voto de minoría de los Ministros señores Colombo, Bertelsen, Fernández y Venegas a la STC Rol 1244-2008-INA, de fecha 2 de junio de 2009.

de lo expresado en la historia fidedigna de esta última norma, transcrita en el voto de mayoría.”<sup>109</sup>

“Que, con el fin de dilucidar la interpretación adecuada desde la Constitución, debe aclararse, en primer término, que cuando el inciso segundo del artículo 83 de la Ley Suprema, prescribe que: “*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal*”, no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental;”<sup>110</sup>

“Que, atendido el deber establecido en el artículo 5º de la Constitución Política, como también la obligación del juez de cautelar los derechos de la víctima, dispuesta en el invocado artículo 6º del Código Procesal Penal, resulta evidente que el ordenamiento jurídico chileno ha asignado al tribunal criminal la

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*, considerando 9º.

<sup>110</sup> STC Rol 1380-2009-INA, de fecha 3 de noviembre de 2009, considerando 14º. En el mismo sentido ya se habían pronunciado los Ministros señores Cea, Peña y Navarro en los considerandos 4º y 5º de su prevención a la STC Rol 1337-2009-INA, de fecha 20 de agosto de 2009.

responsabilidad de asegurar, de conformidad a la ley, la protección de los derechos del ofendido y querellante durante el procedimiento penal;”<sup>111</sup>

“Que, de acuerdo a lo señalado, hay que interpretar el sentido del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Dicha disposición reza:

*“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.”* ¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la acción penal? Al respecto se ha señalado que *“una alternativa es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querrela y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querrellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero tener derecho a querrellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses*

---

<sup>111</sup> STC Rol 1380-2009-INA, de fecha 3 de noviembre de 2009, considerando 16°.

*privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querrela particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal, porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1º, CPR).” (Bordalí Salamanca, Andrés; ob. cit.; pág. 248).”<sup>112</sup>*

“Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

---

<sup>112</sup> STC Rol 1341-2009-INA, de fecha 15 de abril de 2010, considerando 74º

A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (art. 167 CPP), no iniciar investigación (art. 168 CPP), cerrar la investigación (art. 248 CPP) o formalizar (art. 230 CPP), la víctima puede querellarse en cualquier momento (arts. 111 y 112 CPP), desistirse (118 CPP) y abandonar la querrela (art. 120 CPP).

De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos.”<sup>113</sup>

“Que, sin perjuicio de la revisión judicial de la resolución recaída en las actuaciones del querellante y del Ministerio Público, cabe recordar que la facultad del aludido organismo de decidir no perseverar en el procedimiento no impide que el querellante pueda llevar adelante por sí mismo la correspondiente acusación. Y es que, como bien se señalara en el Mensaje del Código Procesal Penal, *“se propone que cuando la víctima se interese en la persecución su voluntad se imponga de modo absoluto”*. En efecto, el legislador procesal, como ya se ha indicado, estableció en el artículo 258 el instituto denominado

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, considerando 75º.



“forzamiento de la acusación”, que permite al querellante solicitar al Juez de Garantía formular la acusación en el caso que el Fiscal haya comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento;”<sup>114</sup>

“De los antecedentes reseñados se desprende que la intención del Constituyente, a partir de la norma consignada en el inciso segundo del artículo 83 de la Carta Fundamental, fue que reconociendo la facultad exclusiva del Ministerio Público para dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, no existieran diferencias entre el ejercicio de la acción penal pública por parte de éste y del ofendido, así como de las demás personas que determine la ley.

Así, una interpretación que supedite el ejercicio de la acción penal pública por el ofendido a la formalización que previamente deba efectuar el fiscal, no se aviene con la Ley Suprema y con la garantía de los derechos de todos los intervinientes en el proceso penal que el Código del ramo ha querido asegurar, según se verá a continuación;”<sup>115</sup>

### **3.2.2 Derecho a la tutela judicial efectiva.**

---

<sup>114</sup> STC Rol 1404-2009-INA, de fecha 18 de mayo de 2010, considerando 36º. En el mismo sentido STC Rol 1394-2009-INA, de fecha 13 de julio de 2010, considerando 39º.

<sup>115</sup> STC Rol 1484-2009-INA, de fecha 5 de octubre de 2010, considerando 20º.

**“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.” (Art. 19 N°3 inciso 1° CPR)**

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido definido por la doctrina comparada como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”<sup>116</sup>

Por su parte, la doctrina nacional ha considerado este derecho como igualdad ante la justicia, señalando que conforme a él “cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo.”<sup>117</sup> Además se ha dicho que “si esta garantía es concebida como *igualdad ante la justicia*, va mucho más allá y se proyecta también al interior del proceso. Es decir, obliga a que las posturas al interior del juicio reciban un tratamiento absolutamente equivalente en expectativas y cargas.”<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> CÁMARA V., Gregorio en Francisco Balaguer Callejón y otros. 2005. Derecho Constitucional, T.II. Ed. Tecnos, Madrid. p. 215. Citado en STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 9º.

<sup>117</sup> CAROCCA P., Alex. Op Cit. p. 149. Cita de VERDUGO M., PFFEFER U. Derecho Constitucional (con NOGUEIRA A.), T. I. p. 211.

<sup>118</sup> CAROCCA P., Alex. Op Cit. p.178.

Los Ministros señores Bertelsen, Correa y Fernández, en la prevención al fallo Rol 815-2007 se refieren en particular al contenido de este derecho, señalando que éste asegura que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos y obliga a que las reglas adjetivas procesales así lo resguarden. Este derecho incluye el derecho de acceso a la jurisdicción, y este a su vez, el derecho a la acción. Complementan esta idea en el voto de minoría al fallo Rol 1244-2008-INA, señalando que incluye además, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

El Tribunal Constitucional ha tratado esta garantía de la siguiente forma:

“la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º y 19, números 2º, 3º y 26, de la Carta Fundamental.”<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 9º.

“Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.”<sup>120</sup>

“cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución, principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N° 19.519 de 1997, que sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa.”<sup>121</sup>

“Que la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso, lo que es particularmente grave cuando la propia resolución judicial que no le da lugar al

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, considerando 10º.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, considerando 12º.

forzamiento de la formalización reconoce este razonamiento (considerando 11 de la resolución de fecha 4 de enero de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua).<sup>122</sup>

“Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan fluidamente al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de derecho, lo cual da eficacia al principio de acceso a la jurisdicción, sin el cual todo el aparato del sistema jurídico debe ser visto como incompleto”<sup>123</sup>

“el hecho de haber formalizado la investigación el fiscal no genera automáticamente una aplicación conforme a la Constitución del artículo 230 impugnado, pues el querellante manifestó expresa e inequívocamente su voluntad de ejercer la acción penal por varios delitos, frente a lo cual el Ministerio Público sólo formaliza parcialmente por los delitos menores, con el resultado de poder sustituir el procedimiento. En todo lo no formalizado, es

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*, considerando 41º.

<sup>123</sup> Considerando 9º del voto de minoría de los Ministros señores Colombo, Bertelsen, Fernández y Venegas a la STC Rol 1244-2008-INA de fecha 2 de junio de 2009.

evidente que se impide al requirente acceder al proceso penal, lesionándose así su derecho a la tutela judicial efectiva.”<sup>124</sup>

### **3.2.3 Garantía de un procedimiento e investigación racionales y justos o derecho al debido proceso.**

**“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. (Art. 19 N°3 inciso 5° CPR)**

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en su primer informe al proyecto de Ley de reforma constitucional N° 19.519, señala que: “En vez de hablar de un racional y justo procedimiento, se propone establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La nueva disposición apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y

---

<sup>124</sup> Ibíd., considerando 12°.

racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento. ”

“El concepto del debido proceso proviene del *due process of law* del derecho anglosajón, con una riquísima tradición evolutiva aportada por la jurisprudencia y doctrina de los países en los cuales rige básicamente el derecho consuetudinario. Un precedente remoto puede encontrarse en la Carta Magna de 1215.

Como nos señala Juan Bustos, “el proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo- Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones se formulan bajo el principio del debido proceso”.

Por ello, aun cuando conceptualmente podamos convenir alguno que satisfaga la necesidad de estructurarlo, el debido proceso más bien se refiere al

conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste.

Es por lo anterior que el debido proceso no sólo constituye una garantía de protección del imputado frente a la persecución estatal, sino particularmente de la víctima respecto del derecho a acceder a la justicia para perseguir la reparación del daño causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado.”<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> MATURANA M., Cristián y MONTERO L., Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. T. I. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 28-29.



En este sentido, el primer informe al proyecto de Ley de reforma constitucional N° 19.519 de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, señala que:“El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine. [...]

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental.”

Resulta interesante en este punto, tener presentes los criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso:

“En el aspecto procedimental o adjetivo, se le concibe como un conjunto de reglas que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar en el cumplimiento de sus funciones propias, entre las cuales se encuentran: la existencia de un juicio oral y público, la prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto, la prohibición de hacer declarar una persona contra sí misma en causas criminales, la obligación de establecer

siempre formalidades de notificación y audiencia del procesado en todo juicio o procedimiento.

En el aspecto sustantivo, se le define como un estándar o patrón de justicia, para guiar el actuar de los órganos del Estado considerando las circunstancias de tiempo y lugar en el que se desenvuelve el proceso.

En nuestra legislación, el “derecho al debido proceso” forma parte de la garantía constitucional denominada “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” y se encuentra concebido en el marco que prescribe el número 3 inciso 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República; esto es, con una exigencia de carácter jurisdiccional, al señalar que “...toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado...” y otra de carácter legislativo, expresado en los siguientes términos “...corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” (sentencias nros. 2 y 3 de la Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2001, ROL 3643-2000 y 31 de enero de 2003, Rol 496-2002).”<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> VARAS A., Paulino. 2008. Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso. Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Vol. 70. p. 115.

“Por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. A este respecto, **el debido proceso** cumple la función dentro del **sistema**, en **cuanto garantía** del orden **jurídico**, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y la resolución de conflictos **mediante el proceso** son una garantía de respeto por el **derecho ajeno y la paz social**. En síntesis, el **debido proceso**, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento.

Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de

los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado (Sentencia N°5 del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 2008, ROL 986-2007).”<sup>127</sup>

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“el “deber de formalizar”, implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal.”<sup>128</sup>

“Que en consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, N° 3°, de la Ley Suprema, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Lo anterior, pues se tuvo presente que, al ser la aludida investigación una actuación de carácter administrativo, ésta no

---

<sup>127</sup> *Ibíd.* pp. 115-116. En el mismo sentido, STC de 7 de octubre de 2008, Rol 1130-2008.

<sup>128</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 3°.

se encontraba sujeta a los requisitos de racionalidad y justicia que sí debe respetar todo proceso jurisdiccional.”<sup>129</sup>

“Es por ello que la Carta Fundamental fue modificada para asegurar la exigibilidad de la investigación, racional y justa, lo que no ocurrirá, si el órgano persecutor puede determinar libremente qué investiga, o cuándo lo hace o no lo hace, decidir de la misma forma si formaliza o no la investigación y cuándo, puesto que con dichas decisiones, según cual sea su determinación, podrá provocar la indefensión de la víctima que no tendrá la investigación racional y justa de los hechos que le garantiza la Constitución y que, como su natural consecuencia, puede impedirle acceder a la formalización, que es el presupuesto necesario para la apertura y prosecución del proceso jurisdiccional.”<sup>130</sup>

“Que, por otro lado, en relación a los derechos de la víctima, esta Magistratura ha aseverado que *“para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación “racional y justa”, el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como*

---

<sup>129</sup> STC Rol 1445-2009-INA, de fecha 29 de enero de 2010, considerando 13º. En el mismo sentido STC Rol 1404-2009-INA, de fecha 18 de mayo de 2010, considerando 16º, y STC Rol 2026-2011-INA, de fecha 14 de agosto de 2012, considerando 13º.

<sup>130</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 5º.

*asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal”. En efecto, “el Código Procesal Penal permite: 1) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (art. 183); 2) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (art. 184); 3) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (art. 186); 4) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (arts. 231 y 232); 5) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (art. 258);” (Roles N°s 1244 y 1445);”<sup>131</sup>*

---

<sup>131</sup> STC Rol 1404-2009-INA, de fecha 18 de mayo de 2010, considerando 27°. En el mismo sentido STC Rol 1244-2008-INA, de fecha 2 de junio de 2009, considerandos 15° y 16°; STC Rol 1394-2009-INA, de fecha 13 de julio de 2010, considerando 27°; STC Rol 2026-2011-INA,

“Que, así las cosas, las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses. Por consiguiente, no puede estimarse que la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí misma el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida la tutela judicial efectiva de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal;”<sup>132</sup>

“Que respecto al forzamiento de la acusación se ha precisado que busca permitir a la víctima un control procesal respecto del curso de su pretensión penal para evitar precisamente la arbitrariedad de los órganos del Estado.”<sup>133</sup>

“Que, por otra parte, esta Magistratura ha manifestado que la legislación procesal permite la intervención de la víctima y establece el control judicial en la

---

de fecha 14 de agosto de 2012, considerando 25º; y STC Rol 1445-2009-INA, de fecha 29 de enero de 2010, considerando 20º. Ésta última sentencia plantea la enumeración en términos de “controles procesales de la investigación” mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación.

<sup>132</sup> STC Rol 1404-2009-INA, de fecha 18 de mayo de 2010, considerando 29º. En el mismo sentido STC Rol 1394-2009-INA, de fecha 13 de julio de 2010 considerando 29º.

<sup>133</sup> STC Rol 1404-2009-INA, de fecha 18 de mayo de 2010, considerando 37º.

suspensión condicional del procedimiento. Específicamente, se ha señalado que: *“este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (...) Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente”*. Agregando que *“a mayor abundamiento, el inciso penúltimo del artículo 237 del Código Procesal Penal dispone que “la resolución que se pronuncie sobre la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.”* Se asegura, de este modo, la posibilidad de impugnar, si es del caso, la resolución del juez de



*garantía, consagrando otro de los elementos claves del debido proceso legal, como es el acceso al recurso” (sentencia Rol N° 1.244);”<sup>134</sup>*

### **3.2.4 Garantía de trato igualitario por la ley**

**“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. [...] Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”  
(Art. 19 N° 2)**

“La igualdad ante la ley se traduce en un marco protector que impide que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario. El constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria.

Discriminación arbitraria es *“toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la*

---

<sup>134</sup> STC Rol 1445-2009-INA, de fecha 29 de enero de 2010, considerando 24°. Originalmente planteado en STC Rol N° 1244-2008, de 2 de junio de 2009, considerando 36°. Se reitera en STC Rol 1341-2009-INA, de fecha 15 de abril de 2010, considerando 70°.

*ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”.*

En consecuencia, la garantía jurídica de la igualdad supone, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; ya que no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación efectuada no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo. El legislador, en ejercicio de dichas facultades puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario.

Es por lo anterior que se ha declarado que *“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”* y que *“la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de aquellos supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y –sea por ende*

*arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador”.*<sup>135</sup>

El profesor Enrique Navarro<sup>136</sup> señala que la jurisprudencia ha evolucionado en cuanto a la precisión del sentido y alcance de la igualdad ante la ley, e indica algunos test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, estos son:

- 1) Principio de generalidad: consiste en analizar la fundamentación o razonabilidad del enunciado normativo, y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador.

“Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley *“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas”.*

---

<sup>135</sup> MATURANA M., Cristián y MONTERO L., Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. T. I. Santiago. Legal Publishing Chile. pp. 57-58.

<sup>136</sup> NAVARRO B., Enrique. 2012. Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (26):63-95.

Así la igualdad ante la ley *“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”*.<sup>137</sup>

- 2) Proporcionalidad y razonabilidad de diferencia: no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva y proporcional.

“De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y

---

<sup>137</sup> *Ibíd.* p. 68.

tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.”<sup>138</sup>

3) Igualdad sociológica: clásicamente también se ha entendido la igualdad ante la ley como una prohibición de diferencias basadas en criterios de raza, sexo, estirpe o condición social.

A modo de conclusión, señala el autor que: “En la jurisprudencia del TC en los últimos años se ha ido evolucionando en la conceptualización de la igualdad ante la ley, no sólo ya como la prohibición de diferenciación basada en razones de sexo, estirpe o condición, sino también como la igualdad entre los iguales, esto es, entre los que se encuentran en la misma situación, a los que debe aplicarse el mismo estatuto jurídico.

[...] la Carta Fundamental prohíbe la discriminación arbitraria, la que en la más reciente jurisprudencia del TC se ha asociado a la adecuada ponderación y razonabilidad de la medida o diferencia, para lo cual debe efectuarse un test de proporcionalidad, siguiendo en tal sentido la doctrina del TC alemán.”<sup>139</sup>

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

---

<sup>138</sup> *Ibíd.* p. 68.

<sup>139</sup> *Ibíd.* p. 95.

“Que lo razonado en el motivo precedente debe conducirnos a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada, y así se declarará;”<sup>140</sup>

### **3.2.5 Garantía de no afectación de los derechos en su esencia**

**“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.” (Art. 19 N° 26)**

---

<sup>140</sup> STC Rol 1542-2009-INA, de fecha 31 de agosto de 2010, considerando 6º.

“A este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciera, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26º del artículo 19.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal competente, y en concreto, a la etapa de investigación prevista en el nuevo proceso penal, más aún si la Carta Fundamental ordena que la investigación resultante deba ser racional y justa.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal. Ello constituye la negación misma del derecho a la tutela judicial efectiva, y como si ello no fuere ya paradójal, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptualizado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de

todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio.”<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> STC Rol 815-2007-INA, de fecha 19 de agosto de 2008, considerando 11º.



## **CAPÍTULO V: ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.**

### **1. EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN CON FORMALIZACIÓN PREVIA.**

A través del desarrollo del presente trabajo ha sido posible precisar la postura que sostiene el ministerio público frente al forzamiento de la acusación, intentado por la víctima-querellante, la cual exige para proceder, que la investigación haya sido formalizada previamente, postura que dicho sea de paso ha sido acogida por parte de la doctrina nacional e incluso por los tribunales de justicia. Nosotros, en principio estamos de acuerdo en que la formalización de la investigación debe practicarse en forma previa al forzamiento de la acusación, siempre que el ministerio público lo haga antes de cerrar la investigación y optar por alguna de las alternativas que le ofrece el artículo 248 del CPP. Sobre todo, teniendo en cuenta que la facultad de formalizar la investigación es una atribución exclusiva del ministerio público, que le ha sido entregada por el artículo 83 de nuestra Carta Fundamental y que éste tanto ha defendido al señalar que ningún otro interviniente, ni aún un órgano jurisdiccional -por principio de legalidad- podría forzarle a realizar dicha

comunicación. Pero, detengámonos un segundo, el hecho de tomar esta decisión con reconocida discrecionalidad ¿faculta a los fiscales para obstruir el ejercicio de algún derecho de otro interviniente al interior del proceso? ciertamente nos parece que no, sobre todo, teniendo en cuenta que en la práctica el ministerio público se ha permitido cerrar las investigaciones sin formalizar previamente, reservando la formalización por razones estratégicas sólo para los casos en que ha decidido acusar. Entonces, lo que ocurre en definitiva, es que se imposibilita al ofendido por el delito de ejercer su derecho a la acción reconocido tanto a nivel constitucional, como legal, quedando su intención subordinada a la voluntad del ministerio público (de formalizar la investigación), organismo que no tiene poder jurisdiccional, y a pesar de eso, es el que en definitiva, “resolverá” si la víctima podrá continuar con su pretensión en el transcurso del proceso.

Con el objetivo de aportar a la solución de la problemática que aquí enfrentamos, es que esgrimiremos distintas perspectivas que creemos deben ser tomadas en consideración para transitar hacia una interpretación más equilibrada de las normas que aquí confluyen, de manera tal que asegure la convivencia pacífica entre el interés que persigue el ministerio público al interior del procedimiento y la posibilidad cierta para el querellante de hacer uso de su derecho constitucional a ejercer la acción penal.

## **1.1 El principio de orden consecutivo legal en el procedimiento penal.**

El principio de orden consecutivo legal consiste en que la ley determina o establece la secuencia o cadena de actos que se desenvuelven progresivamente a través de las distintas fases del procedimiento.

Entendemos que este principio tiene aplicación en el procedimiento penal, específicamente en el orden de los distintos actos que conforman la etapa de investigación formalizada, con la siguiente consecución: en primer lugar debería llevarse a cabo la formalización de la investigación, luego la investigación formalizada por el plazo máximo de dos años, o bien, por uno menor fijado judicialmente, al cabo del cual se debiera proceder al cierre de la investigación, para finalizar con la decisión del fiscal, respecto del término o continuación del procedimiento.

Lamentablemente no existe en el Código Procesal Penal una norma que señale este orden explícitamente, y esa es la principal razón que permitió la interpretación que sostiene el ministerio público para señalar que el cierre de la investigación es independiente de la formalización de la investigación, y como ésta última es de su exclusiva facultad y atribución, no existe organismo alguno

que pueda influir en su realización, así como tampoco en su oportunidad. De manera que el uso que se da a tal institución terminó operativizado en función de la estrategia político criminal de los fiscales, independientemente que, en la práctica, se vulneren algunos derechos y garantías de otros intervinientes al interior del proceso.

En base a lo anterior, es necesario realizar un análisis sistémico del Código Procesal Penal, específicamente de las normas que tratan en particular el tema que nos convoca, para desprender que la investigación debe encontrarse formalizada con anterioridad al cierre de la misma, de manera que no se prive a la víctima de la posibilidad de accionar penalmente. Para ello nos avocaremos a estudiar el tratamiento lógico que se ha dado a las distintas normas que conforman esta etapa del procedimiento penal, cuya disposición consecutiva ayudan a comprender mejor la finalidad que tuvo el legislador en su dictación, tales normas con las siguientes:

“Artículo 230. Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.”

Nos parece necesario comenzar haciendo la distinción entre la facultad del fiscal de decidir la oportunidad en que formaliza una investigación, lo que

obviamente reconocemos, y por otra parte, la decisión de formalizar en sí misma. “Desde esta perspectiva ponemos énfasis en que lo facultativo para el Ministerio Público, es decidir la oportunidad de formalizar, es decir, determinar cuando él considere oportuno requerir la intervención judicial, mas no la atribución de decidir si formaliza, puesto que ello es indispensable para que un proceso penal pueda avanzar hacia sus etapas posteriores que conduzcan al juicio.”<sup>142</sup>

“Artículo 233. Efectos de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247.”

El artículo 247 del CPP contempla el plazo para declarar el cierre de la investigación, o dicho de otro modo, para cerrar una investigación debe haber transcurrido un plazo previamente, y este plazo inicia su cómputo sólo una vez que se practica la formalización de la investigación y como efecto de ella. En resumen, sólo existe plazo de investigación y de cierre, cuando ha existido formalización. Esto queda demostrado al tenor del artículo 247 que indica que el plazo de cierre transcurre desde la formalización, en los siguientes términos:

---

<sup>142</sup> MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Legal Publishing Chile. Santiago de Chile. p. 587.

“Artículo 247. Plazo para declarar el cierre de la investigación. Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla.”<sup>143</sup>

Continuando con el análisis del referido artículo, resulta pertinente atender a lo dispuesto en su inciso cuarto, en relación al allanamiento del fiscal para el cierre de la investigación: “Si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación”. Entonces, si el Ministerio Público puede formular acusación en este caso, es porque en forma previa debió necesariamente formalizar la investigación.

Luego, en relación al cierre de la investigación, el Código Procesal Penal dispone lo siguiente:

“Artículo 248. Cierre de la Investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

---

<sup>143</sup> Sin perjuicio de los casos en que hubiere fijado judicialmente un plazo inferior, en conformidad al artículo 234 del CPP.

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.”

El artículo citado contempla tres alternativas, de ellas el fiscal debe adoptar una luego del cierre de la investigación, todas las cuales presuponen la existencia de formalización previa, tal como se demostrará a continuación.

En primer lugar, la acusación, contemplada en la letra b) de la norma transcrita, se refiere al “enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado”, por tanto, queda claro al tenor literal de la disposición, la exigencia de formalización de cargos.

En segundo lugar, la adopción de la decisión de no perseverar, también se regula sobre la base de la existencia de formalización previa al cierre de la

investigación. En este sentido, podemos citar al profesor Carocca, quien entre los requisitos para que el Ministerio Público ejerza la facultad de no perseverar o abandono de la investigación, como también la denomina, indica el siguiente: “debe haberse iniciado una investigación en contra de un determinado imputado, la que debe haberse formalizado. Es evidente que si no se ha formalizado, no rige el plazo de cierre de la investigación ni tiene sentido adoptar esta decisión (art. 248 letra c) CPP).”<sup>144</sup>

Además, el inciso final de la disposición citada indica las consecuencias de adoptar la decisión de la letra c), estas son: primero, queda sin efecto la formalización de la investigación, de modo que resultaría ilógico interpretar que la formalización de la investigación queda sin efecto, en circunstancias que ésta no se ha llevado a cabo; segundo, se revocan las medidas cautelares que se hubieren decretado, como sabemos éstas no habrían podido decretarse sin que haya mediado formalización previamente (según los artículos 230 inciso 2º, 140 y 155 inciso final del CPP); y tercero, la prescripción de la acción continúa corriendo como si nunca se hubiere interrumpido, como sabemos, dicha interrupción opera precisamente por efecto de la formalización de la investigación.

---

<sup>144</sup> CAROCCA, Alex. 2003. El nuevo sistema procesal penal. Editorial Jurídica La Ley. Santiago de Chile. p. 200.



Por otra parte, es el propio Fiscal Nacional quien fija el criterio aquí cuestionado, a través del Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010, a propósito de la formalización de la investigación y la facultad de no perseverar en el procedimiento, cuando estima que “la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas, por entre otras, las razones siguientes:

° El hecho que se contemple como efecto de esta decisión el que la formalización de la investigación quede sin efecto no constituye óbice a esta interpretación, desde que dicho efecto tendrá lugar, obviamente, sólo en caso que hubiere existido tal formalización.”<sup>145</sup>

A nuestro juicio, la interpretación que realiza el Fiscal Nacional, no es ajustada a derecho, porque introduce un criterio que la ley no señala, en tanto condiciona el resultado de dejar sin efecto la formalización de la investigación cuando se comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento, sólo para aquellos casos en que efectivamente existió formalización de la investigación, cuestión que no aparece en norma legal alguna. De manera que, en la práctica, la interpretación planteada por el Fiscal Nacional, seguida por los fiscales adjuntos, y aceptada en algunos casos por los tribunales de justicia, plantea una distinción que el legislador no previó, y por tanto no es lícito al

---

<sup>145</sup> CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010. p. 68.

intérprete distinguir. Al respecto la doctrina ha señalado que: “Existe una tesis en contrario que indica que el inciso final del artículo 248 del Código Procesal Penal, tendría aplicación sólo para los casos en que existió formalización. Sin embargo, discrepamos de ello en la medida que el legislador sólo se refiere a investigaciones formalizadas y no utiliza frases como “en su caso” o “para el caso que haya procedido formalización”. El legislador no distinguió, por lo que no correspondería diferenciar.”<sup>146</sup>

Finalmente, la tercera alternativa que tiene el fiscal, luego del cierre de la investigación es solicitar la declaración de sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, de acuerdo al artículo 248 letra a) del CPP, institución que en su regulación también contempla la existencia de formalización previa para operar. Lo anterior, se encuentra tratado en el artículo 255 del CPP, cuyo tenor literal señala:

“Artículo 255. Sobreseimiento total y parcial. El sobreseimiento será total cuando se refiriere a todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando se refiriere a algún delito o a algún imputado, de los varios a que se hubiere extendido la investigación y que hubieren sido objeto de formalización de acuerdo al artículo 229.”

---

<sup>146</sup> ORELLANA, Nicolás. 2009. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p. 70.

De la simple lectura de este artículo, se entiende que la institución se aplica sobre delitos e imputados y respecto de estos mismos tiene que haber existido formalización previa para que se pueda dar lugar al sobreseimiento. Sabemos que, la decisión de sobreseer surge acto seguido una vez que se cierra la investigación, por lo tanto, la formalización de la investigación debe ser previa al cierre de la misma.

Entonces, lo que aquí se propone respecto de las normas tratadas, es que su interpretación debiera ir en el sentido que antes del cierre de la investigación, ésta ya se debe encontrar formalizada, de acuerdo al principio de orden consecutivo legal, de modo que las instituciones contempladas en el artículo 248 del CPP, alternativamente para la decisión del fiscal luego del cierre de la investigación, puedan generar los efectos que la ley establece.

A lo largo de nuestra investigación, hemos podido apreciar que esta postura se encuentra recogida en alguna jurisprudencia, en casos en que el juez de garantía no ha dado lugar al cierre de la investigación cuando el fiscal no formalizó previamente. En este sentido existe jurisprudencia de Corte de Apelaciones que señala: “En la etapa de investigación desformalizada la actividad del fiscal y de la policía se desarrolla sin sujeción a formalidades preestablecidas, sin orden consecutivo legal, y por ende sin preclusión de la

posibilidad de realizar determinados actos y diligencias; situación que cambia al realizarse la formalización de la investigación [...].

Ahora bien, conforme el artículo 233 del Código Procesal Penal, los efectos de la formalización son los siguientes: a) suspende el curso de la prescripción de la acción penal, según el artículo 96 del Código penal; (sic) b) comienza a correr el plazo para cerrar la investigación; y c) el Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.”<sup>147</sup>

“Que, practicando una interpretación sistemática del Código, tomando en cuenta el contexto general del mismo, y en especial del tenor de las normas antes mencionadas<sup>148</sup>, y aplicando la norma del artículo 22 del Código Civil, se concluye que tanto para solicitar el sobreseimiento como para decretarlo se requiere que la investigación se encuentre formalizada<sup>149</sup>.

En efecto, tanto la formalización de la investigación, como su conclusión y el sobreseimiento, se encuentran en el Libro Segundo, Título I, del Código Procesal Penal.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> SCA de Rancagua, de fecha 9 de septiembre de 2005, Rol 216-2005, considerando 4°.

<sup>148</sup> Artículos 247, 248, 256 y 259 inciso final.

<sup>149</sup> El destacado es nuestro.

<sup>150</sup> Para clarificar aún más el orden en que se disponen las normas, vale destacar que en este contexto, la formalización de la investigación es la primera institución tratada, definida en el párrafo 5°, artículo 229; luego, el párrafo 7° se refiere a la conclusión de la investigación, en cuyo artículo 248 aborda específicamente el cierre de la investigación; y finalmente, el sobreseimiento encuentra su lugar en el artículo 250 del CPP.

Por su parte, las disposiciones en comento, tienen como presupuesto la mentada formalización de la investigación, única manera de hacer aplicables aquellas normas que disponen, por ejemplo, que cerrada la investigación, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento o formular acusación, y esta última, como se dijo no puede realizarse si previamente no se ha formalizado la investigación. Es más, la misma disposición indica que en el caso de que el fiscal comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento, dejará sin efecto la formalización de la investigación, y la prescripción de la acción continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido. Cabe recordar que es precisamente dicha formalización la que suspende el curso de la prescripción.

Así también se entiende que en los casos que se indican en el artículo 258, ya citado, esto es que el querellante se oponga al sobreseimiento, puede el fiscal regional disponer se formule acusación; o que el Juez de Garantía disponga que sea el querellante quien la formule, o esta misma autoridad judicial, autorizar al querellante para formularla. Ninguna de estas tres posibilidades<sup>151</sup> tendría aplicación práctica si no se ha efectuado la formalización en cuestión.

---

<sup>151</sup> Las tres posibilidades que señala el artículo 258 y que hace referencia el fallo son: a) que el Fiscal Regional determine que el Ministerio Público formulará acusación, por intermedio del mismo fiscal que llevaba la investigación, o bien, designando a otro; b) en caso que el Fiscal Regional persista en la decisión del fiscal de causa de no acusar, el Juez de Garantía puede autorizar al querellante a formular acusación; c) en caso que el fiscal adopte la decisión de no perseverar en el procedimiento, el Juez de Garantía puede autorizar al querellante para

Es más, como se dijo, conforme al artículo 247, el Juez de Garantía puede decretar el sobreseimiento definitivo, en los casos que se indican, para cuyo evento es necesario que hubieren transcurrido dos años contados, precisamente, desde la fecha de la formalización de la investigación.

Contempla la misma disposición también la posibilidad que el Fiscal se vea forzado a formular acusación, pero si no lo hace, el Juez de Garantía nuevamente aparece facultado para decretar el sobreseimiento definitivo.

Por último, no se ve cómo podría mantener el Fiscal la atribución de formular acusación, o de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, en caso de que el Juez rechace el sobreseimiento solicitado, si previamente la investigación no se ha formalizado.”<sup>152</sup>

“A mayor abundamiento, cabe considerar razones de lógica, si la investigación no se ha formalizado, no se vislumbra la necesidad que el Ministerio Público busque la autorización Judicial para sobreseer, en circunstancias que continuar con la investigación o cerrarla es una facultad que posee en forma exclusiva, la que ni siquiera debe comunicar.

---

sostener la acusación en los mismos términos que el Código establece para el ministerio público.

<sup>152</sup> SCA de Rancagua, de fecha 9 de septiembre de 2005, Rol 216-2005, considerando 6°.

Ahora bien, si ella se ha formalizado, resulta evidente que el modo de terminar es con una de las formas que expresamente señala la ley, entre las que se contempla el sobreseimiento.”<sup>153</sup>

En este caso nos encontramos ante la situación que el Ministerio Público cerró la investigación y terminó la causa por una vía formal, en audiencia ante el juez de garantía que dio lugar a la solicitud de sobreseimiento, en circunstancias que no hubo inicio de investigación con una formalidad equivalente a la del cierre, como sería la formalización de la investigación. Esta es la falta de lógica que encuentra la Corte para rechazar el sobreseimiento, y dar lugar a la reapertura de la investigación para que se concreten las diligencias investigativas solicitadas oportunamente por el querellante y que podrán servir de sustento a su pretensión en juicio.

La doctrina también se ha manifestado en este sentido, por ejemplo Nicolás Orellana Solari sostuvo en un trabajo sobre este tema, que: “desde el punto de vista normativo y de acuerdo a una interpretación sistemática, el Fiscal no está facultado para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento sin que antes haya formalizado la investigación. En estricto rigor, antes de la formalización el Ministerio Público sólo realiza una investigación de tipo

---

<sup>153</sup> SCA de Rancagua, de fecha 9 de septiembre de 2005, Rol 216-2005, considerando 7º.

administrativa, respecto de la cual puede o no haber existido intervención judicial (se interpuso querrela o se pidió alguna autorización judicial en una actividad investigativa), pero no ha iniciado una investigación formal en contra de algún sujeto. Por consiguiente, no podría cerrar judicialmente una investigación que nunca se ha abierto formalmente. Entonces, si el Fiscal no puede cerrar formalmente una investigación, no existen facultades para los sujetos procesales de sobreseer, acusar o comunicar su decisión de no perseverar, porque el legislador creó dichas instituciones desde la mirada de la conclusión de una investigación formalizada y no del tipo administrativa.”<sup>154</sup>

La única razón que encontramos para explicar el hecho que el fiscal utilice esta vía de término del procedimiento en casos para los cuales no lo ha previsto la norma, es que utiliza la decisión de no perseverar a modo de sustituto de otras vías de término anticipado del procedimiento, sea de oportunidad o discrecionalidad, cuando se ha visto impedido de tomarlas por la intervención judicial a causa de la actuación del querellante con la interposición de su querrela.

## **1.2 Carácter de organismo público del ente persecutor.**

---

<sup>154</sup> ORELLANA SOLARI, Nicolás. 2009. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la Investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p.72.



El Ministerio Público es un órgano del Estado, que se encuentra establecido en la Constitución Política de la República, “La necesidad de darle rango constitucional a su existencia, surge producto de que algunas de sus funciones provienen de los tribunales ordinarios de justicia conforme al antiguo proceso, por lo que, para traspasar esas funciones se requiere una norma constitucional que las entregue a este nuevo organismo, ya que eran facultades exclusivas del Poder Judicial.”<sup>155</sup> El motivo que existe tras esta técnica legislativa sirvió para asegurar la imparcialidad e independencia necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, sin presiones ni directrices de ningún otro poder u organismo del Estado.

Según expresa nuestra Constitución Política de la República y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, éste es un “organismo autónomo”.<sup>156</sup> El concepto de autonomía no es unívoco, en él se pueden distinguir la autonomía política y la autonomía administrativa. La primera se refiere a casos que “también se comprenden bajo la noción de

---

<sup>155</sup> BASOA O., Ubaldo. 2005. La Reforma Procesal Penal en la Constitución Política de la República: situación de las garantías constitucionales de orden procesal. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.27.

<sup>156</sup> Artículo 83 de la Constitución Política de la República: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público [...]”. Artículo 1º de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público: “El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado [...]”.

descentralización política, ya que existe más de un centro de impulsión del poder, como ocurre con los Estados federales o regionales, en donde se comparte el poder legislativo a nivel central o federal y a nivel de estados miembros o regiones; lo mismo que el gobierno.

Distinto es el caso de la autonomía administrativa, pues ésta no supone necesariamente la existencia de descentralización política. La autonomía administrativa supone la existencia de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente, lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones. En muchos de estos casos, la entidad autónoma goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero no es una condición esencial [...].<sup>157</sup> Precisamente éste último es el caso del Ministerio Público.

Como decíamos, la autonomía de la cual goza el Ministerio Público emana de la Carta Fundamental y consiste en que no se encuentra sometido a la dependencia o tutela del Presidente de la República. Además “La concepción de autonomía supone el que existan otros órganos del Estado, con estos se es recíprocamente autónomo, cada uno en su ámbito de competencia establecido

---

<sup>157</sup> CORDERO, Eduardo. 2012. La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía [en línea] <[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214\\_Eduardo\\_Cordero](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214_Eduardo_Cordero)> [Consulta: 08 mayo 2015].

por la Constitución y las Leyes dictadas conforme a ella.”<sup>158</sup> La idea de autonomía “supone establecer una realidad relacional, se es autónomo, más o menos, respecto de otro ente u órgano, y sugiere, al mismo tiempo, un poder limitado -autonomía no es soberanía- donde el órgano que goza de ésta cualidad sigue siendo parte del todo,”<sup>159</sup>

La autonomía que a menudo vocifera el Ministerio Público no es absoluta: al carecer de patrimonio propio y personalidad jurídica, quien responde civilmente por él es el Fisco. La relación entre autonomía y responsabilidad se encuentra regulada en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, específicamente en el inciso 2° del artículo 2°, en los siguientes términos: “Los fiscales, en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley.” “[*E*n cuanto a la responsabilidad del Estado, el Senado consideró que así como existe responsabilidad por las resoluciones judiciales “injustificadamente erróneas o arbitrarias”, debía también aceptarse la responsabilidad del Estado en el caso de las “conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”, entendiendo

---

<sup>158</sup> BARROS S., Miguel y BARROS S., Carolina. 2014. Autonomía del Ministerio Público. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 112.

<sup>159</sup> FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 1997. La Autonomía del Banco Central: breve excursión acerca de su contenido jurídico. Gaceta Jurídica. (203). p. 32.

que las conductas incluyen acciones y omisiones de este organismo (Art. 5° [LOC Ministerio Público]).”<sup>160</sup>

Con todas estas consideraciones a la vista, se vuelve innegable reconocer que la más profunda vocación que debe orientar el actuar de la Fiscalía, es su fin público, superando incluso los propios intereses institucionales y con mayor razón, los particulares. En este sentido “tiene importantes limitaciones, determinándolo la primera de ellas el ordenamiento jurídico al que deben sujetarse todas las entidades del sector público”.<sup>161</sup> “En efecto, los Fiscales son, sin lugar a dudas, agentes públicos del Estado que desempeñan una función pública para satisfacer necesidades públicas.”<sup>162</sup> Como lo sería, entre otras, la protección de la víctima, y evitar obstaculizar el ejercicio de los derechos y garantías de los demás intervinientes al interior del proceso, dado su carácter de órgano imparcial.

Sin embargo, “es una práctica habitual que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en el marco de una investigación administrativa desformalizada y que además no exista oposición de la defensa. Esta práctica

---

<sup>160</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Santiago. p. 100.

<sup>161</sup> Contraloría General de la República. 1993. Dictamen 16.818. Citado en BARROS S., Miguel y BARROS S., Carolina. 2014. Autonomía del Ministerio Público. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.111.

<sup>162</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Santiago. p. 101.

se ha establecido por diversas razones, entre las cuales encontramos las metas de gestión anuales de conclusión de causas<sup>163</sup> que tiene el Ministerio Público, por lo que la salida de no perseverar sin formalizar permite rápidamente terminar con las investigaciones. Por su parte, dicha práctica también favorece a los Tribunales de Garantía quienes reducen su número de audiencias y mejoran sus estándares de gestión, amen que para la defensa es incuestionable el beneficio que entrega la decisión de no perseverar, ya que con ello el Ministerio Público renuncia a su actividad persecutoria.<sup>164</sup> Mientras que para la víctima querellante, esta situación se traduce en una enorme frustración no sólo para su pretensión en juicio, sino además porque decanta como desconfianza en el sistema completo y en sus instituciones.

Es por todo lo anterior que consideramos indispensable resaltar el carácter público que debe guiar el actuar del Ministerio Público como institución, independientemente de su autonomía, en donde su verdadera vocación permita atender no sólo a sus propios intereses institucionales, sino que, con mayor ahínco, posibilitar el ejercicio de los derechos de la víctima como una manifestación de su función de adoptar medidas para protegerla.

---

<sup>163</sup> El destacado es nuestro.

<sup>164</sup> ORELLANA SOLARI, Nicolás. 2009. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la Investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p. 69.

### **1.3 La formalización de la investigación como acto jurídico administrativo.**

Creemos firmemente en la necesidad de destacar la calidad de acto jurídico administrativo que posee la formalización de la investigación, a la vez que reconocemos su natural carácter de acto jurídico procesal.

En términos muy acotados, la naturaleza administrativa de la formalización de la investigación proviene de su vínculo con el funcionario del Estado competente para emitirla, el fiscal del Ministerio Público. Esta relación es la que permite a la formalización de la investigación, ser alcanzada por el derecho administrativo y someterla a su regulación.

Si tomamos la definición de acto jurídico administrativo que nos entrega la ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos en el inciso 2° del artículo 3°, que reza: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”, nos damos cuenta que la formalización calza con esta definición porque contiene, primero, la

decisión del fiscal, en el ejercicio de una potestad pública, de continuar adelante con el proceso, comunicándole al imputado su participación en los hechos investigados así como también la calidad de dicha participación y luego, por su intermedio, la declaración de voluntad del Ministerio Público de formalizar aquella investigación que se encontraba desformalizada, lo cual no es baladí puesto que las consecuencias jurídicas que se desprenden de ese solo hecho resultan muy importantes, tanto para el imputado como para la pretensión que tiene la víctima querellante, por lo tanto, es una manifestación de voluntad que hace un funcionario del Estado, destinada a generar efectos jurídicos.

En consecuencia, como esta manifestación de la voluntad emana de un funcionario sometido al derecho administrativo, no es posible desvincularla de tal carácter, porque precisamente su fundamento es una decisión que toma un funcionario de la administración del Estado frente a un caso concreto y en el ejercicio de sus funciones, ligado a la competencia necesaria que le otorga la ley para emitir válidamente tal pronunciamiento.

Habiendo desarrollado someramente esta línea de pensamiento, analizaremos algunas implicancias políticas que encontramos en la formalización de la investigación como un acto jurídico administrativo y procesal, que estimamos no pueden dejar de ser consideradas por los fiscales del Ministerio Público antes de tomar la decisión de formalizar o no formalizar la

investigación, sobre todo existiendo un querellante que ejerce su rol activamente:

a) “Lo esencial del acto administrativo está en la utilización del poder público, cuyo ejercicio válido queda determinado por la competencia para desarrollarlo, el cual permite que *lo resuelto* pueda imponerse de manera unilateral sobre los ciudadanos”<sup>165</sup>. En tal sentido, la decisión del fiscal a cargo de la causa, de presentar su decisión de no perseverar y la solicitud de sobreseimiento, sin formalizar la investigación, se impone a la sociedad toda, anulando cualquier opinión disidente a la planteada por el Ministerio Público, sin que sea posible cuestionar tal decisión. Entonces, emerge imprescindible la necesidad de reinterpretar a la formalización de la investigación, ya no como una mera comunicación controlada estratégicamente por el fiscal a cargo de la causa, para asegurar el resultado de una pretensión que se vuelve institucional y se desvía de la función pública que está llamada a completar. Precisamente porque si no se consideran todos los alcances de esta decisión, el Fiscal estaría obstruyendo deliberadamente el derecho constitucional a ejercer la acción penal de otro interviniente del proceso, no estando facultado expresamente para ello.

b) Tomando en consideración la responsabilidad política que podría tener el fiscal con el resto de la sociedad por la imposición unilateral sobre todos los

---

<sup>165</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago. p.110.



ciudadanos de su decisión de formalizar o no la investigación, resulta inevitable reflexionar que “Evidentemente, toda actuación jurídica requiere para su eficacia de un mínimo de aceptación por parte de sus destinatarios; sin embargo, la ejecutoriedad del acto administrativo, esto es la posibilidad de imponerse unilateralmente a cualquiera, es demostrativa de que al menos en teoría un acto administrativo puede ejecutarse aunque nadie estuviera conforme con su contenido”<sup>166</sup>. Poderosas palabras concebidas en una República Democrática bajo el Estado de Derecho, pues, dejan en evidencia la delgada línea que separa al acto administrativo de una decisión arbitraria y autoritaria. Esta es la razón por la cual el acto administrativo debe estar muy bien fundamentado y siempre ceñirse al marco legal vigente que le permita desplegarse inocuamente, de lo contrario nace la responsabilidad del Estado para reparar con celo el perjuicio que le pudo acarrear a sus destinatarios.

c) Finalmente, uno de los elementos que integra al acto administrativo es el teleológico o finalista, que dice relación con el propósito o finalidad con que se dicta el acto administrativo. En caso de inexistencia o error en este elemento, vale decir, que el acto administrativo se haya dictado con un propósito diverso del buscado por la ley, se configura el vicio de desviación de poder, el cual se puede manifestar de las siguientes formas: a) Que el funcionario público actúe con una motivación personal, por ejemplo, su lucro personal; b) Que el

---

<sup>166</sup> *Ibíd.* p. 111.

funcionario opere para beneficiar a una tercera persona, por ejemplo, contrate directamente, estando habilitado para ello, con la empresa de un amigo; y c) El caso que, el funcionario competente de quien emana el acto administrativo, actúa con la finalidad de beneficiar a la propia Administración Pública. La contradicción se produce debido a que le es exigible a la Administración del Estado actuar siempre con objetividad y orientado hacia el interés general<sup>167</sup>, en vez que su propio interés institucional. Entonces, trayendo a colación nuevamente el uso estratégico que se le da a la formalización de la investigación por parte de los fiscales al interior del proceso, sumado a los incentivos pecuniarios como profesionales que se les otorgan para cerrar causas, donde la decisión de no perseverar representa la herramienta más utilizada para alcanzar tal objetivo cuando ya intervino el Juez de Garantía, y agregando la cuestionable consideración del ex Fiscal Nacional Piedrabuena respecto a la afectación de imagen pública del Ministerio Público, en aquellos casos en que el querellante particular pudiere obtener una condena cuando el Ministerio Público consideró no existir los antecedentes suficientes para continuar adelante con el proceso, es que se vuelve imperativo poner en tela de juicio el uso que se le ha venido dando a la formalización de la investigación hasta este momento, y a la vez, replantearnos si se está cumpliendo la orientación pública que esta institución debe tener. Y para eso, lo que proponemos es que de parte del Ministerio Público se realice una

---

<sup>167</sup> Ibid. p. 119-120.

reinterpretación más feliz de la institución en comento, de manera tal que se asegure el respeto pleno de los derechos de todos los intervinientes al interior del proceso.

#### **1.4 Imposibilidad del Ministerio Público para ejercer funciones jurisdiccionales.**

Nuestro actual sistema de persecución penal es de corte acusatorio, lo que implica en la práctica, que los órganos jurisdiccionales se encuentran situados en una posición imparcial y no comprometida con la investigación previa de los posibles delitos que se hayan cometido<sup>168</sup>. La razón descansa en que en el antiguo sistema, la investigación era desarrollada por los mismos jueces y de manera secreta, lo cual iba en flagrante desmedro del respeto a los derechos y garantías de las partes, como se les denominaba en ese entonces. En cambio, actualmente las labores investigativas están entregadas exclusivamente al Ministerio Público, en tanto que se deposita en los Tribunales de Justicia el ejercicio de la jurisdicción, en algunos casos a manos de los Jueces de Garantía -que además deben controlar el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes- y en otros, en los Tribunales Orales en lo Penal.

---

<sup>168</sup> PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Santiago. p. 46.

Es así que, para zanjar las posibles dudas que pudieren referirse a si la investigación dirigida exclusivamente por el Ministerio Público, representaba o no ejercicio de jurisdicción, la parte final del inciso primero del artículo 83 de nuestra Constitución Política de la República es categórica, al señalar que el Ministerio Público “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Este fenómeno ha sido recogido por la doctrina bajo el nombre de “Principio de Interdicción de Funciones Jurisdiccionales”<sup>169</sup>, señalando que, “este principio limita el ámbito de la actuación autónoma del Ministerio Público, ya que los fiscales nunca pueden ejercer funciones jurisdiccionales, las que son facultad privativa de los tribunales.”<sup>170</sup>

Nos hemos referido a este principio, precisamente porque en nuestro estudio identificamos que cuando el Ministerio público decide no perseverar en el procedimiento o sobreseer la causa, sin antes haber formalizado la investigación, se ha resuelto, en general, que la víctima querellante no podría continuar con el proceso penal a través del forzamiento de la acusación. Lo anterior constituye una traba al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los tribunales, de manera que una decisión administrativa del órgano persecutor

---

<sup>169</sup> DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. 2011. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. p. 545.

<sup>170</sup> *Ibíd.* p. 546.

es la que determina la resolución judicial que no da lugar a la petición del querellante en orden a continuar el procedimiento con su acusación, porque condiciona a tal punto el pronunciamiento del tribunal que queda acotado en este único sentido. Así nuestros Jueces de Garantía y Cortes de Apelaciones han razonado que podrían dar lugar a la petición del querellante (en base al artículo 258 CPP), sólo si la investigación está formalizada de antemano, y en caso contrario, carecen de las facultades para exigir al Ministerio Público su realización, razón por la cual, no les queda otra alternativa que rechazar la solicitud del querellante. Lo que se traduce en la práctica en la vulneración de las garantías constitucionales de la víctima, en orden al ejercicio de la acción penal pública y la tutela judicial efectiva.

Ante la solicitud del querellante para sostener la acusación por su propia cuenta, es necesario un pronunciamiento judicial que decida al respecto, sin embargo hemos podido apreciar que la actuación de nuestros tribunales viene únicamente a llenar la formalidad de resolución judicial que se requiere, mas no constituye una decisión emanada efectivamente de dicho órgano, ya que su contenido de fondo está determinado de antemano por la decisión administrativa del ente persecutor respecto del término del procedimiento, mediante su persistencia a no formalizar, en tanto nadie puede compelerlo a hacerlo.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto “que la investigación no formalizada comienza a partir de un hecho que el propio Ministerio Público ha calificado como delito. Si lo formaliza, nace el proceso penal; si no lo hace, nunca llegará a la potestad del órgano jurisdiccional, lo que significa, por una parte, subordinar a una decisión del persecutor estatal el ejercicio de la jurisdicción y, por la otra, como consecuencia obvia y necesaria, privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental a tener un proceso racional y justo en el cual pueda hacer valer sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia.”<sup>171</sup>

Si se ha argumentado que la formalización es necesaria como exigencia previa al forzamiento de la acusación, ello se entiende sólo en caso que el ministerio Público esté dispuesto a formalizar en todos los casos en que ha llevado adelante una investigación, ya que la formalización no es más que la comunicación acerca de ese hecho. Entendemos que si el Ministerio Público actúa en este último sentido, el tribunal tendría la posibilidad cierta de ejercer su función jurisdiccional, pronunciándose efectivamente sobre el fondo de la petición del querellante, con la imparcialidad que requiere su labor y sin estar condicionado por la decisión de otro órgano del Estado.

---

<sup>171</sup> STC de fecha 19 de agosto de 2008, Rol 815-2007-INA, considerando 4º.

## 1.5 Seguridad jurídica y confianza legítima.

Desde la coyuntura histórico-política, en que se desarrolla este trabajo, vale decir, la República de Chile a principios del siglo XXI, en que nuestro sistema de organización social responde a lo que hoy se conoce como Estado de Derecho, cobra importancia la idea de seguridad jurídica, como una manifestación de aquel. A este respecto, señala la doctrina, “que una situación de hecho es *jurídica* cuando está regida por el Derecho, como disciplina regulatoria de la convivencia humana. Por lo tanto, cuando la *seguridad* resulta del Derecho hay *seguridad jurídica*.”<sup>172</sup> “Sin embargo, no debe desatenderse la circunstancia de que en un Estado de Derecho tanto gobernantes como gobernados se encuentran sujetos al ordenamiento jurídico vigente y, por consiguiente, deben respetar, aplicar y sujetarse a lo dispuesto por las normas legales que rigen en el territorio de la República y, particularmente, aquellas contenidas en la Carta Fundamental”<sup>173</sup> Este razonamiento es muy importante, toda vez que permite homologar en el imperativo de sujeción al Derecho, tanto a las autoridades como a los ciudadanos que conviven en el Estado de Derecho, sin excepciones. Y así, el Estado de Derecho se transforma en el garante de la convivencia pacífica de los ciudadanos que lo conforman,

---

<sup>172</sup> ALTERINI, Atilio. 1993. La Inseguridad Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. p.19.

<sup>173</sup> STC de fecha 6 de Octubre de 2009, Rol 1295-2008-INA, considerando 23º.

mientras que todo el ordenamiento jurídico emerge como la herramienta más eficaz para alcanzar dicho propósito, porque precisamente dota al sistema entero de certeza. De este modo, el Derecho nos otorga certidumbre, ya que “supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados”<sup>174</sup>.

En este sentido, Oliver distingue dos concepciones de seguridad jurídica, una subjetiva y otra objetiva, en que las exigencias planteadas por ésta última son requisitos necesarios para hacer realidad aquella: “La noción subjetiva de la seguridad jurídica concibe ésta como conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios. Constituye la concepción clásica y recibe por algunos el nombre de certeza del Derecho. Importa la exigencia de que los ciudadanos sepan cuál es el Derecho vigente, a fin de que puedan realizar conductas presentes y planificar actuaciones futuras con un grado razonable de previsibilidad acerca de su valoración jurídica. En otras palabras, implica un saber a qué atenerse en el mundo del Derecho, una certeza de orientación jurídica.

---

<sup>174</sup> ALTERINI, Atilio. 1993. La Inseguridad Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. p. 28.



La noción objetiva de la seguridad jurídica, o seguridad jurídica stricto sensu, en cambio, entiende ésta como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. Según PÉREZ LUÑO, lo primero (corrección estructural) implica una adecuada formulación de las leyes, lo que se traduce en que éstas deben ser promulgadas y publicadas, claras, sin lagunas, estrictas, irretroactivas y estables, en tanto que lo segundo (corrección funcional) importa la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos al bloque de la legalidad, evitando la arbitrariedad en la actuación de aquéllos y la transgresión de las normas por parte de éstos.<sup>175</sup>

Respecto del amplio contenido y variados enfoques que supone el concepto de seguridad jurídica, en primer lugar queremos destacar su noción objetiva en cuanto a la exigencia de corrección funcional, en particular referida a la sujeción del Ministerio Público, como organismo público, a la legalidad, lo que en el caso de una causa con participación activa del querellante, se traduce en la evidente expectativa del ofendido de poder ejercer la acción penal pública, dado que se trata de lo que es y conoce como derecho. La traba que ha tenido la aplicación del forzamiento de la acusación, no es razonablemente previsible, en atención al derecho vigente, y por ello las actuaciones de los órganos públicos que dan

---

<sup>175</sup> OLIVER, Guillermo. 2009. Seguridad Jurídica y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. (11):183-184

lugar a esta situación, constituyen conductas arbitrarias que vulneran el principio de seguridad jurídica o certeza del Derecho.

En este sentido, la Seguridad Jurídica como principio reconocido por el Derecho, pareciera orientarse hacia un objetivo concreto. “Ese objetivo primordial parece ser la protección de la confianza individual generada por actuaciones específicas de la Administración, del Poder legislativo o judicial. En la medida de que estas actuaciones soberanas generan expectativas razonables en los individuos respecto de lo que podemos o debemos hacer y planear a futuro en nuestro propio plan de vida, es plausible sostener que ese nexo de fiabilidad tiene un valor que debe ser protegido de lesiones arbitrarias. Podemos identificar como núcleo de nuestro objetivo, la necesidad de limitar las actuaciones oportunistas del poder público en general, esto es, debemos establecer sistemas preventivos y también eventualmente indemnizatorios ante la posibilidad de que el Estado aproveche aquellas coyunturas fácticas, legislativas, regulatorias, etc., en que inevitablemente los ciudadanos se encuentran más expuestos.”<sup>176</sup>

Ahora bien, si continuamos con este razonamiento, podemos apreciar la vinculación que media entre los principios de seguridad jurídica y confianza

---

<sup>176</sup> ESCOBAR M., Josefina. 2005. Alcances del Principio de Protección de la Confianza Legítima en la Imposición de un Royalty a la Minería Chilena. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.31.

legítima. Respecto del principio de protección de la confianza legítima, se ha dicho que tiene “origen jurisprudencial, y que surge a favor de los particulares como un instrumento de protección frente a la actuación de los poderes estatales, procurando la estabilidad de las situaciones jurídicas basadas en actuaciones administrativas que han generado en los particulares una confianza digna de protección.”<sup>177</sup> De acuerdo a lo anterior y en relación a nuestro tema de estudio, es posible sostener que:

a) En primer lugar, respecto de la confianza legítima, se ha señalado que “un presupuesto necesario para su aplicación es la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de órganos de los poderes públicos. La situación de confianza la pueden originar tanto regulaciones normativas o actos administrativos.”<sup>178</sup> En el caso de la víctima querellante, encuentra su fundamento normativo para ejercer la acción penal, sin condicionamientos, en el artículo 83 inciso segundo de la CPR y en los artículos 53, 54, 55, 109, 172, 258 del CPP.

---

<sup>177</sup> MILLAR, Javier. 2012. El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: una revisión a la luz del Estado de Derecho. En: La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012). Santiago. p. 417.

<sup>178</sup> ESCOBAR M., Josefina. 2005. Alcances del Principio de Protección de la Confianza Legítima en la Imposición de un Royalty a la Minería Chilena. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 43.

Por otro lado, como vimos anteriormente, la formalización de la investigación es un acto jurídico de carácter administrativo procesal, que le sirve también de fundamento a la víctima para bien poder sostener su pretensión en juicio, ya que si se prescinde de ella, le resultaría extremadamente dificultoso concretar el forzamiento de la acusación, según la actual interpretación sistémica que se viene dando a estas instituciones.

b) En segundo lugar, se vuelve imprescindible que la víctima exteriorice efectivamente su confianza. A este respecto se ha planteado que, “se requiere que el ciudadano haya manifestado de alguna forma que efectivamente se ha configurado una confianza respecto de la actuación de la autoridad.”<sup>179</sup> Este requisito, se cumple cuando la víctima presenta su querrela, puesto que a través de ella se hace parte en el proceso penal y de paso, se transforma en el vehículo para transportar su pretensión a lo largo del procedimiento. Además, una vez que interpone la querrela, provoca la intervención del Juez de Garantía en la causa, para que se pronuncie sobre ella, lo cual impide que el Fiscal a cargo de la causa pueda echar mano a alguna salida alternativa como podría ser el archivo provisional.

c) En tercer lugar, aflora la necesidad de evaluación de las circunstancias en el caso concreto, para determinar si es plausible sostener que existe

---

<sup>179</sup> *Ibíd.* p. 50.

concretamente una confianza merecedora de protección. A propósito se ha sostenido que “se trata de evaluar, en definitiva, si esa confianza generada y acreditada por hechos positivos, o en su defecto negativos, es o no merecedora de protección. En este nivel, son relevantes los conceptos de razonabilidad, exigibilidad y fundamentalmente, la consideración de los elementos fácticos que rodean las circunstancias de cada caso. Por lo tanto, entran a la evaluación tanto el conocimiento subjetivo de quien reclama la protección en relación a las circunstancias objetivas que se analizan, como también debe ponderarse el peso de los intereses públicos afectados.”<sup>180</sup> Consideramos con absoluta convicción que, tal ponderación debe ser realizada por el Juez de Garantía, en vista de la complejidad de elementos que es necesario tener a la vista y de los distintos roles e intereses que convergen en un proceso penal. No debemos olvidar que el Ministerio Público es un organismo imparcial cuya función central es investigar aquellos hechos que revistieren caracteres de delito y además, perseguir penalmente a quienes resulten responsables, más no representar los intereses de las víctimas sino el interés de la sociedad en su conjunto. Por ello, se hace indispensable que llegado este punto en la investigación, no exista mayor impedimento para formalizarla si es que no se efectuó con anterioridad, precisamente para conseguir, que al llevar a cabo la evaluación del caso concreto, pueda ser considerada la posición de la víctima, sus intereses, y por supuesto también la confianza desplegada por ella hacia el funcionamiento del

---

<sup>180</sup> *Ibíd.* p. 53.

proceso penal, de las instituciones que interactúan en él y, por sobre todo, aquella confianza que se mimetiza con el anhelo de justicia.

Habiendo analizado los anteriores argumentos, no nos cabe duda que existen ciertos impactos extraprocesales que puede desencadenar la afectación de la esfera emocional de aquellas víctimas que depositan su confianza en nuestro sistema judicial, anhelando obtener justicia frente al delito. Una confianza que debe ser analizada caso a caso, ya que de llegar a ser considerada como legítima, se vuelve merecedora de toda la protección que nuestro Estado de Derecho está obligado legalmente a entregar. Precisamente porque es la correlación entre esa confianza y la protección que le es debida, de acuerdo a la seguridad jurídica que por definición nos debiera proporcionar nuestro sistema jurídico para alcanzar la mayor realización material y espiritual posible.

Naturalmente de la situación que venimos analizando, en que media la seguridad jurídica y la confianza legítima, de ser reconocida su validez en el caso concreto por nuestro sistema jurídico, se desprenderán distintos resultados que es importante tengamos en consideración. “Una vez calificada la situación como digna de protección, la consecuencia jurídica que de ello se deriva no es unívoca: puede consistir tanto en el mantenimiento de un statu quo [no se formalice y se presente la decisión de no perseverar], como en el

establecimiento de regímenes transitorios cuya finalidad es la de poder graduar en el tiempo o en intensidad el cambio de circunstancias que ha decidido la autoridad [paulatinamente se vaya aceptando la tesis en que primero el Ministerio Público debe formalizar la investigación, luego cerrarla y en tal eventualidad presentar su decisión de no perseverar o solicitud de sobreseimiento], o finalmente podría darse lugar a una indemnización compensatoria por el daño causado ante la frustración de la confianza legítima.”<sup>181</sup>

Esta última situación, entendemos que podría desembocar en la posibilidad de intentar una acción por falta de servicio en contra del fiscal del Ministerio Público que no formalizó la investigación, habiendo una víctima querellante que participó activamente en el proceso, e intentó el forzamiento de la acusación, ante la diferencia de criterio que le separó de la postura del Ministerio Público, ya que al serle denegada esta posibilidad, se encuentra con que aparte de haber sido víctima de un ilícito, el sistema judicial le da vuelta la espalda, lo abandona.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> *Ibíd.* p. 54.

<sup>182</sup> Sin embargo, consideramos que por la extensión con que habría que analizar esta hipótesis, resulta más prudente no profundizar en su tratamiento, en esta oportunidad, mas sí señalar que podría ser un tema que de pie para una investigación separada del presente trabajo.

Teniendo a la vista todos los argumentos expuestos en esta primera alternativa de solución, emerge nuestro convencimiento respecto a la posibilidad cierta que tiene el Ministerio Público de reinterpretar, de manera sistémica, la normativa completa y marcos conceptuales que fija el Código Procesal Penal, respecto de este tema en particular, de modo que sea posible eliminar las barreras prácticas que enfrenta la víctima cuando desea forzar la acusación, en oposición a la opinión del fiscal a cargo del caso, que no formalizó la investigación para concluir todo por ejemplo con la decisión de no perseverar.

Concretamente, esta nueva interpretación apunta en el sentido que el fiscal del Ministerio Público formalice la investigación previamente a que decida cerrarla, ya que en términos generales independientemente que la investigación se haya desarrollado sin formalización, es investigación al fin. De esta forma, se abriría la posibilidad de adecuar la práctica que se ha venido desarrollando, desde los inicios de la reforma en esta materia en concreto, a los valores, derechos y garantías que nuestra Carta Fundamental mandata sean resguardadas para la víctima. Es más, no nos parece coherente y menos aún adecuado, para el correcto funcionamiento de nuestro sistema jurídico en su conjunto, que primen algunos criterios particulares e institucionales, por sobre la concordancia entre el texto legal y nuestra Constitución Política de la República. Nos parece completamente “inadmisible que una cantidad de leyes o de



violaciones de la Constitución, por muchas que fueren, comporten un poder que no existe o abonen una interpretación injustificada. Una prolongada aquiescencia del Congreso o del Poder Ejecutivo, por la cual los derechos de las partes hayan sido determinados y adjudicados, no convierte en constitucional lo que es inconstitucional”<sup>183</sup>. Debemos salir del letargo y asumir nuestra capacidad de cambiar esta situación, de manera tal que la justicia deje de ser una mera aspiración vocacional en el mundo de los hombres y mujeres, y se traduzca en una realidad custodiada efectivamente por todas y todos quienes sean llamados a cumplir con esta noble tarea, quizás la más noble del espíritu, pensamiento y quehacer humano.

---

<sup>183</sup> Suprema Corte de los Estados Unidos. *Fairbank v. United States*, 181, US 283, 307, Citado en STC de fecha 6 de Octubre de 2009, Rol 1295-08-INA, considerando 24º.

## **2. LA VÍA ALTERNATIVA: EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN SIN FORMALIZACIÓN.**

En el presente acápite nos referiremos al forzamiento de la acusación que deduce el querellante en el procedimiento, sin que se haya formalizado la investigación previamente por parte del Ministerio Público. Como sabemos, las principales objeciones que se han planteado ante esta alternativa, dicen relación con las garantías del imputado, en el sentido que generalizadamente se ha entendido que no se encontraría en condiciones de ejercer sus derechos al no haber formalización de la investigación.

Estamos de acuerdo en que la formalización de la investigación cumple una función garantista, en cuanto es una manifestación positiva del derecho de información del imputado, y éste es a su vez presupuesto de otros derechos de suma relevancia, entre los cuales se cuenta el derecho a defensa.

Es por ello que en el acápite anterior nos manifestamos partidarios de que el Ministerio Público ejerza su facultad de formalización, siempre en forma previa al cierre de la investigación, para que llegado el momento procesal en que el querellante se encuentre en situación de ejercer su derecho a forzar la

acusación y sostener la acción penal por su propia cuenta, en prescindencia del Ministerio Público que ha decidido no deducir acusación, pueda llevarlo a cabo concretamente. En dicha oportunidad indicamos y profundizamos en cada uno de los motivos que nos han conducido a la mencionada conclusión.

Sin perjuicio que ya hemos tomado posición en el sentido señalado; no podemos desconocer el hecho que si el Ministerio Público decide no formalizar la investigación, no existe otro interviniente, órgano o autoridad alguna que cuente con facultades para forzarlo a la práctica de dicha diligencia. De modo que esta decisión autónoma e inimpugnable del órgano persecutor se ha tornado en el principal impedimento que ha tenido la víctima querellante para actuar en el proceso penal. Siendo esto así, y en resguardo de sus garantías fundamentales, nos parece que se debe encontrar alguna vía, por medio de la cual no se le coarte de ejercer las atribuciones, facultades y derechos, que le garantiza la Carta Fundamental.

Nos parece que se debe aplicar una interpretación armónica de las normas que rigen el proceso penal, con el objeto que se garanticen los derechos de todos los intervinientes, lo cual incluye muy especialmente tanto al imputado como a la víctima, ya que los fundamentos de un sistema “garantista”, como su nombre lo indica, se refieren al resguardo y ejercicio de los derechos y garantías de cada uno de los intervinientes. Se trata precisamente de que

ninguno de ellos tenga que asumir, a priori, que sus garantías fundamentales serán atropelladas en virtud del resguardo de aquellas reconocidas a otro de los intervinientes, que ha recibido mayor dedicación por parte del legislador. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional: “En efecto, como lo señalara esta Magistratura en su reciente sentencia Rol N° 986, *“...Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado”*.<sup>184</sup>

Con el objeto indicado, nos avocaremos más adelante a plantear algunas alternativas que en resguardo de las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, prescinden de la formalización de la investigación. Para ello, estimamos oportuno referirnos inicialmente al estudio de las garantías fundamentales del imputado, con el propósito de determinar su contenido esencial, cual es el objeto de protección.

---

<sup>184</sup> STC de fecha 19 de agosto de 2008, Rol 815-2007-INA, considerando 12º.

## 2.1 Garantías del imputado

El artículo 7º del Código Procesal Penal se refiere a la calidad de imputado, señalando que: “Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.”

Respecto de la calidad de imputado se ha señalado que: “La ley quiso asentar precisamente el momento a partir del cual debe reconocérsele tal calidad a fin de poder ejercer plenamente los derechos que ella le garantiza.”<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006 Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 223.

“El Código establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación en un hecho punible. En consecuencia, a partir de entonces el imputado es sujeto de derechos dentro del proceso penal y esta posición proviene de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.”<sup>186</sup>

“El propósito del legislador fue ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, desvinculándola de cualquier actuación formalizada de los órganos de persecución penal que pudiera obstaculizarla o impedirle. En efecto, la ley no ha exigido que se formalice la investigación para que una persona adquiera la calidad de imputado, pues tal opción habría significado hacer dependiente el pleno ejercicio de los derechos del imputado a una actuación unilateral y potestativa del órgano de persecución penal.”<sup>187</sup>

Esta forma de entender el propósito del legislador en cuanto a la protección de las garantías fundamentales, de manera que no dependan en ningún punto de alguna decisión de los órganos de persecución penal, nos parece la más adecuada, y por tanto, nos parece además que debiera ser concebida así en

---

<sup>186</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006 Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 225.

<sup>187</sup> *Ibíd.* p. 224.

términos generales, sin distinción entre unos intervinientes y otros. En el caso de la víctima querellante, y en particular, respecto del ejercicio de facultad de forzar la acusación y el derecho de sostener la acción penal pública, si bien el legislador ni siquiera menciona que debe existir formalización previa, éste trámite ha llegado a ser exigido por parte de distintos órganos del sistema, por la vía de la interpretación, con lo cual se ha ocasionado el nefasto resultado de hacer depender el ejercicio de su derecho a la acción -reconocido tanto a nivel constitucional, como legal- de la actuación unilateral del Ministerio Público de formalizar la investigación, quedando su pretensión procesal penal subordinada a la voluntad de dicho organismo que, si bien no tiene poder jurisdiccional, a pesar de ello, es el que en definitiva ha “resuelto” si la víctima podrá continuar sosteniendo su pretensión en el transcurso del proceso. “Con esto, se está declarando que quien tiene la llave procesal para que a víctima pueda forzar la acusación y subrogarse en los derechos del Ministerio Público no es el Juez sino el propio Fiscal. Ello afecta, a nuestro parecer, el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>188</sup> del cual goza la víctima en nuestra legislación.”<sup>189</sup>

En este sentido, se ha fallado: “Que en virtud de las normas precedentemente citadas,<sup>190</sup> queda claramente establecido, que no es

---

<sup>188</sup> SUPRA Capítulo IV.3.2.2.

<sup>189</sup> ORELLANA, Nicolás. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p. 75.

<sup>190</sup> Artículos 248 letra c), 229, 93 letra a) del Código Procesal Penal.

procedente el forzamiento de la acusación por parte del Ministerio Público, en razón de que no ha existido en la causa una solicitud de sobreseimiento definitivo, sino que se ha comunicado a los intervinientes la decisión de no perseverar, por lo que solamente puede solicitar al Juez de Garantía accionar conforme lo dispone el inciso 4° del artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, sostener él mismo la acusación, lo cual debe realizar de acuerdo a las normas generales, donde se exige como requisito esencial para efecto de formular acusación en contra de determinada persona, que esta haya sido previamente formalizada por el Ministerio Público, es decir, que se le haya comunicado el hecho de que sigue una investigación en su contra, para así poder ejercer adecuadamente el derecho a la defensa consagrado en la Constitución Política de la República y en el artículo 93 letra a) y b) del Código Procesal Penal, y acompañar durante la investigación los antecedentes que estime necesarios para tal efecto.”<sup>191</sup>

La exigencia de formalización previa para la procedencia del forzamiento de la acusación, se ha intentado justificar esgrimiendo que en caso contrario se afectarían las garantías del imputado que se manifiestan en la formalización de la investigación y el principio de congruencia, como antecedentes del derecho de defensa. A ello nos referiremos a continuación, buscando demostrar que las garantías del imputado se refieren más a un contenido de fondo que a una

---

<sup>191</sup> SCA de San Miguel, de fecha 17 de marzo de 2010, Rol N° 226-2010, considerando 5°.



actuación procesal formal en particular, de manera que es posible resguardarlas, a través de vías diversas, sin que ellas importen trabas o impedimentos al ejercicio de los derechos del querellante.

### **2.1.1 Contenido de la formalización de la investigación.**

El artículo 229 del Código Procesal Penal establece el concepto de formalización de la investigación, en los siguientes términos: “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.”

“Al concebir el legislador la formalización de la investigación de la forma señalada, es decir, como un acto de comunicación, y la determinación de su oportunidad como una prerrogativa propia del fiscal del Ministerio Público, no hace sino correlacionar este trámite que cumple una finalidad garantística para el imputado, con la facultad de dirección exclusiva de los actos de investigación

que la Constitución entrega a dicho órgano administrativo, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige.”<sup>192</sup>

Claramente la formalización de la investigación cumple un rol garantista para el imputado, en el sentido que se trata del acto procesal por medio del cual se pone en su conocimiento que actualmente es objeto de una investigación por parte del Ministerio Público, respecto de uno o más delitos determinados y tiene por objeto dejar al imputado en situación de poder ejercer su derecho a defensa jurídica, con igualdad de armas.

Respecto del derecho a defensa la doctrina nos entrega su concepto, así “GIMENO define el derecho de defensa como “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.”

---

<sup>192</sup> MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santiago. Legal Publishing. p. 583.

Para MONTERO AROCA, el *derecho de defensa*, en cambio, “se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial” se trataría de una de las facetas del *principio de contradicción*, que consistiría a su vez en un “mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial”.<sup>193</sup>

También se ha dicho que el derecho de defensa “consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.”<sup>194</sup>

La profesora María Inés Horvits indica que entre los derechos genéricamente comprendidos en el derecho a defensa, se encuentra: “el derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su

---

<sup>193</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 76-77.

<sup>194</sup> *Ibíd.* p. 226.

derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa”.<sup>195</sup>

A continuación señala, como parte del derecho de defensa material a los derechos de información, indicando que: “Constituyen el presupuesto necesario para que el imputado pueda ser oído (derecho de audiencia) y defenderse de los cargos que se le imputan o, derechamente, inhibir la persecución penal. La CADH establece que el inculcado tiene derecho a que se le comuniquen previa y detalladamente los cargos formulados (art. 8º 2.b)). El PIDCP, en la misma línea, consagra el derecho del imputado a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra (art. 14.3.a)).

La recepción de esta garantía en el CPP se traduce en:

- a) El derecho a ser informado de forma específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y sobre los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Encontrándose el imputado en libertad, corresponde cumplir con este deber [...] al momento de procederse a la formalización de la investigación (art. 229 CPP). No basta con el *nomen iuris* de la infracción imputada sino que debe tratarse de la atribución

---

<sup>195</sup> Ibíd. p. 227.

clara y precisa de un hecho concreto con sus circunstancias de modo, tiempo y espacio”.<sup>196</sup>

Es por ello, que más allá del texto del artículo 229 CPP, en la práctica dicha comunicación se extiende a una relación del o los hechos que se investigan, el o los delitos que ellos constituirían y la participación que se le atribuye en los mismos al imputado. Es decir, se contempla en la formalización de la investigación toda la información necesaria y suficiente para dejar al imputado en condiciones de ejercer adecuadamente sus derechos y garantías. Ello es lo que a nuestro entender constituye intrínsecamente el derecho de información del imputado, a lo cual puede sumarse la presencia del juez de garantía al momento de comunicar dicha información. Sin embargo, en cuanto al trámite o diligencia del procedimiento en que se practique la entrega de información, no vemos razón para que se restrinja de tal manera que se limite a uno sólo, cual es la formalización de la investigación, ya que bien puede practicarse la misma actuación con una diversa denominación, e incluso, dicha información puede ser transmitida por un interviniente distinto del Ministerio Público, lo cual para efectos de las garantías del imputado, tendría idéntico valor.

Más adelante nos referiremos específicamente a algunas propuestas para suplir la formalización, por otro trámite que cumpla con la entrega del contenido

---

<sup>196</sup> *Ibíd.* pp. 229-230.

necesario para el resguardo de las garantías del imputado, el que incluso podría practicarse por un interviniente distinto del fiscal del Ministerio Público.

### **2.1.2 El principio de congruencia.**

La profesora María Inés Horvitz se refiere a los derechos del imputado que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución penal y el enjuiciamiento, señalando que: “se trata de que tales órganos se abstengan de afectar los derechos del imputado, ya porque se encuentran teleológicamente conectados con su derecho de defensa o ya porque emanan del principio de la dignidad humana.” Entre estos derechos se encuentra la prohibición de exceder, en la sentencia, del contenido de la imputación, conocido también como principio de congruencia.<sup>197</sup>

En efecto, el artículo 341 inciso 1º, prescribe: “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.” “El fundamento de

---

<sup>197</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. pp. 233-234.

esta prohibición radica en el derecho del acusado de ser oído y defenderse respecto de todos los hechos y circunstancias que se le imputan.”<sup>198</sup>

La infracción a la norma citada, da lugar a un motivo absoluto de nulidad del juicio y la sentencia. Se denomina motivo absoluto de nulidad, porque no será necesario que el recurrente pruebe que existió perjuicio para él con la dictación de la sentencia. “Se trata, conforme quedó constancia en las actas legislativas, de “casos en que el propio legislador determina que, por la gravedad de los hechos en que se sustentan, ha existido infracción sustancial de las garantías.” Lo anterior significa que en las hipótesis del artículo 374 CPP nos encontramos ante causales objetivas de nulidad procesal en que no cabe entrar a discutir si la infracción es sustancial o no, esto es, si afecta o no la garantía en sus aspectos esenciales y si influye o no en lo dispositivo del fallo.”<sup>199</sup>

El motivo absoluto de nulidad al que nos referimos, se encuentra contemplado en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, de la siguiente forma: “El juicio y la sentencia serán siempre anulados: Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341”.

---

<sup>198</sup> *Ibíd.* p. 236.

<sup>199</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 417.

“El derecho comprometido en este caso es el derecho de defensa, más concretamente el principio de correlación entre imputación y fallo, en cuanto éste garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación.

Debe observarse, como dijimos en su momento, que la falta de correlación constituye motivo absoluto de nulidad sólo cuando se produce entre acusación y sentencia, mas no así cuando se produce entre formalización y acusación, pese a que la ley chilena también exige correlación entre ellas.”<sup>200</sup>

La correlación entre formalización y acusación, está prevista en el artículo 259 inciso final del CPP, el cual señala: “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.” “La inobservancia de esta norma no acarrea, como en el caso anterior, la nulidad de la actuación viciada sino que da origen a la necesidad de subsanar la acusación en los términos señalados en el artículo 270 CPP.”<sup>201</sup> Esto es, por medio de la corrección de vicios formales en la audiencia de preparación del juicio oral.

---

<sup>200</sup> *Ibíd.* p. 426.

<sup>201</sup> HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 236.



Si bien, el artículo 259 inciso final del CPP, contempla la correlación o congruencia fáctica entre la formalización y la acusación, ello no implica que esta norma exija que se haya practicado previamente la formalización, siempre, y en todos los casos, como en general se ha entendido. De hecho la norma no efectúa dicha exigencia explícitamente, de modo que ese aserto proviene necesariamente de una interpretación que, a nuestro juicio, es errada. Además de la sencilla razón ya expresada, sobre el tenor literal de la norma, existen varias otras las razones que nos conducen a la conclusión indicada, a ellas nos referiremos a continuación.

En primer lugar, del contenido del artículo 259 CPP, se extrae que éste fue redactado para la generalidad de los casos en que el fiscal sostiene la persecución penal, sin hacer distinción alguna, para el caso que haya tenido aplicación el artículo anterior, 258 CPP, y que sea la víctima querellante quien lleve adelante dicha persecución. Así, específicamente la letra f) del inciso primero del artículo 259 CPP, se refiere a “los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio”, y en relación con él, el inciso 2º de la misma norma, hace alusión en particular a la prueba de testigos y peritos ofrecida por el fiscal, y sabemos que siempre que haya tenido aplicación el artículo 258 CPP, ninguno de dichos extractos podrían tener aplicación. Claramente, dada la ubicación de la norma, ésta pudo hacer la distinción para los casos en que se aplicara el artículo anterior (Art. 258 CPP). Sin embargo, si

no lo hizo así y dada la importancia de su contenido, habrá que rescatar de la misma lo que sea aplicable para el caso concreto, en vez de buscar una supuesta exigencia de requisitos para la continuidad de procedimiento, donde no la hay. El inciso final del artículo 259 CPP fue redactado asumiendo la existencia de formalización previa, ya que, como indicamos con anterioridad, se sitúa en el caso que es el Ministerio Público quien sostiene la persecución penal, lo cual puede entenderse al tenor del propio artículo 258 inciso 3º CPP, que señala: “el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este Código lo establece para el ministerio público”. En este contexto se comprende perfectamente la omisión del forzamiento de la acusación en el artículo 259, ya que el vacío ya se encontraba lleno de antemano en la escueta regulación de la institución.

En segundo lugar, en todos los casos en que el querellante sostiene la acusación por su propia cuenta cuando el fiscal ha decidido no perseverar en el procedimiento, no existirá una formalización válida, ya que ésta habrá quedado sin efecto, por aplicación del inciso final del artículo 248 CPP, que prescribe: “La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente [decisión de no perseverar en el procedimiento] dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo

como si nunca se hubiere interrumpido.” Por lo anterior, nos parece incoherente la interpretación que encuentra en el inciso final del artículo 259 CPP una exigencia de formalización previa. Antes bien, lo que corresponde es prescindir de ella en cuanto al principio de congruencia, cuando existe una decisión de no perseverar en el procedimiento por parte del fiscal. Además, esta es la única interpretación legal que deja a salvo la efectiva aplicación del artículo 258 inciso 4° CPP; de lo contrario, dicha norma legal sería letra muerta. A mayor abundamiento, es absurdo exigir que se haya practicado un trámite que, de todas maneras ya ha quedado sin efecto alguno.

En conclusión, entendemos que el caso en que se adopta la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, constituye una excepción prevista en la ley, a la forma común de entender el principio de congruencia, que requiere como primera etapa la práctica de la formalización de la investigación. La excepción de la hablamos se refiere a la forma y no al fondo, en cuanto pueden resguardarse adecuadamente los derechos del imputado de otro modo, como indicaremos más adelante.

Finalmente, en tercer lugar, entendemos que es posible interpretar el artículo 259 inciso final CPP, en el sentido que “la norma es aplicable sólo en los casos en que efectivamente haya tenido lugar la formalización”. Esta interpretación ha sido tomada de la que se ha dado al inciso final del artículo 248 CPP, aunque

en este caso no la compartimos. Ambas normas han sido redactadas sobre el supuesto que la formalización se ha practicado con antelación, por una razón muy sencilla: por aplicación del principio de orden consecutivo legal, la etapa de formalización es necesariamente previa a la época del cierre de la investigación (art. 248 CPP), y a la época de la acusación (art. 259 CPP), por tanto dicho trámite se debería haber practicado con anterioridad. Sin embargo, sabemos que en la práctica ello no ocurre así en todos los casos, entonces, si se acepta esta interpretación para el caso del artículo 248 CPP, entendemos que también debería aceptarse en el caso del artículo 259 CPP; no sería sostenible aceptar ésta interpretación para un caso y no para otro, con el único objeto de respaldar la posición del Ministerio Público, y excluir a la víctima de las escasas posibilidades de actuación que le contempla la legislación procesal penal. Más aún, cuando a quien no se le exige formalizar es precisamente el único que podría hacerlo, el Ministerio Público, y luego en la siguiente etapa procesal, se le exige a la víctima querellante que se haya formalizado, en circunstancias que dicho trámite no depende de ella. En este orden de ideas, la interpretación que venimos comentando, se dirige en el sentido de aceptar la continuación del procedimiento, pese a la omisión de la formalización.

Según señalamos antes, la Corte Suprema<sup>202</sup> y también la doctrina han entendido que la falta de congruencia entre la formalización y la acusación, se

---

<sup>202</sup> SCS de fecha 23 de septiembre de 2005, Rol 3297-2005.

debe corregir como un vicio formal, conforme al artículo 270 del CPP. Dicha falta de congruencia, en el tema que nos convoca, consiste en la falta de formalización. Entonces, ¿qué ocurre si el fiscal no rectifica su acusación en base al artículo 270 CPP? Pues bien, la norma indica que “En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante y el ministerio público no podrá volver a intervenir en el mismo.” En definitiva, el procedimiento continúa tal como en el caso que se hubiere autorizado al querellante a sostener la acusación y persecución penal pública por sí sólo, en base al artículo 258 CPP.

Por otra parte, también es descartable la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad procesal, respecto de las actuaciones procesales del querellante que tienden a la persecución penal sin que exista formalización previa, teniendo en miras el principio de trascendencia, según el cual, sólo es anulable el acto que acarrea perjuicio a un interviniente. Tal como explica Couture “no hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio”.<sup>203</sup> Ello en el entendido que no habrá perjuicio alguno para el imputado, que resulte de la actuación del querellante, si se adopta una vía alternativa de información oportuna que le permita el pleno ejercicio de su derecho de defensa.

---

<sup>203</sup> Citado en HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 393.

Como se ha podido apreciar, las consecuencias de la falta de congruencia entre la formalización y la acusación, no son de tal gravedad, como aquellas que derivan de la falta de congruencia entre acusación y sentencia, por cuanto no vicia el procedimiento con una magnitud tal que pueda conducir a la nulidad del mismo. Si bien, compartimos la relevancia que tiene el cumplimiento de la congruencia en el proceso penal; a la vez entendemos que, ella tiene por fundamento la protección de las garantías del imputado, las cuales pueden conservarse intactas, más que con la práctica de ciertos trámites formales, salvando el contenido y oportunidad de la información que el imputado debe recibir, en miras del adecuado ejercicio de su derecho de defensa. Es por ello que a continuación nos avocaremos a proponer algunas vías alternativas por medio de las cuales se puede cumplir este cometido.

## **2.2 Las vías alternativas de solución al conflicto constitucional.**

En la búsqueda de una interpretación armónica de las normas del proceso penal, en miras a solucionar el conflicto constitucional que ha privado a la víctima querellante de la adecuada protección de sus derechos, y en particular le ha impedido el ejercicio de la acción penal pública, hemos llegado a vislumbrar al menos dos vías o instrumentos por medio de los cuales se podría

cumplir el objetivo garantista de la formalización de la investigación, prescindiendo de dicho trámite en lo formal, mas conservando su contenido y comunicación del mismo al imputado, de modo que éste se encuentre oportunamente informado y, consecuentemente, en condición de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

### **2.2.1 Artículo 186 del Código Procesal Penal.**

El artículo 186 del CPP, denominado “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, prescribe: “Cualquier persona que se considerare 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 fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”

El primer elemento mencionado en la norma transcrita, se refiere a la legitimación activa, la cual corresponde a cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se ha formalizado judicialmente. Cual es precisamente el caso de la víctima querellante, que ha llegado a la etapa procesal de cierre de la investigación, respecto de una investigación

desformalizada, y que por ello se ve impedida de continuar adelante con el procedimiento por medio de la acusación particular cuando el fiscal estima del caso no acusar, utilizando el mecanismo denominado forzamiento de la acusación.

En un primer momento se sostuvo que el imputado sería el único legitimado para efectuar dicha solicitud; pero pronto se reconoció este derecho también a la víctima especialmente, y en general, como la norma lo dice, a cualquier persona afectada. Así tuvo ocasión de declararlo nuestro Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

“Que el requirente ha aducido, en respaldo de su pretensión, que la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo aludido [Art. 186 CPP] como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, pero, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no sólo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional”<sup>204</sup>

---

<sup>204</sup> STC de fecha 20 de agosto de 2009, Rol 1337-2009-INA, considerando 8°. En el mismo sentido STC de fecha 3 de noviembre de 2009, Rol 1380-2009-INA, considerandos 11° y 12°.



“Que, teniendo en consideración que el derecho constitucional a ejercer la acción penal pública se hace efectivo mediante la correspondiente acusación y que según los artículos 260 y 261 del Código Procesal Penal, ello requiere que previamente se haya formalizado el procedimiento, es dable concluir que el artículo 186 de ese cuerpo legal empodera al juez, en tanto responsable de cautelar los derechos de la víctima y querellante, para controlar a solicitud de este interviniente la prerrogativa que otorga el artículo 230 a los fiscales del Ministerio Público, consistente en determinar la oportunidad de formalizar la investigación;

Que, por todas las motivaciones expuestas, no puede sino confirmarse la consignada conclusión de que el aludido artículo 186, constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado y, de esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación del inciso primero del artículo 230 confiera al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución”<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> STC de fecha 3 de noviembre de 2009, Rol 1380-2009-INA, considerandos 17° y 18°. En el mismo sentido STC de fecha 5 de octubre de 2010, Rol 1484-2009-INA, considerando 18°, y prevención de los Ministros señores Cea, Peña y Navarro a la STC de fecha 20 de agosto de 2009, Rol 1337-2009-INA.

“Tal responsabilidad exige, sin duda, una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal que no reduzca exclusivamente al imputado las facultades que en él se contienen. Por el contrario, una interpretación amplia que incluya tanto al imputado como al ofendido por el delito o víctima es la única que permitiría respetar íntegramente el espíritu y la letra del artículo 83 de la Constitución, en relación con sus artículos 19, N° 3° -que asegura la igualdad en el ejercicio de los derechos-, y 5°, que obliga a todos los órganos del Estado a respetar y promover los derechos asegurados en ella, así como aquellos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.”<sup>206</sup>

A continuación de la legitimación activa, el artículo 186 del CPP contempla dos formas de control por parte del juez de garantía, respecto del actuar del fiscal del Ministerio Público, ante las investigaciones que lleva desformalizadamente, las cuales son:

1ª ordenar al fiscal que informe acerca de los hechos que fueron objeto de la investigación, y

2ª fijarle un plazo al fiscal para que formalice la investigación.

Siguiendo la tesis que señala que es imprescindible la formalización previa al forzamiento de la acusación, a primera vista pareciera que la segunda hipótesis, esto es, que el juez de garantía fije un plazo al fiscal para formalizar, sería la

---

<sup>206</sup> STC de fecha 5 de octubre de 2010, Rol 1484-2009-INA, considerando 22º.

solución definitiva para la víctima querellante ante la negativa del fiscal a practicarla. Sin embargo, el fiscal podría persistir en la omisión de la formalización de la investigación, sin que ello tenga asignada una sanción especial en la ley.<sup>207</sup> Sin perjuicio de lo anterior, con razón podría alegarse la preclusión para el Ministerio Público de ejercer su facultad de formalizar la investigación, lo cual no favorece en nada a la víctima, ya que de todas maneras la permanencia del Ministerio Público en su inactividad, la deja en la situación que le impediría forzar la acusación.

La primera opción que contempla el artículo 186 del CPP, esto es, que quien se considere afectado por una investigación desformalizada solicite al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que son objeto de investigación, podría cumplir el objeto y contenido de la formalización de la investigación directamente. Para ello sería necesario que la víctima querellante, junto con solicitar dicha orden del juez de garantía, solicite además que dicha información sea entregada en audiencia, a la cual se cite también al imputado, como otro sujeto afectado por la investigación no formalizada, aunque en

---

<sup>207</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Op Cit. T. II. pp. 588-589, señalan que respecto del caso que el fiscal no formalice, aún teniendo un plazo para ello fijado por el juez, existe un vacío legal, para el cual se han sostenido cuatro posturas, que en síntesis consisten en lo siguiente: 1ª Aplicar en forma extensiva el artículo 247 CPP, procediendo al sobreseimiento definitivo; 2ª No corresponde atribuir sanciones, mientras el legislador no llene el vacío legal. Sin perjuicio, de solicitar administrativamente sanciones para el fiscal por actuar arbitrariamente contra orden judicial; 3ª Desde el día de la negativa a formalizar y mientras ella se mantenga, toda información se obtendría en infracción al derecho de defensa material del imputado y por ello sería inutilizable contra él; 4ª el juez cuenta con facultades discrecionales que puede y debe utilizar para garantizar la igualdad de armas de los intervinientes.

desconocimiento de aquello. Con lo cual, se conseguiría que el imputado reciba la misma información que le sería comunicada en caso que el fiscal lo formalizara, como corresponde. Así se resguardaría el derecho de información oportuna del imputado, y el posterior ejercicio adecuado del su derecho de defensa, y con ello, se eliminarían los argumentos para exigir la práctica de la formalización de la investigación previamente al forzamiento de la acusación.

### **2.2.2 Homologación de la querella a la formalización de la investigación.**

Los querellantes que se han encontrado en la hipótesis central de este trabajo, en algunos casos han solicitado que la formalización que tanto se les exige, sea sustituida por una actuación que puedan realizar, cual es la querella. Lamentablemente, entre la jurisprudencia que hemos logrado recopilar, sólo encontramos negativas por parte de las Cortes de Apelaciones, que han ido a revocar lo resuelto en primera instancia por el Juez de Garantía respectivo, así se ha resuelto: “Que respecto a la alegación de que la querella constituiría un símil a la formalización que realiza el Ministerio Público, señalado por el querellante en estrado, siendo la formalización de la investigación una facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público, como ya se ha dicho, no puede

pretenderse por parte de la litigante que su querella sea el sustituto a ese trámite esencial.”<sup>208</sup> Claramente, esta sentencia se limita a establecer en lo formal una interpretación que ni siquiera tiene un sustento legal expreso, y desconoce el fondo de las garantías que pretende resguardar.

Efectivamente la formalización de la investigación es una facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público, sin embargo no compartimos el criterio que indica que la querella no la podría sustituir –o alguna otra forma de comunicación del contenido de la investigación-, ya que estas mismas sentencias se refieren a la necesidad de la formalización, en virtud del principio de congruencia, como manifestación del derecho de defensa del acusado, el cual consiste en la facultad de conocer el contenido de la imputación desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, derecho que se cumple cualquiera sea la vía utilizada, bastando que se entregue la información relativa a la imputación y en una oportunidad determinada, que permita al imputado el ejercicio de sus derechos.

---

<sup>208</sup> SCA de San Miguel, de fecha 17 de marzo de 2010, Rol N° 226-2010, considerando 8º. En el mismo sentido, SCA de Concepción, de fecha 15 de febrero de 2012, Rol N° 42-2012, considerando 11º, y SCA de Concepción, de fecha 23 de noviembre de 2012, Rol N°606-2012. En ambos casos la Corte de Apelaciones revoca lo resuelto por el juez de garantía, quien había autorizado el forzamiento de la acusación sin formalización, resolviendo en su lugar, en el primer caso, que se sobresee total y definitivamente la causa, y en el segundo, que no ha lugar, sin costas, a la autorización para acusar solicitada por el querellante. En este último caso, revoca parcialmente la resolución del juez a quo, sólo en la parte que hace lugar a la petición del querellante y lo autoriza a presentar acusación dentro del plazo de diez días, por lo cual entendemos que subsiste la sentencia apelada en cuanto tiene por comunicada la decisión de no perseverar.

Recordemos lo señalado en el apartado anterior, respecto del contenido de la formalización de la investigación. Esto es de la más alta importancia, porque la primera etapa de la congruencia, como vimos, consiste en que la acusación se refiera únicamente a hechos y personas contenidos en la formalización, de modo que los “hechos” que se estiman constitutivos de delito hayan sido informados a las “personas” correspondientes, o dicho de otro modo, a quienes se les imputan, precisamente para que adquieran la calidad de imputados –si no ha ocurrido antes-, y así obtener la protección de sus garantías constitucionales, para poder preparar adecuadamente su defensa. En el fondo lo que se persigue es que se cumpla con el derecho a ser informado como requisito previo a la acusación. Lo que no se refiere a la “formalización” como trámite formal, valga la redundancia; sino antes bien, a su contenido informativo que es lo realmente trascendente. Dicho trámite puede denominarse de otro modo, y su contenido puede ser entregado también por un interviniente distinto del fiscal del ministerio público, lo que realmente importa es que se entregue oportunamente. Esto es lo que nos conduce a concluir que puede existir una “homologación de la querrela a la formalización”, en el sentido, que podría ser una vía válida por medio de la cual se cumpla con el mismo propósito que legalmente se asigna a la formalización de la investigación.

En esta segunda alternativa, postulamos que sea el contenido de la querrela el que se entregue al imputado, refiriéndose a los hechos, haciendo mención a

la investigación del Ministerio Público -de la cual tendrá conocimiento el querellante en su calidad interviniente-, e indicando específicamente los delitos por los cuales se le investiga y aquellos que le imputa el querellante. En concordancia con esta tesis, encontramos alguna doctrina que señala que: “en ciertos casos cuando la querrela es contra persona determinada y por hechos circunstanciados y precisos, ésta puede hacer las veces de vehículo comunicador de la imputación que es sujeta de investigación. Si se aprecia, la querrela tiene requisitos similares a la formalización, en ambas deben contener los hechos que constituyen el delito y la forma de participación del imputado. Ahora bien, la acusación particular deberá comprender los hechos contenidos en la querrela.”<sup>209</sup>

La información puede ser entregada por el propio querellante, o bien, por el juez de garantía. Teniendo siempre presente la concesión al imputado de un plazo razonable y suficiente para la preparación de su defensa en juicio, lo cual siempre podrá ser exigido por el imputado en base al artículo 10 del CPP, que contempla la cautela de garantías del imputado por parte del juez de garantía, quien tiene amplias facultades para disponer con total libertad las medidas que sean necesarias para permitir su ejercicio.

---

<sup>209</sup> ORELLANA, Nicolás. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p. 77.

### **2.3 La preparación del forzamiento de la acusación.**

De la jurisprudencia recopilada y tratada hasta ahora, hemos visto cómo se ha recurrido a las más variadas interpretaciones de las normas del Código Procesal Penal, con el propósito de encontrar en ellas las razones para sostener y justificar la exigencia de formalización previa para que el ofendido querellante pueda acceder al forzamiento de la acusación y a sostener la acción penal pública, ante la decisión del Ministerio Público de no continuar con la persecución penal. Hemos visto que, en base a distintas normas del proceso penal, que contienen facultades de actuación del ofendido, se le han impuesto a la víctima las más variadas exigencias de actuación a lo largo del procedimiento, y se ha venido argumentado que si “su acción no ha podido prosperar”, ello se ha debido únicamente a su falta de actuación. En este sentido, se ha resuelto por ejemplo: “Que de la interpretación de los preceptos legales indicados se colige que el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal a favor del imputado y, otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le



entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre estas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.”<sup>210</sup>

Esta sentencia prácticamente hace responsable al querellante de que no haya habido formalización en la causa, por no haberlo solicitado, ante lo cual concluye que no podría ejercer el forzamiento de la acusación. La duda que surge ante este razonamiento es, si a juicio de estos sentenciadores, dicha consecuencia se produciría igualmente en caso que el querellante hubiese solicitado al Ministerio Público la práctica de la formalización, aunque éste no formalizara. No queda suficientemente claro si en este caso autorizaría el forzamiento de la acusación sin formalización. En otras palabras, lo dudoso es si el requisito para forzar la acusación es la solicitud de la formalización por parte del querellante, o bien, la realización efectiva de este trámite por parte del ministerio público, o por último, ambas en forma copulativa.

---

<sup>210</sup> SCA de Santiago de fecha 28 de Septiembre de 2012, Rol N° 2230-2012, considerando 5º.

A raíz de sentencias como la citada precedentemente, surge la necesidad de referirnos a las actuaciones que le caben a la víctima querellante dentro del procedimiento penal, a través de las cuales puede tender a minimizar los inconvenientes de su participación, y que dadas las reticencias de los fiscales en muchos casos, a su vez constituyen trámites insoslayables para asegurar que el avance de la investigación y el procedimiento siga un curso tal, que le permita sostener su pretensión persecutoria en juicio, de manera de quedar en condición de obtener una sentencia favorable a aquella, es lo que llamaremos “preparación del forzamiento de la acusación”.

Pese a que hemos propuesto que la formalización como actuación jurídico procesal en particular, pueda ser reemplazada por otras alternativas en caso de ser necesario ante la negativa del fiscal a practicarla, la continuación del procedimiento siempre se hará sobre la base de la investigación desarrollada por el Ministerio Público. Como hemos visto en muchas ocasiones el Ministerio Público no ha realizado investigaciones acuciosas –hecho que ha sido reconocido por el propio Fiscal Nacional<sup>211</sup>- y en los casos en que la víctima se ha adelantado con el ejercicio de la querrela, forzando la intervención judicial, y

---

<sup>211</sup> SUPRA Capítulo IV.1, en lo referido al Oficio del Fiscal Nacional N° 121 de 27 de enero de 2006, que efectúa un reconocimiento explícito de la práctica en algunas fiscalías locales de adoptar la decisión de no perseverar sin efectuar investigación alguna previa. Lo que luego en el Oficio del Fiscal Nacional N° 133 de 31 de marzo de 2010, se manifiesta a modo de requisitos para adoptar la decisión de no perseverar: a) que la decisión del fiscal se funde estrictamente en el mérito de la investigación, ya que no es una decisión discrecional arbitraria; b) como correlato de lo anterior, la investigación debe haberse llevado de modo prolijo y acucioso.

perdiendo con ello el fiscal la oportunidad de archivar provisionalmente la causa, ha utilizado la decisión de no perseverar como única alternativa de decisión autónoma de término anticipado del procedimiento.

Como sabemos, la decisión de no perseverar tiene como antecedente una investigación completa desarrollada por el Ministerio Público, sin que los antecedentes recogidos le permitan plantear su acusación, ello no siempre ocurre así, y aunque propongamos vías que reemplacen a la formalización, no habrá forma de suplir el vacío de una investigación desprolija, incompleta, o simplemente la falta de ella, razón por la cual, el querellante tendrá que tomar parte activa en la misma, desde el primer momento, para evitar llegar a la etapa de acusación sin pruebas suficientes para sustentarla adecuadamente en juicio, con expectativas de éxito para sus pretensiones.

“De esta forma, el Juez de garantía al pronunciarse sobre la petición del querellante [de sostener la acusación correspondiente] debe hacer un juicio de mérito acerca del valor probatorio de los antecedentes reunidos y si ellos resultan o no suficientes para fundar un juicio penal, pues difícilmente aceptará que el querellante acuse si estima que no existe delito o no existen indicios serios de participación del imputado, razón por la que dentro de la

argumentación del querellante se deberán acreditar estos presupuestos, con los antecedentes de la investigación que se encuentran en la carpeta del Fiscal.”<sup>212</sup>

Con el objeto planteado anteriormente, mencionamos a continuación las posibilidades de actuación que contempla el procedimiento penal para la víctima durante la etapa de investigación:

- a) deducir querrela (artículo 109 letra b) CPP),
- b) solicitar la práctica de todas aquellas diligencias que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación (artículo 183 inciso 1º CPP),
- c) reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, en caso que el fiscal rechace la solicitud mencionada en la letra b) precedente, para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia (artículo 183 inciso 2º CPP),
- d) solicitar que se practique la formalización de la investigación por parte del fiscal, proponiendo la diligencia directamente al Ministerio Público (artículo 183 CPP),
- e) solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que sean objeto de investigación, o incluso, que fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación (artículo 186 CPP),

---

<sup>212</sup> ORELLANA, Nicolás. 2009. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins Ars Boni et Aequi. (5). p. 76.

f) reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación, formuladas en su oportunidad y que el Ministerio Público hubiere rechazado o no se hubiere pronunciado, para que el juez de garantía ordene al fiscal reabrir la investigación y practicar las diligencias (artículo 257 CPP).

Para evitar que la víctima se encuentre desprovista de una investigación suficiente para probar su acusación en juicio, estimamos que es recomendable que ella ejerza todas las facultades que la legislación procesal contempla para que inste al avance de la investigación en los ámbitos pertinentes para sustentar su pretensión. En la medida que las solicitudes de la víctima sean acogidas, podrá tener respaldo suficiente para propender a la calidad y completitud de la investigación, y con ello al sustento de su pretensión en juicio.

## CONCLUSIONES

El ejercicio de la acción pena pública se encuentra establecido en nuestro sistema penal, tanto como una facultad del Ministerio Público, así como una garantía constitucional del ofendido por el delito. Esta garantía también se recoge en el Código Procesal Penal, sea por la vía de la acusación adhesiva del querellante a aquella sostenida por el Ministerio Público, o bien por la vía de acusación particular, y en este último caso cuenta además el querellante con el derecho a sostener su acusación en los mismos términos establecidos para el Ministerio Público, cuando éste decide restarse de la continuación del procedimiento, por medio de su decisión de no perseverar o por su solicitud de sobreseer la causa.

No obstante en nuestro estudio constatamos que en el caso que el querellante pretende acusar particularmente por medio del forzamiento de la acusación, ante la decisión contraria adoptada por el Ministerio Público, en muchos casos se ha visto impedido de hacerlo cuando el fiscal no ha formalizado la investigación en forma previa, ya que se ha interpretado que en ausencia de este trámite no es posible continuar con el procedimiento,

argumentando que el imputado vería vulnerado sus derechos a la información y defensa, en relación al principio de congruencia.

La interpretación antes mencionada fue sostenida originalmente por el Fiscal Nacional del Ministerio Público a través de sus oficios y luego encontró acogida en nuestros tribunales de justicia, llegando incluso a constituir jurisprudencia de nuestras Cortes y Tribunal Constitucional.

Sin embargo, nos parece que es de suma relevancia propender a la aplicación del derecho de la víctima a forzar la acusación, atendido que se trata de una garantía constitucional, que refleja las posibilidades de actuación que nuestro sistema de justicia penal le aseguró a la víctima. Es por ello que nos propusimos encontrar las condiciones bajo las cuales se podría dar aplicación a dicha institución.

Es así como, en primer término nos centramos en el análisis de la interpretación que estima a la formalización de la investigación como un requisito previo para dar lugar al forzamiento de la acusación, con la cual compartimos lo esencial, en el sentido que la formalización de la investigación encierra un conjunto de datos que deben ser informados al imputado necesariamente en forma previa a que se le acuse, para el adecuado resguardo de sus garantías, y por lo mismo la formalización de la investigación está

concebida legalmente como un acto de comunicación, desprovisto de un contenido imputativo (lo que se entiende más claramente en los casos que se acredite la concurrencia de una hipótesis de sobreseimiento o eximente de responsabilidad penal). Sin embargo, en la práctica se ha aceptado la decisión del ministerio público de no formalizar y consecuentemente se ha negado a la víctima la posibilidad de ejercer su derecho a forzar la acusación. Respecto de esta práctica nos encontramos en desacuerdo, porque consideramos que el resguardo de las garantías constitucionales de la víctima, merecen el mismo trato que aquellas establecidas para el imputado.

Si bien creemos que el Ministerio Público no está facultado para decidir sobre la realización de la formalización en sí y consideramos que la formalización debiera ocurrir antes del cierre de la investigación, de acuerdo al principio de orden consecutivo legal, por otra parte reconocemos su facultad exclusiva de decidir la oportunidad de la formalización de la investigación, en la cual ninguna persona u órgano puede intervenir para forzarlo a practicarla, por lo cual, estimamos que es posible dar aplicación al forzamiento de la acusación y a la vez resguardar las garantías del imputado, supliendo la falta de formalización con otros trámites que conserven su contenido legal. En este sentido hemos propuesto, que la información sobre los hechos materia de la investigación sea dada al imputado en audiencia, por el mismo fiscal, en base a



la orden del juez de garantía, de acuerdo al artículo 186 CPP, o bien, por el querellante en base a su querrela.

Finalmente, creemos firmemente que por medio de la problematización de las instituciones que fueron nuestro objeto de análisis, aportamos nuevas perspectivas para estimular la discusión socio-jurídica en torno a una realidad que enfrentan diariamente las víctimas de delitos en su paso por el sistema penal. De esta forma esperamos contribuir al ejercicio del forzamiento de la acusación, evitando que termine siendo letra muerta por su escasa aplicación y dando coherencia al sistema jurídico, a través de una interpretación alternativa de las normas legales que regulan la materia, de manera que la solución al conflicto constitucional opere de forma inmediata, y sin la dilación que supondría una modificación legal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Mensaje de S. E. el Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de ley que perfecciona el sistema de justicia penal. N° 502-360. Santiago, Chile, enero de 2013.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.516. [en línea]  
<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20516&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20516&anio=2014)> [consulta: 03.02.2014]

### **DOCTRINA:**

AGUILERA Bertucci, Daniela. 2011. La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. (2): 51-72.

ALTERINI, Atilio. 1993. La Inseguridad Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 189p.

BARROS S., Miguel y BARROS S., Carolina. 2014. Autonomía del Ministerio Público. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 157h.

BASOA O., Ubaldo. 2005. La Reforma Procesal Penal en la Constitución Política de la República: situación de las garantías constitucionales de orden procesal. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 221h.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª ed. Editorial Legal Publishing Chile. Santiago. 603p.

BORDALÍ Salamanca, Andrés. 2008. No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del código procesal penal. Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. XXI (2): 205-250.

BORDALÍ Salamanca, Andrés. 2011. La acción penal y la víctima en el Derecho Chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVII: 513-545.

BOVINO, Alberto. 1993. La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin Derechos. En: V CONGRESO LATINOAMERICANO universitario de derecho penal y criminología: 12 al 15 de mayo de 1993. Santiago de Chile. Actualizado en Revista Urbe et Ius.

BOVINO, Alberto. 1997. La Participación de la Víctima en el Procedimiento Penal. En: PRIMER CONGRESO de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Sistemas penales y derechos humanos": 31 de mayo de 1997. San José de Costa Rica. Actualizado en Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, edición 19: 1-39.

BOVINO, Alberto. 1998. Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto. 323p.

CAROCCA P., Alex. 1997. Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. (2):145-226.

CAROCCA, Alex. 2003. El nuevo sistema procesal penal. Editorial Jurídica La Ley. Santiago de Chile. 296p.

CASTILLO VAL, Ignacio. La Reparación de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal; Un Camino de la Inquisición al Acusatorio. Versión ampliada de la

ponencia presentada En: II CONGRESO LATINOAMERICANO “Evaluación de La reforma y desafíos futuros de la Reforma Procesal Penal”.

CASTRO J., Javier. 2004. La víctima y el querellante en la reforma procesal penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXV: 127-141.

CORDERO, Eduardo. 2012. La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía [en línea] <[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repositor y/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214\\_Eduardo\\_Cordero](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/Portal2/ShowProperty/BEA%20Repositor y/Merged/2012/ARCHIVOS/20121214_Eduardo_Cordero)> [Consulta: 08 mayo 2015].

División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público. 2003. La víctima en el nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Fallos del Mes. 299p.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. 2011. Proceso Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 583p.

ESCOBAR M., Josefina. 2005. Alcances del Principio de Protección de la Confianza Legítima en la Imposición de un Royalty a la Minería Chilena.

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 174h.

FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. 1997. La Autonomía del Banco Central:  
breve excursio acerca de su contenido jurídico. Gaceta Jurídica. (203): 26-38.

FONTECILLA, Rafael. 1978. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.I. 2ª ed.  
Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 468p.

FOUCAULT, Michel. 1980. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Ed.  
Gedisa. Reimpreso en Buenos Aires por Primera Clase Impresores. 2008. 191p.

GÓMEZ C., Juan-Luis. 1985. El proceso penal alemán. Introducción y normas  
básicas. Barcelona, Bosch. 628p.

HERRERA S., Marta. 2004. Control judicial anterior a la formalización de la  
investigación (Art. 186 del código procesal penal). Boletín del Ministerio  
Público. (18): 189-206. Publicado además en: 2005. Revista de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI: 385-405.

HORVITZ Lennon, María Inés. 2003. Estatus de la víctima en el proceso penal comentario a dos fallos de la corte suprema. Revista de Estudios de la Justicia. (3): 133-143.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2006. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 638p

MATURANA M., Cristián. 2002. Normas de la Reforma Procesal Penal propias de la Ley Orgánica Constitucional. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Vol. 64:31-47

MATURANA M., Cristian. 2004. Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal. Santiago de Chile. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 196p.

MATURANA M., Cristián y MONTERO L., Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. T. I. Santiago. Legal Publishing Chile. 513p.

MATURANA M., Cristián y MONTERO L., Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. T. II. Santiago. Legal Publishing Chile. 1146p.

MILLAR, Javier. 2012. El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: una revisión a la luz del Estado de Derecho. En: La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012). Santiago. 494p.

NAVARRO B., Enrique. 2012. Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. (26): 63-95.

NUÑEZ, J. Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Vol. I. 428p.

OLIVER, Guillermo. 2009. Seguridad Jurídica y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia. (11):183-184

OLIVOS Muñoz, Carlos. 2005. Sobre el forzamiento de la acusación. Boletín del Ministerio Público. (23): 199-202.

ORELLANA S., Nicolás. 2009. Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el



artículo 229 del Código Procesal Penal chileno. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins Ars Boni et Aequi. (5): 59-81.

PERAZZO G., Pierino, 2005. La Acción en el Nuevo Proceso Penal. Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile (20): 257-268.

PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la Reforma Procesal Penal. Editorial Fallos del Mes. Santiago. 361p.

PIEDRABUENA Richard, Guillermo. 2010. Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del código procesal penal (C.P.P.)). Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. (23): 9 – 38.

PIEDRABUENA Richard, Guillermo. 2009. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del código procesal penal. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. (21): 69 – 94.

PIEDRABUENA Richard, Guillermo. 2011. La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado. (26): 109-136.

ROXÍN, Claus. 2000. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto. 601p.

SOLÉ, Jaume. 1997. La tutela de la víctima en el proceso penal. Barcelona, Bosch. 260p.

VARAS A., Paulino. 2008. Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso. Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 70: 105-116.

#### JURISPRUDENCIA:

##### Sentencias del Tribunal Constitucional:

Rol 815-2007-INA de 19 de agosto de 2008.

Rol 1244-2008-INA de 2 de junio de 2009.

Rol 1337-2009-INA de 20 de agosto de 2009.

Rol 1295-2008-INA de 6 de Octubre de 2009.

Rol 1380-2009-INA de 3 de noviembre de 2009.

Rol 1467-2009-INA de 29 de diciembre de 2009.

Rol 1445-2009-INA de 29 de enero de 2010.

Rol 1341-2009-INA de 15 de abril de 2010.

Rol 1404-2009-INA de 18 de mayo de 2010.

Rol 1394-2009-INA de 13 de julio de 2010.

Rol 1542-2009-INA de 31 de agosto de 2010.

Rol 1484-2009 de 5 de octubre de 2010.

Rol 2026-2011 de 14 de agosto de 2012.

Sentencias de Tribunales Ordinarios:

Sentencias de Cortes de Apelaciones:

S.C.A. de Concepción, rol N° 526-2004, de fecha 15 de noviembre de 2004.

S.C.A. de Temuco, rol N° 78-2005, de fecha 9 de febrero de 2005.

S.C.A. de Talca, rol N° 295-2009, de fecha 12 de agosto de 2009.

S.C.A. de San Miguel, rol N° 226-2010 de fecha 17 de marzo de 2010.

S.C.A. de Concepción, rol N° 42-2012, de fecha 15 de febrero de 2012.

S.C.A. de Santiago, rol N° 1615-2012 de fecha 11 de julio de 2012.

S.C.A. de Santiago, rol N° 2230-2012 de fecha 28 de Septiembre de 2012.

S.C.A. de Concepción, rol N° 606-2012, de fecha 23 de noviembre de 2012.

S.C.A. de San Miguel, rol N° 803-2013 de fecha 24 de junio de 2013.

Sentencias de Corte Suprema:

S.C.S., rol N° 3297-2005, de 23 de septiembre de 2005.

S.C.S., rol N° 6742-2008, de 26 de febrero de 2009.

S.C.S., rol N° 4291-2009, de 19 de enero de 2010.

S.C.S., rol N° 1412-2010, de 27 de mayo de 2010.

S.C.S., rol N° 5342-2011, de fecha 25 de junio de 2012.

INSTRUCTIVOS DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO:

PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 106 de 20 de marzo de 2001.

PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 113 de 26 de marzo de 2001.

PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 556 de 18 de noviembre de 2003.

PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 024 de 15 de enero de 2004.

PIEDRABUENA, Guillermo, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 121 de 27 de enero de 2006.

CHAHUÁN, Sabas, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Oficio N° 133 de 31 de marzo de 2010.