

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL  
Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CHILENO**

**Manuel Rodríguez Vega**

**Director:**

**Dr. Carlos del Río Ferretti**

Santiago de Chile, Diciembre 2013

Esta Investigación Doctoral fue financiada por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), mediante la Beca Programa de Formación Capital Humano Avanzado.

## ÍNDICE

<b>SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS</b> .....	5
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	6

### **PRIMERA PARTE: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTROL JURISDICCIONAL**

<b>CAPÍTULO 1: PRINCIPIO DE LEGALIDAD</b> .....	19
1.1. El principio de legalidad y los poderes públicos del Estado.....	19
1.2. El principio de legalidad penal y el Ministerio Público.....	22
1.3. Dimensiones del principio de legalidad penal.....	27
1.3.1. Principio de legalidad penal sustantivo.....	31
1.3.2. Principio de legalidad penal procesal.....	34
1.3.2.1 El principio de obligatoriedad de la acción penal como derivación del principio de legalidad penal procesal.....	39
1.4. Los principios de legalidad penal sustantiva y procesal en relación a las actuaciones del Ministerio Público en el proceso penal.....	48
<b>CAPÍTULO 2: CONTROL PROCESAL Y EFICACIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL</b> .....	56
2.1. Ministerio Público en nuestro actual sistema de justicia penal y necesidad de control procesal para la eficacia del principio de legalidad.....	56
2.2. Principio acusatorio y controles procesales.....	63
2.3. Aclaraciones conceptuales.....	65
2.3.1. Principio acusatorio.....	67
2.3.2. Sistema acusatorio.....	78

### **SEGUNDA PARTE: PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y SU ACTUACIÓN EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL**

<b>CAPÍTULO 3: ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL INICIO Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	82
3.1. Introducción.....	82
3.2. Archivo provisional y facultad para no iniciar investigación.....	89
3.2.1. Archivo provisional.....	89
3.2.1.1. Control administrativo y jurisdiccional a requerimiento del ofendido sobre el archivo provisional.....	90
3.2.1.2. Reapertura de oficio de la investigación por el Ministerio Público.....	93
3.2.2. Decisión de no iniciar investigación.....	93
3.2.2.1. Control jurisdiccional sobre la decisión	

de no iniciar investigación: necesidad de aprobación judicial.....	94
3.2.2.2. Control jurisdiccional a requerimiento del ofendido.....	95
3.3. Formalización de la investigación.....	97
3.3.1. Discrecionalidad de la formalización de la investigación y control jurisdiccional.....	102
3.3.2. La discrecionalidad ejercida al formalizar la investigación como un impedimento para el ejercicio de la acción penal.....	107
3.3.2.1. Soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia.....	108
3.3.2.2. Toma de posición: La formalización no es una <i>conditio</i> <i>sine qua non</i> para el forzamiento de la acusación.....	115
3.4. Oportunidad reglada u oportunidad libre en las salidas alternativas.....	127
3.4.1. Suspensión condicional del procedimiento.....	127
3.4.1.1. Control jurisdiccional sobre los presupuestos procesales de procedencia.....	128
3.4.1.2. Control del ofendido.....	132
3.4.2. Acuerdos reparatorios.....	134
3.4.2.1. Control jurisdiccional de presupuestos procesales.....	138
3.4.3. Principio de oportunidad.....	142
3.4.3.1. Control jurisdiccional de presupuestos procesales.....	143
<b>CAPÍTULO 4: ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y LA ACUSACIÓN.....</b>	<b>146</b>
4.1. Control jurisdiccional sobre una investigación cerrada e incompleta.....	149
4.2. Solicitud de sobreseimiento y control jurisdiccional de los presupuestos procesales del sobreseimiento.....	152
4.3. Análisis de la denominada decisión de no perseverar en el procedimiento.....	155
4.3.1. Imprevisión normativa de control jurisdiccional de mérito.....	157
4.3.2. Forzamiento de la acusación.....	163
4.3.3. Hallazgo de nuevos antecedentes.....	168
4.3.4. Nuestra posición: Necesidad de un control jurisdiccional de mérito.....	170
4.4. Contenido de la acusación. Deber del Ministerio Público de presentar una acusación completa y ajustada al mérito de la investigación.....	171
4.4.1. Control jurisdiccional sobre la acusación incompleta.....	172
<b>CAPÍTULO 5: ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADO DE RESOLUCIÓN INMEDIATA Y ABREVIADO.....</b>	<b>174</b>
5.1. Introducción.....	174
5.2. Nociones previas.....	181
5.2.1. Procedimiento simplificado de resolución inmediata.....	181
5.2.2. Juicio abreviado.....	183
5.3. Retribución premial por renuncia al juicio oral.....	184
5.3.1. Incentivo punitivo en el juicio abreviado.....	191
5.3.2. Incentivo punitivo en el procedimiento simplificado de resolución inmediata.....	202
5.4. <i>Vinculatio poena</i> .....	204
5.5. Insuficiencia de las modalidades de retribución analizadas.....	210

5.6. Prácticas más comunes utilizadas para retribuir la renuncia del juicio oral.....	213
5.6.1. La manipulación fáctica del hecho punible o de alguna circunstancia con el fin de dar lugar a una calificación menos grave.....	215
5.6.2. La calificación jurídica prescinde del hecho, aplicando un título de condena que se basa en un hecho distinto, y la incorrecta modificación de la calificación jurídica de la acusación a través de la degradación de ésta.....	218
5.6.3. El abandono de hechos agravantes (existentes) o la inclusión de atenuantes (inexistentes).....	226
5.6.4. Sin alterar los hechos o su encuadre jurídico el Ministerio Público anticipa en su requerimiento o acusación una rebaja de pena que el legislador deja a discreción del juzgador.....	229
5.7. Control judicial sobre la discrecional modificación a la acusación o requerimiento del Ministerio Público.....	236
5.7.1. Control judicial de admisibilidad en el juicio abreviado y en el procedimiento simplificado de resolución inmediata.....	240
5.7.1.1. Juicio abreviado.....	240
5.7.1.2. Procedimiento simplificado de resolución inmediata.....	245
5.7.2. Principios generales que rigen la jurisdicción penal y examen de legalidad.....	247
5.7.3. Rol del ofendido para activar el control judicial de legalidad.....	259
5.8. Especial situación en el juicio oral simplificado.....	265
5.9. Necesidad de incorporar una rebaja tasada y proporcional a la renuncia a juicio oral.....	268

### **TERCERA PARTE: SECCIÓN CONCLUSIVA**

CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DEL SISTEMA DE JUSTICIA CHILENO.....	272
<b>Bibliografía.....</b>	<b>278</b>

## SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

CP	Código Penal chileno vigente
CPP	Código Procesal Penal chileno vigente
CPR	Constitución Política de la República de Chile vigente
Comisión de la Cámara	Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile
Comisión del Senado	Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile
JG	Juzgado de Garantía
JLGyF	Juzgado de Letras, Garantía y Familia
LOC	Ley Orgánica Constitucional
Mensaje N° 110-331	Mensaje del Ejecutivo N° 110-331, de 9 de junio de 1995, con el cual se presenta al Congreso el Proyecto de Reforma Procesal Penal.
MP	Ministerio Público de Chile
Proyecto de CPP	Proyecto de Código Procesal Penal chileno
RUC	Rol Único de Causa
SCA/SSCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones/Sentencias de las Cortes de Apelaciones.
SCS/SSCS	Sentencia de la Corte Suprema/Sentencias de la Corte Suprema
SJG/SSJG	Sentencia de Juzgado de Garantía/Sentencias de Juzgados de Garantía
SJLGyF	Sentencia de Juzgado de Letras, Garantía y Familia.
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional
STJOP/SSTJOP	Sentencia del Tribunal Oral Penal/Sentencias de los Tribunales Orales Penales
TC	Tribunal Constitucional chileno
TJOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

## INTRODUCCIÓN

Es sabido que las formas del proceso penal y las instituciones políticas vienen unidas históricamente con un vínculo indisoluble,<sup>1</sup> los sistemas procesales son producto, básicamente, de la evolución de los pueblos, de su grado de madurez tanto institucional como política y de la propia idiosincrasia donde están insertos, asemejándose en gran medida con los gobiernos de turno.<sup>2</sup> Bajo ese contexto, en la última década del siglo XX, Chile se suma a un movimiento reformista conformado por un vasto número de países latinoamericanos ya una década antes, promotor de la modificación de sus sistemas procesales penales nacionales según una nueva concepción del proceso que se ajustara a los requerimientos del Estado de Derecho, aspiración que un largo y disperso período de turbulencias e inestabilidad política les había impedido promover antes.<sup>3</sup>

En 1989, con la reforma constitucional y la sanción de la Ley N° 18.525, asumieron obligatoriedad para el Estado chileno el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana

---

<sup>1</sup> FLORIÁN (s.a.) 28.

<sup>2</sup> v. CASTRO (2010) 21; y TAVOLARI (2005) 26.

<sup>3</sup> Sobre este movimiento latinoamericano y su concreto desarrollo en diversos países latinoamericanos, v. MAIER (1993) 52 y ss.; VARGAS (1994b) 275 y ss.; BINDER (1998); MAIER/AMBOS/WOISCHNIK (2000); y LANGER (2007). Un acabado análisis del influjo de la transición democrática en América Latina en su justicia penal, en RICO (1997); mientras que una exposición sobre el proceso de transformación del sistema procesal penal chileno en DUCE/RIEGO (2002) 67 y ss.

de Derechos Humanos. Estos instrumentos internacionales establecen un conjunto de principios y garantías que recogen los estándares reconocidos actualmente por los países para el denominado debido proceso, poniendo en alerta a nuestra comunidad jurídica de la imperiosa necesidad de impulsar una reforma en materia procesal penal que adecuara a los requerimientos internacionales contemporáneos nuestro vetusto y obsoleto Código de Procedimiento Penal de 1906,<sup>4</sup> el que regula un procedimiento que concentra roles y poder en las manos de un mismo juez, de lo que derivan como principales problemas, la parcialidad del tribunal al tiempo de juzgar, la imposibilidad de contrarrestar prejuicios creados durante la etapa de investigación, bajos estándares de protección para la defensa, delegación de importantes funciones judiciales en los actuarios y, ausencia de controles judiciales al interior del sistema, especialmente respecto de los últimos funcionarios mencionados.<sup>5</sup>

El resultado de este esfuerzo académico y político nos proveyó de un sistema procesal respetuoso de las garantías procesales del

---

<sup>4</sup> La Ley N° 18.525 de 17 de agosto de 1989 modifica con su art. único el inc. 2° del art. 5° de la CPR, que establece como deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Destacan la preocupación surgida por adecuar el sistema procesal penal chileno de la época a los tratados internacionales ratificados por Chile, entre otros, RIEGO (1993) 261 y ss.; BUSTOS (1994) 351; LÓPEZ (2005) T. I, 31; y, MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 100. Incluso ya en el año 1987, TAVOLARI (1988) 3-7, bregaba por la urgencia de reformar el sistema de justicia penal. Señalando como uno de los objetivos centrales de la reforma procesal penal chilena la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático, v. CAROCCA (1999a) 392; LÓPEZ (2005) T. I, 31; DUCE/RIEGO (2009) 101 y ss.; y, el propio Mensaje N°110-31.

<sup>5</sup> DE LA BARRA (1999) 141. Un examen crítico al sistema procesal anterior en CAROCCA (1999a) 405 y ss.; PIEDRABUENA (2000) 13 y ss.; DUCE/RIEGO (2002) 94 y ss.; HORVITZ (2005) T. I, 17 y ss.; MEDINA/MORALES/DORN (2007) 2; y, el propio Mensaje N°110-31.

justiciable, al intentar asegurar la imparcialidad del tribunal sentenciador mediante la asignación de las labores investigativas y acusatorias a una institución autónoma como el MP, así como al incorporar y regular diversas otras garantías que salvaguardan las posibilidades de efectiva defensa del inculpado, comenzando con la creación de la Defensoría Penal Pública, para que profesionales proveídos por el Estado se encarguen de actualizar e instar por el amparo y vigencia de todos los derechos y garantías que el nuevo texto procesal proclamaba.

Es por eso que, aunque no es posible desconocer el significativo y contundente avance y progreso en el respeto a los derechos y garantías procesales de los imputados que supuso este cambio estructural, el que logró la ruptura con una etapa oscurantista de nuestra justicia penal hecha a espaldas del acusado, a más de una década de andadura, el entusiasmo que justificadamente rodeó la nueva institucionalidad procesal debe dar paso hoy a una reflexión profunda sobre diversos aspectos cuya inadecuada regulación ha devenido en distorsiones de múltiples instituciones del proceso. Entre estos diversos aspectos nos interesa concentrarnos en uno para el cual no corren buenos tiempos, nos referimos al principio de obligatoriedad de la acción penal, afectado hoy por un grado impensado de disponibilidad punitiva que se ha arrogado el MP.

Y no corren buenos tiempos para el principio de obligatoriedad de la acción penal porque éste se opone a la lógica eficientista que hoy prima en las instituciones y poderes que intervienen en la administración de justicia, por ello quienes al interior de éstos levantan su bandera lo hacen tímidamente y sin genuina convicción. Por otra parte, la autonomía



constitucional concedida al MP lleva a no pocos a considerar, en una primera aproximación, a todo intento por evitar que su discrecionalidad se extienda a áreas en que debe operarse conforme a una estricta legalidad, como atentatorio contra dicha autonomía, sin que los propios controles administrativos e internos de dicho organismo hayan servido para solucionar estos excesos.<sup>6</sup>

Al respecto, no debe preterirse que un sistema de justicia penal es algo mayor que la forma de los juicios y el modelo de investigación, siendo, en términos generales, un sistema cultural, una determinada forma de interacción humana,<sup>7</sup> por lo que sólo con una visión global de la estructura y dinámica actual de nuestro sistema de justicia se podrá advertir cómo la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal conforme a la legalidad sustantiva ha ido siendo desplazada por el actuar discrecional del MP, y relegada a espacios muy menores, a veces encubriéndose este desplazamiento en el siempre laxo ámbito de las interpretaciones, y otras, abiertamente propugnando la discrecionalidad del MP. Y como contrapartida, la discrecionalidad u oportunidad en el ejercicio de la acción penal, cuya recepción en nuestro ordenamiento se

---

<sup>6</sup> TAVOLARI (2005) 239, ha señalado que, el ser el MP un órgano del Estado con autonomía que ningún Poder puede desconocer, genera un estado dual en el que, aun siendo la regla general que los tribunales no resulten jurídicamente vinculados por las peticiones del Fiscal, “no faltan los episodios en los que la respuesta del legislador consiste en privilegiar las decisiones del Ministerio Público”. A todo ello debe sumarse que en el contexto comparado, las concepciones unitarias que intentaron acercar el proceso civil al proceso penal, para reforzar el carácter público del primero, terminaron en una tendencia contrapuesta orientada a la privatización de algunos aspectos del proceso penal, tendencia que continúa acentuándose, trasladando al proceso penal diversas soluciones e instituciones procedentes del proceso civil, v. CACHÓN (2013) 33.

<sup>7</sup> BINDER (2000) 49.

planteó por los gestores del nuevo texto adjetivo como muy limitada,<sup>8</sup> se ha desarrollado a tal extremo, y alcanzado todos los recovecos del proceso, que parece hoy ser más bien la máxima que lo gobierna, empujando a un lugar secundario y excepcional al principio de obligatoriedad.

De esa manera, para hacer un diagnóstico de cuánta discrecionalidad nuestro sistema real y efectivamente está dejando en manos del MP, debemos acudir a nuevas concepciones de la discrecionalidad, que tomen en cuenta, primero, que el actuar discrecional no se limita a lo que ha sido autorizado o es legal, sino que incluye todo lo que se encuentra dentro de los límites efectivos del poder del funcionario; segundo, que comprende también la elección de no hacer nada; y, tercero, que no se ejerce sólo en la resolución final de los casos, sino también en un volumen bastante más numeroso de decisiones intermedias.<sup>9</sup> De lo contrario, al no identificarse los espacios de discrecionalidad que en la práctica ejerce el MP, no será siquiera posible siquiera controlar que dicha discrecionalidad no se extienda a otros

---

<sup>8</sup> v. RIEGO (2000) 180. El propio Mensaje N° 110-331 señala que “se propone avanzar hacia la creación de un sistema de justicia criminal que otorgue diversas posibilidades de solución a los conflictos de que conoce, abriéndose, *todavía limitadamente*, a la posibilidad de soluciones distintas a las tradicionales en aquellos casos en que los diversos actores del sistema -jueces, fiscales y demás partes- estén de acuerdo en su conveniencia” (la cursiva es nuestra).

<sup>9</sup> DAVIS (1969) 4; ROSETT (1972-1973) 15-16, ahondando en esta idea, precisa que la discrecionalidad no es sólo ausencia de estándares de control sustantivos, pudiendo significar, en un sentido procesal, que el proceso usado para alcanzar la decisión sea informal y provea de oportunidades para una desviación incontrolada de la norma que gobierna el caso; VORENBERG (1976) 653-654, por su lado, sigue una concepción aún más difusa, indicando que la discrecionalidad puede mejor ser vista como un concepto residual, como el espacio dejado para juicios subjetivos por los estatutos, reglas administrativas, decisiones judiciales, patrones sociales y presiones institucionales que pesan sobre la decisión oficial.

ámbitos y amplíe desmesuradamente las zonas de libertad operativa, con los consiguientes bolsones de discrecionalidad. No por nada ya Montesquieu<sup>10</sup> nos enseñaba que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites.

Dicho todo lo anterior, ya puede vislumbrarse la tesis que se defenderá y demostrará mediante esta investigación. Sintéticamente planteado el asunto, sería el siguiente: la regulación procesal penal nacional, vista en las diversas etapas de la investigación y procedimiento, no contempla adecuados controles jurisdiccionales sobre el obligatorio ejercicio de la acción penal conforme a la legalidad sustantiva que debe impulsar el MP, lo que ante la injustificada quietud de nuestros tribunales para acudir a los principios generales que rigen nuestro sistema de justicia penal, deja como resultado, múltiples, extendidos e importantes espacios para el abandono o degradación de su ejercicio de manera discrecional, invirtiéndose con ello el modelo original de la codificación procesal, al desplazar, en el campo forense, la discrecionalidad a la obligatoriedad como regla en la persecución criminal.

Bien podrá de inmediato reparárenos que nuestro estudio, concentrándose en el discrecional no ejercicio de la acción penal -cuando tal actividad es legalmente procedente, o en su ejercicio con desconocimiento de la ley penal sustantiva-, dejará de lado otro tipo de discrecionalidad actuada por el MP igualmente preocupante en todo sistema de justicia, esto es, aquélla que se manifiesta en imputaciones de hechos o de calificaciones exageradas, que igualmente descuidan el

---

<sup>10</sup> MONTESQUIEU (1906) 225.

principio de objetividad y el deber de velar por la correcta aplicación de la ley penal. Sin desconocer la relevancia que también ha alcanzado este aspecto de la discrecionalidad del MP, el juicio oral siempre será la instancia principal de freno ante un impulso desmesurado de la persecución penal, el que además generalmente va precedido de otras instancias que pueden aplacar sus excesos. Por ello, y por cuanto creemos que en el derecho nacional reina actualmente en esta materia fundamental un desconcierto notable, nos preocupa más enfocarnos por ahora en la actitud contraria del acusador público, y principalmente la falta de controles judiciales efectivos que permitan enmendarla.

Para afrontar y superar este desafío, se efectuará un diagnóstico real del estado del principio de obligatoriedad en nuestro sistema de justicia, lo cual supone una visión amplia y de conjunto de nuestra realidad jurídica, que no desatienda ni los aportes dogmáticos ni las prácticas judiciales y administrativas que lo entorpecen y desfiguran. Como se irá apreciando, evitaremos en esta exploración una visión excesivamente formal, que descuide el funcionamiento de las normas o se conforme con explicar lo que ellas deberían ser. Para ello nos auxiliaremos permanentemente en la jurisprudencia, a fin de acercarnos al derecho aplicado realmente por los jueces, desarrollando entonces una aproximación teórica, dogmático-positiva y jurisprudencial, al estudio científico de esta materia, mediante un estudio descriptivo que analice y describa en el plano de la empiria nuestro sistema procesal penal, qué ocurre en la realidad, y simultáneamente enfocándonos en el plano

normativo, para determinar su validez jurídica o su conveniencia política o moral.<sup>11</sup>

Y es en este orden de ideas que, secundando a Hassemer,<sup>12</sup> es conveniente comenzar a hablar de "procedimiento penal" chileno por sobre "derecho procesal penal" chileno, pues detrás de ello se encuentra la experiencia de la significación jurídico-política e interna del procedimiento penal, la que se determina menos por su constitución jurídica que por su realización efectiva. De lo que se trata no es del ideal de las normas procesales, sino de la realidad de la injerencia en la esfera de libertad del ciudadano. Los problemas para el Estado de derecho que plantea el procedimiento penal residen generalmente no en la *lex lata* sino en la forma y el modo en que el Estado se conduce efectivamente frente al ciudadano sospechado de un hecho punible. Detrás de los programas formales, al igual que detrás de las concretizaciones mediante la jurisprudencia y la teoría del derecho procesal penal nos encontraremos con programas informales del MP, que no se expresan por escrito, no están formulados, ni tampoco pueden ser transmitidos como materia de la enseñanza, pero que determinan igualmente la realidad del procedimiento en forma intensa y rica en consecuencias. Estos programas informales generalmente sólo los conocen y manejan quienes actúan profesionalmente en esta materia jurídica, por lo que la cátedra habitualmente prescinde de ellos en sus estudios y enseñanzas.

---

<sup>11</sup> Como reclamaba FENECH (1952) 69, "el Derecho procesal ha sufrido, o debe sufrir, una transformación esencial no sólo por la necesidad de integrarle con el estudio de nuevas instituciones que completen el campo de su investigación y enseñanza, sino también en el sentido de su profundidad".

<sup>12</sup> HASSEMER (2003) 73-74.

La necesidad de ampliar el campo de análisis al examinar un sistema de justicia, radica también en que muchos penalistas han vuelto su mirada hacia el proceso penal, con la convicción de que no puede ejecutarse una política criminal con sentido pensando únicamente en el Código Punitivo e ignorando las instituciones procesales. Es así como este redescubrimiento ha hecho nacer en algunos penalistas la inquietud por situar a las instituciones procesales dentro del sistema jurídico-penal, al quedar demostrada la responsabilidad principal de esta escisión en relación tanto al desarrollo apenas teórico de que han sido objeto aspectos muy importantes del sistema penal, cuanto a la nula o escasa incidencia práctica que han tenido ciertos avances efectuados desde el ámbito sustantivo, por no haber sido recepcionados adecuadamente en su vertiente procesal.<sup>13</sup>

En suma, abordar adecuadamente los problemas que presenta la investigación propuesta y arribar a las conclusiones correctas, requiere ejercitar un tipo de dogmática que no sea puramente abstracta y silogística, sino una que se conciba a sí misma como un instrumento de política criminal, orientada por tanto político-criminalmente a las consecuencias, fundada en los valores y objetivos del sistema y atenta a las circunstancias de su funcionamiento real. Por ello es que junto con indagar el sentido de los preceptos vigentes para el proceso penal, observaremos atentamente también el proceso en su realidad externa, en su particularidad histórica, haciendo un estudio de los acontecimientos que se repiten periódicamente y de su conexión entre sí.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> KÜNSEMÜLLER (2007) 323.

<sup>14</sup> Seguimos en este enfoque a BELING (1943) 18.

Por otra parte, este análisis se verá marcado, a veces de manera sutil e imperceptible, y otras de manera evidente y palmaria, por la doctrina y legislación comparada, lo que se podrá advertir en las remisiones y citas efectuadas a lo largo del texto, las que no tienen más propósito que cotejar cómo el objeto de nuestro estudio es tratado en otros ordenamientos normativos, pero no por el mero interés comparatista, sino porque el derecho comparado puede y debe servir de medio para la comprensión del nuestro. Así, ordenamientos de referencia serán especialmente el Código Procesal Penal Italiano de 1988, la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 1877, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, entre otros, por haber sido utilizados como fuentes directas por el Foro de discusión a cargo de la redacción del Proyecto de CPP sometido a la aprobación del Congreso Nacional.<sup>15</sup>

Para finalizar esta sección introductoria, haremos un breve compendio del contenido de esta investigación con el fin de anticipar al lector los objetivos planteados para cada capítulo de la misma, como así también, los principales temas abordados y encaminados a dar respuesta a lo que es el objetivo final de este trabajo ya descrito anteriormente.

El texto se divide en dos partes, la primera, titulada “Principio de legalidad y control jurisdiccional”, la que pretende recordar aspectos generales latamente estudiados desde la Ilustración por la doctrina penal, tanto sustantiva como procesal, pero hoy relativizados por la incontrolada discrecionalidad con que el MP cumple su labor persecutora. Esta parte del texto no aspira a presentar de manera pormenorizada estos temas

---

<sup>15</sup> OBERG (2010) 36.

generales, sino nada más llamar la atención, y resaltar la vigencia de aquellos aspectos útiles para sostener nuestros planteamientos.

Con este objetivo, en el Capítulo I titulado “Principio de legalidad”, se repasarán los aspectos principales y fundamentales de este principio, tanto en su dimensión sustantiva como procesal, para llegar a concentrarnos en el ejercicio obligatorio de la acción penal por el MP conforme a la legalidad sustantiva.

En el Capítulo II, titulado “Control procesal y eficacia del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal”, se explicará cómo la real vigencia del principio de legalidad -enfocándonos en el ejercicio obligatorio de la acción penal por el MP conforme a la legalidad sustantiva-, demanda algún tipo de control jurisdiccional que permita asegurarlo. Al invocarse recurrentemente al principio acusatorio como barrera que obsta a dicho control, perfilamos correctamente el contenido y alcance de este principio, distinguiéndolo de otros que aluden a materias diversas, o más generales o más específicas, para demostrar que tales controles jurisdiccionales pueden desarrollarse sin afectarlo o menoscabarlo, protegiendo de paso no sólo el principio de legalidad sino también la exclusividad de la jurisdicción en el enjuiciamiento penal.

Ese preciso marco teórico nos dará argumentos para el estudio el procedimiento penal chileno, a lo cual nos concentramos en la segunda parte de este trabajo que se ha llamado “Principio de obligatoriedad de la acción penal y su actuación en las distintas etapas del proceso penal”. Como su título lo anuncia, aquí se revisan las distintas fases del proceso, en las cuales se aprecia una tensión entre el MP y los tribunales,



pretendiendo el primero ampliar el campo de acción de su discrecionalidad, mientras los segundos acotarla y restringirla a los campos legalmente permitidos, procurando que en las demás áreas impere el principio de legalidad, así como el respeto de la exclusividad de su labor jurisdiccional.

Esta segunda parte comprende entonces tres capítulos denominados, Capítulo III “Actuación del principio de obligatoriedad en el inicio y desarrollo de la investigación”, Capítulo IV “Actuación del principio de obligatoriedad en la conclusión de la investigación y la acusación”, y Capítulo V “Actuación del principio de obligatoriedad en los procedimientos simplificado de resolución inmediata y abreviado”. Como ya hemos comentado, este análisis incluirá una revisión de la configuración normativa dada por el legislador, cómo dentro de ésta el MP ha instaurado prácticas que desconocen el espíritu de la legislación como el principio de legalidad y objetividad que guía su actuar, la respuesta que ha dado la judicatura a tales prácticas, las orientaciones que nos entrega el derecho y doctrina comparadas y, cuando sea pertinente, nuestra visión para corregir o superar tales distorsiones, sea dentro del marco legal actual o de *iure condendo*.

Finalmente, la tercera parte de esta investigación es la “Sección conclusiva”, la cual contiene las “Conclusiones del estudio del caso chileno”, y como es la usanza, se exponen aquí los hallazgos principales de esta investigación.

## **PRIMERA PARTE**

### **PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONTROL JURISDICCIONAL**

## CAPÍTULO 1

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD

#### 1.1. El principio de legalidad y los poderes públicos del Estado

Uno de los principios esenciales del derecho público es el principio de legalidad, en obediencia al cual todos los poderes públicos se subordinan a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio, y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por parte de la judicatura.<sup>16</sup> En efecto, toda potestad concedida a un órgano público nace en la ley, y de ahí su necesaria vinculación al Estado de Derecho, en el que son centrales las ideas de control jurídico, de regulación de la actividad estatal desde el derecho, y de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley.<sup>17</sup>

La concepción del principio de legalidad como manifestación especial del principio de reserva propio del Estado de Derecho, difundido

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI (2001) 856.

<sup>17</sup> DÍAZ (1981) 17. Este autor plantea como tesis que “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho, consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la ‘voluntad general’. El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente, o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho.”

en el derecho constitucional, coloca al accionar estatal bajo la reserva de una autorización también estatal: la prohibición de actuar sin fundamento legal.<sup>18</sup> De ese modo, un poder será jurídico en cuanto lo confiera el ordenamiento jurídico, y es jurídico dentro del ámbito en que dicho ordenamiento lo contempla, lo regula en su contenido y sus efectos, y lo tutela.<sup>19</sup> De ese modo, el principio de legalidad hará referencia a tres reglas distintas. Según la primera es inválido todo acto de los poderes públicos que contravenga la ley, por lo que se habla de principio de preferencia de la ley o de supraordenación jerárquica de la ley respecto a los actos del poder ejecutivo y jurisdiccional. Por la segunda, es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley, también llamado principio de legalidad en sentido formal. Y, conforme a la tercera, es inválida o constitucionalmente ilegítima, toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente, y en este punto, se habla de principio de legalidad en sentido sustancial.<sup>20</sup>

Nuestro sistema jurídico, ajustado a los requerimientos básicos de un Estado de Derecho, también se edifica sobre el principio de legalidad, recogido en los arts. 6° y 7° de nuestra CPR,<sup>21</sup> de manera que todos los

---

<sup>18</sup> MONTIEL (2012) 155.

<sup>19</sup> SANTI (1964) 332-333.

<sup>20</sup> GUASTINI (2003) 123.

<sup>21</sup> Art. 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.” Art. 7°: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan

poderes y organismos públicos, y entre los que ahora nos conciernen, tanto nuestros tribunales encargados de ejercer la jurisdicción penal como el MP, responsable de la investigación y persecución de los delitos, deben desarrollar las actividades que la Constitución y las leyes le encomiendan precisamente con estricta sujeción a éstas y, en definitiva, al principio de legalidad.<sup>22</sup>

Con lo que se lleva dicho resulta ya patente que el principio de legalidad no es propio de alguna área específica de lo público, sino que con carácter general domina la actuación o función pública. Sin embargo, este principio adquiere especial notoriedad y valía cuando nos referimos a aquellos actos del Estado que inciden sobre los derechos subjetivos de los ciudadanos, tales como la libertad y la propiedad, ya sea limitándolos o extinguiéndolos. Justamente por ello es que este principio ha alcanzado un especial e intenso desarrollo en el derecho penal, donde muestra y despliega con toda fuerza su evidente función garantista, siendo precisamente el garantismo el que designa un modelo normativo de derecho que, en lo que respecta al derecho penal, corresponde al modelo de estricta legalidad propio del Estado de Derecho, el que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de

---

conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

<sup>22</sup> A juicio de MANSO (2010) 3, se consagra el principio de juridicidad en relación a la actividad específica del MP en el art. 2° de su LOC, al prescribir que: “El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas.” Sobre el principio de juridicidad o legalidad en la normativa constitucional nacional, v. CEA (2002) 239; y, en particular sobre el sometimiento del MP chileno al principio de legalidad, v. CAROCCA (2005) 24 y ss.

minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>23</sup>

Empero, referirnos al Estado de Derecho como sinónimo de garantismo no implica simplemente la vigencia de un Estado legal o regulado por la ley, sino un modelo caracterizado, en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual, como se dijo anteriormente, todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas, las que delimitarán su formas de ejercicio y cuya observancia se somete al control de legitimidad de jueces independientes; y, en el plano sustancial, por operar todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>24</sup>

Establecido entonces que el principio de legalidad somete la actuación del MP, como la de cualquier otro órgano del Estado, a la Constitución y a las leyes, nos interesa revisar la específica vinculación de dicho organismo con la ley penal, sustantiva y procesal, esto es, su subordinación al principio de legalidad, cuestión a la que nos dedicamos a continuación.

## **1.2. El principio de legalidad penal y el Ministerio Público**

Entre finales del siglo XVIII y a través del siglo XIX, diversos movimientos introdujeron cambios sustanciales en la orientación del derecho penal, y algo más adelante, en el enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad de la pena a partir de Beccaria, su fundamento

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI (2001) 850.

<sup>24</sup> FERRAJOLI (2001) 857.

en el contrato social, y la codificación como instrumento impeditivo de la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplieron una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, consagrando una serie de límites abarcados por la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*,<sup>25</sup> la que expresa la esencia del principio de legalidad en materia penal, y que significa no hay delito, ni pena, sin ley, en virtud del cual ninguna conducta puede ser considerada como delito, ni merecer pena, sin que previamente una ley la haya establecido como tal, lo que importa que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar supeditada al imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general.<sup>26</sup>

De ese modo, la legalidad disciplina principalmente al soberano, es decir, el sistema normativo del Estado, más allá de la incidencia que pueda tener en el ciudadano, siendo los mandatos de *lex certa*, *lex scripta*, *lex stricta* y *lex praevia* del principio de legalidad penal, verdaderas limitaciones a los poderes públicos constituidos y encargados de la ejecución de las políticas criminales, que restringen las facultades y actividades de los tres poderes estatales: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, el principio de legalidad establece quién puede crear el derecho penal, cómo debe formularse y aplicarse la ley penal, y qué interpretaciones son admitidas.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> ARMENTA (2008a) 18.

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE (2001) 135.

<sup>27</sup> MONTIEL (2012) 147.

El principio de legalidad se desglosa en cuatro enunciados parciales, que también constituyen el fundamento del castigo penal: prohibición de retroactividad (*lex praevia*), mandato de certeza (*lex certa*), prohibición de una motivación penal a través del derecho consuetudinario (*lex scripta*) o de la analogía (*lex stricta*). El mandato de certeza, se orienta (al igual que la prohibición de retroactividad) al legislador, y la prohibición de analogía (del mismo modo que la prohibición de fundamentación penal vía derecho consuetudinario), se dirige al juez y prolonga el mandato de certeza a la praxis de la aplicación de la ley.<sup>28</sup>

Por tanto, el principio de legalidad constituye un parámetro o límite de la potestad punitiva del Estado, toda vez que impone a éste la obligación de intervenir en los asuntos penales haciendo uso de un solo instrumento normativo: la ley; tanto para determinar las infracciones penales, fijar sus sanciones penales, como todo aquello en lo que se requiera una intervención legalizada.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad penal tiene sustento tanto legal como constitucional. La CPR en su art. 19 N° 3,

---

<sup>28</sup> MONTIEL (2012) 153-154. En esta garantía de previsibilidad consiste, también, el principio de legalidad de la intervención pública, del que el principio de legalidad jurídico-penal es una concreción. DE URBINA (2012) 174, sostiene al respecto, que “(-- -) la vida de las personas debe regirse por las decisiones del órgano con mayor legitimidad y representatividad popular, el parlamento (principio democrático). Si la disposición aprobada por el parlamento no fuese taxativa, serían los tribunales (con una legitimación democrática indirecta, en el mejor de los casos) los que finalmente decidirían que conductas son constitutivas de delito y cuáles no. De la mayor legitimidad democrática del parlamento y del hecho de que éste se pronuncie mediante leyes se deriva así mismo la necesidad de que la tipificación penal se efectúe mediante este tipo de disposición escrita y se excluya la costumbre. Finalmente, la precisión de la norma, junto con su generalidad, avanzan al ideal de igualdad ante la ley y su aplicación, puesto que una disposición laxa incrementa el riesgo de interpretaciones divergentes”.



inc. 8° señala que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” y en el inc. 9° siguiente dispone que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. De manera similar, nuestro CP en su art. 1° prescribe que “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por ley”, agregando en su art. 18 que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. Ello implica que para que una conducta sea considerada punible y merecedora de sanción, se requiere que previamente una ley así lo califique, y de manera específica establezca cual es la sanción que le corresponde.

Así, el principio de legalidad penal juega un papel insuprimible, puesto que fija los parámetros o límites objetivos al ejercicio del poder punitivo estatal, estableciendo deberes que serán cumplidos por todos los operadores del Estado, como hemos visto, tanto legisladores, en la elaboración de la ley penal, como los jueces, en la interpretación que hacen de la misma, y también por cierto, por el MP en el ejercicio de la acción penal. A este último se encomienda la investigación y persecución de los hechos que la ley penal dictada por el parlamento define como delitos, y no de otros hechos y tampoco menos que aquéllos, e igualmente se le encarga ejercer la acción penal ante la jurisdicción conforme a la misma ley penal dictada por el legislador. De esa forma, cuando el MP no investiga ni persigue hechos que conforme a las definiciones legales constituyen delito, desoye el principio de legalidad penal, al igual que si en sus postulaciones ante la jurisdicción califica

hechos o persigue penas apartándose de la ley penal aplicable al caso. La investigación y persecución penal desarrollada por el MP, valiéndonos de la expresión acuñada por Muñoz Conde,<sup>29</sup> debe ser entonces una intervención legalizada, pues la gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la intervención de manera drástica en los derechos más elementales y fundamentales de las personas y el carácter que esta intervención tiene, imponen necesariamente la aplicación de un principio que controle el poder punitivo estatal y que excluya toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ejercen el poder punitivo.

Para actuar dentro de la legalidad no basta que el poder del MP tenga como fuente la ley, con ello nada más se satisface el principio de mera legalidad y se logra una condición formal de legitimidad. Siguiendo a Ferrajoli,<sup>30</sup> el actuar del MP debe encuadrarse también al principio de estricta legalidad, el que exige a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la taxatividad de las hipótesis de delito, que comporta, de un lado, la referencia empírica a los tres elementos constitutivos que encuentran expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad y refutabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales. Es decir, la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los

---

<sup>29</sup> MUÑOZ CONDE (2001) 135.

<sup>30</sup> FERRAJOLI (2001) 857.

actos a la ley, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.

### **1.3. Dimensiones del principio de legalidad penal**

El principio de legalidad, para satisfacer la reivindicación que pretende lograr ha de actuar en diversos frentes, y por ello se habla de las diversas garantías contenidas en el mismo, las que pueden ser reconducidas a dos grandes grupos: garantías legales, que afectan el *quomodo* de las leyes penales (que deben ser claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas) y garantías formales o procesales, referidas tanto a la determinación de los órganos en quien reside la potestad de dictar leyes como a la precisión de los agentes encargados de aplicarlas. Finalmente, el principio de legalidad habría de gobernar la ejecución de las penas.<sup>31</sup>

Sobre este tema, Claus Roxin<sup>32</sup> ha prevenido que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal, con lo que busca advertir que el ordenamiento jurídico no sólo debe disponer de métodos y medios adecuados para evitar el delito, sino que además, debe limitar el empleo

---

<sup>31</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS (1996) 31. Del mismo modo, diversos autores sostienen hoy una concepción extendida del principio de legalidad, aprisionando en la misma abrazadera su aspecto material como adjetivo, así v. MONTERO (1991) 14; BUSTOS/HORMAZÁBAL (1997) 80; MUÑOZ CONDE (2001) 135; GARRIDO (2001) 34; CEREZO (2006) 250; y, BUSTOS (2007) 379. Una aplicación extensiva del principio de legalidad a todo el sistema penal propugnó en los trabajos preparatorios del CPP, BUSTOS (1994) 186.

<sup>32</sup> ROXIN (1997) 137.

de la potestad punitiva, sólo así el ciudadano no quedará a merced de una intervención arbitraria o excesiva del *ius puniendi* estatal. En efecto, cuando el Estado, con la finalidad de proteger y asegurar una coexistencia pacífica y libre de sus ciudadanos crea y aplica instrumentos jurídicos penales, siempre corre el riesgo de excederse en cualquiera de esos ámbitos. Ahí surge la necesidad de ampliar las esferas garantistas del principio de legalidad, de manera de comprender no sólo la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria), sino también la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución (incriminación secundaria).

Sólo así se logra que el Estado se autolimite en su función penal y se someta a la función jurisdiccional, obligado a probar el hecho y la responsabilidad de un sujeto, al que se le da plena oportunidad de ejercer su derecho de defensa.<sup>33</sup> De esto se derivan tres consecuencias muy importantes. La primera, que es el Estado quien ha asumido en exclusiva el *ius puniendi*, lo que implica proscribir la autotutela por parte de la sociedad, y la indisponibilidad de la pena como regla general, es decir, los particulares no pueden disponer del *ius puniendi*, y no pueden hacerlo ni positiva, acordando de modo privado la imposición de la pena, ni negativamente, decidiendo su no imposición. El siguiente corolario atiende a que el derecho penal se debe aplicar dentro del Estado y por los órganos jurisdiccionales, sin que los órganos legislativos y administrativos puedan declarar la existencia de un delito o imponer penas. Por último, la tercera consecuencia se centra en que el derecho

---

<sup>33</sup> MORAS (2004) 117.

penal se aplica por los tribunales necesariamente por medio del proceso, y no de cualquier otra forma, con todas las garantías que el mismo implica para los ciudadanos.<sup>34</sup>

El resultado de los tres monopolios reseñados es la llamada garantía jurisdiccional, la que forma parte del principio de legalidad en materia penal. Este principio se articula hoy en cuatro garantías: criminal o *nullum crimen sine lege*, penal o *nulla poena sine lege*, jurisdiccional o *nemo damnetur nisi per legale iudicium*, y de ejecución.<sup>35</sup> En el mismo sentido, Muñoz Conde<sup>36</sup> sostiene que el principio de legalidad, a través de su función de garantía, controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce, constituyendo de ese modo una garantía criminal, al calificarse como delito sólo lo que la ley considere como tal; una garantía penal, imponiéndose solamente la pena fijada en la ley para el delito cometido; como garantía jurisdiccional, no pudiendo imponerse pena alguna sino en virtud de sentencia firme y, por último, como garantía de ejecución, no pudiendo ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos. En ese orden, resulta fácil advertir, y necesario recalcar de entrada, que si los órganos jurisdiccionales no tienen monopolio alguno en la aplicación del derecho privado, sí lo tienen cuando se trata de la actuación del derecho penal, de modo que no existe aplicación de éste fuera del proceso.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ (1989) 12-14; y MONTERO (2013) 24.

<sup>35</sup> MONTERO (2013) 26.

<sup>36</sup> MUÑOZ CONDE (2001) 147.

<sup>37</sup> MONTERO (2013) 24. Adquiere pertinencia aquí el principio de necesidad, indefectibilidad o *nulla poena sine iudicio*, distintas nomenclaturas con las que la doctrina suele aludir a una idea única, a saber, que “el proceso penal es obligatorio para averiguar la infracción criminal, descubrir al autor, juzgarle y, sobre todo, imponer

Precisa Del Río<sup>38</sup> que la faceta adjetiva de la legalidad se expresa en el sometimiento a regulación legal de las potestades del MP, el que en el ejercicio de las mismas queda sometido al principio de legalidad, debiendo ejercerlas sólo y cada vez que tome conocimiento de un hecho que reviste carácter de delito (arts. 77 y 166 del CPP), lo que a su vez se expresará en el principio de legalidad que rige los poderes de investigación de ese organismo y en el principio de necesidad que gobierna el ejercicio de la acción penal. En la vertiente sustantiva de la legalidad, ha de significar para el MP la imposibilidad de acusar sino por los hechos verdaderos, y ajustando su acusación, su calificación jurídica y petición de pena, a la ley penal.

Así situados, se explica que en nuestros tiempos se hable de dos dimensiones o facetas del principio de legalidad penal, la sustantiva y la procesal. En la primera, como límite material o garantía penal, exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deban aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie, identificándose con el aforismo ya mencionado *nullum crimen, nulla poena sine lege* y, en su dimensión procesal, como límite formal o garantía procesal, establece que las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley

---

la pena”, así PRIETO-CASTRO/GUTIÉRREZ (1982) 90. En otras palabras, se refiere a la necesidad del Estado de acudir al proceso para hacer valer el *ius puniendi* de que es titular, y en este sentido SERRA (1969) 759-760; y GÓMEZ (1987) 2. Por su parte, MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ (1989) 497-498, incluyen el aspecto comentado junto a lo que nosotros entendemos por obligatoriedad de la acción penal en el principio de necesidad procesal. Sobre el principio de indefectibilidad en el ordenamiento nacional, v. NÚÑEZ (2003) T. I, 23-24.

<sup>38</sup> DEL RÍO (2009c) 29 y ss.

anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo, conociéndose con el aforismo *nullum iudicio sine praevia lege*.<sup>39</sup>

### 1.3.1. Principio de legalidad penal sustantivo

En su faceta sustantiva, como ya hemos reiteradamente expresado, el contenido esencial del principio de legalidad penal se resume en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por lo que sin una ley previa que lo haya declarado punible, ninguna conducta puede ser calificada como delito y merecer una sanción criminal.<sup>40</sup> Esto conlleva, en lo que nos ocupa, que el MP no puede acusar sino ajustando la calificación jurídica y petición de pena propuesta, a la ley penal material.<sup>41</sup> Esto no es más que una natural consecuencia de que en materia penal rija sin excepciones el principio de reserva legal, con lo cual sólo en la ley se halla la o las figuras delictivas en las cuales se ha de subsumir cada una de las descripciones fácticas imputadas y, por último, sólo en la misma ley se señalan las consecuencias jurídicas que la comisión de esos hechos trae aparejada.

Hoy en día es usual oír de una crisis de este principio de legalidad sustantivo, específicamente, de una crisis de la exigencia de la *lex certa*, debido a causas tan heterogéneas como la proliferación de tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles, la creciente inflación legislativa, la oscuridad de las normas, la aparición de una gran cantidad de leyes simbólicas, etc.<sup>42</sup> A esos motivos, como develaremos a lo largo de esta

---

<sup>39</sup> v. BERNAL (2005) 358.

<sup>40</sup> v. ROXIN (1997) 137 y ss.

<sup>41</sup> DEL RIO (2009c) 29.

<sup>42</sup> SARRABAYROUSE (2012) 31 y 36. v.t. FERRAJOLI (2001) 10.

investigación, debe sumarse otro tanto o más peligroso que los denunciados por la doctrina, esto es, el deliberado apartamiento de la ley penal sustantiva por el MP en la persecución penal. En efecto, la no investigación o la investigación sólo aparente y simbólica de hechos que la ley califica como delitos, o la postulación de calificaciones jurídicas de hechos punibles con desconocimiento de la ley penal, y la consiguiente pretensión de penas<sup>43</sup> no acordes a los mandatos del legislador, deriva en una crisis de incertidumbre y desigualdad para los justiciables totalmente contraria a la esencia del principio de legalidad.

La indeterminación advertida, por la distancia que se aprecia entre los enunciados abstractos de la ley penal creada por el legislador y la aplicación práctica propiciada por el MP ante los tribunales, vuelven las más de las veces imposible predecir, con cierto grado razonable de aproximación, la pena concreta que se impondrá por la comisión de un particular hecho punible a una persona determinada. Y ello, las más de las veces no obedece a una errónea técnica imputable al legislador en la descripción de la conducta punible o en la fijación de la pena asignada, sino responde al consciente apartamiento que de la ley material realiza el MP, el que también implica necesariamente el desconocimiento de los deberes que en el ejercicio de la acción penal le impone a dicho organismo la faceta procesal del principio legalidad.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Por pretensión penal, siguiendo a ASECIO (2012) 101, entenderemos la petición de una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona, fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica.

<sup>44</sup> Lo anterior nos aproxima a lo que FERRAJOLI (2001) 104-105, llama el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, caracterizado por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y las



Se olvida con ello que uno de los fundamentos del principio de legalidad radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes, ya que la gravedad de la intromisión en la libertad del ciudadano que constituye la aplicación de la pena demanda que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo resida en la instancia que representa al pueblo como titular del poder del Estado, es decir, el Parlamento.<sup>45</sup> Mediante esta división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera tanto al juez como al MP de la función de creación del derecho y se les asigna la de aplicarlo o de promover su aplicación, respectivamente, y de ese modo se impide cualquier abuso de poder en este campo.

Este alejamiento por el MP de la ley penal sustantiva también transgrede uno de los fundamentos más importantes del principio de legalidad, esto es, el principio de la igualdad ante la ley,<sup>46</sup> con el que se pretende que la persecución penal no quede sujeta al arbitrio del órgano estatal, cuya decisión de perseguir o no un delito podría ser discriminatoria. El principio de legalidad impone al persecutor estatal la obligación de perseguir por igual a todos los delitos que se cometen en una sociedad determinada.

Ahora bien, ese distanciamiento de la ley sustantiva al reconstruir los hechos y calificarlos jurídicamente en las pretensiones procesales del MP, constituye lo que se ha venido a denominar oportunidad positiva, amplia o extensiva, precisamente opuesta o antagónica a la legalidad

---

penas, el que se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación.

<sup>45</sup> ROXIN (1997) 145.

<sup>46</sup> LÓPEZ (2005) T. I 47.

sustantiva que venimos tratando. Como señala Del Río,<sup>47</sup> aquélla es una segunda manera de entender el principio de oportunidad, más amplia y extensiva, la que comprende toda forma de manifestación de no legalidad, ya no sólo referida al no ejercicio de la acción penal, sino también al objeto procesal y penal sustantivo. Paradigma de esta oportunidad positiva lo es el *plea bargaining* estadounidense, que autoriza legalmente a las partes para transar sobre el mérito mismo del proceso, acordando un contenido fáctico con independencia de su realidad, pactando sobre los hechos, calificaciones jurídicas y peticiones de penas que no se corresponden necesariamente con las legalmente previstas.<sup>48</sup> El propio autor precitado se encarga de aclarar que esta visión amplia no fue recepcionada por el ordenamiento procesal chileno, el que únicamente admitió formas restringidas de oportunidad que comprenden el abandono y la suspensión de la persecución en ciertos casos definidos legalmente, mas no una persecución discrecionalmente devaluada.<sup>49</sup>

### **1.3.2. Principio de legalidad penal procesal**

El proceso penal moderno propio de un Estado de Derecho sólo se entiende desde la conceptualización del delito como fenómeno público, de manera que, salvo aquéllos que se configuran como privados o semipúblicos, los delitos no pueden ser perseguidos por los particulares o por autoridades no judiciales y al margen de los cauces que establece el proceso penal, así como tampoco es de aplicación a la solución de

---

<sup>47</sup> DEL RIO (2009c) 20, 27-28. Sobre esta modalidad de oportunidad, v. DE LA OLIVA (1999) 21-22; y CAFFERATA (2000) 32-33..

<sup>48</sup> Para el lector interesado, v. RODRIGUEZ (1997) 35-36.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

conflictos derivados de la comisión de un ilícito penal fórmula alguna dispositiva o privada, precisamente por el mencionado carácter público y el interés general que subyace en materia penal. Es esta naturaleza pública del delito la que condiciona al proceso penal y determina su estructuración y el contenido de sus principios rectores, los que han de ser asumidos e interpretados, en todo caso, evitando toda idea de privatizar la justicia penal, aun en aquellos aspectos que puedan considerarse no esenciales. Esto no quiere decir, por supuesto, que deba prescindirse de la aplicación de fórmulas derivadas del principio de oportunidad, dado que éstas, bien entendidas, no comportan privatización del delito ni del proceso penal.<sup>50</sup>

Luego, a la legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley, el proceso es una regulación legal,<sup>51</sup> cuyos destinatarios en el proceso penal son el juez y el MP.<sup>52</sup> Para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso, de ahí que la pena no es un mero efecto del delito, sino a la vez del proceso. En consecuencia, cabe que exista proceso sin que exista delito o sin que se imponga una pena, ya que es la misma actividad procesal donde se deberá comprobar si existió aquél y si corresponde ésta.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> ASECIO (2012) 29 y 31.

<sup>51</sup> ARMENTA (2008a) 18.

<sup>52</sup> ARMENTA (2010) 34. Sobre la ley como fuente de derecho procesal, v. ORELLANA (2010) 50 y ss.

<sup>53</sup> ARMENTA (2008a) 18-19.

En este campo, el principio de legalidad se expresará en dos máximas fundamentales, a saber, *nemo iudex sine lege*, y *nulla poena sine iudicio*. Por la primera la persona llamada a conocer de un delito y a aplicar la pena, no puede ser una cualquiera, sino sólo la que esté habilitada por la ley, pues en cuanto órgano de la jurisdicción penal es delegado por ésta para la función, y por la última, nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo.<sup>54</sup> Cabe mencionar que las formalidades de éste son formas protectoras en interés de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado, por lo que si se autoriza en el caso concreto a dejar de lado estas formalidades se tornarían dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal.<sup>55</sup>

Al respecto, sentenciaba Fontecilla<sup>56</sup> que “un poder judicial sin normas procesales precisas nos conduciría a la tiranía. Particularmente en materia penal la situación es grave. Un proceso penal caótico en que rijan el libre arbitrio de las autoridades, exagerado hasta la arbitrariedad, es insoportable, amarga la vida y llega a producir la descomposición del Estado”. Para evitar tales extremos, nuestra CPR en su art. 19 N° 3, incs. 5° y 6°, dispone que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

---

<sup>54</sup> FLORIÁN (s.a.) 16-17.

<sup>55</sup> HASSEMER (2003) 89. Recordemos que el principio dispositivo se ha reflejado en tres brocados que se han presentado como una unidad tanto en su naturaleza como en su origen: *ne procedat iudex ex officio* o *nemo iudex sine actore*, *ne eat iudex ultra vel extra petitum partium*, y *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, DIAZ (1996) 1-8.

<sup>56</sup> FONTECILLA (1978) 26.

legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.<sup>57</sup>

Aun cuando algunos han visto en el precepto aludido la consagración del principio de legalidad en el ámbito jurisdiccional,<sup>58</sup> lo cierto es que su alcance es mucho más vasto, pues comprende también los actos administrativos llevados a cabo por el MP al dirigir la investigación y ejercer la acción penal ante los tribunales, los cuales igualmente deben gobernarse por la ley y las exigencias de racionalidad y justicia.

En definitiva, como explica Del Río,<sup>59</sup> el principio de legalidad procesal se expresa, en primer lugar, en el sometimiento a regulación legal de las potestades del MP, que justamente en el ejercicio de las mismas queda sometido al principio de legalidad, debiendo ejercerlas sólo y cada vez que tome conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito (arts. 77 y 166 del CPP), y que se reflejará en los poderes de investigación del MP y en el principio de necesidad que gobierna el ejercicio de la acción penal. También resulta ser ejemplo claro de legalidad procesal la regulación legal de los procedimientos y las fases procesales que se han de aplicar en cada tipo de asunto penal, a los que necesariamente deben someterse las partes con plena vigencia normativa de las garantías procesales. En este punto conviene destacar que la garantía de la observancia de las normas objetivas por el órgano jurisdiccional no se satisface con la garantía de la aplicación de las

---

<sup>57</sup> En opinión de OBERG (2010) 45, la legalidad del juzgamiento precisamente emana de la igualdad ante la justicia consagrada en el art. 19 N° 3 de la CPR.

<sup>58</sup> v. NÁQUIRA (2008) 12 y ss.

<sup>59</sup> DEL RIO (2009c) 28-29.

normas materiales en su decisión, sino además se debe asegurar el cumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento en lo que atañe a la correcta realización o desarrollo del proceso.<sup>60</sup>

Por lo demás, que el MP institucionalmente, como los Fiscales y demás funcionarios que lo integran, deban actuar respetando estrictamente la legalidad vigente, no es sino una expresión del principio de legalidad consagrado en los ya conocidos arts. 6° y 7° de nuestra CPR, que demandan a los órganos del Estado actuar conforme a la Constitución y la ley<sup>61</sup> y, que en el caso particular del MP, se impone específicamente en el art. 83 de la CPR, al someter sus funciones de investigación y ejercicio de la acción penal a las formas previstas por la ley. En lo que respecta a nivel legal, el art. 3° de la LOC del MP establece que los Fiscales, en el ejercicio de sus funciones, deberán actuar objetivamente “velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”, siendo esta Ley Orgánica la que detalla las normas conformes a las cuales deben organizar y adecuar su actuación, pero fundamentalmente desde la denominada legalidad orgánica,<sup>62</sup> porque en cuanto a la intervención de los Fiscales en la persecución penal, toda la configuración del proceso en orden a solucionar los conflictos de tipo criminal debe hacerse con sujeción a la ley que establece los procedimientos, es decir, conforme al CPP, el que en su art. 77 dispone que “los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley.”

---

<sup>60</sup> FENECH (1952) 86-87.

<sup>61</sup> CAROCCA (2005) 24-25; y AGUILAR (2004) 102-103.

<sup>62</sup> CAROCCA (2005) 26.

### 1.3.2.1. El principio de obligatoriedad de la acción penal como derivación del principio de legalidad penal procesal

La renuncia al ejercicio de la acción penal por los particulares, y su atribución a un órgano oficial como el MP, se halla acompañada tradicionalmente de la garantía ínsita del sometimiento de tal función al principio de legalidad,<sup>63</sup> o en otras palabras, correlato de la inexistencia de un derecho subjetivo de la víctima del hecho criminoso a que al autor de éste se le imponga una pena, es que el Estado asume con exclusividad el *ius puniendi*, pero no como un derecho, sino como un deber, respecto del cual la víctima sí posee, al menos en nuestro ordenamiento, el derecho procesal a promover su ejercicio.<sup>64</sup> Al tomar para sí el derecho de penar, el Estado debía destacar el deber implícito en ese derecho, sintiendo como una carga la función de infligir la pena y tendiendo a reforzar en su propio interés la exigencia del proceso, establecida originariamente en favor del delincuente. Con ello se abría paso una nueva configuración de la pena, cuya finalidad pasaba de la satisfacción del derecho de venganza de la víctima a disuadir y, en su caso, rehabilitar al delincuente.<sup>65</sup>

Originalmente, el fundamento de este principio de obligatoriedad de la acción penal respondió a las teorías retributivas de la pena, según las cuales el Estado tenía que castigar sin excepción todas las infracciones a la ley penal con el objeto de realizar la justicia absoluta, sin embargo, con el tiempo este principio ha venido perdiendo parte importante de su base

---

<sup>63</sup> ARMENTA (2008a) 83.

<sup>64</sup> MONTERO (2013) 25.

<sup>65</sup> ARMENTA (2008a) 16; y ARMENTA (2012) 24.

teórica con la aceptación de justificaciones preventivo-generales y especiales de la pena, pero sin que haya sido abandonado del todo gracias a que las ideas de democracia y Estado de Derecho le han proporcionado una nueva renovada base teórica, en la que aparece sirviendo a los principios de certeza y de trato igualitario.<sup>66</sup> Así es como los ordenamientos que actualmente proclaman el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal –como Italia y España– dan prioridad a valores como el carácter no dispensable ni instrumental de la legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.<sup>67</sup>

Y encargado en nuestro sistema de justicia penal de cumplir con este deber, es el MP, institución que debe ejercer y sustentar la acción penal pública en la forma prevista en el art. 166, inc. 2º, del CPP, el que dispone que “cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio

---

<sup>66</sup> v. ROXIN (2000) 89. Sobre el fundamento teórico de los principios de legalidad y oportunidad, v. MAIER (1989) 550 y ss.; DUCE/RIEGO (2000) 275 y ss.; DUCE/RIEGO (2009) 179 y ss.; y MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 111.

<sup>67</sup> ARMENTA (2012) 65; y ARMENTA (2008a) 38, donde señala que el principio de legalidad –u obligatoriedad de la acción penal–, no tiene una fundamentación única en el derecho penal, justificándose a lo largo de la historia en ser garantía de justicia sin consideraciones particulares hacia la persona, ser el correlato del monopolio de la acción penal en manos del Fiscal, y establecer el derecho de pretensión material. FERRAJOLI (2001) 570 y 167, aporta una visión más compleja y satisfactoria para la justificación de la obligatoriedad de la acción penal, al estimar que constituye un corolario de otros rasgos estructurales y esenciales del sistema garantista: de la legalidad o sujeción sólo a la ley de toda función judicial, que excluye la posibilidad de su activación conforme a criterios potestativos; de la indisponibilidad de las situaciones penales; del principio de igualdad penal, que excluye toda disparidad de tratamientos de los delitos ligada a opciones potestativas sobre la oportunidad del proceso. De esa manera, para este autor, el poder de disposición que compone el poder judicial, no es producto de una concesión legal expresa, sino siempre el resultado de “carencias o imperfecciones del sistema y como tal es patológico y está en contraste con la naturaleza de la jurisdicción”. En el mismo sentido, ANDRÉS (1990-93) 76, n. 106; y ANDRÉS (1998) 455 y ss.



de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.”<sup>68</sup>

Por su mayor precisión conceptual y neutralidad terminológica, hemos optado por referirnos a este principio como obligatoriedad de la acción penal,<sup>69</sup> sin desconocer que parte importante de la doctrina europeo-continental y nacional, suele denominarlo indistintamente como principio de legalidad o principio de legalidad procesal. Por similares motivos, también optamos en general por hablar de discrecionalidad para aludir al principio antagónico al de obligatoriedad de la acción penal, en desmedro del término oportunidad, pese a que esta denominación ha adquirido carta de naturaleza en nuestro medio jurídico.<sup>70</sup>

Ahora bien, Maier<sup>71</sup> indica que este principio, desde un punto de vista negativo, significa que ningún criterio de oportunidad –político-utilitario, por conveniencia práctica, económica, temporal, etc.- autoriza, en principio, a prescindir de la persecución penal frente a la noticia de la

---

<sup>68</sup> Para BETTIOL (1977) 198 y 200, en cambio, la obligación de aplicar la pena deriva directamente de cada norma de carácter sustancial. En cuanto a la residencia constitucional o legal del principio de obligatoriedad en España, v. MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ (1989) 497-498; AGUILERA (1998) 143; PRADA (1998) 99 n. 23; y DE LA OLIVA (1999) 22, 24-25.

<sup>69</sup> Siguiendo con ello a DIEZ-PICAZO (2000) 13. v.t. CONDE-PUMPIDO (1989) 290-291.

<sup>70</sup> DE LA OLIVA (1999) 20-21, reseña que “con frecuencia se entiende el principio de oportunidad con gran amplitud y vaguedad. Así entendido, engloba y significa tantas y tan diversas cosas, que, en realidad, no significa nada claro y seguro”. Acostumbra, por ejemplo, engarzarse el estudio del principio de oportunidad a la delincuencia bagatelaria o de nimiedad (*minima no curat praetor*) -ámbito en el cual no se agota nuestra investigación-, por todos, ARMENTA (1991) 23; OTERO (2005) 298; TRILLO (2008) 201 y 220; y MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 575.

<sup>71</sup> MAIER (1989) 548.

comisión de un hecho punible. Roxin,<sup>72</sup> por su parte, lo define como el deber de realizar las investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, de formular la acusación cuando después de las investigaciones sigue existiendo esa sospecha vehemente.<sup>73</sup>

Este principio de obligatoriedad de la acción penal, como parte integrante de la legalidad penal procesal, resulta de la suma de dos principios menores, como son el principio de promoción necesaria (deber de promover la persecución penal ante la noticia de un hecho punible) y el principio de irrevocabilidad (prohibición de suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución ya iniciada).<sup>74</sup>

Esta promoción estatal de la persecución y sanción penal nace del interés público preponderante en el derecho penal, interés que conlleva que ni la puesta en marcha del proceso penal por la existencia de un hecho aparentemente delictivo ni su término anticipado puede delegarse en la discrecionalidad de nadie, debiendo quedar la incoacción del proceso como su término mediante la sentencia, sujeto a la legalidad

---

<sup>72</sup> ROXIN (2000) 89.

<sup>73</sup> No es en balde apuntar que el propósito de esta investigación no es enjuiciar ni tomar partido por un sistema regido por el principio de obligatoriedad o por el de discrecionalidad de la acción penal. Para un análisis y confrontación, v. FLORIÁN (s.a.) 182-184; HASSEMER (1988) 8-11; DE DIEGO (1997) 202 y ss.; y, CAFFERATA (2000) 21 y ss. Tampoco nos abocaremos al estudio etiológico de la dicotomía obligatoriedad-discrecionalidad, y nos concentraremos en un análisis de sus usos modernos o relativamente modernos.

<sup>74</sup> MAIER (1989) 548. Le sigue en esto LÓPEZ (2005) T. I, 46-47; y CERDA/HERMOSILLA (2006) 189; CLARIÁ (s.a.) T. I, 234-235, en cambio, se refiere a promoción necesaria e irrefragabilidad, respectivamente; CAFFERATA (2000) 23, denomina la obligatoriedad en estos dos momentos como inevitabilidad e irrevocabilidad, respectivamente; mientras que FLORIÁN (s.a.) 179, al último principio lo denomina como irrevocabilidad de la acción penal.

estricta, lo cual no supone que el proceso tenga que acabar siempre con sentencia, sólo que en su desarrollo y terminación debe aplicarse la legalidad estricta.<sup>75</sup> Es por tanto, la idea de que los delitos constituyen un accionar no conforme al orden jurídico, socialmente intolerable, de donde surge un interés público en su persecución que se contrapone a un interés privado disponible, motivo por el que el Estado tiene el deber de iniciar la persecución penal de oficio.<sup>76</sup>

Mediante el proceso el Estado tiene la oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo eso y llegados a la sentencia, asignar la pena expresamente declarada en aquélla. Pero lo anterior no debe confundir, el Estado, a través del MP, no comparece en el proceso penal a realizar su derecho, sino a pedir la aplicación del derecho objetivo, que es tanto el derecho de la víctima cuanto el del delinciente y, en consecuencia, el MP no participa en el proceso para defender sus intereses, porque, constitutivamente, carece de un interés propio que no sea el del cumplimiento de la ley. Aún más, la inadecuación de la noción de derecho subjetivo por parte del MP es más patente, si se acepta que la potestad punitiva radica en los tribunales, por lo que mal puede hablarse de un derecho subjetivo ejercitado por el MP, que es una parte imparcial en el proceso y, por ello, una parte desinteresada. Empero, tampoco cabe atribuir a los tribunales derecho subjetivo disponible alguno, dado que el poder de juzgar es sencillamente, la potestad de aplicar derecho objetivo.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> MONTERO (2001) 17.

<sup>76</sup> LÓPEZ (2005) T. I, 38.

<sup>77</sup> v. COBO (1996) 56-58.

Considerando lo recién expuesto, será un error de perspectiva dejar margen a la disposición de las partes sobre el proceso penal, su inicio y fin, así como sobre el objeto del mismo, lo que sólo sería compatible con una titularidad y naturaleza privada del derecho material cuya tutela se pretenda, titularidad y naturaleza del todo ajenas a la actividad pública de la Fiscalía. Desde el momento en que aparece la noción de interés público junto a la existencia del ilícito penal y la sociedad se organiza de manera que el *ius puniendi* se incardina en el Estado, a través del proceso penal lo que se decide es la aplicación de ese poder, sin que ninguna de las partes que en él interviene pueda decirse que ejerce titularidad sobre el mismo.<sup>78</sup>

Con el principio de legalidad penal procesal, y la consiguiente obligatoriedad de la persecución penal, se evitan dos riesgos importantes en la aplicación del derecho penal: primero, que alguien disponga de las penas, lo que implicaría perder su razón de ser todo el sistema penal del Estado, ya que poseer esa facultad de disposición es poseer en realidad el *ius puniendi*, el que sólo se ejercitaría si su detentador así lo decide. Y segundo, se pretende impedir que los delitos queden impunes, pues si el Estado considera que un acto debe ser tipificado como delito, no puede luego consentir que dejen de perseguirse actos concretos que quedan subsumidos en la norma general.<sup>79</sup>

Deriva también de la legalidad procesal el principio de oficialidad, por el cual el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia, no están subordinadas al poder de disposición de sujetos jurídicos en

---

<sup>78</sup> DÍAZ (1996) 1 y 211.

<sup>79</sup> MONTERO (1991) 17-18.

relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos,<sup>80</sup> expresando la idea de persecución penal pública de los delitos en su sentido amplio (como actividad estatal íntegra, desde el inicio de la etapa de investigación hasta la sentencia), esto es, la noción de que los delitos pueden y deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona. Este principio de oficialidad se vuelve un requisito esencial del Estado de Derecho al garantizar la independencia del MP en el ejercicio de la función acusadora, y evitar el ejercicio discriminatorio de la función jurisdiccional, favoreciendo los principios de legalidad e igualdad, todo lo que encuentra su fundamento, una vez más, en el carácter público de la acción penal.<sup>81</sup>

La antítesis del principio obligatoriedad de la acción penal es la oportunidad estricta o negativa, esto es, la posibilidad del MP de no iniciar la investigación o no ejercer la acción penal.<sup>82</sup> Cuando la ley deja a la absoluta discreción del MP el ejercicio de esta facultad, se habla de

---

<sup>80</sup> DE LA OLIVA (1999) 8. v.t. GÓMEZ (1985) 46; BAUMANN (1986) 42 y 105; LÓPEZ (2005) T. I, 36 y ss.; CERDA/HERMOSILLA (2006) 190; ARMENTA (2010) 33; y ARMENTA (2012) 124. Para CLARIÁ (s.a.) 234, del principio de oficialidad deriva la obligatoriedad, y de ésta derivan a su vez las reglas de oficiosidad y legalidad, desdoblándose esta última en las de promoción necesaria e irrefragabilidad.

<sup>81</sup> GUERRERO (2009) 30.

<sup>82</sup> ROXIN (2000) 89, señala que el “principio de oportunidad autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”; mientras MAIER (1989) 556, explica que oportunidad significa “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”. Por su lado, LANGBEIN (1974) 440, define la discreción simplemente como el poder del Fiscal de no perseguir.

principio de oportunidad libre o simplemente discrecionalidad; y por el contrario, cuando la ley establece los casos y condiciones bajo las cuales el MP está autorizado para ejercerla, sometiéndola adicionalmente a un sistema de controles, se habla de principio de oportunidad reglada o normada.<sup>83</sup>

Buena parte de la doctrina autorizada se inclina por exigir que los criterios preventivos en los que se base el principio de oportunidad negativo estén determinados de modo general y objetivo en la ley. Así, por ejemplo, Hassemer<sup>84</sup> sostiene que mientras un derecho penal albergue supuestos de oportunidad, el respeto al Estado de Derecho por parte del procedimiento dependerá de si los casos están determinados con absoluta precisión, dado que las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el principio de legalidad, al no poder controlarse ni limitarse las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito. Igualmente crítico frente a la oportunidad libre, De Diego Díez<sup>85</sup> manifiesta que “un sistema tan abierto, que rompe con toda idea de plena sumisión a la ley y al Derecho dado, resulta extraño a nuestra cultura jurídica [europeo-continental] y a nuestra concepción de un Estado de Derecho y pugna, además, con los sentimientos de justicia

---

<sup>83</sup> MAIER (1989) 557-558. v.t. CONDE-PUMPIDO (1989) 290-291; DE LA OLIVA (1999) 21; DUCE/RIEGO (2002) 181 y ss; y, DUCE/RIEGO (2009) 186 y ss. Distinguiendo entre un concepto amplio y uno restringido de principio de oportunidad, ARMENTA (2012) 130, n. 276.

<sup>84</sup> HASSEMER (1988) 10.

<sup>85</sup> DE DIEGO (1997) 215.

de nuestra sociedad, por lo que difícilmente es trasladable a nuestro ordenamiento”.<sup>86</sup>

En esa tendencia, nuestro sistema sólo reconoce, al menos formalmente, la oportunidad negativa y reglada, es decir, la posibilidad de que el MP no inicie una investigación o no ejerza la acción penal en los casos establecidos en la ley adjetiva (art. 166 del CPP).<sup>87</sup> La estimación subjetiva que permite la ley al MP con este tipo de potestad no es una facultad extra-legal, sino una apreciación cuya relevancia viene de haber sido establecida expresamente por la ley que ha configurado la potestad y que la atribuye al Fiscal justamente con ese carácter. La discrecionalidad, digámoslo así, no es un supuesto de libertad del Fiscal frente a la norma, sino más bien, un caso típico de remisión legal<sup>88</sup> que por tanto, no supone una privatización del proceso penal, pues la opción por la vigencia del principio de oportunidad no se hace teniendo en cuenta criterios de titularidad privada, sino muy por el contrario –y constantemente preterido- de interés público, que pueden resumirse en dos aspectos: primero, en la conciencia de que la imposición de la pena no es la finalidad única del proceso penal, sino que debe tratarse de un instrumento orientado hacia la resocialización del delincuente; y,

---

<sup>86</sup> En el ámbito nacional, exigiendo que los criterios preventivos en los que se base el principio de oportunidad estén determinados, de modo general y objetivo en la ley, a fin de respetar el principio de legalidad del derecho penal, HORVITZ (2005) T. I, 452.

<sup>87</sup> Mas, insistimos, no contempla la oportunidad positiva por la cual pueda ejercer la acción penal con prescindencia de la ley penal sustantiva tanto en la calificación de los hechos investigados como en sus pretensiones procesales, v. DEL RIO (2009c) 25-27. En el mismo sentido, SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, al señalar que “la ley ha establecido mecanismos de discrecionalidad o descongestión *restringida o reglada*, sujetos de todos modos a la inexcusabilidad de la persecución, pero que permiten su organización y ejercicio por parte de los agentes estatales encargados de ella” (la cursiva es nuestra).

<sup>88</sup> GARCÍA (2004) 460-462.

segundo, en la necesidad de asegurar el mantenimiento de la administración de justicia dentro de unos plazos temporales razonables.<sup>89</sup>

Por último, como comprobaremos luego, todo lo aquí aseverado sigue siendo válido para el proceso regido por el principio acusatorio, pues dispositivo y principio acusatorio son términos absolutamente incomparables, fundándose el primero en la titularidad privada del interés en juego, mientras el segundo en una realidad absolutamente diversa, esto es, la presencia de una parte distinta del órgano jurisdiccional que ejerza la acción penal.<sup>90</sup>

#### **1.4. Los principios de legalidad penal sustantiva y procesal en relación a las actuaciones del Ministerio Público en el proceso penal**

Convengamos para empezar, siguiendo a Hassemer,<sup>91</sup> que el proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del derecho penal, en el que se realiza el derecho penal material, que le suministra los objetos a investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. En consonancia, la idea básica del principio de legalidad penal reside en que el castigo criminal no depende de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los tribunales, sino que debe estar fijado por el legislador en el derecho penal material, el que determina no sólo los límites de la punibilidad, sino que además reafirma y asegura las normas fundamentales de una sociedad; y este aseguramiento presupone que en el proceso penal se van a aplicar tal y como el derecho

---

<sup>89</sup> DÍAZ (1996) 236, 237, 240.

<sup>90</sup> v. DÍAZ (1996) 212-213.

<sup>91</sup> HASSEMER/MUÑOZ CONDE (1989) 125.



material las dispone, es decir, según la legalidad jurídico-material.<sup>92</sup> De manera tal que el principio de legalidad constituye no sólo una exigencia de seguridad jurídica que posibilita el conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino también una garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado a penas no establecidas previamente en la ley. El MP deberá perseguir el hecho aparentemente delictivo únicamente –pero siempre– ante la percepción de los indicios racionales de criminalidad, continuando hasta la resolución que se contempla en la ley.<sup>93</sup> Es decir, si el hecho delictivo que llega al conocimiento del Fiscal se ajusta a un tipo penal conforme a la norma sustantiva, el MP está obligado a iniciar y sostener la persecución penal, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio.<sup>94</sup>

Asimismo, las imputaciones o cargos que formule el MP en el proceso, sea durante la investigación, al formalizarla o al presentar acusación, deben procurar la correcta aplicación de la ley penal sustantiva. A este respecto Del Río<sup>95</sup> nos explica que la acusación del MP debe ser respetuosa de la legalidad y de la objetividad en el ejercicio de sus potestades, es decir, cuando acusa le debe animar la correcta aplicación de la ley, para lo cual debe respetarse la legalidad penal sustantiva que establece cuáles precisos hechos lesivos constituyen cuáles precisos delitos, a los que se les atribuyen unas determinadas y proporcionadas consecuencias penales, cuestión que impediría hacer

---

<sup>92</sup> HASSEMER (1988) 8.

<sup>93</sup> ARMENTA (2010) 34.

<sup>94</sup> MAIER (1989) 548-549.

<sup>95</sup> DEL RÍO (2008) 167.

calificaciones manifiestamente incorrectas. Por otra parte, debe cuidarse la exclusividad de las potestades jurisdiccionales de los tribunales en la aplicación del derecho penal, en especial en el contexto de los procedimientos consensuados, de modo tal que el contenido convenido de la acusación no puede implicar la imposición no jurisdiccional de penas o el forzamiento del juez a sancionar un acuerdo punitivo negociado,<sup>96</sup> ya que esto último impediría actualizar la característica más importante de la función jurisdiccional, esto es, el ser una actividad de garantía de la observancia de la norma jurídica objetiva, que para su actualización demanda no sólo la función de enjuiciamiento sino también la de declaración, mediante la cual el órgano jurisdiccional, en representación del Estado, establece la concreción de la norma referida al caso concreto de que se trate.<sup>97</sup>

Todo lo anterior, por lo demás, cae impuesto por el principio de objetividad (art. 3° de la LOC del MP), como una consecuencia más del principio de legalidad, que conlleva para el MP el actuar en el ejercicio de sus funciones bajo un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley.<sup>98</sup> En obediencia a este principio los Fiscales no pueden hacer o dejar de hacer sino aquello que la recta interpretación de la ley ordena o prohíbe, es decir, el MP, si bien es la parte acusadora en

---

<sup>96</sup> DUCE/RIEGO (2002) 137, añaden que “los fiscales también están obligados a desarrollar una actividad orientada a la aplicación correcta de la ley penal, esto es, no pueden manipular su tarea de persecución o subordinarla a objetivos cuya realización suponga extender o reducir el ámbito de punibilidad previsto por la ley. Para ello, deben procurar alcanzar la verdad de lo ocurrido de acuerdo a criterios de objetividad y profesionalismo. No pueden, por razones estratégicas, ocultar hechos relevantes que hubieren descubierto, ni aun pruebas que pudieren arrojar resultados diversos de los que sostienen en su acusación.”

<sup>97</sup> FENECH (1952) 70-71, 75-76.

<sup>98</sup> DEL RIO (2008) 169.

el proceso penal y quien pretende la condena del acusado, no puede pretenderla al margen de la correcta aplicación de la ley penal. Por esta razón, el Fiscal no puede hacer intencionadamente calificaciones incorrectas que se aparten de la ley ni formular acusación por hechos retocados.<sup>99</sup>

Lo que se viene reflexionando devela que la actuación del MP no satisface en absoluto los mandatos del principio de legalidad al no abandonar o suspender la persecución, si al llevar ésta adelante manipula el hecho de cargo, su calificación jurídica, o la pena que para su autor pretende ante la jurisdicción. En efecto, la delimitación del hecho que constituirá el objeto del juicio -y que por exigencias del principio acusatorio le corresponde fijar al MP o a otro organismo ajeno al tribunal decisor- sólo puede realizarse teniendo como referencia lo que la ley sustantiva establece como delito -y sus circunstancias modificativas de responsabilidad penal-, atendido el carácter fragmentario del derecho penal, debiendo en consecuencia requerirse la sanción anunciada previamente por el legislador para ese hecho delictivo y no otro. Es decir, el núcleo esencial del principio de obligatoriedad de la acción penal reside en el exclusivo sometimiento a la ley de quien está llamado a ejercerla,<sup>100</sup> por lo que de distanciarse de la ley sustantiva en sus actuaciones, el MP actualizaría una discrecionalidad u oportunidad positiva que nuestro ordenamiento no le reconoce.

---

<sup>99</sup> Como indica AGUILAR (2004) 104, el principio de objetividad “debiera imponer el deber del Ministerio Público de actuar, de una buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento”.

<sup>100</sup> ZAGREBELSKY (1990-93) 115.

Jiménez de Asúa viene a reforzar esta idea cuando razona que “de la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar”,<sup>101</sup> a lo que se suman las acertadas palabras de Maier,<sup>102</sup> quien explica que el principio de legalidad significa que ante la afirmación hipotética de un conflicto social generado por la inobservancia a una norma penal, el acontecimiento real sucedido y la ley penal deben ser los únicos parámetros posibles de solución del caso, razón por la cual es preciso inquirir la verdad de aquello que ha sucedido, y decidir el problema únicamente por aplicación de la ley penal y de la pena estatal, en su caso. Sólo obrando así, el MP representará “el puente entre el programa abstracto del legislador penal y su realización concreta, esto es, su funcionamiento real; el nexo institucional entre la criminalización primaria y secundaria”.<sup>103</sup>

De todo esto llega a concluir Del Río<sup>104</sup> que el principio de legalidad penal, amén de su contenido de garantía, también implica un mandato ineludible en orden a que se debe aplicar la norma sancionada en la ley, y no otra, de manera que la ley penal no opera solamente como un techo o tope máximo, dejando hacia abajo amplios márgenes de discrecionalidad al acusador y para el juzgador, como áreas para crear normas penales atenuadas aplicadas a casos particulares.

---

<sup>101</sup> JIMÉNEZ (s.a.) 92.

<sup>102</sup> MAIER (2003) 322.

<sup>103</sup> MERA (1994) 167.

<sup>104</sup> DEL RÍO (2008) 174.

De no mediar este concurso entre la legalidad procesal y la sustantiva en el despliegue de la actividad persecutora del MP, éste daría fácilmente al traste con la indisponibilidad de la acción penal –u objeto del proceso penal, o conflicto penal-,<sup>105</sup> con un ejercicio meramente formal o ritual, en el que, sin suspender, interrumpir o cesar completamente su impulso, introduzca como objeto del juicio hechos recortados, erróneamente calificados, o solicite la imposición de sanciones inferiores a las prescritas por la ley que obsten al tribunal para aplicar correctamente la ley penal. En este encuadre del hecho al derecho, salvo autorización contraria de la ley, el MP debe atenerse exclusivamente a la correcta aplicación de la legalidad sustantiva, mandato que implica asimismo, que la sanción que el Fiscal postule en su acusación debe ajustarse únicamente a la ley penal material.<sup>106</sup>

Suele perderse de vista, y por ello conviene reiterarlo cansadoramente, que el MP no fue diseñado constitucional ni legalmente, al menos no en los sistemas europeo-continetales de los cuales el ordenamiento nacional es tributario, para erigirse en un co-legislador con potestades para decidir *a posteriori* y de manera general, la no persecución de conductas legalmente tipificadas; ni tampoco en un co-juzgador, que pueda ejercer en el caso particular el *ius puniendi* arraigado

---

<sup>105</sup> Como explica FLORIÁN (s.a.) 61, es de la naturaleza pública de la relación jurídica que forma el objeto principal del proceso penal de donde deriva el principio de no disponibilidad de éste, por el cual las partes no tienen el poder de menoscabar el hecho ni de manipularlo, ni de imponer versiones imaginadas ni tesis preestablecidas.

<sup>106</sup> Para ASECIO (1991) 55, el binomio legalidad-necesidad implica también la imposibilidad “de reducción o mutación del hecho o la variación de la calificación jurídica o de la pena fuera de los márgenes autorizados por la ley”; y, por el contrario, pasa a ser parte del principio de oportunidad la posibilidad de interesar pena inferior a la legalmente prevista, v.t. AGUILERA (1998) 136.

en los órganos de jurisdicción, sino que fue creado fundamentalmente para hacer posible el proceso, de manera de mantener el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad.<sup>107</sup> Es decir, para que los tribunales puedan ejercer el *ius puniendi* sancionando las conductas tipificadas como delito de acción pública por el legislador, mediante un verdadero proceso, es indefectible entregar el *ius ut procedatur* a un órgano distinto al juez sentenciador, de manera que haya partes y un tercero imparcial, órgano que además debe ser público como única vía de garantizar la persecución igualitaria y efectiva de todos los delitos. De ello se deduce con facilidad el carácter instrumental de la función del MP en un sistema de justicia, en el que no crea ni sanciona delitos, únicamente requiere al tribunal que adjudique la pena legalmente predeterminada a las conductas que constituyen algún delito creado por el legislador, y en tal labor su única guía debe ser la estricta legalidad.

Recapitulando, si la acción penal es una simple prolongación del principio de legalidad, con la que se activa el proceso penal y tanto el MP como el tribunal cumplen con sus deberes de realizar las prescripciones dispuestas por la norma penal positiva, a la que ambos, en sus respectivas competencias están vinculados,<sup>108</sup> entonces, el principio de legalidad, en sus aspectos sustantivo y procesal, demandará que el MP no sólo investigue los hechos punibles de que tome conocimiento, y en su caso, presente acusación ante los tribunales, sino además que todo ello

---

<sup>107</sup> MONTERO (2013) 30.

<sup>108</sup> BORDALÍ (2011) 530.

se realice mediante una fiel aplicación de la ley penal sustantiva, salvo por cierto, que la misma ley le autorice a actuar de manera diversa.

## CAPÍTULO 2

### CONTROL PROCESAL Y EFICACIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

#### 2.1. Ministerio Público en nuestro actual sistema de justicia penal y necesidad de control procesal para la eficacia del principio de legalidad

Con la modificación de nuestra CPR mediante la Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997, se introdujo en el ordenamiento jurídico chileno la figura del MP, tal como lo conocemos actualmente,<sup>109</sup> el que fue concebido como un organismo autónomo, jerarquizado, director exclusivo de la investigación de los hechos constitutivos de delito y de los que determinan la participación punible o la inocencia del imputado y, en su caso, que ejerce la acción penal pública de la forma prevista por la ley (art. 83, inc. 1°, de la CPR).

---

<sup>109</sup> Ley de Reforma Constitucional N°19.519, de 16.09.1997, reguló en el actual Capítulo VII de la CPR las bases organizativas y funcionales del MP, las que la LOC N° 19.640, de 15.10.1999 desarrolla en forma extensa y bastante reglamentaria. Para un estudio detallado de esta institución, v. PIEDRABUENA (2000) 51 y ss.; AGUILAR (2004) 98 y ss.; CAROCCA (2005) 17 y ss.; MEDINA/MORALES/DORN (2007) 5 y ss.; DUCE/RIEGO (2009) 533 y ss.; y MANSO (2010) 1 y ss. Chile sigue el modelo italiano, así como el de la mayoría de los países de la región, al respecto, v. DUCE/RIEGO (s.a.). Un examen constitucional de la autonomía del MP en VERDUGO/PFEFFER/NOGUEIRA (1999) 262 y ss.; SILVA (2002) 207 y ss.; y FERNÁNDEZ (2002) 180 y ss.



Este diseño constitucional del MP chileno, dista mucho de sus orígenes decimonónicos arraigados en el denominado sistema inquisitivo mixto, en el que sus funciones procesales eran muy secundarias, principalmente de carácter burocrático, y sin detentar la función de investigación, la que se entregaba a los jueces de instrucción. Esta falta de relevancia del MP se dio con mayor fuerza en los países latinoamericanos, los que hasta antes de los procesos reformistas del último cuarto del s. XX, mantuvieron un modelo procesal de componentes más inquisitivos que sus pares del continente europeo. Es precisamente esta aproximación en nuestra región hacia modelos acusatorios de justicia la que tiene un profundo impacto en el cambio y relevancia de la función desempeñada por el MP al interior del proceso penal, así como en la configuración institucional de este organismo.<sup>110</sup>

Este tránsito hacia un proceso regido por el principio acusatorio ha traído aparejado para nuestro sistema de justicia el forjamiento de una poderosa institución, no sólo encargada del ejercicio de la acción penal pública al cabo de la instrucción, sino de la persecución penal estatal, lo que significa que se le ha adjudicado la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria de los delitos - con la consiguiente abolición de la figura del juez instructor-, y con el agregado no menor de algunas facultades discrecionales para decidir acerca del ejercicio de la acción penal pública.<sup>111</sup> El mandato para conducir la investigación, formular cargos en contra de los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales ubican al MP como uno de los actores centrales del

---

<sup>110</sup> v. DUCE/RIEGO (2009) 2-3. Sobre la evolución histórica del MP en el proceso penal chileno, v. PIEDRABUENA (2000) 25 y ss.

<sup>111</sup> DUCE/RIEGO (2002) 90; y CAROCCA (2005) 12.

actual modelo procesal, sin el cual es imposible concebirlo funcionando adecuadamente.<sup>112</sup>

Tal envergadura de las funciones y responsabilidades asignadas al MP, en los procesos continentales es controlada, en lo que dice relación a las decisiones de archivar o acusar con las que se concluye la actividad investigadora, en dos planos: el interno, existente con especial intensidad en el ámbito de Ministerios Fiscales de estructura y organización jerarquizada –casi todos a excepción del italiano–, articulados en base a la decisión revisora del superior jerárquico del Fiscal interviniente y que entra en juego de oficio o a instancia de parte (por ejemplo, el modelo alemán). Y el externo, arbitrado en torno a la decisión final de los órganos jurisdiccionales, donde la nota común es la atribución a éstos de la potestad y la obligación de analizar y revisar la acusación o de rechazarla (por ejemplo, el modelo portugués o italiano).<sup>113</sup>

El sistema procesal penal chileno, por su parte, diversifica la oferta de soluciones para la resolución de los conflictos de orden criminal,<sup>114</sup> atendiendo a una amplia gama de factores, como la gravedad del delito, las características de la persona imputada, la entidad de los perjuicios causados, o los bienes jurídicos afectados, entre otras circunstancias

---

<sup>112</sup> DUCE (s.a.) 181.

<sup>113</sup> ARMENTA (2012) 76-77. TRILLO (2008) 215-216, explica que fue la desconfianza sobre la utilización en la contienda política del Ministerio Fiscal, el que está diseñado únicamente para defender los derechos de los ciudadanos, el motivo por el cual se ha mantenido por el legislador y constituyente español, el ejercicio de la acción popular.

<sup>114</sup> Archivo provisional (art. 167 del CPP), facultad de no iniciar la investigación (art. del 168 CPP), principio de oportunidad (art. 170 del CPP), suspensión condicional del procedimiento (art. 237 del CPP), acuerdo reparatorio (art. 241 del CPP), y, decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) del CPP).

relevantes. Ante este abanico de posibles soluciones al conflicto penal, el MP debiera cumplir una función central en la determinación de la solución más idónea en el marco del sistema, donde los Fiscales empleen su propio criterio y el acuerdo con el imputado y su defensor a través de negociaciones directas.<sup>115</sup>

Estas funciones y responsabilidades asignadas al MP han sido garantizadas mediante la autonomía constitucional de este organismo, con lo cual se ha asegurado dejarle fuera del marco de influencia de cualquiera de los demás poderes del Estado y exento de cualquier clase de limitación indebida en su tarea de persecución penal,<sup>116</sup> sin perjuicio de que cada Fiscal se halla sujeto a un control jerárquico por parte de sus autoridades y jefaturas, que se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (art. 7° de la LOC del MP).<sup>117</sup>

Pues bien, el diseño constitucional y legal de nuestro sistema de justicia criminal, debe contemplar adecuados y eficaces controles procesales por parte de los tribunales de justicia, sobre las actuaciones

---

<sup>115</sup> CAROCCA (2005) 13.

<sup>116</sup> Esto no significa que el MP quede al margen de todo control por parte de otros poderes públicos dotados de legitimidad democrática. Estos controles se manifiestan, por ejemplo, en la intervención de los tres poderes del Estado en la designación del Fiscal Nacional (arts. 85 de la CPR y 15 de la LOC del MP), así como en la facultad de la Corte Suprema de remover al Fiscal Nacional y a los Fiscales Regionales, y en la prohibición expresa al MP en general y a los Fiscales en particular, para ejercer funciones jurisdiccionales (arts. 83 de la CPR y 1° de la LOC del MP). Sobre el control político, procesal y jerárquico al que se sujeta el MP chileno, v. AGUILAR (2004) 109 y ss.; y HORVITZ (2005) T. I, 133 y ss.

<sup>117</sup> Cada Fiscal está sujeto al principio de dependencia jerárquica, v. CAROCCA (2005) 20, al integrar una organización cuyos miembros están ligados por lazos de jerarquía (arts. 83 de la CPR y 1° de la LOC del MP), y cuyo jefe superior, el Fiscal Nacional, tiene la Superintendencia directiva, correccional y económica del MP (art. 91 de la CPR).

del MP que impliquen no ejercer o degradar el contenido de la acción penal, si no se quiere que la autonomía y el carácter acusatorio de nuestro proceso penal se transforme en una excusa que encubra un actuar deliberadamente ilegal del MP que desatiende su deber de perseguir la responsabilidad penal -salvo que la ley lo libere de tal deber-, y de hacerlo conforme a la ley objetiva vigente. Mediante dichos controles se conseguirá y garantizará el respeto del principio de legalidad, en sus distintas dimensiones estudiadas en el capítulo pasado, y junto con ello se protegerá la exclusividad de la jurisdicción radicada en los tribunales para determinar los hechos y el derecho que sustentará –y legitimará– una sanción penal.<sup>118</sup>

A este planteamiento su suma la doctrina más autorizada, así Zagrebelsky<sup>119</sup> estima esencial el control del juez al concepto mismo de obligatoriedad de la acción penal; Delmas-Marty,<sup>120</sup> por su parte, postula que la obligación de perseguir penalmente tiene como corolario necesario el establecimiento de un instrumento de control que impida al MP sustraerse de él; Ortells Ramos,<sup>121</sup> expone que cualquiera sea el régimen de la potestad de acusar, reglada o discrecional, para garantizar que las decisiones sobre su ejercicio sean ajustadas a derecho, es necesario que

---

<sup>118</sup> Recordemos, siguiendo a PEREIRA (1996) 94-95, que la “la jurisdicción no es solamente una potestad, sino también un deber correlativo a la prohibición estatal de la autotutela y al ejercicio monopólico que el Estado hace de su ejercicio”. En Italia, la independencia que se concede al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal tiene por objeto, precisamente, garantizar que la acción penal sea realmente obligatoria y que las leyes sean iguales para todos, TRILLO (2008) 96. En Alemania se ha sostenido, al tratar el principio de persecución obligatoria, que el monopolio dado a la persecución para decidir a quien acusar requiere un mecanismo correctivo para asegurar que ninguna decisión arbitraria será hecha, BOHLANDER (2012) 25.

<sup>119</sup> ZAGREBELSKY (1990-93) 112.

<sup>120</sup> DELMAS-MARTY (2000) 453-454.

<sup>121</sup> ORTELLS (2000) 314.

se prevea una posibilidad de examen judicial de tales decisiones, lo cual, por otra parte, sería coherente con el control judicial general y pleno de los actos del Poder Ejecutivo y asimilados en un Estado de Derecho; Díaz Cabiale,<sup>122</sup> a su turno, indica que las facultades de naturaleza inquisitiva del juez en la etapa de instrucción, aunque sean indirectas o mediatas, sirven para hacer vigente el principio de legalidad que exige una actuación revisora de la decisión del MP acerca de ejercer o no la acción penal, y que por tanto, implica un juicio sobre el carácter completo o no de la actividad desplegada en la fase preliminar, así como la posibilidad de indicarle el deber de practicar ciertas actuaciones; y, Del Río,<sup>123</sup> cierra explicando que una verdadera preocupación por la restricción de la discrecionalidad penal supone imponer o reforzar la eficacia normativa de la ley penal, a través del sometimiento a ella no sólo del juez, sino también del órgano de la acusación penal pública, y con el debido control jurisdiccional de dicho sometimiento.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> DÍAZ (1996) 271.

<sup>123</sup> DEL RÍO (2009c) 126.

<sup>124</sup> A juicio de PIEDRABUENA (2000) 23-24, “el juez de control o de garantías debe estar ubicado en una posición superior al Ministerio Público, sea para autorizarlo para cualquier medida que afecte a los derechos constitucionales, sea incluso para ordenar que se complete la investigación o para disponer la reapertura de la instrucción”. Sobre el control procesal judicial v.t. RODRÍGUEZ (1997a) 165; y sentencia N° 88/91 del Tribunal Constitucional italiano, citada por DELMAS-MARTY (2000) 454-455, donde se recuerda la importancia del control del juez para prevenir la eventual inacción y las lagunas en las investigaciones y evitar que sus opciones en esta materia se traduzcan en un ejercicio (o no ejercicio) discriminatorio de la acción penal. Específicamente destacando la necesidad de dotar a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes del caso, entre otros, FERRAJOLI (2001) 36 y ss.; SCHÜNEMANN (2002) 296-297; y DEL RÍO (2010) 352. TRILLO (2008) 216, aboga porque un nuevo Código Procesal Penal español que atribuyese la instrucción al Ministerio Fiscal, contemple un sistema de recursos contra la inactividad del mismo ante hechos que cualquier ciudadano considere que pueden ser constitutivos de un delito y que sea, en caso de ser estimado tal recurso, un órgano judicial quien instruya la causa.

La obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, impedirá, por ejemplo, que las negociaciones puedan equipararse a una verdadera transacción como en el sistema angloamericano, lo que deriva a su vez en diversos límites: en primer lugar, de lo acordado y en segundo lugar, de la neutralidad judicial, ya que el juez debe controlar si el acuerdo se ajusta o no a la legalidad. Así sucede paradigmáticamente en Italia, pero asimismo en España o Portugal, cuyos textos procesales delimitan su ámbito objetivo de aplicación en torno a delitos y penas fijados previamente por la ley y sujetan su eficacia a la concurrencia de requisitos fijados pormenorizadamente.<sup>125</sup>

En sistemas regidos por el principio de legalidad, como el nacional, en la fase preliminar el órgano jurisdiccional tiene una duplicidad de funciones, unas veces *pro societate* y otras *pro reo*, que lo convierte en algo absolutamente distinto del carácter tradicional del juez en el modelo adversarial norteamericano, ya que por imperio del principio de legalidad, el órgano jurisdiccional estará directamente interesado en que donde existan indicios racionales de criminalidad se ejercite la acción penal, pues existe una preocupación en que se alcance la verdad.<sup>126</sup>

Demostración de la necesidad de los controles procesales comentados es que en el sistema de justicia criminal estadounidense, la amplia discreción del Fiscal en el ejercicio de la acción penal, sin

---

<sup>125</sup> ARMENTA (2012) 140.

<sup>126</sup> DÍAZ (1996) 289-292, precisando que la actuación del órgano jurisdiccional, aun en el modelo en que el MP sea el *dominus* de la fase preliminar del proceso, tiene dos parámetros obligados: revisión del ámbito de la actividad por el MP y revisión de la decisión de éste de archivar las actuaciones.

desatender sus raíces en aspectos de corte histórico y político,<sup>127</sup> hoy en día pervive en último término, al alero de la jurisprudencia constante de su Corte Suprema que ha desestimado la posibilidad de forzar al Fiscal a acusar contra su voluntad, fundándose principalmente en la doctrina de separación de poderes.<sup>128</sup> Es decir, las razones históricas y políticas sólo apuntan al origen de la discreción del MP en el sistema norteamericano, pero el verdadero puntal que ha permitido su conservación en el tiempo es precisamente la ausencia de un real control jurisdiccional, pues, como concluye Gershman,<sup>129</sup> la falta de control constituye una tentación demasiado fuerte para algunos Fiscales de cruzar la línea que separa el comportamiento ético del que no lo es, sobre todo cuando por medio de esta actitud se facilitan ciertos intereses personales, como el objetivo de ganar casos.

## **2.2. Principio acusatorio y controles procesales**

Lugar común en nuestra doctrina, jurisprudencia y operadores del sistema de justicia es oponer el principio acusatorio a todo control procesal, o intento de éste, dirigido a corregir o enmendar una transgresión del principio de legalidad por parte del MP consistente en el no ejercicio de la acción penal o en un ejercicio que se aparte de la ley

---

<sup>127</sup> v. BOVINO (1997) 35-79.

<sup>128</sup> v. GOLDSTEIN (1981) 53 y ss. Un examen de esta jurisprudencia también en CABEZUDO (1996) 29 y ss. Para un repaso actualizado de las dificultades que ha presentado el sistema norteamericano para atajar y remediar las arbitrariedades que se cometen durante la fase de instrucción por las Fiscalías federales o estatales, v. DAVIS (2007).

<sup>129</sup> GERSHMAN (1988) 64.

penal material.<sup>130</sup> Frente a tal oposición y sus fundamentos, nuestros tribunales han cedido espacio a la discrecionalidad del MP fuera de los acotados márgenes que la ley sí le reconoce, descuidando que nuestro ordenamiento, aunque innegablemente recepciona el principio acusatorio, no instaura un completo sistema acusatorio puro o adversarial, cuya equiparación no es absoluta y está lejos de una identificación. Por consiguiente, nuestros tribunales tienen campo de acción positiva para evitar tales vulneraciones al principio de legalidad sin riesgo de trastocar el principio acusatorio y sus precisas consecuencias al interior del proceso.

El fenómeno descrito, desde luego, no es exclusivo de nuestro sistema, sino que ya se ha reclamado, con razón, por algún autor foráneo, que en todos los códigos reformados, la apelación al *nomen* de los sistemas se ha convertido en un clásico, de manera que todos repiten la consabida apelación a las bondades del sistema acusatorio o adversarial, a modo de invocación que, sin más explicaciones, cierra cualquier juicio desfavorable en torno a su necesidad, o a sus posibles desventajas.<sup>131</sup> Complementando, se ha argumentado que cualquiera que sea la línea de razonamiento que se utilice, resulta empobrecedor reducir la cuestión a una disquisición teórica sobre el juego del principio acusatorio, el que no puede justificar por sí solo la configuración de una estructura procesal de una determinada manera.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Se resalta la incorporación del principio acusatorio al sistema procesal penal chileno como la nota más distintiva de la reforma procesal penal chilena en LÓPEZ (2005) T. I, 44.

<sup>131</sup> ARMENTA (2012) 10-11.

<sup>132</sup> DÍAZ (1996) 202)



Apoyar nuestra conclusión requiere primero delimitar de qué hablamos cuando nos referimos a principio acusatorio, y luego reafirmar que no todo control procesal destinado a salvaguardar la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en conformidad al derecho penal objetivo supone una lesión a aquel principio, y por consiguiente, que es un error parapetarse tras ese principio para justificar cualquier actuación discrecional del persecutor público y rechazar toda forma de control jurisdiccional.

### 2.3. Aclaraciones conceptuales

Compartimos con Montero Aroca<sup>133</sup> que en todos los ámbitos, incluso en el jurisprudencial, sólo hay imprecisión a la hora de determinar el significado del principio acusatorio, llegando a concluir este autor su inutilidad para la conformación del proceso penal.<sup>134</sup> Secundando al autor

---

<sup>133</sup> MONTERO (2008) 69-96, 84-85. MONTERO (2013) 32 y 34, agrega que en los últimos tiempos la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del órgano jurisdiccional y del proceso penal han pretendido centrarse en el llamado principio acusatorio, habiendo adquirido tal fuerza expansiva este pretendido principio que, a la postre, ha acabado por carecer de verdadero contenido específico, confusión que se habría reflejado en la jurisprudencia de los tribunales Constitucional y Supremo español, y en las leyes, principalmente al no distinguirlo del principio de contradicción.

<sup>134</sup> v. como ejemplo SCS, ROL N° 3.873-2011, de 18.07.2011: “(---)Es decir, [el JG como el TJOP] sólo pueden decretar y/o recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas y/o pedidas por los intervinientes, siendo la razón del veto a tal impulso o iniciativa probatoria el resguardo del deber de imparcialidad del juzgador -cuya contrapartida es un derecho para el imputado-, *con lo cual, se garantiza, a su vez, el carácter adversarial o contradictorio del actual proceso penal, que desde luego es una manifestación del principio acusatorio que informa nuestro sistema de enjuiciamiento criminal*” (la cursiva es nuestra). GUERRERO (2009) 62-64, describe esta indeterminación en la jurisprudencia española, antes y después de la Constitución de 1978; similar crítica sobre los usos restringidos o amplios del término acusatorio, en BACHMAIER (2008) 47; ILLUMINATI (2008) 135, 136, 141 y 150, desde una perspectiva probatoria; BURGOS (2012) 20, prefiere utilizar la expresión proceso acusatorio por sobre principio acusatorio, por la poca claridad de ésta en la doctrina y jurisprudencia; y AGUILERA (2008) 75-76, quien sostiene que, acusatorio ya no es un

citado, las categorías de principio, sistema o modelo acusatorio, que todos usan indistintamente, han sido manipuladas consciente o inconscientemente con ánimo interesado o simplemente con falta de rigor suficiente.<sup>135</sup>

Con el propósito de no perpetuar esta ambigüedad, perfilaremos correctamente el principio acusatorio y los frenos que conlleva para el control procesal jurisdiccional sobre la inactividad persecutora del MP, de manera que nos sirvan de guía y límite en el análisis y reflexión que emprenderemos en los tres capítulos siguientes. En este empeño trataremos sí de eludir la parcelación de corte histórico-cronológico recurrente en la doctrina europeo-continental y latinoamericana, que distingue entre procedimientos acusatorio puro, inquisitivo, y acusatorio formal, reformado o mixto, pues amén de dar lugar a una excesiva simplificación histórica y al olvido de los diversos grados de vigencia de estos grandes modelos respecto de los distintos segmentos de la sociedad, adolece de un parco poder explicativo del estado y características de los sistemas iusprocesales modernos, los que en un número importante pueden caracterizarse –a grandes rasgos- como mixtos, al residir la instrucción y acusación penal en manos públicas, pero distintas del órgano juzgador.<sup>136</sup>

---

término pluricomprendivo, sino omnicomprendivo, es una noción que lo ocupa todo, pero que, a la vez y paradójicamente, no significa nada.

<sup>135</sup> ARMENTA (2012) 20.

<sup>136</sup> BINDER (2004) 62 y ss.; BACHMAIER (2008) 29-33; BURGOS (2012) 22; ARMENTA (2012) 33-34, agrega que la mayoría de los modelos actuales confluyen en la adopción de un mecanismo cuya nota fundamental es renunciar al derecho al proceso, sea cual sea el sistema que siga su desarrollo; DÍAZ (1996) 207, por su parte, indica que el sistema acusatorio mixto o formal representa un número infinito de variables en cuanto que opciones entre los rasgos de lo que se entiende por acusatorio

Como se ha sugerido, es muy probable que la inicial dicotomía inquisitivo-acusatorio haya agotado su utilidad y que las categorías implicadas deban ser objeto de una necesaria revisión en cuanto a su significado, exhortándose a un acuerdo sobre las esencialidades y a renunciar al uso interesado de los sustantivos, alcanzando un mínimo consenso sobre las bases de un proceso justo.<sup>137</sup>

### 2.3.1. Principio acusatorio

Al asumir el Estado el derecho de penar, ya hemos referido que se abrió una nueva configuración de la pena, que se aleja de los fines de

---

e inquisitivo, siendo imposible crear un patrón. Para un acabado desarrollo histórico-político de dicha evolución, v. FLORIÁN (s.a.) 64 y ss.; ESMEIN (1913); FONTECILLA (1978) 33 y ss.; MAIER (1989) 17 y ss.; y BURGOS (2012) 17 y ss.

<sup>137</sup> ARMENTA (2012) 20, 169 y 284, agregando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado un camino de armonización de los procesos europeos, superando la dicotomía acusatorio-inquisitivo, y exigiendo la plena vigencia de la contradicción, no sólo en el juicio sino también en la instrucción, y recordando asimismo, la necesidad de garantizar la igualdad de armas. Postulando abandonar esa dicotomía y enfocar los problemas procesales desde las garantías procesales, BACHMAIER (2008) 12, 13, 32, 46 y 47; también BURGOS (2012) 13, 14 y 117, para quien el proceso justo, más que un modelo, es un derecho del justiciable en España, el que se ha abierto camino por vía de los llamados principios de procedimiento penal europeo, agregando que el modelo contradictorio constituye el punto de encuentro entre los tres grandes sistemas de proceso penal coexistentes en el derecho comparado: acusatorio, inquisitivo, acusatorio mixto; AMBOS/BOCK (2013) 11 y 14, exponen que los términos acusatorio e inquisitivo describen únicamente modelos ideales que, en estado puro, difícilmente existen en algún sistema jurídico, de manera que etiquetar a un proceso en términos generales como inquisitorio o acusatorio, resulta inevitablemente impreciso e ignora las diferencias entre sistemas, incluso cuando pertenecen a una misma tradición legal. Concluyen estos autores que no es importante determinar si una norma es acusatoria o inquisitoria, sino establecer si ésta sirve a los tribunales en la consecución de sus objetivos; y MONTERO (2013) 25 y 28, sostiene que la distinción entre sistemas procesales acusatorios e inquisitivos está basada en la incomprensión histórica y en un grave error conceptual, pues lo que la doctrina llama proceso inquisitivo no es un verdadero proceso, sino un sistema de aplicación del derecho penal típicamente administrativo, al no respetar los principios de dualidad de partes, contradicción e igualdad, que hacen a la esencia misma de la existencia del proceso.

satisfacción del derecho de venganza, y además reconfigura el proceso, donde la posición del Estado-juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, tuvo que adaptarse, de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en que el propio Estado no estaba implicado, a una construcción artificial, en virtud de la cual, la incorporación de un órgano como el MP permitió salvaguardar la imparcialidad judicial encomendando la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferentes y preservando de este modo el sistema acusatorio.<sup>138</sup>

Sin embargo, la pasividad que en la dirección material del proceso como en la formulación de la acusación pueda implicar el principio acusatorio en favor del interés en la imparcialidad del órgano jurisdiccional sentenciador, no supone afirmar la privatización del proceso, pues dicha pasividad ha cedido a la obligatoria actividad del MP en el ejercicio de la acción penal, cuya presencia como acusador público, justamente representa la vigencia del interés público que impide avistar una privatización que deje la tarea de perseguir los delitos en manos de los particulares.<sup>139</sup>

Es así como, siguiendo nuevamente a Del Río,<sup>140</sup> el principio acusatorio impondría solamente el cumplimiento de tres exigencias básicas, todas referidas a la introducción y fijación del objeto del proceso: a) no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad; b) no puede haber juicio oral (o

---

<sup>138</sup> ARMENTA (2008a) 16; y ARMENTA (2012) 24 y 125. Oo. MONTERO (2013) 33, postula que la regla de quien instruye no juzga, se deriva de la incompatibilidad de funciones y no guarda relación alguna con una pretendida imparcialidad objetiva del juez.

<sup>139</sup> DÍAZ (1996) 227-228.

<sup>140</sup> DEL RÍO (2009a) 77-78.

condena) si no hay acusación formulada por persona ajena al tribunal sentenciador; y, c) no puede dictarse sentencia por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada.

Armenta Deu,<sup>141</sup> por su lado, resume el principio acusatorio en una idea simple pero importante: “no hay proceso sin acusación”, que a su vez comprende otra idea: “quien acusa no puede juzgar”. En ese orden, los elementos esenciales del principio acusatorio serían dos: la necesidad de una acción previa para iniciar y continuar el proceso, y la exigencia de una separación estricta entre los órganos que ostentan la función acusadora y la enjuiciadora.<sup>142</sup> Con más detalles, la misma jurista<sup>143</sup> nos indica que el principio acusatorio abarca tres extremos: 1) la necesidad de una acusación que abra la fase enjuiciadora y sea sostenida a lo largo de esta fase por un órgano distinto del enjuiciador, 2) la congruencia entre acusación y sentencia, pues ésta no puede condenar por hecho

---

<sup>141</sup> ARMENTA (2010) 42. Para FLORIÁN (s.a.) 101, “si todo el material que debe servir al juez para formar su convicción y dictar la sentencia procede de las partes tenemos el principio acusatorio, según el cual el juez no puede proceder sino a consecuencia de una acusación presentada por otro órgano, público o privado”.

<sup>142</sup> ARMENTA (1991) 33; y ARMENTA (2013) 229, aclarando que dichas exigencias no comportan, sin embargo, que la contradicción y mucho menos la igualdad impere a lo largo de todo el proceso, singularmente en su fase inicial. DÍAZ (1996) 214-215, centra su esencia en la distinción entre las funciones acusadoras y las decisorias, que implica la instauración de un proceso de partes, adversarial, de adversarios o partes enfrentadas. v.t. DE LA OLIVA (1999) 43. Un sector de nuestra doctrina, a la siga de la tradición jurídica continental ya apuntada, encapsula en general los rasgos definitorios de lo acusatorio en torno a la separación de las funciones de acusar y juzgar, la exigencia de acusación previa al juicio, y la división del proceso en dos fases que se atribuyen a órganos distintos, v. HORVITZ (1994) 29; LÓPEZ (2005) T. I, 43; MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 91 y ss.; y, CASTRO (2010) 49 y ss.

<sup>143</sup> ARMENTA (2010) 43.

punible ni sujeto distinto del que fue objeto de aquélla,<sup>144</sup> y 3) la prohibición de *reformatio in peius*.<sup>145</sup>

Montero Aroca<sup>146</sup> además da la debida centralidad al principio acusatorio en tanto elemento de existencia del proceso, señalando que la noción de proceso sólo puede existir si el juez no asume funciones propias de las partes acusadoras (ni de la defensa), pues esa asunción es contraria, no sólo a la imparcialidad, sino a la propia esencia de lo que es el proceso. Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso.<sup>147</sup>

Por tanto, fundamentalmente el principio acusatorio realiza una distribución de poderes que se evidencian y despliegan en la etapa del juicio, impidiendo que quien acusa y juzga sea una misma persona, lo cual, para compatibilizarse con el principio de oficialidad, ha requerido que Estado asuma tanto la tarea de acusador como la del juez, pero separando esas funciones en dos autoridades estatales distintas, es

---

<sup>144</sup> De manera similar en cuanto a la esencia del acusatorio y sus consecuencias, AGUILERA (2008) 76. Al respecto, destaca y explica la SCA de Stgo., ROL N° 2.758-2009, de 01.10.2010, que: “la relación entre acusación y derecho de defensa regla en un sistema acusatorio, como aquel que rige en nuestro país, para condenar se debe dar conocimiento de manera amplia y previa al imputado el contenido completo de la acusación, de forma tal que el enjuiciado tenga oportunidad de defenderse de todos y cada uno de los cargos que se le formulan.”

<sup>145</sup> DÍAZ (1996) 209, coincide en los tres rasgos enunciados del sistema acusatorio.

<sup>146</sup> MONTERO (2008) 74 y 91. Igualmente SCHMIDT (2008) 194, califica el principio acusatorio como el fundamento de nuestro derecho procesal vigente.

<sup>147</sup> En igual sentido, DEL RÍO (2009a) 71-72. Para FLORIÁN (s.a.) 85-86, la presencia de un órgano regular de acusación y la intervención de la defensa, constituyen junto a la existencia de un órgano jurisdiccional y una relación concreta de derecho penal, los presupuestos procesal penales o elementos indispensables para que surja un proceso *in genere*.

decir, una autoridad de acusación y un tribunal. Esto es lo que se conoce como principio acusatorio formal”.<sup>148</sup>

Lo dicho es suficiente para advertir que el fundamento-fin del principio acusatorio yace en la necesidad de garantizar al justiciable la imparcialidad del órgano encargado de su enjuiciamiento,<sup>149</sup> garantía que como alguna doctrina ha subrayado, es una metagarantía de jerarquía axiológica superior, pues opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales.<sup>150</sup> La imparcialidad, –entendida como ausencia de interés por las partes o en el resultado del proceso<sup>151</sup>- se constituye, en definitiva, como un derecho fundamental de los intervinientes en el proceso penal, en tanto es un principio rector de la actividad y actitud jurisdiccional, que supone una suerte de elección acerca de ciertos atributos que deben poseer los ciudadanos a los que la sociedad les encomienda la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.<sup>152</sup>

Despejado el fundamento-fin del principio acusatorio, como enseña Del Río,<sup>153</sup> resultará fácil colegir que este principio tiene apoyo

---

<sup>148</sup> LÓPEZ (2005) T. I, 44.

<sup>149</sup> DEL RÍO (2009a) 71 y ss. La distribución de funciones impuesta por el principio acusatorio es considerada actualmente una garantía individual implícita en el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, así el Tribunal Constitucional español resolvió en la ya célebre sentencia 145/1988, de 12 de julio, que la acumulación de las funciones instructora y decisora es contraria al derecho al juez legal imparcial como al principio acusatorio, que se encuentra implícito en el derecho constitucional a un “proceso con todas las garantías”, v.t. LÓPEZ (2005) T. I, 44.

<sup>150</sup> BOVINO (1998) 31-32. v.t. MERCEDES (2004) 209 y ss., y MORENO/CORTÉS/GIMENO (1997) 256.

<sup>151</sup> GUERRERO (2009) 50.

<sup>152</sup> GUERRERO (2009) 50.

<sup>153</sup> DEL RÍO (2009a) 74-76. Además deben mencionarse los arts. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de

constitucional en el derecho chileno en el art. 19 N° 3 inc. 6° de nuestra Carta Máxima, que consagra el derecho a un proceso justo, y que recoge según es unánime nuestra doctrina, la garantía de imparcialidad del órgano jurisdiccional.<sup>154</sup>

A continuación debe insistirse que, junto con salvaguardar distintos principios que se entienden esenciales, entre los que cabe destacar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, el sistema acusatorio penal también se sustenta en el carácter público del interés tutelado, y es precisamente para la protección del interés social y público existente en el proceso penal, el que opera el principio de oficialidad.<sup>155</sup>

En todo caso, inclinarse por una configuración acusatoria del proceso no lleva consigo todavía una determinación para tomar en cuenta consideraciones de oportunidad frente a un hecho punible.<sup>156</sup> Ya ha escrito Ferrajoli<sup>157</sup> que el nexo entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal responde sólo a un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal, que no se justifica al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general no sólo de las venganzas sino asimismo de los delitos. Por el contrario, asevera

---

Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho a un juez imparcial, derechos recepcionados en Chile vía art. 5, inc. 2°, de la CPR.

<sup>154</sup> EVANS (1999) 146; FERNÁNDEZ (2006) 79; CHAHUÁN (2007) 24; CAROCCA (1997) 191, acota que ésta constituye una garantía cuyo reconocimiento resulta difícil encontrar en la CPR, situándola en el derecho a ser juzgado por el tribunal predeterminado por la ley, que incluiría la prohibición a ser juzgado por cualquier organismo que no reúna las características esenciales de aquéllos, entre las que se halla la imparcialidad.

<sup>155</sup> DÍAZ (1996) 216.

<sup>156</sup> GOLDSCHMIDT (1935) 73.

<sup>157</sup> FERRAJOLI (2001) 567 y ss.



este autor que el modelo teórico acusatorio “comporta, lógicamente y funcionalmente, el principio opuesto de la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos, bien se prevea como exclusiva o, por el contrario, en concurrencia con formas más o menos amplias de acción popular y voluntaria”.<sup>158</sup>

En consonancia, Armenta Deu<sup>159</sup> ha criticado el que se suela predicar del proceso acusatorio todo aquello que corresponde a uno informado por el principio dispositivo, y se acabe defendiendo que es más acusatorio el proceso que más coarta la actividad jurisdiccional, sin distinguir si ésta se proyecta sobre el objeto del proceso o si se realiza sobre otros aspectos en torno a los que debe calibrarse el peso del interés público en juego, con una única explicación posible para ello, la errónea identificación entre acusatorio y adversarial, volviéndose de ese modo, consciente o inconscientemente, al origen privado de la acusación de configuración adversarial.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Descartan también como necesaria la dualidad acusatorio-discreción, entre otros, CLARÍA (s.a.) 231; ANDRÉS (1990-93) 49-50; ARMENTA (1991) 187; ARMENTA (1995) 37; ANDRÉS (1998) 466; AGUILERA (1998) 246; y DE LA OLIVA (1999) 40. Posición adversa plantean LYNCH (2002) 1246; DUCE/RIEGO (2002) 280-281; LANGER (2004a) 21; LANGER (2004b) 258; y, DUCE/RIEGO (2009) 289 y ss. Asimismo, como la historia demuestra, es perfectamente posible aplicar un sistema procesal, como el acusatorio, a Códigos Penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos como los retributivos o los de prevención general, ARMENTA (2008a) 14.

<sup>159</sup> ARMENTA (2012) 34 y ARMENTA (2013) 230. En la misma línea, ILLUMINATI (2008) 160, ha señalado que los procedimientos consensuales no constituyen un elemento característico o distintivo del modelo acusatorio, aunque habitualmente se encuentren presente en los sistemas que representan ese paradigma.

<sup>160</sup> Así por ejemplo, AMBOS/BOCK (2013) 12, exponen que en los procesos acusatorios, que serían propios del *common law*, el juez tiene un papel pasivo de decisor imparcial, que asegura que se observen las normas procesales, pero no interviene en el proceso de determinación de los hechos; DEL RÍO (2009a) 81-82, agrega que la corriente doctrinaria que considera la imparcialidad del juzgador como neutralidad o pasividad ante el objeto del proceso, y que sobre esta base ha venido

Refuerza esta conclusión el que la concepción acusatoria del proceso penal no atiende a la naturaleza del interés en juego, a la salvaguarda del *ius puniendi*, sino que sea una forma de concebir el proceso que mira fundamentalmente a valores relacionados con el imputado, esto es, deriva de un concepto dualista del proceso que reconoce en él tanto el derecho de la sociedad como el del acusado, de modo tal que se podrá construir un proceso todo lo adversarial que se desee hasta el momento en que se entienda que sin perjudicarse el concepto de imparcialidad construido, los intereses de la sociedad impiden extremar la concepción dialéctica del proceso.<sup>161</sup>

En conclusión, no todo control jurídico-procesal sobre la actividad persecutora del MP, y en lo que nos interesa ahora, recaído en la ausencia de dicha actividad, es incompatible con el principio acusatorio, pues éste no supone del órgano jurisdiccional una total inactividad en la etapa de instrucción o preliminar,<sup>162</sup> y es más, en diversos ordenamientos, como el español, son los propios tribunales los que se

---

sosteniendo la necesidad de sustituir el principio de oficialidad de la prueba por el de aportación de parte, corresponde al sistema conocido como acusatorio puro o adversarial de origen angloamericano.

<sup>161</sup> v. DÍAZ (1996) 215, 216, 364.

<sup>162</sup> Aclara FLORIÁN (s.a.) 102, que “no es imaginable una forma acusatoria en la que las partes no tengan poderes instructorios; pero sí es imaginable que los tenga el juez.” Discrepamos por tanto de SALAS (2009) 25, quien equipara la función del JG con la del juez civil en cuanto a su pasividad, y de LÓPEZ (2005) T. I, 42, al ver como uno de los rasgos característicos de nuestro actual proceso penal a la absoluta pasividad del juzgador durante las etapas de investigación y juicio oral. Una visión crítica respecto a la igualación que realiza el sistema procesal estadounidense entre imparcialidad y pasividad, así como la utilización del sistema acusatorio como excusa para la pasividad judicial, en PIZZI (2004) 169 y 174.

hacen cargo de esta etapa del proceso, sin por ello vulnerar el principio acusatorio.<sup>163</sup>

En esa línea, Del Río<sup>164</sup> puntualiza que si se ciñe el principio acusatorio a la introducción de los hechos esenciales por el acusador, debiéramos aceptar el poder de aportación de prueba del juez, ya que no produciría ninguna vulneración del mentado principio en tanto la aportación de prueba se produzca respecto del objeto del proceso y del debate previamente introducidos por sujetos procesales ajenos al juzgador.

Por ende, si en nuestro sistema se ha optado por entregar la dirección de la investigación al MP y dejar al órgano jurisdiccional sólo como garante del respeto de los derechos de todos los intervinientes en esa fase del proceso, y en especial del individuo investigado, ello no es manifestación del principio acusatorio, sino más bien de la extensión del esquema *actus trium personarum* propio del juicio a la etapa preliminar<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Un completa y lograda defensa de esta tesis en DIAZ (1996) 466 y ss.; BACHMAIER (2008) 26, sostiene que la presencia de un órgano judicial en la fase de investigación del hecho delictivo no tiñe de rasgos inquisitivos el proceso penal español; ARMENTA (2008b) 110, defiende que la esencialidad del acusatorio no exige que instruya el fiscal. En España se ha sostenido la constitucionalidad de la instrucción judicial, no obstante no ser ésta una actividad jurisdiccional, v. ORTELLS (1994) 479; RUIZ (1995) 77-78; GIMENO (1999) 338-339; GÓMEZ (1999) 150 y ss.; y MORENO (1999) 87-88. Sobre este asunto en el sistema alemán, v. GÓMEZ (1985) 74. Respecto a Italia, diversos casos de impunidad por la falta de iniciativa del fiscal, condujeron a la Corte Suprema a decidir incrementar las facultades judiciales en algunos supuestos, v. ARMENTA (2008b) 117, lo que demuestra que la continua supervisión del juez sobre el proceder del Ministerio Público, no impide calificar como acusatorio ese sistema, v. ILLUMINATI (2008) 158-159; en Argentina, v. BINDER (1993) 80; CAFFERATA (2000) 77-79; y, MAIER (2003) 43; y en el ámbito nacional OTERO (2000) 62.

<sup>164</sup> DEL RÍO (2009a) 79.

<sup>165</sup> Estructura representada usualmente como un triángulo equilátero o isósceles, con el juez ocupando el vértice superior, y las partes ocupando en el mismo nivel los dos vértices inferiores. v. DUCE/RIEGO (2009) 96-97. En DUCE/RIEGO (2000) 90, se

con el objeto de quitar al órgano jurisdiccional el autocontrol propio de la etapa sumarial del anterior procedimiento penal, en el que éste controlaba y autorizaba su propia actividad investigativa que pudiera afectar los derechos individuales del imputado o terceros.<sup>166</sup> Si se quiere, hay una extensión de algo más vago e inasible, como lo “acusatorio”, idea con la que se alude a una contienda entre partes que será dirimida por un tercero que se mantiene equidistante de ellas, es decir, un concepto basado en la neutralidad judicial.<sup>167</sup> Pero esta neutralidad, entendida como pasividad,<sup>168</sup> deberá ser permanentemente abandonada por el tribunal por mandato de la propia ley –ya sea de su texto o de los principios que ella alberga-, al igual que la equidistancia que ella le da de los intervinientes, y que singulariza a los sistemas acusatorios puros,

---

añade que este modelo de instrucción es bastante cercano a una idea tripartita de procedimiento, al menos desde que la investigación está judicializada.

<sup>166</sup> Sobre el principio de prohibición de autocontrol, v. SOTO (1994) 148-149; BARROS (1994) 75; RUSCONI (2000) 104-106; DUCE/RIEGO (2002) 109 y 111; BOFILL (2005) 48; CHAHUÁN (2007) 20; y DUCE/RIEGO (2009) 115. Respecto a la necesidad de trasladar el esquema acusatorio a la etapa de instrucción, a fin de asegurar la imparcialidad del juez, v. MAIER (1993) 42-43; BINDER (1995) 186; HORVITZ (1997) 112; BOVINO (1998) 7; MORENO (1999) 89; GÓMEZ (1999) 135; GANDULFO (1999) 423-424; SOLARI (1999) 481; CAFFERATA (2000) 136 y ss.; ORTELLS (2000) 33; BINDER (2000) 98; BINDER (2004) 239; y DUCE/RIEGO (2009) 105. v.t. la exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y el examen a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este punto en DELMAS-MARTY (2000) 35, 43-44. Para los iusprocesalistas que centran el principio acusatorio en la diferenciación entre quien investiga-acusa y quien juzga, ese principio no puede ser llevado a la instrucción, esto es, a todas las fases del proceso penal, porque en dicha fase del proceso aún no se ha interpuesto formalmente la acusación, por todos ellos, y comentando jurisprudencia constitucional, v. MARTÍN (2005) 362-363, quien sostiene que en caso contrario se establecería en el procedimiento preliminar una “estructura acusatoria”. En ese orden de ideas, GÓMEZ (2001) 32-33, explica que como se ha entendido el principio acusatorio en la doctrina científica y jurisprudencial española, la instrucción por parte el juez no es incompatible con el modelo de proceso acusatorio.

<sup>167</sup> GUERRERO (2009) 109-110. v.t. BUSTOS (1994) 363; DE LA OLIVA (1999) 49; HORVITZ (2005) T. I, 123 y 197; y ARMENTA (2012) 22.

<sup>168</sup> GUERRERO (2009) 50.

adversariales o también llamados contradictorios, como el norteamericano,<sup>169</sup> entre otros tantos motivos, para asegurar la vigencia del principio de legalidad.<sup>170</sup> Desde luego tal apartamiento será legítimo mientras no afecte la imparcialidad del órgano jurisdiccional para decidir.

Es decir, la propia vigencia del principio de legalidad requiere la existencia de un juez interesado en la legalidad de la contienda que se le plantea y que, por tanto, tendrá que revisar las actuaciones llevadas a cabo por las partes hasta un momento determinado en el que de producirse esa revisión, quedaría comprometida su imparcialidad.<sup>171</sup>

Sentadas estas premisas se hace patente que el ordenamiento jurídico chileno padece de una grave incoherencia, puesto que mientras en el proceso penal se elimina la iniciativa del juez penal casi totalmente bajo el argumento de la neutralidad, al mismo tiempo quedan vigentes las normas del proceso civil que permiten una importante iniciativa probatoria, tanto de carácter permanente durante la sustanciación del

---

<sup>169</sup> v. GUERRERO (2009) 42-43.

<sup>170</sup> GUERRERO (2009) 47 y ss., explica que el juez será más o menos pasivo o más o menos neutral dependiendo de la necesidad que tenga de defender, en mayor o menor medida, la legalidad. Agrega este autor que, en los sistemas continentales, como el italiano y el alemán, la neutralidad del juez resulta matizada; así en el primero de ellos la neutralidad convive con una concepción que no desvaloriza al principio de legalidad y el de la búsqueda de la verdad. Por esta razón, si bien la instrucción tiene características parecidas a las del sistema anglosajón –atribuyéndose al Ministerio Público-, permite sin embargo al órgano judicial que conoce en la causa realizar cierta actividad de oficio en torno a la prueba. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 26 de marzo de 1998, N° 111, explica que a pesar de que en el sistema procesal italiano la actividad del juez está regida por la neutralidad, ello no obsta la aplicación de los principios de legalidad y de búsqueda de la verdad, ya que la consecución de una decisión justa así lo requiere. Como sostiene ILLUMINATI (2008) 145-146, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal no es, de por sí, contraria a la estructura acusatoria del proceso.

<sup>171</sup> DÍAZ (1996) 240.

proceso, como de tipo residual en el caso de las denominadas medidas para mejor resolver, las que en su conjunto son notoriamente más amplias que la iniciativa en materia de prueba del juez penal. Esta incoherencia obedecería a un exceso ideológico del utilitarismo eficientista del proceso, el cual ha encontrado terreno abonado en la doctrina nacional y nuevos legisladores.<sup>172</sup>

### **2.3.2. Sistema acusatorio**

Es común notar desde hace un tiempo, la confusión del principio con el sistema cuando se habla de lo acusatorio o, si se quiere, de los criterios que determinan inexorablemente los rasgos básicos del proceso penal con los que aconsejan que éste adopte una determinada configuración.<sup>173</sup> Muchas de las características que se predicen del sistema acusatorio son hoy reconocibles en gran parte de los procesos de las sociedades democráticas actuales a modo de principios, características que aun con variaciones, constituyen un patrimonio común que se asienta en las leyes procesales penales, sobre todo, a partir de las convenciones internacionales sobre derechos humanos y la proclamación universal de las garantías mínimas del ciudadano frente a la administración de justicia penal. Este acervo común está edificado, entre otros, por la publicidad del juicio oral, la contradicción en las alegaciones y en la práctica de la prueba, el derecho inviolable a la defensa, la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia, que constituyen un

---

<sup>172</sup> DEL RÍO (2009a) 83.

<sup>173</sup> AGUILERA (2008) 76.

elenco de principios y derechos, cuya salvaguarda sería el mínimo común denominador para un proceso justo.<sup>174</sup>

El principio acusatorio, en buenas cuentas, no es más que uno de tantos otros que nutren el sistema acusatorio, el que regula aspectos bien específicos de éste, a saber, separación de las funciones de acusación y de enjuiciamiento, las que se atribuyen a órganos distintos y, por tal motivo, la acusación es planteada en juicio por un agente distinto del juez. El sistema acusatorio, en cambio, importa la vigencia de principios procesales y la aplicación de reglas relativas tanto a la sustancia como a la configuración externa del proceso penal, y no se conforma con la separación acusador-juzgador ni con la imparcialidad en el enjuiciamiento a que éste atiende.<sup>175</sup> El sistema procesal acusatorio supone una gama de principios y reglas que debidamente conjugadas dan por resultado la configuración total del proceso.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> ARMENTA (2012) 20-21. v.t. GUERRERO (2009) 118. Distintos caracteres han sido enunciados como fundamentales al proceso acusatorio por BETTIOL (1977) 279; ANDRÉS (1998) 465-466; FERRAJOLI (2001) 564 y 567; CHAHUÁN (2007) 9-10; y DUCE/RIEGO (2009) 36. El carácter acusatorio del proceso, incluso ha recibido consagración constitucional, por ejemplo, en Los Estados Unidos Mexicanos, cuya Constitución Política, en su art. 20 señala que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. MONTERO (2013) 32 y ss., explica que aun cuando no se recoge de modo claro la garantía jurisdiccional en la Constitución española, sí asume ésta una serie de garantías que denomina derecho constitucional jurisdiccional

<sup>175</sup> DE LA OLIVA (1999) 42-43. FLORIÁN (s.a.) 66, nos explica que aunque “históricamente el proceso acusatorio alcanza su mayor esplendor cuando se le reanima con la publicidad y la oralidad, que le prestan elevación necesaria y lo caracterizan como proceso contradictorio, público y oral”, estos caracteres, aunque importantes, son accesorios, no suficientes para diferenciar típicamente la forma acusatoria de la inquisitiva, estando dada la distinción entre ellas por la distinta distribución de las funciones de acusar, defensa y decisión.

<sup>176</sup> v.t. AGUILERA (2008) 77; ARMENTA (2008a) 83 y ss.; y ARMENTA (2013) 229, n. 3, señalando aquí, que la división en dos fases –instructora y decisoria- salvaguarda

Consecuentemente, si el órgano jurisdiccional efectúa, por ejemplo, un prolijo y proactivo control sobre erróneas decisiones del MP de no investigar o de sobreseer definitivamente una investigación, y evita que con ello se frustre el principio de obligatoriedad de la acción penal que rige el actuar de dicho organismo, con ello no se conmueve el principio acusatorio, y nada más podría ser necesario que el tribunal, antes y durante dichos controles procesales, cuide de no afectar los principios de oralidad, publicidad, inmediación, imparcialidad, contradicción o audiencia, defensa, etc., que conformarían un sistema acusatorio moderno. Bien sentencia Bovino<sup>177</sup> que cualquier mecanismo de control que se adopte para asegurar el principio de legalidad no puede desconocer o reducir el valor de intereses considerados más valiosos, de manera que si uno de esos mecanismos impide la actuación imparcial del juzgador, debe ser desestimado, pues la imparcialidad es un valor que tiene mayor jerarquía normativa que la del principio que establece la obligación de perseguir todos los hechos punibles.

---

la esencialidad del sistema acusatorio, para diferenciarlo del principio acusatorio, que incidiría primordialmente en el derecho de defensa y el derecho a conocer de la acusación formulada. Otro autores, como QUINTERO (2010) 14-15, y n. 10, se refieren a “principios acusatorios” para denominar a los principios del sistema acusatorio, entre los que incluye, como es usual, los de legalidad, igualdad, derecho de defensa, imparcialidad e independencia del juzgador, *non bis in ídem*, y por cierto, el propio principio acusatorio.

<sup>177</sup> BOVINO (1998) 19.



## **SEGUNDA PARTE**

### **PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y SU ACTUACIÓN EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO PENAL**

## CAPÍTULO 3

### ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN EL INICIO Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Introducción

La investigación puede iniciarse ya sea por denuncia, por querrela o de oficio por el MP (art. 172 del CPP), y en ese momento, “cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley” (art. 166, inc. 2º, del CPP).<sup>178</sup> Esta promoción de la persecución mediante las indagaciones preliminares, está sometida a las exigencias de racionalidad y justicia propias del procedimiento judicial, conforme se determinó por el constituyente con la reforma al art. 19 N° 3 inc. 5º (actual inc. 6º) de la CPR –mediante Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997-, la cual buscó sujetar las pesquisas de la Fiscalía también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> Sobre las formas de inicio de la investigación, v. VALDÉS (2010) 171 y ss; MEDINA/MORALES/DORN (2007) 225 y ss.; y, AGUILAR (2004) 281 y ss.

<sup>179</sup> Segundo Informe de la Comisión del Senado. Según se dejó constancia en el mismo documento, la indicación también se justificó, porque, dado que la Constitución

En cuanto a los deberes del MP en la iniciación de la persecución criminal y, en particular, en la dirección de la investigación penal que consagra el art. 83 de nuestra Ley Suprema, el Tribunal Constitucional nacional ha sentenciado que esa actividad “lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado [“dirigirá”] y del mandato contemplado en el artículo 6º de la Carta Fundamental. Lo anterior significa que el MP, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal”.<sup>180</sup> En la misma dirección, se ha precisado que las atribuciones que la ley confiere al MP en la dirección de la investigación, implica que éste “se hace responsable de que la investigación sea realizada y de sus resultados. (---) en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de que ésta sea llevada adelante o se realice”.<sup>181</sup>

---

no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el MP; como explica AGUILAR (2004) 11, la racionalidad y justicia de la investigación es un requisito de la legalidad del juzgamiento; PIEDRABUENA (2000) 64, añade que si una ley da facultades amplias al Fiscal y éste las ejerce en forma contraria a la razón y a la justicia y si al hacerlo conculca alguna de las garantías constitucionales, la jurisdicción ordinaria tiene facultad para restablecer el imperio del derecho, sea a través de los recursos de protección o de amparo u otra vía jurisdiccional; v.t. MEDINA/MORALES/DORN (2007) 244, quienes, pese a la exclusividad y discrecionalidad de la investigación dirigida por el MP, niegan que pueda ejercerse de manera arbitraria. Nuestra Corte Suprema, en SCS, ROL N° 2.693-2005, de 03.08.2005 por su parte, ha señalado que la investigación que inicie el Fiscal después de haber tomado conocimiento de un hecho ilícito, debe informarse “por criterios de transparencia, objetividad y profesionalismo”.

<sup>180</sup> STC, ROL N° 815-07, de 19.08.2008 (cons. 26º).

<sup>181</sup> DUCE/RIEGO (2009) 136; BURGOS (2012) 55, señala que una instrucción seria, objetiva y rigurosa es requisito imprescindible para alcanzar los fines del proceso

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

---

penal; en SCA de Arica, ROL N° 137-2012, de 04.06.2012 se ha declarado que: “(---) si bien el Ministerio Público tiene como prerrogativa exclusiva, dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, tal como lo consignan los artículos 83 de la Constitución Política, 3º del Código Procesal Penal y 1º de la Ley 19.640, dicho cometido debe llevarse a cabo en la forma prevista por la Constitución y las leyes y una vez que se produce el completo y eficaz agotamiento de la investigación, a cargo en forma exclusiva del Ministerio Público, el Fiscal de aquella, está en condiciones de tomar alguna de las tres alternativas que contempla el artículo 248 del citado Código Procesal Penal (---)”.

apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>182</sup>

Hay que hacer notar que los categóricos términos del art. 166 del CPP antes reproducido, tienen la ventaja de despejar interpretaciones como las promovidas en el sistema francés, en el cual, al disponer el art. 40.1 de su Código Procesal Penal que “el Ministerio Público recibe las denuncias y quejas y aprecia el procedimiento a darles”, se ha entendido que ese “procedimiento a dar” podría no ser la apertura de la instrucción y la iniciación de un proceso penal, de lo cual incluso algunos autores han deducido la consagración del principio de oportunidad.<sup>183</sup> A una conclusión semejante se ha pretendido arribar por algunos estudiosos españoles,<sup>184</sup> al proponer que, al prescribir el art. 105 de la Ley de

---

<sup>182</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29.07.1988, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (cons. 177º). La doctrina sentada en este caso ha sido reiterada en el caso Godínez Cruz vs. Honduras de 20.01.1989 (cons. 187º y 188º), y en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras de 15.03.1989 (cons. 152º). Un examen crítico de esta jurisprudencia en SILVA (2008) 159 y ss. El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha dictaminado que la falta de toda instrucción priva al perjudicado de la garantía a la tutela judicial efectiva constitucionalizada en el art. 24.1 de la Constitución, y agrega que esta garantía comprende el derecho a que el juez de instrucción realice la investigación que el caso requiera. Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad, y la trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el art. 24.1 queda satisfecho (sentencia 1/1985, Sala 2ª, de 9 de enero).

<sup>183</sup> Así DELMAS-MARTY (2000) 328.

<sup>184</sup> Por ejemplo, v. CONDE-PUMPIDO (1989) 302-303. GIMENO (1999) 132, agrega que ese precepto autoriza, siempre y cuando lo exijan los intereses protegidos por el art. 124.1 de la Constitución española -esto es, el interés público o los derechos de los ciudadanos que, en el proceso penal hay que circunscribir a los derechos del imputado y de la víctima- a que el Ministerio Fiscal pueda manifestar su acuerdo a una conformidad, instar un sobreseimiento o retirar una acusación.

Enjuiciamiento Criminal española que “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes”, tampoco la ley es tan absoluta en la imperatividad de la acusación, pues en el juicio de aquella procedencia se estimará no sólo si se dan o no en el caso concreto todos los elementos fácticos que integrarían el tipo penal o los indicios que permiten señalar a una persona concreta como responsable de tal delito, sino también la valoración de los elementos que la ley señala para hacer uso de una suspensión condicionada de la acusación o una abstención de la misma.

Aunque como ya hemos referido, los términos usados por el citado art. 166 debieran en teoría excluir una introducción general de la discrecionalidad en las decisiones de iniciar, impulsar, y concluir las investigaciones de los delitos conocidos, lo cierto es que es el modo en que se ejerce la acción penal por el MP a través de sus prácticas discrecionales lo que puede de todas formas poner en duda una investigación con visos de éxito para enfrentar un juicio oral.<sup>185</sup> Así es como han sido bien tratados por diversos autores<sup>186</sup> los corolarios que para una investigación -y consiguiente acusación- conlleva dejar transcurrir largo tiempo desde la denuncia, o recoger las pruebas mucho después del hecho, así como la incontrolable elección que se hace

---

<sup>185</sup> Comparte esta apreciación MERA (2004) 245. En contravención formal al precepto comentado arriba, autores como PEREIRA (2009) 432, sostienen que “la investigación a cargo del Ministerio Público está regida por el principio de oportunidad y no por el de legalidad”; MEDINA/MORALES/DORN (2007) 253-254, a su turno, desprenden de los arts. 180 y 181 CPP que “la investigación es discrecional en el sentido de que es al fiscal al que le corresponde señalar el carácter y extensión de las diligencias que ordena (---)”.

<sup>186</sup> Por todos, v. ZAGREBELSKY (1990-93) 118.

indispensable tomar por el MP entre sus múltiples investigaciones atrasadas, para dar impulso a unas sobre otras más allá del mero criterio cronológico.<sup>187</sup> Así, se ha manifestado que mucho de lo que pasa en el juicio habrá sido determinado en un grado importante y casi siempre de un modo irreversible en la etapa previa al juicio por la investigación de la policía, la persecución, el examen previo al juicio y algunos veces también la defensa. La evidencia no reunida antes del juicio es usualmente extremadamente difícil de rastrear y obtener después.<sup>188</sup>

Dicho de otra manera, si se han asimilado las potestades de que gozan las autoridades del MP para organizar y distribuir su personal a fin de instar por la eficiencia de la persecución,<sup>189</sup> fácilmente se captará que aquéllas indirectamente podrán abortar o diluir el principio de obligatoriedad respecto de un sector determinado de la población o en relación a un área específico de la criminalidad, destinando mayores recursos humanos y técnicos a lograr la sanción de una específica gama de delitos o delincuentes, por sobre otros, de manera que la investigación y sanción respecto de aquéllos sea efectiva y oportuna, mientras que la de éstos pueda no producir resultados o los consiga tardíamente. Es así, como respecto del sistema español, se ha entendido por un sector de la doctrina que aun cuando el sometimiento del Ministerio Fiscal al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal implica, en teoría, que su actuación no debiera guiarse por consideraciones de política criminal en virtud de las cuales se persiga más intensamente unos determinados

---

<sup>187</sup> Igual preocupación manifiesta DELMAS-MARTY (2000) 452-453.

<sup>188</sup> BOHLANDER (2012) 67.

<sup>189</sup> v. arts. 32 letra f), 39 y 40 de la LOC del MP; SILVA (2004) 30-31; y, OBERG (2010) 51.

delitos en detrimento de otros, la realidad del sistema hace necesario que el órgano centre su actuación en aquellos en cuya persecución está más directamente implicado o afectado el interés público.<sup>190</sup>

No desdeñando tampoco la desproporción entre el exorbitante número de denuncias que ingresan al sistema de persecución y la cantidad de funcionarios públicos encargados de su investigación y persecución, los criterios de priorización que se implementen por el MP deben reflejar motivos jurídicamente racionales, destacando frente a cualquier otro, la privación de libertad que afecte al sindicato como hechor, circunstancia que por lo demás obliga ponderar el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>191</sup> y, por el contrario, desestimando pautas antojadizas que no atiendan a la mayor gravedad o dañosidad del ilícito en la comunidad (ya sea por la forma organizada de su comisión, por el abuso de la función pública que desempeñe su autor, por la peligrosidad evidenciada por éste, etc.), sino que privilegien exclusivamente la represión de delitos de fácil investigación y prueba en juicio. En cuanto a esto último, Cafferata Nores<sup>192</sup> habla de un fenómeno de “priorización inversa” por el que el sistema judicial trata primero lo más leve y fácil de investigar y deja para después (es decir “para nunca”) lo más grave y más complejo. Agreguemos nosotros que con ello se corre el riesgo de incurrir, a la postre, en los mismos vicios del sistema de justicia que se buscó superar, el cual era criticado en este aspecto, por ser

---

<sup>190</sup> MARTÍN (2005) 344.

<sup>191</sup> El art. 276 del Código Procesal Penal de Portugal indirectamente fija este criterio de priorización, al establecer un plazo máximo de duración del *inquérito* de 6 meses en caso de que hubiere imputados detenidos o con obligación de permanecer en su domicilio y de 8 meses si no los hubiera.

<sup>192</sup> CAFFERATA (2000) 31.



eficiente sólo con infractores leves y no con los que más preocupan a la sociedad.<sup>193</sup>

### **3.2. Archivo provisional y facultad para no iniciar investigación**

Nuestro legislador no puso sobre los hombros del MP la titánica tarea de *fiat iustitia et pereat mundus*, y por ello lo dotó de las herramientas para descargarse de investigaciones inconducentes, ya sea porque los hechos aparentemente delictivos en realidad no revisten tal carácter o porque la responsabilidad penal que de ellos emana se ha extinguido, o se carece de indicios e información que permita dirigir una investigación que los esclarezca. Es decir, el interés público preponderante en la aplicación del derecho penal no supone que el proceso tenga que acabar siempre con sentencia, sino sólo que en su desarrollo y terminación debe aplicarse la legalidad estricta.<sup>194</sup> Luego, las herramientas que aquí se examinarán, a saber, la decisión de no iniciar la investigación y el archivo provisional de los antecedentes, ejecutadas con apego a su espíritu, no contravendrán el principio de obligatoriedad de la acción penal que nos interesa, sino serán actualización de mera legalidad.

#### **3.2.1. Archivo provisional**

Por lo que se refiere a este instituto, se autoriza al Fiscal, en tanto no interviniere el JG, para archivar provisionalmente “aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos”

---

<sup>193</sup> V. VARGAS (1994a) 195.

<sup>194</sup> MONTERO (2013) 29.

(art. 167 del CPP). En el caso de que el delito mereciere pena aflictiva, se deberá someter la decisión de archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional, deber que es el resultado de la inquietud expresada en el segundo informe de la Comisión del Senado “de que la falta de control sobre esta decisión pudiera prestarse para encubrir algún descuido o desidia del fiscal, particularmente en aquellas situaciones en que no se conoce la víctima o las personas a quienes la ley considera víctima, porque si así fuere deberá informárseles y ellas tendrán la posibilidad de hacer valer sus derechos. Al efecto, estuvo de acuerdo en consagrar un mecanismo de fiscalización sobre el ejercicio de esta potestad, coincidiendo en que lo apropiado es radicarlo dentro del propio ministerio público y no darle carácter jurisdiccional, porque implicaría un pronunciamiento del tribunal sobre la decisión de investigar”.<sup>195</sup>

#### 3.2.1.1. Control administrativo y jurisdiccional a requerimiento del ofendido sobre el archivo provisional

En el inicio de la investigación preliminar el JG no interviene en la adopción de la decisión de archivo, ni tampoco la controla, con lo cual se corre el riesgo que en ésta medien consideraciones extra o metanormativas que empujen a la Fiscalía a archivar “en seco”, esto es, sin una búsqueda previa de antecedentes serios en función del delito.

---

<sup>195</sup> Mediante Oficio N° 790/2008 de 22 de diciembre, el Fiscal Nacional imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación.

Este proceder, adolece de ilegitimidad por superar la configuración de una potestad reglada como la propia del instituto en examen.<sup>196</sup>

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

Importa mencionar que ante la desestimación del MP de la solicitud de la víctima para la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias, o incluso con prescindencia de dicha solicitud, no siendo este archivo de la investigación un acto jurisdiccional con autoridad de cosa

---

<sup>196</sup> DUCE/RIEGO (2002) 205-206, explican que “no obstante la importancia en el adecuado uso del archivo provisional y de la facultad de no iniciar la investigación, no se puede negar que estas facultades abren un espacio en el que se pueden adoptar decisiones por motivos ilegítimos o fundamentadas en apreciaciones erróneas por parte de los fiscales, todo ello, además, con un escaso control derivado del estado primario de desarrollo del caso.”

juzgada, se permite a la víctima la interposición de querrela, la que, a diferencia de las solicitudes de reapertura del procedimiento y de diligencias recién comentadas, vuelve imperativo para el Fiscal llevar adelante, o seguir adelante en la investigación (art. 169 del CPP).<sup>197</sup> Al otro extremo, en la visación de esta querrela el órgano jurisdicente no se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de indicios o de información que permita desarrollar una investigación sobre el hecho materia del libelo, por lo que el mero acto de querrellarse –cumplidos los requisitos generales de admisibilidad- obligará al Fiscal a reabrir y promover una investigación pese a que esta presentación pueda no aportar ningún nuevo antecedente a los que antes de su interposición se conocían. Esto puede explicar que algún autor<sup>198</sup> añada como requisito para que el juez acepte a tramitación la querrela en este supuesto, el que se considere que los antecedentes permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

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

---

<sup>197</sup> Si la investigación ya se inició en virtud de la interposición de una querrela, el Fiscal no podrá archivar los antecedentes, debiendo optar por otra forma de término según el resultado de las pesquisas.

<sup>198</sup> MERA (2004) 246.

En definitiva, podríamos concebir esta última herramienta otorgada al ofendido para revertir la decisión de archivo adoptada por el MP, como un intento -un tanto desajustado a la naturaleza del instituto en examen- por actualizar el reconocimiento constitucional al ejercicio de la acción penal concedido al ofendido (art. 83 de la CPR), por medio del cual éste obtendría una resolución judicial motivada y fundada sobre su denuncia, a diferencia del anterior dictamen administrativo de archivo.

#### 3.2.1.2. Reapertura de oficio de la investigación por el Ministerio Público

Sin perjuicio del control que puede activar la víctima sobre la decisión de archivo, surgiendo nuevos antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al establecimiento de los hechos punibles y a la determinación de la persona del delincuente, será deber del MP dejar sin efecto el archivo y reabrir la investigación, al resurgir en ese supuesto la carga de realizar la actividad investigativa necesaria para ejercer la acción penal. Lo contrario, es decir, si la reapertura fuera discrecional para el MP, supondría que el ejercicio del *ius puniendi* quedaría, sin autorización legal, supeditado a la voluntad de este órgano administrativo.<sup>199</sup>

#### 3.2.2. Decisión de no iniciar investigación

La ley adjetiva también instruye al Fiscal, “abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren

---

<sup>199</sup> Discrepamos por tanto de aquellos autores que consideran esta reapertura como una mera facultad y no un deber procesal. En vez de muchos, v. MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 579.

constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del Juez de Garantía” (art. 168 del CPP).<sup>200</sup>

#### 3.2.2.1. Control jurisdiccional sobre la decisión de no iniciar investigación: necesidad de aprobación judicial

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

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

---

<sup>200</sup> Mediante Oficio N° 790/2008 de 22 de diciembre, el Fiscal Nacional imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados a la facultad para no iniciar investigación.

necesariamente se traduzca en un juicio oral posterior e incluso, sin significar que no podría utilizarse esta institución posteriormente.<sup>201</sup>

#### 3.2.2.2. Control jurisdiccional a requerimiento del ofendido

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

En cuanto a lo último, tampoco puede pasarse por alto el distinto carácter o alcance del examen judicial realizado sobre la decisión del Fiscal de no investigar, y aquel que recae sobre la querrela del ofendido. En el primero se examina sólo la plausibilidad jurídica de la decisión del Fiscal –examen en el cual la víctima no es oída-, en cambio, mediante la interposición de la querrela la víctima hace valer su derecho a que el juez se pronuncie –siquiera implícitamente, al aceptar o no a tramitación su presentación- sobre el fondo del asunto, satisfaciendo de ese modo su derecho a accionar penalmente y a la tutela judicial efectiva. En este

---

<sup>201</sup> DUCE/RIEGO (2009) 202.

último caso se trata de un control estricto de legalidad, precisamente porque no estamos aquí en presencia en rigor, de un mecanismo de selección de casos, sino que simplemente se trata de aplicar el derecho penal objetivo.<sup>202</sup>

Si no se aceptara la procedencia de estos distintos niveles en que se produce el control judicial, entonces, la aprobación del tribunal de la decisión del Fiscal de no iniciar la investigación debiera derivar en el sobreseimiento y extinción de la acción penal, “porque se trata de situaciones en las que realmente no hay un verdadero caso penal”.<sup>203</sup> Por lo demás, obsérvese que el MP no puede renovar la investigación por cuanto su decisión sancionada por el tribunal le es vinculante, precluyendo su derecho a accionar.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Propone distinguir en el nivel de los exámenes judiciales comentados, MERA (2004) 246, quien matiza que lo arriba dicho tiene vigencia sólo si el MP esgrime que los acontecimientos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito, pues si se invoca la extinción de la responsabilidad penal del imputado, ello importa un pronunciamiento de fondo y definitivo, y prueba de ello es que la ley exige para este dictamen que los antecedentes y datos suministrados permitieren así resolverlo, esto es, sin necesidad de mayores pesquisas o diligencias. DUCE/RIEGO (2002) 197-198, en cuanto al estándar de convicción exigido para el Fiscal para adoptar la decisión de no investigar, señalan que los antecedentes deben dar cuenta en forma clara de la procedencia de alguna de estas hipótesis, no pudiendo tratarse de situaciones dudosas, ya que si ese fuera el caso deberá iniciarse la investigación respectiva; agregan que la decisión judicial que ratifica el uso de esta facultad constituye un equivalente jurisdiccional al sobreseimiento definitivo del caso. En consecuencia, el efecto jurídico del uso de esta facultad y su posterior aprobación será la extinción de la acción penal para el caso específico. Por su parte, AGUILAR (2004) 294, sostiene que, para compatibilizarlo con los principios generales y de las vías de impugnación, deberá plantearse la querrela en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la resolución que aprobare la decisión del Fiscal, porque de otra forma sería inamovible por la fuerza de cosa juzgada.

<sup>203</sup> DUCE/RIEGO (2009) 201.

<sup>204</sup> MATURANA (2009) T. II, 582.



De cualquier manera, sostenemos que no sería procedente desestimar de plano de la querrela, invocando la cosa juzgada derivada de la resolución que ya acogió la decisión de no inicio del MP, sino que es necesario una declaración de inadmisibilidad fundada –aun cuando reproduzca los argumentos entregados antes-, pues no debe preterirse que la víctima no fue oída al adoptarse esa decisión, ni tampoco tuvo posibilidad de recurrir de ella, de manera que sólo ahora podrá presentar sus argumentos e impugnar la decisión que no los acoja, solución que nos parece satisface razonablemente su derecho accionar penalmente y a una tutela jurisdiccional efectiva.

### **3.3. Formalización de la investigación**

La formalización de la investigación, como reza el art. 229 del CPP, es la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado en presencia del JG, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Respecto de esta imputación se ha logrado un cierto consenso para reconocer la función de garantía que cumple la formalización, al posibilitar el adecuado ejercicio de la defensa del imputado.<sup>205</sup> Así es como Carocca precisa que la formalización ha sido concebida como una manifestación con fines de garantía, y no de imputación como acontecía

---

<sup>205</sup> Entre otros, v. CAROCCA (1999b) 121; HORVITZ (2005) T. I, 540-541; CAROCCA (2005) 142; CERDA/HERMOSILLA (2006) 266; DUCE/RIEGO (2009) 220-221; MATURANA (2009) T. II, 583 y ss.; SALAS (2009) 38; DEL RÍO (2009a) 96; y OBERG (2010) 55. También reconoce expresamente esta función de garantía SCA de Valdivia, ROL N° 245-2005, de 25.11.2005 y SCA de Sn. Miguel, ROL N° 26-2011, de 04.03.2011. v.t. primer Informe de la Comisión de la Cámara de Diputados.

con el auto de reo,<sup>206</sup> mientras Horvitz indica que “esta actuación del fiscal cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra”.<sup>207</sup> El profesor Del Río<sup>208</sup> enriquece lo anterior, al añadir que la proyección de la garantía es la de limitar las facultades de acusación en los términos que prevé el art. 259, inc. final, del CPP, en orden a que es menester, primeramente, formalizar la investigación respecto de algún sujeto imputado, para que con posterioridad se pueda acusar al que previamente se imputó en la formalización, y no a otro ni por otros hechos que los imputados. Pero cuida de aclarar el jurista precitado, que la relación entre acusación y formalización no forma parte de la cuestión denominada correlación o congruencia, sino que se trata de algo bien distinto, pues la relación de la acusación con la formalización revela los límites que impone ésta a aquélla, ambas formuladas por el acusador, que se ve limitado por su propia imputación precedente al momento de acusar. Ello nada tiene que ver con el principio acusatorio, pues éste supone que el acto del acusador imponga sus límites al enjuiciamiento del juzgador: éste enjuicia la

---

<sup>206</sup> CAROCCA (1999b) 121.

<sup>207</sup> HORVITZ (2005) T. I, 540-541. El criterio expuesto por esta autora es recogido por nuestro Tribunal Constitucional en SSTC, ROL N° 736-2007, de 29.11.2007 (cons. 11°), ROL N° 1.244-2008, de 02.06.2009 (cons. 11°), y ROL N° 1.445-2009, de 29.01.2010 (cons. 17°).

<sup>208</sup> DEL RÍO (2009a) 96-97.

acusación del acusador (y no otra cosa). Se trata entonces de un límite impuesto al juez por la acusación (por el acusador).<sup>209</sup>

La doctrina extranjera también ha resaltado la valía de este tipo de comunicaciones formalizadas, al decir que “la intimación no es una mera formalidad; es el acto sustancial por el cual el tribunal transmite la imputación al imputado poniéndolo en cabal conocimiento de ella. Al tribunal no debe quedarle dudas de que el imputado podrá ejercer debidamente su defensa material: esencia del contradictorio”.<sup>210</sup> Asimismo, se ha explicado que en los modelos continentales europeos, la evidente desigualdad del acusado frente al Estado investigador se ve notablemente atenuada desde que se formula la imputación en forma previa a la acusación, reequilibrando el monopolio de la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal o por el juez de instrucción, alejada hasta entonces de la dualidad de partes, de la contradicción y del derecho de defensa.<sup>211</sup>

Es más, el derecho a ser informado del inicio del proceso penal o mejor dicho, el derecho a ser informado de la imputación en el proceso penal desde el primer momento, se ha incluido en una concepción amplia del derecho a ser instruido de la acusación que encuentra sus bases

---

<sup>209</sup> Extienden la exigencia de congruencia fáctica a la acusación y a la formalización de la investigación, CERDA (2003) 39-40; HORVITZ (2005) T. I, 236; y CHAHUÁN (2007) 198.

<sup>210</sup> CLARIÁ (s.a.) 242.

<sup>211</sup> ARMENTA (2012) 61. ASECIO (2012) 69-70, agrega que el conferimiento de la condición procesal de imputado es esencial para garantizar el derecho de defensa, ya que el mismo nace desde que se adquiere esa cualidad, por lo que cualquier retraso afecta gravemente a quien, desde el primer momento puede ser investigado, a veces mediante actos irrepetibles, que, por no ser considerado como imputado, no puede intervenir en dichos actos de prueba preconstituida.

constitucionales en nuestro ordenamiento en el art. 19 N° 3, inc. 6°, y en los arts. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>212</sup>

Pues bien, en vista de la trascendencia de los fines buscados con el acto de formalización al interior del proceso penal, el legislador ha asegurado la verificación de la imputación, precisamente oficializándola o “formalizándola”, esto es, reglando su procedencia ante el tribunal, quien deberá comprobar personalmente que el inculpado haya tomado conocimiento de la investigación llevada a cabo en su contra e incluso escuche la declaración de descargo que éste quisiera realizar en ese momento. El ritualismo que rodea esta imputación favorecerá igualmente la supervisión judicial de la correlación que con ella debe guardar la posterior acusación, supervisión que se vería dificultada si únicamente nos atuviéramos a una imputación efectuada administrativamente por el MP.

Recapitulando y retomando el objeto de nuestro interés, concluyamos por ahora que la obligatoriedad de la acción penal en el procedimiento ordinario demandará al órgano de acusación, luego de tomar conocimiento de un hecho aparentemente delictivo respecto del cual hay algún tipo de respaldo,<sup>213</sup> la formulación de imputación formal que se traduce en el deber de comunicar a una determinada persona que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos,

---

<sup>212</sup> En este sentido, MONTERO (1991) 233-234; GIMENO (1999) 67 y ss.; y HORVITZ (2005) T. I, 540-541.

<sup>213</sup> Recordemos que el art. 232, inc. 3°, del CPP permite al imputado reclamar ante las autoridades del MP, conforme a la LOC de éste, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria.

a fin de legitimizar la posterior presentación de la acusación, con la cual materializará el ejercicio obligatorio de la acción penal, legitimación que insistimos, se logra al permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido este deber de formalizar la investigación que pesa sobre el MP en diversos fallos, vgr. en su sentencia ROL N° 815-2007, de 19 de agosto de 2008 (cons. 3º), al declarar que “las facultades de investigar y luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas. Cabe agregar que el ‘deber de formalizar’, implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal”.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> De manera similar se ha pronunciado la SCA de Sn. Miguel, ROL N° 26-2011, de 04.03.2011, al resolver: “Tercero: Que una interpretación sistemática de las disposiciones del Código Procesal Penal, permiten concluir que en los casos en que existe querellante particular y en aquellos en que el Fiscal ha requerido la intervención del Juez de Garantía, existe el deber por parte del Ministerio Público de formalizar la

### 3.3.1. Discrecionalidad de la formalización de la investigación y control jurisdiccional

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

Como todo acto procesal de imputación, la formalización consiste también en un juicio, pues no se puede abrir el proceso contra alguien sin un cierto grado de convicción de su culpabilidad, el que irá aumentando a medida que avance el *iter* del proceso, habiendo identidad de sustancia con la acusación y con la sentencia condenatoria, pero diferencia de grado.<sup>215</sup> Concordantemente se ha expresado que no ocurre algo como un milagro de la presunción de inocencia por el cual ésta llegue intacta hasta el final del proceso, para derrumbarse súbitamente en la lectura de la sentencia de condena, sino que dicha presunción es minada a lo largo del proceso penal, pues lo contrario sería precisamente declarar inútil

---

investigación; así es posible colegirlo de la armonía que fluye de los artículos 60, 61, 247, 248 y 261 letra a) del reseñado Código. Cuarto: Que a la misma conclusión conduce, además, la circunstancia que la formalización constituye una actuación procesal que ha sido establecida por el legislador como requisito previo de la acusación que el querellante se encuentra autorizado a formular, en el caso del inc. cuarto del artículo 258, atendido lo prevenido en la letra a) del artículo 261, ambos del mismo cuerpo legal”.

<sup>215</sup> Seguimos en esta parte a CARNELUTTI (s.a.) 136 y ss., quien refería identidad de sustancia en los actos de imputación, remisión al debate y la sentencia de condena.

casi todo el proceso y, en especial, los actos de imputación formales y provisionales.<sup>216</sup>

Sin embargo, el legislador nacional no cuidó de establecer un parámetro o estándar de *fumus boni iuris* para realizar este juicio de probabilidad, cumplido el cual sea preceptiva la formalización de la investigación para el MP. Muy lejos de eso, señala el legislador que el Fiscal “podrá” formalizar la investigación “cuando considerare oportuno” formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial (art. 230 del CPP), y sólo requiere que dicha actuación no sea arbitraria, al permitir al imputado reclamarla ante las autoridades del MP si la estima de ese tenor. Llamativo por tanto puede resultar que nuestro Tribunal Constitucional haya concluido en la sentencia antes citada, ROL N° 815-2007, que “concurriendo los presupuestos procesales que la sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas [las facultades de investigar y luego formalizar]”, sin que haya dado luz sobre cuáles son esos presupuestos procesales que hacen obligatoria la formalización.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> FAIRÉN (1994) 109-110. SERRA (1969) 674, explica que habida cuenta de la trascendencia de la atribución de los hechos delictivos a una persona, esta imputación “se efectúa mediante una serie de juicios escalonados, a través de los cuales se va fijando la responsabilidad del imputado”, así, describe este autor un tránsito de un simple sospechoso, a un procesado, eventualmente a un preso, para luego convertirse en acusado, y pasando definitivamente a ser condenado. Sobre la determinación del objeto del proceso penal a lo largo de todo su desarrollo, v. CAROCCA (2005) 217.

<sup>217</sup> Como refiere HOYOS (2005) 56, “a diferencia del ‘auto de procesamiento’ actual, esta formalización no necesita requisitos”, quien seguidamente añade “por esto la formalización de la investigación la puede hacer el fiscal al día siguiente que le formalicen la denuncia, y luego el fiscal cierra la investigación y él toma la decisión de pedirle al juez que sobresea o que este mismo fiscal acuse lo que es una decisión discrecional”. En MINISTERIO PÚBLICO (2001) 350, se indica que la comunicación del MP no requiere de requisitos de procedencia o de un grado de convicción a que hubiere llegado el sostenedor de la acción penal pública, acerca de la presunta responsabilidad criminal del perseguido en el hecho imputado, ya que no importa un

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

En un sentido diverso a la función de garantía que antes se le atribuyó a la formalización, parte de la doctrina reconoce en esta actuación un fuerte componente estratégico para la facilitación e impulso de la persecución,<sup>218</sup> por el cual la determinación de formalizar excedería un mero juicio de procedencia sobre la aptitud de ciertos datos para constituir una *notitia criminis* conforme a una determinada previsión legal. De la misma forma, se ha explicado que “la formalización de la instrucción no tiene que ver con el grado de convicción respecto al hecho punible en que se encuentre el Fiscal, sino más bien tiene por objeto provocar la declaración judicial del imputado o simplemente cuando estime oportuno, formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.<sup>219</sup> Hay que tener en cuenta entonces que para este sector doctrinal, el juicio en que se fundaría la decisión de formalizar una investigación no sólo no dependería de factores puramente cognoscitivos, al no atender a una vertiente fáctica y jurídica, sino además se

---

acto de juzgamiento que provenga de un órgano jurisdiccional. En esa línea VALDÉS (2010) 181, lo que le lleva a catalogar como discrecional la decisión sobre la oportunidad de la formalización.

<sup>218</sup> v.gr. DUCE/RIEGO (2002) 225; y DUCE/RIEGO (2009) 226 y ss.

<sup>219</sup> PERAZZO (2005) 264.



desentiende totalmente de su función de garantía, resultado inadmisibles a la luz del menoscabo para el derecho de defensa que supone.

Pero todavía más, la posición recién revisada ha permitido colateralmente, conferir a la decisión de no formalizar una discrecionalidad de difícil control jurisdiccional que erosiona seriamente el principio de obligatoriedad de la acción penal. Aunque por razones de gestión interna -o sin eufemismos, con puros fines de productividad estadística- el Fiscal dará curso a la investigación y a la formalización como requisito para avanzar en el proceso y darle un término formal al expediente, lo cierto es que la ley no suministra expresamente herramientas para compeler judicialmente a dicha actuación, o a realizarla de determinado modo o dentro de determinado plazo –más allá del apremio que produce la prescripción de la acción penal-. De ese modo, no sólo la decisión de formalizar o no, o la oportunidad de la formalización aparece en la realidad del proceso como discrecional para el MP, sino también el contenido fáctico de la comunicación. Incluso pareciera considerarlo así nuestra Corte Suprema, la que mediante Acuerdo de 17 de enero de 2001 comunicó a los JG que tratándose de la formalización de la investigación, a ellos “no les corresponde pedir a los fiscales que se aclare el contenido de la formalización”.<sup>220</sup> Tal instrucción ha sido llevada a dudosos extremos como el manifestado en sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL N°277-2005, de 2 de diciembre de 2005, al resolver, a la siga de dicha instrucción, que “no corresponde a

---

<sup>220</sup> Acuerdo transcrito en el Instructivo N° 49 de la Fiscalía Nacional, contenido en MINISTERIO PÚBLICO (2001) 383-402.

los tribunales, en esta etapa del procedimiento [la formalización], inmiscuirse en torno a la eventual calificación del hecho punible”.

La doctrina chilena mayoritaria parece avalar la tesis de la discrecionalidad que envolvería el acto de la formalización, afirmando que la decisión de formalizar es “exclusiva del fiscal”, la que no está sujeta a calificación por el JG “en cuanto a su procedencia”,<sup>221</sup> otros hablan de una “actuación unilateral, exclusiva y soberana”, que “no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez”;<sup>222</sup> mientras algunos precisan que, sin perjuicio de la actividad que pueda realizar el JG para actualizar las posibilidades de defensa del imputado, al juez no le corresponde calificar o evaluar la corrección de la información entregada por el MP;<sup>223</sup> y, una parte de los autores matizan que sólo es facultativo para el MP determinar cuando él considere oportuno requerir la intervención judicial, mas no decidir si formaliza o no, puesto que ello es indispensable para que un proceso penal pueda avanzar hacia sus etapas posteriores que conduzcan al juicio.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> CHAHUÁN (2007) 197-198. En similar sentido NÚÑEZ (2003) T. II, 97; AGUILAR (2004) 349; CAROCCA (2005) 143; y MEDINA/MORALES/DORN (2007) 270. Dictaminando que “la formalización es una actuación unilateral del MP que no está sujeta al control judicial”, v. SCA de Valdivia, ROL N° 245-2005, de 25.11.2005.

<sup>222</sup> CERDA/HERMOSILLA (2006) 266-267; y HORVITZ (2005) T. I, 541.

<sup>223</sup> DUCE/RIEGO (2009) 224-225; y DUCE/RIEGO (2002) 224. SALAS (2009) 41-42, sostiene la legitimidad de la intervención del JG cuando los términos de la formalización no hacen posible en forma sustancial la defensa material del imputado, intervención que se traduce en la nulidad procesal de oficio de la formalización viciosa.

<sup>224</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 587. En este último sentido, v. STC ROL N° 815-2007 de 19.08.2008.

### **3.3.2. La discrecionalidad ejercida al formalizar la investigación como un impedimento para el ejercicio de la acción penal**

El siguiente punto es que la jurisprudencia -ordinaria y constitucional- y la doctrina nacional exigen la formalización de la investigación contra determinada persona como ineludible antesala de su acusación, avalados por el texto del art. 259, inc. final, del CPP, el cual preceptúa que “la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.<sup>225</sup>

Lo anterior es de suma relevancia al final de la etapa de investigación si el querellante intenta forzar la acusación, sea ante el rechazo de una solicitud de sobreseimiento planteada por el MP o ante su comunicación de no perseverar en el procedimiento, que no hayan sido precedidas por la formalización del imputado –más adelante se ahondará en tales mecanismos-. En estos supuestos el querellante se verá impedido de echar mano al forzamiento de la acusación, y en definitiva el derecho a accionar penalmente que le reconoce el art. 83 de la Constitución quedará en letra muerta, todo ello no obstante la

---

<sup>225</sup> Entre varios, demanda la formalización de la investigación para el forzamiento de la acusación AGUILAR (2004) 419. El Tribunal Constitucional reiteradamente invoca en sus argumentaciones la necesidad de la formalización previo al cierre de la investigación y posterior acusación, v.gr., SSTC ROL N° 815-2007, de 19.08.2008 (cons. 36°), ROL N° 1.337-2009, de 20.8.2009, voto de prevención (cons. 6°), ROL N° 1.380-2009, de 03.11.2009 (cons. 17°), ROL N° 1.542-2009, de 31.08.2010 (cons. 6°), y, ROL N° 1.484-2009, de 5.10.2010 (cons. 17°). El mismo criterio siguen nuestros tribunales superiores en SSCS, ROL N° 6.742-2008, de 26.02.2009 y ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, SSCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.249-2006, de 17.11.2006 y ROL N° 26-2011, de 04.03.2011; SSCA de Stgo., ROL N° 286-2008, de 17.03.2008, ROL N° 658-2008, de 07.05.2008 y ROL N° 1.509-2008, de 11.08.2008; SCA de Rancagua, ROL N° 282-2012, de 23.07.2012; y, SJG 4° de Stgo., RUC N° 0600029209-3, de 16.10.2006. PIEDRABUENA (2009) 85-86, da cuenta que la mayoría de los jueces de Santiago está aceptando el forzamiento de la acusación no obstante que el Fiscal se haya resistido a formalizar, pero sin precisar sus fuentes.

existencia de antecedentes preliminares que respalden tanto la formalización como la acusación de persona determinada, pues como ya señalamos, el MP ha entendido que la potestad y decisión de formalizar es privativa, exclusiva y sujeta a criterios no solamente restringidos a la ponderación del cúmulo de evidencia reunida, sino a factores estratégicos, de gestión y de oportunidad. Lo expuesto colisiona con el carácter autónomo del querellante conjunto reglado por nuestro CPP, carácter que debiera permitirle acusar aun si el MP no lo hiciera, así como puede recurrir de una resolución aunque el MP no lo haga.<sup>226</sup>

Esta desmesurada relevancia de la formalización de la investigación para el efectivo ejercicio del derecho a accionar penalmente por el ofendido demuestra, como acierta Davis,<sup>227</sup> que las decisiones discrecionales interinas pueden ser de mayor trascendencia y consecuencia que las decisiones finales.

### 3.3.2.1. Soluciones propuestas por la doctrina y jurisprudencia

Un sector de nuestra doctrina científica,<sup>228</sup> así como de la jurisprudencia constitucional, ha creído ver la solución del dilema

---

<sup>226</sup> Sobre este carácter autónomo del querellante v. OBERG (2010) 103-104.

<sup>227</sup> DAVIS (1969) 22.

<sup>228</sup> Entre los autores podemos citar a CERDA/HERMOSILLA (2006) 209-210, quienes estiman que el mecanismo del art. 186 en estudio opera también respecto de terceros no intervinientes que ven afectado el ejercicio de sus derechos constitucionales, con dudas si incluye o no a la víctima. Por el contrario, HERRERA (2005) 403, concluye que el art. 186 consagra “una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público, atentando contra el diseño del nuevo sistema procesal penal y su correcta separación de funciones”; y, CASTRO (2010) 219 y ss., cataloga el art. 186 como un “resabio inquisitivo”.

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

Si nos concentramos en la jurisprudencia constitucional, en un comienzo el Tribunal Constitucional vaciló sobre la legitimación del ofendido o querellante para invocar el art. 186 del CPP, expresando que “la norma no aclara si se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina (---) Por otra parte, el qué ha de entenderse por “afectada por una investigación” no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma”.<sup>229</sup> Sin embargo, posteriormente varió ese dictamen, incorporándolo permanentemente en sus decisiones como actor legitimado para impetrar la fijación de un plazo para la formalización,<sup>230</sup> como única forma de respetar el derecho a ejercer la

---

<sup>229</sup> STC, ROL N° 815-2007, de 19.08.2008 (cons. 35°).

<sup>230</sup> v.gr. SSTC, ROL N° 1.337-2009, de 20.8.2009, ROL N° 1.467-2009, de 29.12.2009, ROL N° 1.341-2009, de 15.04.2010, ROL N° 1.380-2009, de 03.11.2009, ROL N° 1.445-2009, de 29.01.2010, ROL N° 1.404-2009, de 18.05.2010, ROL N° 1.394-2009, de 13.07.2010, ROL N° 1.542-2009, de 31.08.2010, y ROL N° 1.484-2009, de 5.10.2010.

acción penal que el art. 83 CPR reconoce al ofendido, derecho que de otra forma se vería frustrado al ser la formalización un requisito indispensable para la posterior presentación de acusación por el querellante de conformidad al art. 258 del CPP.<sup>231</sup> Esta última jurisprudencia del Tribunal Constitucional se adhiere en cierta forma con la de su par español, el que *mutatis mutandi* ha puesto de manifiesto que se vería burlada la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española), si existiendo los elementos mínimos el juez no dictara el auto de procesamiento, ya que en este supuesto estaría condenando al fracaso el proceso penal respecto a las partes acusadoras (Auto 289/84, de 16 de mayo).

Precisemos que en términos prácticos, la instrucción del juez al Fiscal será –o debiera ser– “si va a formalizar debe hacerlo en el plazo determinado”, y no, que deba formalizar dentro de dicho plazo.<sup>232</sup> Mas, es claro que el querellante perseguirá esto último, y el juez habrá accedido a la petición de éste buscando precisamente la formalización que permita al ofendido ejercer la acción penal mediante una acusación ulterior. Las sentencias del Tribunal Constitucional mencionadas más arriba, justamente apuntan a entregar al querellante una herramienta para compeler al Fiscal a realizar esta actuación, y no sólo a condicionar que, en su caso, la efectúe dentro de determinado plazo, así resolviendo, por ejemplo, que lo dispuesto en el art. 186 del CPP “permite inducir la formalización por la vía de obtener que el Juez de Garantía pida un

---

<sup>231</sup> Un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta materia, en PIEDRABUENA (s.a.) 30 y ss.; y PIEDRABUENA (2009) 84 y ss.

<sup>232</sup> HERRERA (2005) 396. En igual sentido FERNÁNDEZ (2006) 206, quien indica que resulta improcedente que el JG requiera al Fiscal, a petición del querellante, para que formalice la investigación.

informe sobre las pesquisas efectuadas y, eventualmente, le fije un plazo al fiscal para formalizar la investigación”.<sup>233</sup>

Expongamos ahora nuestra posición en este particular asunto, y partamos por admitir que no hay mayor antecedente fidedigno en la historia legislativa en referencia al objetivo buscado con el instituto en examen, pues el texto del actual art. 186 no se contemplaba en el Proyecto de CPP presentado por el Ejecutivo, y fue adicionado en el primer informe de la Comisión de la Cámara de Diputados y luego corregido por el Senado a su texto definitivo, sin que las actas aporten luces sobre el fin perseguido por los redactores de este precepto.<sup>234</sup>

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

---

<sup>233</sup> STC, ROL N° 1.467-2009, de 29.12.2009 (cons.10º). En igual sentido STC, ROL N° 1.542-2009, de 31.08.2010 (cons. 7º).

<sup>234</sup> A lo más, PIEDRABUENA (s.a.) 13, n. 6, esboza, por referencias verbales de un asistente a las comisiones de la Cámara y del Senado, la inquietud que habrían buscado disipar con esta norma los legisladores.

pasividad del MP en la persecución, por ejemplo, un tercero que a fin de disipar las sospechas que en su círculo social rondan sobre su eventual responsabilidad en el delito investigado, se interesa que se impute éste a su verdadero autor ya identificado. Por otro lado, cabe reiterar que el art. 186 del CPP posee un claro cariz de garantía para el inculpado, al procurar que éste conozca el tema fáctico de la imputación, y pueda prever y organizar su defensa oportunamente, lo que se ha denominado “control judicial anterior a la formalización de la investigación”. Comparte esta tesis Herrera,<sup>235</sup> para quien esta norma se fundamenta en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas y a que pueda el imputado ejercer cabalmente un adecuado derecho a defensa, perspectiva desde la que el único titular de la solicitud en cuestión, en concordancia con el artículo 7° del CPP, es aquella persona a quien se atribuye responsabilidad en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.<sup>236</sup>

La idea central entonces es que si la formalización es para el imputado una garantía, para el MP tiene un carácter meramente instrumental, al serle exigida por la ley tal imputación antes de instar medidas cautelares o avanzar en el procedimiento. Siguiendo a Fairén Guillén,<sup>237</sup> la formalización constituiría sólo la “preparación de la pretensión”, de manera que si el Fiscal no avizora la acusación, por ejemplo, al no estimarla como opción plausible en el horizonte del proceso, pareciera no ser auspicioso apremiarlo a formalizar su investigación. Es así como similar criterio movió al Senado a eliminar la

---

<sup>235</sup> HERRERA (2005) 388.

<sup>236</sup> Comparte este punto PIEDRABUENA (s.a.) 18.

<sup>237</sup> FAIRÉN-GUILLÉN (1990) 278-279.



facultad del juez para ordenar al propio Fiscal a acusar, contenida en el Proyecto de CPP (art. 346) presentado por el Ejecutivo,<sup>238</sup> ya que, según se dejó constancia en el segundo informe de la Comisión del Senado, el Fiscal obligado a acusar en contra de su voluntad, podría sostener su tesis original en el juicio o desarrollar una labor mínima, lo que necesariamente conduciría a la absolución del imputado. Para evitar esta alternativa, la Comisión estudió la conveniencia de que el Fiscal sea reemplazado o que se prescindiera de él, y que el acusador particular asuma el rol de contradictor de la defensa, acordando el procedimiento (art. 328) a seguir en caso de oposición del querellante al sobreseimiento pedido por el MP, y que posteriormente sería el aprobado.

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

Incluso más, ¿ante qué estado intelectual el juez ordenará al Fiscal formalizar la investigación? A falta de texto legal orientador no podría

---

<sup>238</sup> Este precepto fue criticado por la doctrina de la época, v.gr. DE LA FUENTE (2000) 189, al quebrar el esquema de separación de funciones, “pues por mucho que el juez obre a solicitud del querellante, lo cierto es que este mecanismo implica poner la acción penal en sus manos”. En el derecho comparado CAFFERATA (2000) 10, sostiene que obligar a los fiscales a que acusen contra su voluntad da cuenta de una vigencia sólo formal del principio acusatorio.

demandarse más que una imputación no arbitraria, que exista al menos una probabilidad –algo más que duda y menos que certeza- del hecho como de la autoría del agente, lo que supone un piso muy bajo para que el tribunal se inmiscuya en una potestad del Fiscal y haga primar su criterio sobre el de éste. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se limita a señalar que el querellante podrá inducir la formalización mediante el expediente del art. 186 en análisis, cuando posea “antecedentes suficientes que la justifiquen”.<sup>239</sup>

A las sabidas adversidades, debe adicionarse la imprevisión de sanción procesal alguna frente al incumplimiento de la orden judicial que mandata formalizar la investigación.<sup>240</sup> Se han imaginado por las doctrinas científica y jurisprudencial diversos mecanismos que persuadirían al MP a acatar la instrucción judicial, principalmente la preclusión y el sobreseimiento,<sup>241</sup> la inutilidad de la prueba recabada con posterioridad al plazo fijado para formalizar,<sup>242</sup> e incluso responsabilidades civiles, penales y administrativas en contra del

---

<sup>239</sup> STC, ROL N° 1.542-2009, de 31.08.2010 (cons. 7º).

<sup>240</sup> De esa opinión, entre otros, PIEDRABUENA (s.a.) 15; HERRERA (2005) 395; CHAHUÁN (2007) 200; y MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 588. En cuanto a nuestra jurisprudencia, la STC, ROL N° 815-2007, de 19.08.2008 (cons. 35º), reconoce que “la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales”. Los tribunales superiores ordinarios han rechazado la procedencia del sobreseimiento por no estar contemplada dicha sanción en el ordenamiento, v.gr. SCA de Concepción, ROL N° 526-2004, de 15.11.2004, SCA de Stgo., ROL N° 618-2006, de 17.04.2006, y SCA de Talca, ROL N° 1-2007, de 16.01.2007. También, de primera instancia, v. SJG de Temuco, RUC N° 0200078902-2, de 08.03.2005.

<sup>241</sup> GANDULFO (2008) 792 y ss.

<sup>242</sup> DUCE/RIEGO (2009) 227-228.

Fiscal,<sup>243</sup> ninguna de las cuales es una opción fértil para asegurar la obligatoriedad de la acción penal, al conducir precisamente al contraproducente efecto de extinguirla o entorpecerla.<sup>244</sup>

3.3.2.2. Toma de posición: La formalización no es una *conditio sine qua non* para el forzamiento de la acusación

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

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

---

<sup>243</sup> CASTRO (2010) 219.

<sup>244</sup> Comentando estas propuestas, v. SALAS (2009) 49 y ss.

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

Eso ha producido que la formalización, no pocas veces, en una línea de tiempo imaginaria trazada a lo largo del proceso, sea más cercana a la acusación que a la *notitia criminis*, desnaturalizando por completo el espíritu de esta institución, sirviendo sólo a los intereses persecutores del MP, en desmedro de los propios de los sujetos sometidos a pesquisa. En efecto, la formalización traiciona su objeto si el Fiscal puede desarrollar toda su investigación a espaldas del acusado, y una vez agotada, formalizar, cerrar esta etapa y acusar, escenario en el cual el imputado no podrá hacer uso de la herramienta del art. 257 del CPP, sólo restándole la poca útil salida que le reserva el art. 278 del mismo texto –suspensión de la audiencia de preparación de juicio oral por 10 días para presentar prueba-.<sup>245</sup>

---

<sup>245</sup> Como da cuenta ASECIO (2012) 71, tal fenómeno no es exclusivo de nuestro ordenamiento, sino también afectó al sistema español, donde el derecho al nombramiento de abogado y el ejercicio de la autodefensa, tan solo surgía con la emisión del auto de procesamiento, el cual, y si bien el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española lo situaba desde la aparición de indicios racionales

Cabe enjuiciar entonces de qué manera real y sustantiva una imputación efectuada a través del acto de formalización en las condiciones antedichas, verdaderamente contribuye o facilita al ejercicio del derecho de defensa del imputado, y no es en cambio, más que una mera formalidad o ritualidad que bajo el pretexto de proteger o garantizarlo, no busca sino entorpecerlo y dificultarlo.<sup>246</sup>

Las razones enunciadas son suficientes para impulsar una nueva mirada a esta problemática, y abrir el espectro de imputaciones que pueden servir a los fines indicados, esto es, posibilitar la defensa del

---

de criminalidad, en la práctica era llevado al final de toda la investigación, toda vez que la misma se desarrollaba totalmente por medio de las anteriores diligencias previas. Sólo al término de éstas se interrogaba al imputado y se le procesaba, con lo que la investigación se había llevado a cabo sin intervención de la defensa. En la práctica judicial española entonces, no había sumarios sujetos a las reglas de contradicción ni se respetaba el derecho de defensa que era burlado por medio de la corruptela expuesta. Tales razones llevaron al legislador a establecer modos distintos de adquirir la condición de imputado y, desde luego, pretendió objetivar dichos actos limitando la apreciación judicial que era consustancial a un acto de imputación formal (judicial) como era el auto de procesamiento. De ese modo, mediante Ley de 4 de diciembre de 1978, se introdujo el art. 118 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, por el cual “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados. Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo”. v.t. ARMENGOT (2013) 43 y ss.

<sup>246</sup> Tal defecto se observa en la SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, la que, no obstante reconocer que la formalización de la investigación cumple una función de garantía para el imputado al materializar prematuramente su derecho de información y consecuente preparación de la estrategia defensiva, sin embargo ninguna exigencia temporal impone para esta actuación, es decir, no repara si esta actuación se lleva a cabo realmente al inicio de la investigación, conformándose la Corte con que se realice antes de la acusación.

imputado durante la etapa de investigación. Por cierto que otro criterio será el apropiado cuando se busque por el MP o los querellantes particulares la imposición de alguna medida cautelar, personal o real, sobre la persona o bienes del imputado, pues en ese caso cabe demandar un alto grado de precisión en el hecho atribuido.<sup>247</sup>

En ese empeño viene bien revisar la distinción entre una imputación en sentido lato y una en sentido formal. Se incluirá en el primer concepto todas aquellas actuaciones que supongan una atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia. Mientras que en sentido formal, será imputación el acto judicial garantizador de que el imputado sólo será enjuiciado cuando concurren indicios de responsabilidad racionalmente suficientes, que se configura como un requisito de procedibilidad para la apertura del juicio oral, aunque junto a él es necesario que alguien distinto al juez (MP, querellante) esté dispuesto a solicitar esa apertura.<sup>248</sup>

Llegado a este asunto resulta fácil inferir que el actual esquema del proceso penal local no prevé una imputación en sentido formal, sino sólo en sentido lato, siendo la principal de éstas la formalización de la investigación, mas no la única, pudiendo identificarse varias otras en el procedimiento ordinario, siempre desde una perspectiva de garantía del

---

<sup>247</sup> ASECIO (2012) 70, apunta, en relación al sistema español, que el legislador debería considerar la imputación desde una doble perspectiva: primero, como garantía del derecho de defensa, inmediata y sin necesidad de resolución judicial que atribuyera formalmente dicha condición, y segundo, como presupuesto para limitar derechos del inculcado, siempre previa determinación formal a través del correspondiente auto.

<sup>248</sup> MONTÓN (2013) 226-227.

derecho de defensa, que operan de manera inmediata y sin necesidad de resolución judicial que atribuya formalmente dicha condición,<sup>249</sup> tal como por lo demás lo recogió nuestro codificador procesal, al comprender en el art. 7° como imputación cualquiera atribución de participación en un hecho punible, sin limitar su origen a la autoridad judicial.

Entre esas otras imputaciones en sentido lato, distintas a la formalización de la investigación y acordes con el texto del art. 7° precitado, puede mencionarse la información que debe proporcionar el Fiscal al imputado antes de tomarle declaración sobre el hecho que se le atribuye y otras circunstancias relevantes (art. 194 del CPP), la medida cautelar de detención respecto de determinada persona (art. 94 letra a) del CPP), o la admisión de una querrela que contenga indicación de responsable (art. 113 letra d) del CPP).<sup>250</sup>

Enfoquémonos en la última actuación mencionada. Una querrela suficientemente precisa en cuanto a los hechos atribuidos así como respecto a la persona contra quien se dirige, debida y fehacientemente notificada a través del tribunal, permitirá al imputado-querrellado tomar conocimiento de los hechos que se investigarán, procurarse defensa letrada o solicitar su designación al juez, o en último término, designarla oficiosamente el tribunal una vez proveído el libelo, e igualmente pedir directamente al JG que cite a una audiencia, con el fin de prestar

---

<sup>249</sup> ASENCIO (2012) 70. Agrega este autor que la resolución judicial en la que se determine la persona y los hechos en que se basa la imputación es presupuesto sólo para la limitación de derechos del imputado, nunca para que éste ejercite su defensa.

<sup>250</sup> Respecto de la adquisición de la condición de imputado en el sistema español, a la luz del actual art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, v. MARTÍN (2005) 295; GIMENO (2012) 397-398; ASENCIO (2012) 71-72; y, MONTÓN (2013) 226, citándose por este último sentencias del Tribunal Constitucional español.

declaración sobre los hechos materia de la investigación (arts. 93 letra d) y 98 del CPP). Es más, como se viene defendiendo, puede conseguir que se ordene al Fiscal informar acerca de los hechos objeto de la investigación, según el art. 186 del CPP. En esos términos y bajo esas condiciones, la comunicación de los hechos atribuidos al imputado a través de la querrela puede resguardar suficientemente el derecho de defensa de éste, de manera que adquiera oportuna noticia de la imputación, y pueda en el intertanto con la acusación –producto del forzamiento del querellante-, hacerse de medios de prueba o planificar su estrategia de defensa.<sup>251</sup>

Claro que bajo esta hipótesis será exigencia insalvable la debida correlación entre los hechos y responsables indicados en la querrela y aquellos que luego conformarán el objeto de la acusación, sin perjuicio de que, así como el MP para evitar afectar dicho principio –correlación formalización-acusación- puede corregir la imputación según la marcha de la investigación,<sup>252</sup> el querellante pueda igualmente ampliar o precisar su querrela en las mismas circunstancias y bajo las exigencias ya mencionadas. Sobre esto, nada más repárese que en los procedimiento

---

<sup>251</sup> Los jueces disidentes en SCS, ROL N° 4.909-2013, de 17.09.2013, manifiestan que “la satisfacción de la obligación de congruencia que grava al acusador se soluciona confrontando la querrela y acusación deducida una vez autorizado su forzamiento, actuaciones que permiten hacer efectivos los derechos de información y defensa que la formalización de la investigación cautela, así como los límites fácticos a los que deben sujetarse los juzgadores para emitir la decisión que les ha sido válidamente requerida mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico procesal coloca a disposición del ofendido y de las personas que la ley señala”. Una posición abiertamente contraria a analogar para estos efectos la comunicación realizada mediante la querrela a aquella correspondiente a la formalización, en SCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.249-2006, de 17.11.2006.

<sup>252</sup> La llamada “re-formalización” es admitida por nuestros tribunales mientras no se encuentre cerrada la investigación, v. SCA de Stgo., ROL N° 738-2006, de 23.05.2006 y SCA de Coyhaique, ROL N° 43-2004, de 15.07.2004.



por delitos de acción privada (arts. 400 y ss. del CPP) -así como en el procedimiento simplificado el requerimiento-, es precisamente la querrela la utilizada para el cotejo con la sentencia a efectos de determinar la congruencia, como acertadamente ha sentenciado nuestra jurisprudencia, la que la somete a las mismas exigencias de la acusación.<sup>253</sup>

Incluso en nuestro ordenamiento algunos procedimientos van más allá, y toleran la formulación de acusación sin que ésta sea precedida ni de formalización ni de ningún otro tipo de imputación. En efecto, en los procedimientos simplificados y monitorios llevados adelante por el MP, y en aquellos de acción privada impulsados por los particulares, ni a aquél ni a éstos se les pide efectuar algún tipo de imputación previa a quien posteriormente es requerido o querrellado.<sup>254</sup>

Inclusive, soluciones como la propuesta no son extrañas en el ámbito comparado, y así en España, una de las cuestiones más problemáticas que se suscitaron con la entrada en vigor de la LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se crearon los Juzgados de lo Penal y el procedimiento abreviado, fue la supresión en éste del auto de procesamiento, ya que las denominadas por la propia ley como Diligencias Previas, no contemplaban ninguna resolución que concretara

---

<sup>253</sup> v. SCA de Stgo., ROL N° 2.197-2007, de 23.10.2007.

<sup>254</sup> Si se rebatiera que el carácter generalmente pecuniario de las penas adjudicadas mediante un procedimiento monitorio justifican, en aras de la eficiencia en la persecución criminal, hacer caso omiso a las garantías de defensa que resguardaría una imputación previa, tal razonamiento no sería extrapolable al procedimiento simplificado, en el que se puede sancionar hasta con penas de 540 días de presidio efectivo, y menos aún al procedimiento de acción privada donde la ley no establece un máximo de sanción como límite de competencia, pudiendo por ejemplo, respecto de los delitos prescritos en el DFL 707 de 1982, Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, sancionarse hasta con 5 años de presidio efectivo.

la imputación y que debiera comunicarse al imputado, y tampoco existía una norma que impusiera expresamente la carga de efectuar esa comunicación. Por tales circunstancias, comenzaron a sucederse una serie de procesos en los que el acusado tenía conocimiento de la condición de imputado cuando ya se había acordado la apertura del juicio oral, privándole entonces de la oportunidad de actuar y de defenderse antes de la iniciación del juicio.<sup>255</sup>

A estos inconvenientes el Tribunal Constitucional español respondió en su sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, al proclamar lo que ha venido a ser la doctrina esencial en materia de imputación en España, declarando que al imputado no sólo no le está legalmente vedada la posibilidad de comparecer en las diligencias previas, sino que el examen del antiguo texto del art. 789.4, a la luz del art. 24 de la Constitución española, ha de llevar a concluir que el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido *ab initio* o no las diligencias previas) quien sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo personalmente a comparecer, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido en el sumario. Agrega ese Alto Tribunal que se desprende de lo anterior que la acusación no pueda, exclusivamente desde un punto de vista subjetivo,

---

<sup>255</sup> ARMENGOT (2013) 70-73.

dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorprendidas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.<sup>256</sup>

Mediante una interpretación sistemática el Tribunal Constitucional español suplió la imprevisión legislativa del auto de procesamiento en el procedimiento abreviado, acudiendo a otro acto de imputación judicial que permitiera el efectivo ejercicio del derecho de defensa con la adquisición de la condición judicial de imputado en forma previa a la acusación, por quien haya sido objeto de actos previos de imputación de aquellos previstos en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

<sup>256</sup> ARMENGOT (2013) 73 y 78, explica que, de esa forma, y según el Tribunal Constitucional español, la previa imputación no precisaba de una resolución judicial explícita que determinara los hechos imputables y el sujeto imputado, sino que tales extremos se encontrarían implícitos en las diversas actuaciones judiciales que enuncia el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Ahora bien, una vez que la imputación estaba provisionalmente determinada, el juez estaba obligado a citar al imputado, informarle esa imputación, ilustrarle de los derechos que le correspondían, y posibilitar su primera declaración. La citación de comparecencia se convertía de ese modo en una actuación de concreción de la previa imputación, y la comparecencia subsiguiente a esa citación en el momento procesal oportuno para que el imputado fuera informado de esa condición. Esta doctrina constitucional sólo posteriormente fue recogida en el art. 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre): “Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.” Sobre esta jurisprudencia v. RUIZ (1994) 106-107; ARMENTA (2008a) 89-90; ARMENTA (2012) 186-187; GIMENO (2012) 888-889; y, ASECICIO (2012) 69 y ss.

Es a esta lógica de garantías a la que hemos apelado, acomodándola a la particular configuración de nuestro proceso penal, en el que no todas las imputaciones provienen del órgano decisor y, al contrario, las que constituyen los hitos trascendentales del proceso (formalización, requerimiento y acusación), vienen de una autoridad administrativa independiente como el MP. De ese modo, la interpretación postulada por nuestro Tribunal Constitucional como por parte de la doctrina nacional para dar salida al dilema antes enunciado, ni es la única posible, ni la constitucionalmente más adecuada, siendo preferible poner atención en los fines informadores del instituto de la formalización, y sobre aquellos otros actos procesales que, con los resguardos antes reseñados, puedan realmente actualizarlos.

Hay que prevenir que prescindir de la formalización para posibilitar el forzamiento de la acusación por el querellante, en consonancia con lo que más arriba explicamos, no supone afectar o menoscabar el ejercicio del derecho de defensa del imputado no formalizado, pues para nuestro ordenamiento adjetivo, el *status* de imputado no se adquiere con la formalización de la investigación, sino desde “la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra” (art. 7° del CPP), lo que le permite ejercer desde ese momento las facultades, derechos y garantías que el ordenamiento le reconoce.<sup>257</sup>

A fuerza de lo que se lleva dicho, se discrepa de la interpretación que se vale exclusivamente del elemento gramatical para desentrañar el sentido del texto contenido en el inc. final del art. 259 del CPP, según el

---

<sup>257</sup> v. CAROCCA (1998) 201; HORVITZ (2005) T. I, 223; DUCE/RIEGO (2009) 133; y, en la doctrina comparada MAIER (2003) 47.

cual: “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”, de lo que mayoritariamente se ha colegido que es indispensable la formalización como antecedente de la acusación,<sup>258</sup> pues este tipo de lecturas debe superarse y corregirse por aquellas sistemáticas que se ajustan de mejor manera a un entendimiento global de nuestro proceso, así como de las funciones de cada uno de sus operadores.<sup>259</sup>

---

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

<sup>259</sup> No ha faltado oportunidad a nuestra jurisprudencia para afirmar que otras actuaciones desarrolladas durante la etapa de investigación pueden cumplir similar función y generar los mismos efectos de la formalización, alejándose del aparente estricto tenor literal de la norma. En efecto, en una primera aproximación la jurisprudencia estimó que únicamente la formalización suspendía la prescripción de la acción penal, por disponer el art. 233 del CPP que “La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”. Pues bien, esta interpretación hoy ha sido relativizada al comprender nuestros tribunales superiores que hay diversa actividad persecutora suficientemente definida contra el imputado, distinta a la formalización, que también suspende el cómputo de la prescripción, como precisamente, la querrela. v.gr. SCS, ROL N° 2.693-2006, de 13.06.2006: “4.- Que de las disposiciones legales citadas se desprende que la querrela se inserta en la etapa de la investigación correspondiente al procedimiento ordinario establecido para la pesquisa de los delitos de acción pública y que, además de

Finalmente, al postular la posibilidad de prescindir de la formalización frente a una querrela que se presente en los términos que hemos definido, como vía alternativa que permita operar el ulterior forzamiento de la acusación por la parte querellante ante una discrecional negativa a formalizar la investigación por el MP, no se ha querido abrir la puerta para que los particulares, mediante el forzamiento de la acusación promuevan acusaciones infundadas o destempladas que no consigan más que agotar innecesariamente escasos recursos públicos y exponer inmerecidamente a alguien a un juicio,<sup>260</sup> sino por el contrario, permitir que aquellas que tengan un sustento serio y que hasta hoy no han prosperado ante el discrecional cometido del MP, puedan ser conocidas por el tribunal de enjuiciamiento y decididas por éste. Para concluir lo anterior, no debe perderse de vista que el procedimiento de forzamiento de la acusación supone un juicio de mérito que efectúa el juez antes de autorizar al querellante a ocupar el lugar del MP, punto que abordaremos con más extensión más adelante, sin embargo, sí consignemos que dentro de los extremos que deberá supervisar el juez antes de autorizar el forzamiento de la acusación, precisamente se encuentra verificar que

---

constituir una de las formas de dar inicio a dicho procedimiento, evidencia en quien la formula -asumiendo el rol de querellante- la clara intención de cooperar en la actividad desarrollada por el Ministerio Público para la investigación del hecho delictivo y sus partícipes; todo lo cual permite concluir que la querrela, como trámite inicial del procedimiento, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del Código punitivo”. v.t. SSCS, ROL N° 5.362-2003, de 19.02.2004, ROL N° 6.268-2008, de 16.12.2008 y ROL N° 4.064-2009, de 27.10.2009; SSCA de Stgo., ROL N° 1.516-2009, de 03.08.2009, ROL N° 481-2011, de 25.04.2011, y ROL N° 2.131-2011 de 02.11.2011; y, SCA de Antofagasta, ROL N° 217-2006, de 16.12.2006.

<sup>260</sup> Como discierne CARNELUTTI (s.a.) 146, la precedencia del juicio propio de la imputación al juicio definitivo que ha de conseguirse en el debate, no se explica sino por la necesidad de no exponer a la pena del debate a quien no la merece y, por lo tanto, de permitir el debate sólo cuando la deliberación de las pruebas excluye el peligro de que el procedimiento siga contra quien ya se demuestra inocente.

exista una imputación previa de suficiente entidad y contenido, que permita asegurar que durante el período previo a la acusación, el imputado ha tenido la posibilidad de conocer los cargos que se le atribuyen y preparar oportunamente su defensa.

### **3.4. Oportunidad reglada u oportunidad libre en las salidas alternativas**

Toca ahora revisar tres institutos tipificados en el CPP que nuestra doctrina suele catalogar como manifestaciones de oportunidad reglada,<sup>261</sup> esto es, la suspensión condicional del procedimiento (art. 237), el acuerdo reparatorio (art. 241), y la oportunidad estricta (art. 170).

#### **3.4.1. Suspensión condicional del procedimiento**

En virtud de este instituto,<sup>262</sup> el Fiscal, con la venia del imputado, podrá solicitar al JG la suspensión del procedimiento por un lapso de 1 a 3 años, período durante el cual el encartado cumplirá las condiciones que disponga el tribunal, elegidas de un pliego que contempla la ley. Son requisitos copulativos de este instituto los siguientes: que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia

---

<sup>261</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 112-113, recogen como manifestaciones del principio de oportunidad reglada sólo estos tres institutos procesales; y DEL RÍO (2009c) 73, afirma que tales mecanismos “no son más que especiales formas de aplicación de la legalidad, ya que es la propia ley la que con detalle establece quiénes, cómo, cuándo, hasta qué límite, bajo qué controles y en qué supuesto se aplican”.

<sup>262</sup> Que los autores MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 18, definen como “un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, que tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término del litigio penal pendiente respecto de un delito de acción penal pública en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la resolución que concede el beneficio”.

condenatoria, no excediere de 3 años de privación de libertad, que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y, no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso (art. 237 del CPP). La ley prescribe un techo de pena en relación a la sanción concreta a que se expondría el imputado en un juicio, lo que supone considerar el *iter* del delito, una participación distinta a la autoría, atenuantes concurrentes u otras circunstancias que morigeren la pena. De ese modo, esta salida alternativa no está excluida en abstracto para ningún delito, sólo exigiéndose que respecto de algunos de especial gravedad que enumera taxativamente la ley,<sup>263</sup> se cuente anticipadamente con la venia del Fiscal regional.

#### 3.4.1.1. Control jurisdiccional sobre los presupuestos procesales de procedencia

El control judicial que mandata el legislador sobre los elementos normativamente reglados para esta salida alternativa, debiera excluir la discrecionalidad u oportunidad que el Fiscal pudiera desplegar a través de ella, o reducirla a niveles relativamente escasos e irrelevantes. Sin embargo, deliberadas tergiversaciones en la proposición de los hechos y del derecho aplicable por parte del MP, como la pasividad en su enmienda por parte del órgano jurisdiccional, ha permitido someter a esta salida alternativa a hechos punibles que debiesen ser objeto de enjuiciamiento por no cumplir los extremos demandados para acceder a

---

<sup>263</sup> Homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los arts. 361 a 366 bis y 367 del CP y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas.



ella, vulnerándose de ese modo el principio de legalidad y particularmente el deber de perseguir penalmente hasta su enjuiciamiento dichos ilícitos.

Una de las prácticas que explicaría lo anterior, consiste en que la prognosis judicial de la pena probable a que se expone el imputado usualmente se realiza en nuestra *praxis* casi de manera automática o mecánica, sobre la base de los hechos imputados en la formalización de cargos previamente librada por el Fiscal, razón por la cual, las lagunas e imperfecciones ya advertidas en la regulación de esa institución que impiden su adecuado control judicial, inciden sustancial e indebidamente en la procedencia de esta salida alternativa respecto de ilícitos que, de haber sido correctamente delineados en la imputación, no habrían podido someterse a ella.

Para ilustrar nuestras aprensiones, revisemos el siguiente caso. En causa RUC N° 1201272323-5, del JG de Colina, con fecha 24 de diciembre de 2012, se formaliza por los siguientes hechos: “El día 24 de diciembre de 2012, siendo aproximadamente la 01:00 horas de la madrugada, en circunstancias que la víctima (---) transitaba por calle Juan Maisonave al llegar a la intersección con Av. Francia en la comuna de Lampa, fue interceptado y abordado por los imputados (---) quienes en primera instancia se dedicaron a rodear a esta persona, obstruyéndole el paso con el fin de confundirlo a través de esta maniobra, para posteriormente y conjuntamente y de manera ágil sustraer conjuntamente los tres imputados a la víctima 01 par de zapatillas marca Adidas que la víctima tenía consigo; siendo sorprendidos en esta maniobra por personal policial de Tenencia de Batuco que captó esta situación y procedió a la detención de estas personas. La víctima avalúo sus zapatillas en la suma

de \$35.000 pesos.” Estos hechos fueron calificados por el MP como robo por sorpresa con el objeto de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la que fue acogida por el JG. Rápidamente se advertirá que los hechos y su calificación –correspondiente a un delito de robo con intimidación- se acomodaron por el MP con dicho objeto.

En situaciones como la extractada se incurre en fraude a la ley por parte del MP, pues para evadir la aplicación de una norma prohibitiva, como lo es el art. 237, inc. 3° letra a), del CPP, en cuanto impide esta salida alternativa si la pena que pudiere imponerse al imputado excediere de tres años de privación de libertad, se acoge a una norma de cobertura, en este caso, el art. 229 del mismo Código, que en la realidad del proceso ha entregado a la discreción del MP la formalización de la investigación, actuación que será determinante para el examen de admisibilidad posterior de la suspensión del procedimiento. La omisión del órgano jurisdiccional en atajar tal obrar discrecional del MP, convierte en un simple formulismo, vacío de contenido, la facultad que la ley le concede para “requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesarios para resolver” (art. 237 del CPP), potestad que le permitiría evitar siquiera parcialmente que se malogre la persecución obligatoria respecto de ilícitos que el legislador ha excluido de esta salida. En efecto, el juez debe fijarse en el ilícito del que dan cuenta los antecedentes investigativos recopilados por el MP, tanto en lo fáctico como en lo normativo, y no en la discrecional exposición de hechos y su calificación efectuada en la formalización de la investigación, pues esta actuación tiene un carácter provisorio, y puede ampliarse y modificarse según la marcha de las pesquisas. El legislador, además, aquí demanda

un pronunciamiento judicial sobre la pena a que se expone el imputado, sin conformarse con la apreciación administrativa del Fiscal.

En todo caso, en lo que respecta a las calificaciones jurídicas contenidas en la solicitud del Fiscal (delito, grado de desarrollo, participación, etc.), no es función adscrita al JG resolver el fondo jurídico del asunto, sino sólo verificar su plausibilidad jurídica, tal como se ha argumentado por la doctrina, que se apoya en la alusión en el texto de la ley a la pena que “pudiere” imponerse al imputado, esto es, a la pena posible, y, en que es el Fiscal quien está en mejor condición para apreciar la concurrencia de los factores que inciden en la determinación de la sanción y para valorar los hechos que se encuentra en condiciones de probar en un juicio oral.<sup>264</sup>

Un escenario procesal diverso se presenta cuando se insta por esta salida alternativa una vez clausurada la investigación, pues en ese evento la pena que pudiera sufrir el imputado es sólo aquella derivada de los hechos de la formalización -no así su calificación, que no vincula al tribunal-, los cuales no pueden excederse en la acusación ni en la condena.

---

<sup>264</sup> MERA (2004) 249. En sentido diverso DUCE/RIEGO (2009) 322-323, exponen que el pronunciamiento judicial debe limitarse al aspecto jurídico, esto es, a la razonabilidad y plausibilidad de la calificación jurídica de los hechos tal cual como han sido comunicados en la formalización. Agregan que algo similar ocurre respecto del requisito de la pena máxima que pudiere imponerse en caso de condena; para HORVITZ (2005) T. I, 556, -que escribió antes de la reforma de la ley 20.074 inclusiva de la facultad para requerir del MP los antecedentes que estimare necesarios para resolver-, en relación a las circunstancias atenuantes invocadas por este organismo, señalaba que bastaba con que tales circunstancias fueran acreditadas “de modo fidedigno y suficiente”.

Otro punto es que la ley no exige un grado de avance o progreso en la investigación para proponer la suspensión del proceso, dando un cuestionable margen para que el MP plantee esta salida temprana y antojadizamente, a fin de evitar recopilar antecedentes que llevarían a configurar un delito o circunstancias modificativas que acarreen una sanción cuya cuantía exceda el marco legal de la suspensión. Al respecto, en el derecho comparado se ha abordado este último asunto de diversa forma por la ley como por los operadores del sistema. En relación al sobreseimiento alemán, como explica Schöne,<sup>265</sup> en conformidad al principio de legalidad, sólo cuando se dan los presupuestos de una acusación el Fiscal puede preguntarse por las razones para prescindir de ella, aunque reconoce que en la práctica diaria los Fiscales muchas veces prescinden de realizar todas las diligencias posibles, lo que sería aceptable sólo si la decisión de no continuar con ciertas diligencias posibles se toma con base en la prognosis de que un resultado positivo de la diligencia no afectaría la posibilidad de sobreseer el caso.

#### 3.4.1.2. Control del ofendido

La capacidad de la víctima para coadyuvar al control de la obligatoriedad de la persecución está limitada a hacerse oír en la audiencia en que ello se debata,<sup>266</sup> a la apelación de una resolución que

---

<sup>265</sup> SCHÖNE (1994) 617, n. 62.

<sup>266</sup> Como precisan DUCE/RIEGO (2002) 312, la intervención del querellante sólo influiría para la determinación judicial de los plazos y condiciones de la suspensión condicional. Por otra parte, se ha resuelto que una suspensión condicional aprobada judicialmente sin escuchar o dar la posibilidad de ser oída, a la víctima, contradice el art. 78 letra d) del CPP, norma que impone como carga al MP la obligación de escuchar a la víctima cuando deba de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento, así SCA de Stgo., ROL N° 810-2008, de 06.05.2008. Respecto de la oportunidad para escuchar a la víctima v. MINISTERIO PÚBLICO (2001) 205.

acoja incorrectamente la suspensión del proceso,<sup>267</sup> y a instar por la revocación de la suspensión condicional si se dan los supuestos legales para ello (arts. 237 y 239 del CPP). El segundo informe de la Comisión del Senado, dejó constancia que se excluyó a la víctima de aquellos intervinientes que debían prestar su acuerdo a la suspensión condicional del procedimiento, al prever erróneamente que el Fiscal se encargaría o velaría adecuadamente de sus intereses: “la víctima ya está informada por el fiscal de sus derechos, medida que fue incluida por la Comisión, y tiene otras instancias de reclamo, por lo que no se justifica incorporarla en el procedimiento”. En contraposición, obsérvese que en el resto de las manifestaciones reguladas del principio de oportunidad, el consentimiento –expreso o tácito- de la víctima es esencial, así en el principio de oportunidad estricto del art. 170 del CPP, su sola manifestación de voluntad dará lugar a que el tribunal ordene la continuación de la persecución, y en el acuerdo reparatorio el ofendido es una de las partes que concurren a su celebración; incluso la ley faculta al querellante forzar la acusación que el MP no está dispuesto a llevar adelante a fin de permitirle materializar su derecho a accionar penalmente. Sin embargo, el instituto analizado levanta una barrera infranqueable al derecho de la víctima a ejercer la acción penal, y consiguientemente a obtener la tutela judicial efectiva, materia ésta que nuestra jurisprudencia constitucional no

---

<sup>267</sup> Una visión crítica frente a la concesión de recurso de apelación a la víctima y al querellante sostiene HORVITZ (2005) T. I, 294, por cuanto “interfiere en el diseño de la política criminal decidida por el propio legislador en la regulación de esta salida alternativa, subordinándose este interés público al privado de la víctima”.

ha desarrollado con la profundidad que merece, y que la doctrina tampoco ha mirado con interés.<sup>268</sup>

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

### **3.4.2. Acuerdos reparatorios**

Los acuerdos reparatorios son esencialmente el reflejo de una redistribución del poder entre lo público y lo privado, pero que no afectan

---

<sup>268</sup> En STC, ROL N° 1.244-2008, de 02.06.2009, en el voto disidente (cons. 20º), al respecto se expresó que, “en la medida que los bienes jurídicos privados de que se dispone en una suspensión condicional son de titularidad del querellante, no resulta racional ni justo que se le imponga dicho acuerdo contra su voluntad y que por efecto de ello la ley lo prive de la prosecución del ejercicio de la pretensión penal que la Constitución le otorga de manera expresa. El derecho a ser oído en la audiencia y a apelar son insuficientes para cumplir el estándar del bloque de garantías procesales penales de la víctima en la suspensión condicional, pues carecen de contenido suficiente y son ineficaces para tutelar el interés del querellante, en la medida que su argumentación y su oposición no son conducentes a la disposición de sus bienes jurídicos, no resultan relevantes ni necesarias y, por otro lado, a causa de lo mismo, la apelación sólo podrá fundarse en vicios de procedimiento y en no ser el delito uno de aquellos que pueden ser objeto de salidas alternativas, lo que además dependerá de lo que el fiscal haya formalizado más que de la acción ejercida en la querrela”.

el principio de exclusividad de la jurisdicción penal ni al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que serán en suma los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado.<sup>269</sup>

Nuestro ordenamiento los disciplina como convenios celebrados entre el imputado y la víctima para poner término al proceso, y de paso, extinguir la responsabilidad penal del primero, los cuales sólo pueden referirse a hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (art. 241 del CPP).<sup>270</sup>

Cuando el Fiscal actúa sin atender a las condiciones legales sabidas y, por tanto, en oposición al principio de obligatoriedad de la acción penal, ello no deja de abrumar, pues con la incorporación de esta

---

<sup>269</sup> Así lo manifiesta BARONA (2011) 258, en relación a la mediación penal.

<sup>270</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 19, definen esta salida alternativa como “un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el imputado y la víctima dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, cuyo fin es convenir la reparación de las consecuencias causadas por el delito y poner término al litigio penal pendiente respecto de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”. Para un completo examen de este instituto v. PIEDRABUENA (2003) 211 y ss., y sobre su fundamento v. AGUILAR (2004) 380. Nuestra jurisprudencia también ha intentado definir los fines y objetivos de esta institución, señalándose, por ejemplo, en SCA de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 07.02.2008 que “es un reconocimiento que el legislador ha efectuado a los derechos de la víctima y a la importancia de resolver conflictos jurídicos penales, mediante acuerdos que dejen en lo posible incólume al perjudicado con el delito y que se restrinja racionalmente el *ius puniendi* estatal, en beneficio de la sociedad toda, de modo que éste se aplique preferentemente a las ocurrencias delictivas de mayor gravedad, a las que afecten a los sectores más vulnerables de la comunidad y a las que, por su pertinaz repetición, menoscaban efectivamente el sentimiento de seguridad jurídica entre los justiciables y su confianza en el imperio del ordenamiento jurídico”. De manera similar en SCA de Antofagasta, ROL N° 147-2008, de 11.7.2008. Sobre la reparación como tratamiento penal, en el derecho comparado, v. ARMENTA (2012) 161 y ss.

institución se quiso dejar atrás los mecanismos informales de composición prohibidos por la legislación anterior. Como recuerda Horvitz,<sup>271</sup> ciertas prácticas de “baja visibilidad” de los tribunales de justicia mostraban que en el ámbito de determinados delitos, especialmente patrimoniales, la transacción entre imputado y víctima y el posterior desistimiento de ésta conducía, en forma prácticamente indefectible, al sobreseimiento temporal de la causa.

Como se indicó, estos acuerdos pueden recaer en hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. Sobre lo que podría aludir la expresión poco feliz del legislador “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”, la doctrina no es uniforme,<sup>272</sup> reconociendo que “subsiste un espacio de interpretación”,<sup>273</sup> y que con esa expresión “la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdos reparatorios”.<sup>274</sup> Como era de esperar, lo inasible del concepto aludido no ha hecho sino develar

---

<sup>271</sup> HORVITZ (1997) 114.

<sup>272</sup> DUCE/RIEGO (2002) 328-329 y DUCE/RIEGO (2009) 342, señalan que del estudio de la discusión parlamentaria, la expresión finalmente aprobada, “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial”, tuvo claramente por intención limitar la cláusula a los delitos contra la propiedad no violentos; NÚÑEZ (2003) T. II, 137, por su parte, explica que “bienes jurídicos disponibles son, en síntesis, aquellos que por su relativo resultado dañoso y trascendencia social o su carácter esencialmente patrimonial, son susceptibles de ser reparados mediante el pago de indemnizaciones pecuniarias”; y, MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 641, propugnan que, en general, todo delito atentatorio contra los bienes jurídicos propiedad o patrimonio son susceptibles de acuerdo reparatorio, salvo por ejemplo, aquellos que afectan el Fisco. v.t. MATUS (2000) 136-137; PIEDRABUENA (2003) 222 y ss.; AGUILAR (2004) 383-384; y CORNEJO (2009) 120.

<sup>273</sup> DUCE/RIEGO (2009) 342.

<sup>274</sup> HORVITZ (2005) T. I, 571.



nuevos flancos del principio de legalidad, pues facilita la celebración de acuerdos reparatorios por víctimas e imputados con relación a asuntos en que se contienen hechos penales que el MP debiera perseguir hasta la dictación de la sentencia.<sup>275</sup>

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

---

<sup>275</sup> Manifestación de los difusos contornos del concepto en cuestión, es la diversidad de criterios que es posible hallar entre nuestros tribunales al precisar los delitos que comprende. Así, por ejemplo, en relación al delito de robo en lugar habitado, las SSCA de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 07.02.2008 y ROL N° 147-2008, de 11.7.2008, estimaron que no obstante su carácter pluriofensivo, el bien jurídico que lo determina es la propiedad, y por tanto puede ser objeto de esta salida alternativa. También se resolvió su procedencia en SCA de La Serena, ROL N° 2-2005, de 26.01.2005, mientras que de manera un tanto ecléctica el mismo tribunal indica en ROL N° 299-2008, de 28.10.2008 que es el propio carácter pluriofensivo de dicho delito el que permite concluir la existencia de un interés prevalente en su persecución que impide la celebración de esta salida alternativa. Mientras, en SCA de Pto. Montt, ROL N° 200-2012, de 10.08.2012 se desestimó este acuerdo por el carácter pluriofensivo del delito aludido. En relación al delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad la SCA Stgo., ROL N° 1.187-2007, de 06.06.2007 confirmó la resolución que aprobó esta salida, mientras en sentido contrario se pronunció el mismo tribunal en causa ROL N° 531-2008, de 14.04.2008. En esta última dirección v.t. resolución del JG de Rancagua, RUC N° 1000123409-4, de 28.04.2010. Y respecto del delito de maltrato de obra a carabinero (art. 416 bis del Código de Justicia Militar) en SCA de La Serena, ROL N° 327-2012, de 06.11.2012 se consideró que se trataba de un delito “pluriofensivo que no sólo compromete la integridad física del funcionario policial, eventualmente lesionado en el caso en cuestión, sino también el de respeto a la autoridad y de salvaguarda al ejercicio de la función pública, en atención a la labor desempeñada por el afectado”.

### 3.4.2.1. Control jurisdiccional de presupuestos procesales

El inc. 3° del art. 241 del CPP ordena al tribunal, de oficio negar aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los ya referidos. No obstante, en la práctica, el ejercicio efectivo de este poder se verá embarazado en tanto el órgano jurisdiccional no está facultado para requerir del MP los antecedentes que estimare necesarios para resolver, como sí lo está para dirimir la procedencia de la suspensión condicional del proceso,<sup>276</sup> y tampoco contará con una de las partes requiriendo su enmienda, pues la víctima justamente estará interesada en lograr el acuerdo. Con lo indicado se advierte que el JG, en la práctica, no podrá proceder con conocimiento y verificar la efectiva concurrencia de los presupuestos.

Patente y dramática muestra de acomodo fáctico efectuado por el MP con el fin alentar acuerdos reparatorios fuera de los márgenes legales, puede constatarse en el proceso seguido ante el JG de Los Ángeles, RUC N° 0400369028-3, de 27 de enero de 2005, donde el MP presentó requerimiento por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad causando daños (art. 115-A de la Ley N° 18.290), y en la audiencia de procedimiento simplificado retira la producción de daños de la descripción fáctica sometida a enjuiciamiento, y se allana a la

---

<sup>276</sup> En ese orden, v. SCA de Antofagasta, ROL N° 36-2011, de 26.03.2012: “Que para los efectos de analizar la procedencia de los requisitos de las salidas alternativas, debe estarse exclusivamente a la objetividad de la imputación que efectúa el Ministerio Público, esto es, los hechos atribuidos en la formalización o en la acusación, según sea el estadio procesal, no resultando procedente analizar la efectividad del acaecimiento de los hechos atribuidos e investigados (---)”.

celebración de un acuerdo reparatorio entre la víctima e imputado respecto de un supuesto delito de daños.<sup>277</sup>

Pero en contraposición a las limitaciones explicadas, el legislador ordena al juez negar aprobación a los acuerdos reparatorios que versaren sobre hechos en que considerase existente “un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”, cuestión que no parece sino una confusión entre poder político y administración de justicia, pues con su determinación se excedería largamente la discrecionalidad técnica reconocida a los jueces, la que sólo permite utilizar criterios que están en el ordenamiento jurídico. Como acierta Montero Aroca,<sup>278</sup> el juez no adopta decisiones políticas al servicio de intereses generales, el juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones.

Horvitz<sup>279</sup> estima que el fundamento del rechazo de esta salida alternativa reside en razones de prevención, tanto especial como general, poniendo esta autora como ejemplo, a “fraudes de poca monta pero realizados masivamente por la misma persona afectando el sistema financiero nacional”.<sup>280</sup> Ahora bien, este tipo de razones de prevención general que conducen al juez a incorporar a sus decisiones elementos

---

<sup>277</sup> En este caso particular, el juez erradamente avala la actuación del Fiscal aprobando el acuerdo reparatorio, pues la instancia del procedimiento en que se encontraba –ya formulado el requerimiento con enunciación de hechos y antecedentes fundantes- sí le permitía al tribunal desestimar un acuerdo que recaía sobre hechos que integraban un delito complejo sobre el que no es admisible esta salida por afectar otros bienes jurídicos indisponibles.

<sup>278</sup> MONTERO/ORTELLS/GÓMEZ (1989) 147.

<sup>279</sup> HORVITZ (2005) T. I, 570.

<sup>280</sup> Una enunciación de casos en que concurriría este interés público prevalente en PIEDRABUENA (2003) 233 y ss.; y MINISTERIO PÚBLICO (2001) 175-176.

exógenos al caso particular sometido a su conocimiento no son infrecuentes en la órbita comparada, así en el procedimiento alemán, habiendo la Fiscalía ya presentado cargos, el juez, con el consentimiento de aquélla y del acusado, puede terminar el proceso definitivamente dándose los presupuestos previstos en la ley (§153 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana), entre los que se incluye la inexistencia de interés público en la persecución.

La jurisprudencia, sin embargo, ha sido vacilante para delinear el concepto referido, así por ejemplo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, ROL N° 13-2008, de 7 de febrero de 2008, se decide que el concepto de interés público prevalente “no se trata de antecedentes referidos a condenas anteriores o delitos investigados, porque la ley sólo se ha referido a hechos, es decir circunstancias fácticas susceptibles de un acuerdo reparatorio.”<sup>281</sup> Por el contrario, en sentencia del Tribunal de Alzada de La Serena, ROL N° 348-2005, de 23 de diciembre de 2005, se estimó que el haber sido condenado anteriormente el imputado por dos delitos de la misma naturaleza que el que ahora se sometía a acuerdo reparatorio, demostraba la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> Con similares fundamentos SCA de Antofagasta, ROL N° 147-2008, de 11.7.2008.

<sup>282</sup> Considerando también las condenas anteriores del imputado para este análisis, en SCA de Antofagasta, ROL N° 36-2011, de 26.03.2012. En SCA de La Serena, ROL N° 119-2004, de 08.07.2004 se pondera igualmente los “distintos ingresos en fiscalía por hechos punibles de la misma especie”, y en SCA de La Serena, ROL N° 168-2012, de 07.06.2012 se aclara que “la situación de reiteración de hechos como los que se investigan como manifestación de la concurrencia del interés público prevalente, no es la única situación en que aquél interés ha de entenderse afectado, sino que es posible

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

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

---

desprender su procedencia, conforme la redacción de la citada norma, de otros hechos o condiciones probados, como ha acaecido en la especie”.

investigaciones abiertas en contra del encartado, condenas anteriores, etc.), con lo que de todas formas queda entregado a su iniciativa el bloquear o impedir un acuerdo improcedente.

Coincidente con esta posición se muestran Duce y Riego,<sup>283</sup> para quienes el juez debe moverse muy cuidadosamente en relación a esta causal de improcedencia del acuerdo reparatorio, ya que evaluaciones del tipo comentado, por regla general son de potestad del MP, institución estatal encargada de velar por la protección del interés público en el sistema de justicia penal. En este sentido, continúan los autores citados, con el objeto de evitar confusión entre las funciones jurisdiccionales y las persecutorias, los jueces debieran actuar reactivamente tratándose de esta causal, es decir, básicamente sólo cuando hubiere una oposición bien fundada del MP a la procedencia de un acuerdo y nunca en forma autónoma o sin reclamo de éste.

### **3.4.3. Principio de oportunidad**

Finalmente, la ley autoriza al Fiscal a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo<sup>284</sup> o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. A esta salida puede

---

<sup>283</sup> DUCE/RIEGO (2002) 333; y DUCE/RIEGO (2009) 347.

<sup>284</sup> El legislador atiende a la pena abstracta contemplada en la norma penal, y no a aquella resultante de su determinación legal o individualización judicial. Oo. NÚÑEZ (2003) T. II, 23, postula que para determinar si la pena del delito se encuentra dentro del umbral permitido, deben considerarse los elementos objetivos relativos al *iter criminis* y grado de participación. En este sentido también MINISTERIO PÚBLICO (2001) 185-186.

oponerse el ofendido, dejándola sin efecto frente a cualquier manifestación de su interés en el inicio o continuación de la persecución penal (art. 170 del CPP).<sup>285</sup>

#### 3.4.3.1. Control jurisdiccional de presupuestos procesales

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

---

<sup>285</sup> Mediante Oficio N° 790/2008 de 22 de diciembre, el Fiscal nacional imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al principio de oportunidad.

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

En lo que dice relación a la calificación jurídica de los hechos, coincidimos con Mera<sup>286</sup> en que el JG sólo debe controlar su plausibilidad jurídica y, por otra parte, no obstante los términos de la ley, en los que señala que el juez podrá dejar sin efecto la decisión del Fiscal (art. 170, inc. 3º, del CPP), creemos que si la solicitud es manifiestamente errónea o muy dudosa, el juez debe dejarla sin efecto.

Y en otro orden de consideraciones, aun cuando el principio de oportunidad en sentido estricto está orientado a realizar el principio de la absoluta insignificancia o bagatela, donde desde el punto de vista de la justicia material se presenten casos concretos en que no se dé o una lesión tutelable del bien jurídico o una lesión no tutelable por otros medios del ordenamiento jurídico,<sup>287</sup> lo cual restringiría considerablemente el campo de discrecionalidad del MP a delitos menores, lo cierto es que el legislador ha limitado sólo el máximo de la pena mínima asignada al delito (540 días de presidio o reclusión), pero no así su tope superior, razón por la que pueden incluirse ilícitos que tienen aparejadas sanciones que ya no podrían calificarse razonablemente como de bagatela, tales

---

<sup>286</sup> MERA (2004) 248.

<sup>287</sup> CONDE-PUMPIDO (1989) 294-295. CHAHUÁN (2007) 74, precisa que no obstante la eliminación de la referencia explícita a la “insignificancia” del hecho como motivo de no compromiso del interés público, se mantiene el criterio aludido.



como la receptación (cuyo marco abstracto alcanza los 5 años de presidio).<sup>288</sup>

Por último, se suele afirmar que la posición de la víctima se encuentra reforzada frente al ejercicio discrecional por parte de los Fiscales del principio de oportunidad, porque cualquier manifestación de su voluntad ante el JG que exprese su interés en la persecución penal determinará el inicio o la continuación del procedimiento, al así preceptuarlo el inc. 3º del art. 170 del CPP.<sup>289</sup> Esta posición pasa por alto que si el Fiscal instructor, pese a la oposición de la víctima, estima discrecionalmente que los hechos no ameritan la persecución penal estatal, simplemente comunicará más adelante su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) del CPP), institución que como luego veremos, se utiliza indiscriminadamente para encubrir decisiones que no dicen relación con el mérito jurídico o fáctico de la investigación, relativizándose el poder de control de la víctima sobre la actividad o pasividad del MP en esta primera fase del proceso.

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

---

<sup>288</sup> CASTRO (2010) 209, es incluso partidario de aumentar el umbral punitivo del art. 170 del CPP, a fin de incorporar nuevos delitos a esta salida, cambio que se justificaría por una no comprobada “madurez alcanzada por el Ministerio Público.”

<sup>289</sup> v. HORVITZ (2005) T. I, 292.

## CAPÍTULO 4

### ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y LA ACUSACIÓN

Aun cuando la máxima de obligatoriedad de la acción penal no supone que toda investigación deba culminar en una acusación, sino sólo la obligación del MP de promover la persecución sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el sobreseimiento, no perseverar en la investigación o alcanzar una salida alternativa, cuando considere que no existen indicios de culpabilidad o que el hecho pesquisado es penalmente irrelevante,<sup>290</sup> sería un craso error estimar que el principio en estudio se satisface con el mero inicio y desarrollo de la investigación, resultando más o menos indiferente un discrecional aborto posterior del procedimiento. Muy por el contrario, al deber del MP de investigar impuesto por el principio de obligatoriedad, le sigue el deber de acusar si los antecedentes reunidos en la investigación

---

<sup>290</sup> En términos similares, CLARIÁ (s.a.) 161; RUIZ (1995) 102; FERRAJOLI (2001) 570; DUCE/RIEGO (2009) 179, n. 2; y BURGOS (2012) 60, para quien el ejercicio de la acción penal mediante querrela no es un derecho incondicionado, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en la fase instructora que le ponga término anticipadamente. Como contrapartida, y según explica WEIGEND (2002) 1237, el Fiscal ejerce discreción, en su sentido propio, sólo cuando considera la condena del sospechoso como probable y aun así no presenta cargos, no refiriéndose entonces la discreción a la suficiencia de evidencia sino a consideraciones de política.

lo justifican.<sup>291</sup> Y tal justificación para acusar y realizar el juicio oral, existirá únicamente cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho es delictivo y que de él es autor el imputado.<sup>292</sup>

Cuando el cúmulo de fuentes de prueba recopilado durante la etapa de investigación hace surgir en el MP, en virtud del principio de legalidad, este deber de acusar y, por ende, de ejercer estrictamente la acción penal, se determina a su vez, *de iure condendo*, que la actuación del órgano jurisdiccional, también en atención al principio de legalidad, tenga dos parámetros obligados: primero, revisión del ámbito de la actividad del MP, pronunciándose siempre sobre el carácter completo o incompleto de la actividad desplegada por ese organismo, de manera que el juez pueda indicarle con carácter vinculante, la necesidad de practicar actuaciones complementarias antes de permitir dar por terminada la fase preliminar y decidir lo oportuno sobre el archivo de las actuaciones o la apertura del juicio oral. Y segundo, y aún más apremiante para la vigencia del principio de legalidad, es la revisión de las decisiones del MP

---

<sup>291</sup> ROXIN (2000) 89; DE LA OLIVA (1999) 191, explica que la acción comprende tanto el poder de provocar el inicio del proceso como “el de que se mantenga vivo a fin de ser y actuar como parte acusadora”; en tanto, BURGOS (2012) 69, refiere que la búsqueda de la verdad material es obligación de todos los órganos del Estado que participan en la investigación penal, aunque el objetivo del Ministerio Público no es la sentencia sino la acusación; del juego de los §§ 152.2 y 170.1 StPO, GÓMEZ (1985) 47, afirma que conforme al principio de legalidad, “de un lado, la Fiscalía debe practicar las investigaciones en caso de que existan sospechas de haberse cometido un hecho delictivo; de otro, está obligado a formular la acusación en caso de que permanezcan, tras esas investigaciones, suficientes sospechas acerca de ese hecho”.

<sup>292</sup> MONTERO (2013) 31.

de dejar de actuar la acción penal y, en su caso, obligarle a dicho ejercicio.<sup>293</sup>

En lo que atañe al proceso criminal chileno vigente, una vez concluida la investigación, el Fiscal declarará cerrada esta etapa del proceso y podrá, dentro de los 10 días siguientes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma; o, comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación (art. 248 del CPP). La decisión que adopte el MP de acuerdo a lo que cree acorde al resultado de la instrucción –acusar, solicitar sobreseimiento o no perseverar en el procedimiento-, como reconoce nuestro Máximo Tribunal, debe ceñirse en todo caso a las exigencias del régimen positivo vigente,<sup>294</sup> es decir, al principio de legalidad tanto en su dimensión sustantiva como procesal.

Nos abocaremos enseguida al examen de las posibilidades judiciales de control sobre el discrecional no ejercicio de la acción penal por el MP mediante estas determinaciones, comenzando antes con la revisión de las potestades del tribunal frente al cierre de una investigación incompleta.

---

<sup>293</sup> DÍAZ (1996) 290-292.

<sup>294</sup> SCS, ROL N° 2.693-2005, de 03.08.2005.

#### **4.1. Control jurisdiccional sobre una investigación cerrada e incompleta**

Nuestra jurisprudencia constitucional en sentencia ROL N° 1341-2009, de 15 de abril de 2010 (cons. 49°), y ROL N° 1394-2009, de 13 de julio de 2010 (cons. 21°), ha dictaminado que “para que proceda el ejercicio de la facultad de no perseverar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas ‘las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores’. Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 257 del mismo Código.”<sup>295</sup>

Si la Fiscalía no ha respondido adecuadamente frente a la labor indagatoria que le impone el art. 248 ya aludido, esto es, haber practicado “las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”, con el objeto de posibilitar la acusación fundada del imputado, una vez más, al igual que a lo largo de

---

<sup>295</sup> En igual línea v. SCA de Arica, ROL N° 137-2012, de 04.06.2012: “(---) si bien el Ministerio Público tiene como prerrogativa exclusiva, dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, tal como lo consignan los artículos 83 de la Constitución Política, 3° del Código Procesal Penal y 1° de la Ley 19.640, dicho cometido debe llevarse a cabo en la forma prevista por la Constitución y las leyes y una vez que se produce el completo y eficaz agotamiento de la investigación, a cargo en forma exclusiva del Ministerio Público, el Fiscal de aquella, está en condiciones de tomar alguna de las tres alternativas que contempla el art. 248 del citado Código Procesal Penal (---)”, v.t. SCA de Sn. Miguel, ROL N° 739-2012, de 19.06.2012: “(---) el Ministerio Público, en correlato de su facultad constitucional de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y la participación punible, antes de adoptar su decisión de no perseverar, se encuentra obligado a hacer todo lo que esté a su alcance para la averiguación de éstos, máxime si, como ha ocurrido en la especie, no ha formalizado su investigación y el querellante particular se encontraría impedido de ejercer el derecho a forzar la acusación que regula el artículo 258 del Código Procesal Penal.”

todo el proceso, el legislador descansa en la diligencia de la víctima para promover la perfección de la investigación, sujeto procesal que podrá solicitar al tribunal su reapertura y la reiteración de diligencias oportunamente demandadas al MP, y que éste hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado (art. 257 del CPP). Apuntemos que el Proyecto de CPP ni siquiera contemplaba esta herramienta, la que fue incorporada en el primer informe de la Comisión de la Cámara de Diputados, como “ampliación de la investigación” (art. 327), autorizándose al juez a disponer directamente la práctica de las diligencias a la policía, punto este último que fue modificado en el Senado a raíz de una indicación parlamentaria, según se dejó constancia en el segundo informe de la Comisión del Senado. Este precepto volvió a mudar posteriormente mediante la Ley N° 20.074, en cuanto a la oportunidad para solicitar la reapertura y ampliando su procedencia también respecto de diligencias pedidas sobre las cuales el MP no se hubiere pronunciado.

Si el JG acogiere la solicitud, ordenará al Fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Esta facultad judicial ha sido criticada por Tavolari, tachándola de inconstitucional por vulnerar la exclusividad de la dirección de la investigación otorgada al MP.<sup>296</sup> Nosotros al contrario, creemos con Horvitz<sup>297</sup> que “el fundamento de esta norma no constituye un resabio inquisitivo del legislador, pues no faculta al juez para disponer nuevas

---

<sup>296</sup> TAVOLARI (2000) 151. En sintonía, CERDA/HERMOSILLA (2006) 312, expresan que se trata de una facultad “que altera el principio acusatorio en cuanto a la separación de las funciones de investigar y decidir”.

<sup>297</sup> HORVITZ (2005) T. I, 579.

diligencias de investigación, sino únicamente aquellas solicitadas por las partes y no realizadas por el fiscal.” Agrega esta autora que “esta atribución judicial tiene por fin controlar que el ministerio público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación”.<sup>298</sup>

De cualquier forma, esta reapertura de la investigación será improductiva si a la sazón la diligencia que interesa al querellante puede ya no cumplir su objetivo por haberse alterado o desaparecido la evidencia o ya no ser posible conseguir algún testimonio.<sup>299</sup> De ese modo, y como antes hemos prevenido, la acusación que pudiera deducir el ofendido, sea conjuntamente con el MP o autónomamente mediante el forzamiento de la acusación, a la postre depende casi completamente de la calidad de la investigación llevada adelante por este organismo, con lo que pareciera que su derecho a ejercer la acción penal como a la tutela judicial efectiva, así como su rol de poderoso puntal del cumplimiento del

---

<sup>298</sup> Abona la opción de nuestro legislador el que mecanismos similares puedan hallarse en procesos de corte acusatorio en el derecho comparado, v.gr. las facultades que se conceden al ofendido frente a la solicitud de archivo del Ministerio Público contempladas en los arts. 408.3 y 410 del Código Procesal Penal italiano. El procedimiento portugués, luego de la *inquérito* desarrollada por el Ministerio Público, considera una fase eventual llamada *instrucao* (arts. 17 y 286 a 310 Código Procesal Penal portugués), dirigida por el juez de instrucción y que tiene por objeto la comprobación judicial de la decisión del Ministerio Público de deducir acusación o de archivar el *inquérito*. Aun cuando esta fase se abre a demanda de las partes, tiene carácter autónomo, es decir, el juez de instrucción no está limitado por las diligencias de investigación solicitadas por las partes. Asimismo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica permite al querellante, dentro del procedimiento intermedio, requerir al tribunal que practique los medios de prueba que estime haya omitido el Ministerio Público en su instrucción (arts. 269 y 727).

<sup>299</sup> Recordemos que la ley procesal ha radicado sólo en el MP la posibilidad de requerir la recepción de prueba anticipada (art. 191 del CPP).

principio de obligatoriedad de la acción penal se ven seriamente desmejorados.<sup>300</sup>

#### **4.2. Solicitud de sobreseimiento y control jurisdiccional de los presupuestos procesales del sobreseimiento**

Una vez ya firme el cierre de la etapa de investigación, como antes referimos, el MP puede adoptar dos decisiones distintas a la acusación, esto es, solicitar el sobreseimiento de la causa o no perseverar en el procedimiento.

Una petición de sobreseimiento del MP que se aparte del mérito fáctico o jurídico de la investigación debe ser desestimada por el órgano jurisdiccional, pues estos aspectos objetivos están sujetos a su ponderación y revisión, previo debate en que serán oídas todas las partes, incluyendo la querellante (arts. 249, 250 y 252 del CPP).<sup>301</sup> Así se ha dicho que no basta una mera opinión del Fiscal compartida por el imputado acerca de la concurrencia de la causal de sobreseimiento si ella no fluye de los antecedentes concretos de la investigación, los que debe examinar y ponderar el juez en su resolución. Sostener lo contrario, permitiría que por esta vía se burlaran los límites temporales y procesales para la aplicación del principio de oportunidad reglado del art. 170 del

---

<sup>300</sup> Tal desajuste del proceso es cuestionado por MARTÍN (2005) 288, cuando analiza el sistema español, señalando que la atribución de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal no puede suponer que las acusaciones no oficiales, a los efectos de que se abra el juicio oral y de fundamentar su acusación, dependan completamente de la investigación que haya realizado otro órgano público.

<sup>301</sup> Para una confrontación del sobreseimiento en el Código de Procedimiento Penal de 1906 y el CPP, v. MATURANA (2005) 337-367. Un examen de las causales de sobreseimiento definitivo contenidas en el art. 250 del CPP, en AGUILAR (2004) 396-408; y OLIVER (2008) 357-366.



CPP, pudiéndose llegar a un principio de oportunidad discrecional encubierto no aceptado por nuestro legislador, bajo la argucia de una petición de sobreseimiento definitivo amparado en una causal compartida o convenida por los intervinientes del proceso penal,<sup>302</sup> a la cual el JG resignadamente debería limitarse a sancionar u homologar. La solicitud de sobreseimiento por esta vía dejaría su condición de acto de obtención, mudando a acto de causación por el cual las partes pueden convenir el término anómalo del proceso.

El Proyecto de CPP no permitía al juez rechazar la solicitud de sobreseimiento del Fiscal, sino sólo sustituir la causal o tipo de sobreseimiento (art. 346), cuestión que ya Garrido Montt<sup>303</sup> estimaba inconstitucional al imponer al juez una decisión, desconociendo su facultad privativa de juzgar.<sup>304</sup>

Pero es más, incluso antes del pronunciamiento jurisdiccional, si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el Fiscal, la ley procesal prevé la remisión de los antecedentes al Fiscal Regional, a objeto que éste revise la decisión del persecutor a cargo de la causa. Si la primera autoridad, dentro de los 3

---

<sup>302</sup> MATURANA (2005) 342. Al respecto, PIEDRABUENA (2000) 24, señaló que “en caso de discrepancia entre el Ministerio Público y el juez de control sobre la decisión del sobreseimiento, debería primar la decisión jurisdiccional por sobre la decisión de un funcionario no jurisdiccional”. En contradicción con esa opinión que compartimos, la SCA de Stgo., ROL N° 1.758-2007, de 14.08.2007 ha resuelto que es el MP “el órgano que está en situación de poder evaluar con mayor certeza si concurren o no los requisitos para decretar el sobreseimiento definitivo.”

<sup>303</sup> GARRIDO (2000) 135.

<sup>304</sup> PIEDRABUENA (2000) 48, igualmente criticaba en esta parte el Proyecto de CPP por incluir algunas atribuciones al MP que son dudosamente jurisdiccionales, tales como las relativas a que este organismo impone, por regla general, al juez su decisión de sobreseer en la causa, es decir, de no iniciar un juicio penal mediante la acusación.

días siguientes, decidiere que el MP formulará acusación, lo hará dentro de 10 días. Pero si ratificare la decisión del Fiscal a cargo del caso, el juez puede todavía autorizar que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante si estimare que no procede decretar el sobreseimiento correspondiente (art. 258 del CPP).<sup>305</sup> En este último supuesto, ya hemos manifestado que en nuestra opinión, aún a falta de formalización de la investigación el querellante podrá forzar la acusación si la querrela que le antecede ha sido suficientemente precisa como para haber garantizado adecuadamente el derecho de defensa del imputado durante la investigación, no obstante que nuestra jurisprudencia mayoritaria ha seguido un camino diverso, exigiendo igualmente la formalización previa.<sup>306</sup>

En lo que atañe al régimen recursivo, la víctima se encuentra expresamente legitimada para impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (art. 109 letra f) del CPP).

Ahora bien, si en la causa no se ha hecho parte el ofendido como querellante, de manera de que éste pueda echar mano al instituto del forzamiento de la acusación al que tanto hemos aludido, el MP puede

---

<sup>305</sup> A diferencia de otros ordenamientos, v. ARMENTA (2012) 215, el que el caso avance sólo con el impulso de la víctima cuando el Fiscal pide el sobreseimiento, en el proceso chileno, no transforma el delito objeto de la acusación particular en un delito de acción privada.

<sup>306</sup> Pero, al contrario, tal formalización no es exigida previamente para decretar el sobreseimiento, v. SCA de Antofagasta, ROL N° 186-2007, de 14.08.2007; SSCA de Stgo., ROL N° 1.349-2007, de 26.06.2007, ROL N° 1.348-2007, de 27.06.2007, ROL N° 1.674-2007 de 07.08.2007, ROL N° 1.758-2007, de 14.08.2007, ROL N° 1.936-2007, de 03.09.2007, ROL N° 1.876-2009, de 30.09.2009. Oo. SCA de La Serena, ROL N° 276-2006, de 05.10.2006.

terminar, en los hechos, imponiendo su criterio jurídico –o discreción- sobre aquel del tribunal que rechace el sobreseimiento definitivo por estimar que los acontecimientos investigados sí constituyen delito o, que no está claramente establecida la inocencia del imputado (art. 250 letras a) y b) del CPP). Y es la misma ley la que abre las puertas a la discrecionalidad del persecutor público, al autorizarle el art. 256 del CPP, frente al rechazo de la solicitud de sobreseimiento –sin distinguir la causal de éste- para ejercer la atribución de la letra c) del art. 248 del CPP, esto es, no perseverar en el procedimiento, decisión respecto de la que, como veremos en seguida, el tribunal de garantía está despojado de herramientas oficiosas para enmendar.

Una situación como la enunciada precedentemente fue parte de los hechos objeto de pronunciamiento en sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1341-2009, de 15 de abril de 2010 (correspondientes a causa RUC N° 0810018505-k del JG de Pucón), donde luego de presentada la querrela por el ofendido, el Fiscal solicita al tribunal el sobreseimiento definitivo de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, petición que el tribunal desestima. Sin embargo, a renglón seguido el MP cierra investigación y comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento.

#### **4.3. Análisis de la denominada decisión de no perseverar en el procedimiento**

La decisión del MP de no perseverar en el procedimiento, que éste comunica al final de la fase de investigación, se sustenta –por así disponerlo el art. 248 letra c) del CPP- en la carencia de antecedentes

suficientes para fundar una acusación. O, con mayor precisión, según el modelo ideado por los redactores del CPP, si el cúmulo de antecedentes recopilados al cabo de la investigación no son suficientes o idóneos para establecer claramente la inocencia del imputado, de manera que no permitan decretar el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 250 letra b) del CPP), ni proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado (art. 248, inc. 1º letra b), del CPP), en cuyo caso procede que el Fiscal no persevere en el procedimiento.

De ese modo, esta decisión de no perseverar es la procedimentalización de un estado intelectual de duda en que se halla empantanado el instructor estatal al final de las pesquisas, al no lograr un fundamento serio para el enjuiciamiento del sujeto formalizado, como tampoco la certeza de no culpabilidad que le permita instar por el sobreseimiento definitivo de la causa al no aparecer claramente establecida la inocencia del imputado (art. 250 letra b) del CPP). Como sentencia Núñez,<sup>307</sup> la decisión de no perseverar se funda “en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquellas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar”.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> NÚÑEZ (2003) T. II, 150.

<sup>308</sup> Este parecer es compartido en SSTC, ROL N° 1.341-2009, de 15.04.2010 (cons. 52º), ROL N° 1.404-2009, de 18.05.2010 (cons. 23º) y ROL N° 1.394-2009, de 13.07.2010 (cons. 23º). En las palabras de AROCENA (2001) 189-190, esta decisión de no perseverar transluce un estado de duda “insuperable” del Fiscal, estado

De lo expuesto aparece de manifiesto que la decisión del MP de no perseverar en el procedimiento responde únicamente a una determinación técnica –insuficiencia de antecedentes- y no a discrecionalidad política u oportunidad –desinterés social en su persecución, sobrecarga de la Fiscalía, etc.-. Sin embargo, la ausencia de un control judicial que recaiga sobre el mérito de dicha decisión administrativa del órgano persecutor deja un flanco abierto para el ingreso de razones de oportunidad o políticas, que sólo puede ser remediado conforme a nuestro ordenamiento vigente, mediante la intervención activa de la parte querellante a través del forzamiento de la acusación.

#### **4.3.1. Imprevisión normativa de control jurisdiccional de mérito**

La omisión de un control jurisdiccional de oficio, directo y estricto sobre esta decisión del MP fue una deliberada opción de nuestro legislador al estimar que se opondría al sistema que se estaba implantando con la nueva regulación procesal penal. En efecto, el Proyecto de CPP no contemplaba el instituto en comento, al seguir un modelo similar al contenido en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica,<sup>309</sup> considerando sólo el sobreseimiento definitivo y temporal

---

intelectual que se verifica cuando, venciendo todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas. Otro acertado enfoque apunta CAFFERATA (2000) 38, para quien el sobreseimiento por duda insuperable evidencia una decisión de política procesal, con sentido de oportunidad, basado en ciertos fundamentos (evitarle al Estado gastos inútiles y al acusado la “pena del banquillo”), lo que ha determinado que se lo señale como un caso de “discrecionalidad técnica”.

<sup>309</sup> El que distingue entre sobreseimiento (o absolución anticipada), procedente cuando “no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos

(arts. 340 y 342), y por tanto, siempre sometido a la decisión jurisdiccional. Se comprendían dentro de las causales del sobreseimiento temporal que nos interesan ahora: “a) Cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad”, y del sobreseimiento definitivo: “g) Cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación y se encontrare vencido el plazo del artículo 337 [plazo de dos años para declarar el cierre de la investigación], o no existiere, razonablemente, la posibilidad del surgimiento de nuevos antecedentes que permitan lograr el esclarecimiento de los hechos investigados.” En el Proyecto de CPP entonces, en ausencia de antecedentes suficientes para acusar se debía distinguir si existían motivos para pensar que en el futuro éstos iban a surgir: si los había, procedía sobreseer temporalmente, si no, definitivamente. Pero el primer sobreseimiento, al cabo de dos años, igualmente devenía en definitivo. Este cambio –en relación al Código de Procedimiento Penal de 1906<sup>310</sup> - fue justificado en el Mensaje del

---

de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio” (art. 278.2), y la clausura provisional (archivo), concurrente cuando “no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio”, debiendo en este caso “mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar” (art. 281). Según este modelo, “cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal, para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento (absolución anticipada), el tribunal, a pedido del ministerio público o de alguno de los intervinientes, podrá permitir la reanudación de la investigación” (art. 281 inc. 3º). Sobre el control judicial de estas decisiones en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, v. ÁLVAREZ (1997) 15-32.

<sup>310</sup> El Código de Procedimiento Penal de 1906, sin contemplar expresamente un instituto como la decisión de no perseverar, contiene entre las causales de

Proyecto de CPP señalando que el anterior sobreseimiento temporal “mantiene indefinidamente la posibilidad de la persecución en su contra [del imputado] con la incertidumbre que ello implica. Este último sólo podrá liberarse de esta carga en cuanto sea capaz de probar positivamente su inocencia -con lo cual se produce una distorsión de uno de los componentes básicos de la presunción de inocencia como es el que la carga de la prueba recae sobre el acusador- o cuando transcurran los plazos de prescripción.”

Fue en el segundo informe de la Comisión del Senado donde luego de eliminar la mentada causal de sobreseimiento temporal, se introdujo esta tercera alternativa para el MP, argumentándose que “esta materia dice relación con el modelo de sistema por el que se opte, y que fue determinado por el artículo 80 A [actual artículo 83] de la Constitución Política, que le entrega al ministerio público la exclusividad de la investigación. En consecuencia, quien decide si procede o no la acusación y si la investigación está completa debe ser el ministerio público, el juez y las partes podrán pedir al superior jerárquico del fiscal, que es el fiscal regional, que revise la situación y éste responderá por sus decisiones (---). Al mismo tiempo, incluyó una tercera opción para el fiscal, consistente en que comunique la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, esto es, la circunstancia que se

---

sobreseimiento definitivo y temporal las siguientes: cuando, en el sumario, no aparezcan presunciones de que se haya verificado el hecho que dio motivo a formar la causa; cuando no resulte completamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación del sumario, y; cuando, resultando del sumario haberse cometido el delito, no hubiere indicios suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor (arts. 408 N°1 y 409 N°1 y 2, respectivamente).

contempla al comienzo de la última causal de sobreseimiento definitivo. En tal caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de una decisión del ministerio público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse”.<sup>311</sup>

De esta manera, en el modelo ideado por el legislador, la decisión de no perseverar en el procedimiento ostenta un puro carácter administrativo y no se encuentra sujeta a revisión o control judicial sobre su mérito, sino sólo en cuanto a sus presupuestos adjetivos, esto es, que la investigación se encuentre cerrada y que se adopte dentro del término de 10 días desde dicha clausura.<sup>312</sup> Desde esa perspectiva, es más bien la comunicación de una decisión ya adoptada administrativamente y no una solicitud de pronunciamiento judicial sobre la misma, pues el Fiscal no está obligado a motivarla, y el tribunal tampoco puede cuestionarla o revisarla, conclusión en la que parece converger nuestra doctrina,<sup>313</sup> al igual que nuestros tribunales superiores.<sup>314</sup>

---

<sup>311</sup> Un compendio de la historia y discusión parlamentaria del precepto en comento en NOVOA (2004) 25-27.

<sup>312</sup> Así lo confirma SCA de Stgo., ROL N° 2.703-2010, de 10.01.2011 al resolver que “la decisión de no perseverar el conocimiento hecho por el Ministerio Público no tiene la naturaleza de una resolución”, y SCA de Rancagua, ROL N° 145-2004, de 11.11.2004, al señalar que “es admisible concluir que el examen que pueda hacer el juez sea puramente formal, en cuanto a que se encuentre realmente cerrada la investigación y quizás que ésta haya sido previamente formalizada (---)”. v.t. SCA Rancagua ROL N° 358-2011 de 07.11.2011 y ROL N° 282-2012 de 23.07.2012.

<sup>313</sup> v. AGUILAR (2004) 413; NOVOA (2004) 23-24; MATURANA (2005) 357; FERNÁNDEZ (2006) 206; CERDA/HERMOSILLA (2006) 313; y HORVITZ (2005) T. I, 585, quien reafirma que “la decisión sobre el mérito de los antecedentes de la investigación es, pues, de exclusiva competencia del Ministerio Público y no cabe, en consecuencia, un pronunciamiento ulterior del juez ni, evidentemente, recursos



A mayor abundamiento, el estudio de las normas del párrafo 7º, título I del libro II del CPP confirma nuestro aserto, al distinguir el legislador entre la actuación del tribunal frente a una solicitud de sobreseimiento y una comunicación de no perseverar. Si bien, frente a ambas se convoca a audiencia, únicamente ante la primera el legislador requiere al juez pronunciarse ya sea acogiéndola, rechazándola, o sustituyéndola por otra causal, y otorga además a los intervinientes la posibilidad de apelar dicha decisión, todo lo que no ocurre frente a la comunicación de no perseverar, precisamente porque no hay una evaluación judicial del mérito de la resolución administrativa.<sup>315</sup> A lo más

---

jurisdiccionales en contra de la misma.” v.t. SCA de Rancagua, ROL N° 183-2009, de 02.07.2009 al decidir que: “(---) siendo además esta facultad de carácter privativo y excluyente, de modo que el juez de Garantía no puede resolver no aprobar la decisión del Ministerio Público.”

<sup>314</sup> v. SCA de Stgo., ROL N° 2.628-2006, de 16.01.2007; SCA de Antofagasta, ROL N° 256-2008, de 07.11.2008; SCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.152-2008, de 15.12.2008; SCA de Rancagua, ROL N° 5-2007, de 16.02.2007; SCA de Valdivia, ROL N° 75-2009, de 04.03.2009; y, SSCA de Concepción, ROL N° 350-2007, de 27.07.2007, ROL N° 368-2009, de 13.08.2009, ROL N° 636-2009, de 23.12.2009, ROL N° 439-2011, de 07.10.2011, y ROL N° 397-2012, de 17.08.2012. La STC, ROL N° 1.341-2009, de 15.04.2010 (cons. 55º), por su parte, ratifica que “la decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos”.

<sup>315</sup> En ese orden –la improcedencia de la apelación- se han pronunciado SSCA de Stgo., ROL N° 797-2007, de 16.04.2007, ROL N° 1.254-2007, de 11.06.2007, ROL N° 2.703-2010, de 10.01.2011 y ROL N° 883-2012, de 14.05.2012; y, SCA de Concepción, ROL N° 439-2011, de 07.10.2011. También AGUILAR (2004) 416. Pero es posible igualmente ubicar autores y jurisprudencia en contrario, v. NÚÑEZ (2003) T. II, 153, quien indica que el juez debe “aprobar” la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, resolución que, por poner término a éste, sería apelable. También SSTC, ROL N° 1.404-2009, de 18.05.2010 (cons. 38º), y ROL N° 1.394-2009, de 13.07.2010 (cons. 35º), estimando que la Corte de Apelaciones puede controlar, por vía de apelación, “la resolución del tribunal de garantía que se expida sobre la decisión de no perseverar del ente persecutor”. En SCS, ROL N° 6.742-2008, de 26.02.2009 se determinó que la resolución que tuvo por comunicada la decisión del MP de no perseverar en el procedimiento, por haber sido dictada por un JG en el ejercicio de sus

podría observar y corregir el tribunal vicios formales o procedimentales que impidieran efectuar dicha comunicación. Por ello estamos junto a Maturana y Montero,<sup>316</sup> cuando propugnan que ante esta comunicación el juez debe dictar una resolución revocando las medidas cautelares decretadas, sin que sea necesario declarar sin efecto la formalización, pues la ley dispone ese efecto de pleno derecho por la mera comunicación del MP de su decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248, inc. final, del CPP).

La decisión de no perseverar en el procedimiento -así como la formalización de la investigación<sup>317</sup>- constituye por tanto, una actuación administrativa contenedora de conclusiones y no de requerimientos, porque se manifiesta en forma de dictámenes, expresando una opinión definitiva sobre el punto o cuestión de que se trata.<sup>318</sup> Como no se busca

---

funciones, es una actuación de carácter jurisdiccional, y es de aquellas que hace imposible la prosecución del procedimiento si no le ha precedido la formalización de la investigación, al impedir esto el forzamiento de la acusación por el querellante y en consecuencia, la continuación del procedimiento. Afirmando la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional apelable, también SSCA de Rancagua, ROL N° 145-2004, de 11.11.2004 y ROL N° 183-2009, de 02.07.2009; SSCA de Sn. Miguel, ROL N° 1450-2008, de 25.11.2008, ROL N° 26-2011, de 04.03.2011, y ROL N° 739-2012, de 19.06.2012; SSCA de Arica, ROL N° 32-2011, de 28.02.2011, ROL N° 137-2012, de 04.06.2012, y ROL N° 147-2012, de 06.06.2012; y, SCA de Concepción, ROL N° 239-2005, de 29.04.2005.

<sup>316</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 674.

<sup>317</sup> Un lector atento reparará que la decisión de no perseverar es equivalente a la formalización de la investigación en varios aspectos: ambas son comunicaciones administrativas que unilateralmente realiza el MP no encaminadas a obtener un pronunciamiento judicial que las apruebe y, atendida dicha naturaleza común, no puede forzárseles a formalizar o perseverar en la investigación –mediante la acusación en este caso- si el Fiscal instructor ha decidido lo contrario, sólo admitiendo la ley compeler la formalización en garantía del imputado y la subrogación del Fiscal por el querellante en la acusación.

<sup>318</sup> Contienen requerimientos, en cambio, los actos del MP que se manifiestan como reclamación ante el órgano jurisdiccional para que proceda conforme a lo peticionado:

con ella obtener un pronunciamiento del tribunal, no se acompaña de una exposición de razones –más allá de la genéricamente prevista en la ley-, pues la ausencia de éstas no podría acarrear su rechazo por el órgano jurisdiccional, a diferencia de los requerimientos.

#### **4.3.2. Forzamiento de la acusación**

En nuestro ordenamiento procesal penal, una especie de control de mérito sobre la decisión del MP de no perseverar en el procedimiento puede efectuarse por el juez sólo vía indirecta, y únicamente a petición de otros intervinientes, especialmente el querellante, al resolver la solicitud de reapertura de la investigación ya comentada y de forzamiento de la acusación que trataremos ahora.

En efecto, ante una errónea decisión de no perseverar en el procedimiento, pues la investigación sí ha reunido antecedentes que permiten fundar con seriedad el enjuiciamiento del sujeto formalizado, al igual que respecto del sobreseimiento, el juez puede autorizar al querellante a formular su acusación, de conformidad al art. 258 del CPP, norma que debe su origen a disposiciones similares de la Ordenanza Procesal Penal Alemana (§§172-177), y que se fundamenta en “la posibilidad de que la víctima promueva el control, por parte de un tribunal independiente, de la vigencia del principio de legalidad que corresponde cautelar al ministerio público”.<sup>319</sup> La propuesta del Ejecutivo establecía que: “El juez de control de la instrucción podrá ordenar al fiscal la formulación de la acusación, cuando lo solicite el querellante y siempre

---

instancias con predominio del elemento volitivo por las que se reclama una concreta y determinada decisión. Sobre esta materia, v. CLARIÁ (s.a.) T. II, 275.

<sup>319</sup> HORVITZ (2005) T. I, 588.

que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado” (art. 346, inc. 4º, del Proyecto de CPP). En el segundo informe de la Comisión del Senado “se ponderó el hecho de que una actitud que podría asumir el fiscal, si es obligado a acusar en contra de su voluntad, es sostener en el juicio su tesis original, sea sobreseimiento u otra, con lo cual la acusación carecería de sentido, o desarrollar una labor mínima, que conduciría a la absolución del imputado. Para evitar esa alternativa, estudió la conveniencia de que el fiscal sea reemplazado o de que se prescinda del fiscal, y que el acusador particular asuma el rol contradictor de la defensa.”

Ya hemos demostrado que, aun a falta de formalización de la investigación, el ofendido podrá forzar la acusación si la querrela que le antecede ha sido suficientemente precisa como para garantizar adecuadamente el derecho de defensa del imputado durante la investigación, no obstante que nuestra jurisprudencia mayoritaria ha seguido un derrotero diverso, exigiendo igualmente la formalización previa de la investigación para estos efectos.<sup>320</sup> Atendamos ahora a lo

---

<sup>320</sup> Pero al contrario, hoy una vasta doctrina jurisprudencial parece haberse decantado por no exigir la formalización previa a la comunicación de la decisión de no perseverar, v. SSCA de Concepción, ROL N° 526-2004, de 15.11.2004, ROL N° 350-2007, de 27.07.2007, ROL N° 368-2009, de 13.08.2009, ROL N° 636-2009, de 23.12.2009, y ROL N° 397-2012, de 17.08.2012; SCA de La Serena, ROL N° 364-2005, de 10.01.2006, SSCA de Stgo., ROL N° 2628-2006, de 16.01.2007 y ROL N° 360-2007, de 26.02.2007, SCA de Coyhaique, ROL N° 79-2008, de 25.09.2008, SCA de Sn. Miguel, ROL N° 1.152-2008, de 15.12.2008, y SCA de Rancagua, ROL N° 183-2009, de 02.07.2009, al igual que la cátedra, por todos, MATORANA/MONTERO (2010) T. II 675 y AGUILAR (2004) 415, n. 45. La jurisprudencia inicial, hoy superada, deducía la exigencia de formalización previa, *a contrario sensu*, del texto del art. 248, inc. 2º, del CPP, el cual prescribe que esta comunicación “dejará sin efecto la formalización de la investigación”. Acogió dicha exigencia, por ejemplo, la SCA de La

siguiente. Manteniéndonos en el contexto del art. 258 del CPP, para conseguir acusar particularmente, el querellante deberá superar un control de mérito negativo sobre la seriedad del fundamento de su acusación al que no se halla expuesto el libelo del acusador público,<sup>321</sup> lo que se deduce del carácter facultativo que para el juez tiene la concesión de dicho permiso. Además ya el Proyecto de CPP sólo autorizaba la apertura del juicio oral a petición del querellante “siempre que los antecedentes acumulados en la instrucción constituyeren suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado” (art. 346).

Esta discriminación entre el control jurisdiccional sobre la acusación del MP y la del querellante puede obedecer al distinto carácter de la actividad de ambos, pues mientras aquél se rige por el principio de objetividad y representa los intereses de la colectividad, éste generalmente actúa interesadamente en representación de intereses particulares. Sobre el punto, Maier<sup>322</sup> nos explica que “la representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este

---

Serena, ROL N° 133-2005, de 28.06.2005; SSCA de Rancagua, ROL N° 5-2007, de 16.02.2007, ROL N° 358-2011, de 07.11.2011, y ROL N° 282-2012, de 23.07.2012; y SCA de Arica, ROL N° 32-2011, de 28.02.2011.

<sup>321</sup> Nuestro CPP se aleja en este punto de sus modelos del derecho comparado, según se explica en el Mensaje N° 110-331, cuestión que avalaban ya los estudios que antecedieron al CPP, v. VARGAS (1994a) 200. HORVITZ (2005) T. II, 17, llama la atención sobre la discordancia de la ausencia de este control negativo sobre la acusación del MP, y sus razones, con la existencia de un control positivo de la acusación por parte del querellante.

<sup>322</sup> MAIER (2003) 626. En el mismo sentido, respecto de la especial posición que, en su calidad de parte imparcial pueda ostentar el Ministerio Fiscal español dentro del proceso, v. GIMENO (1999) 75. Para BURGOS (2012) 56, el Fiscal, a diferencia del juez, al fin de cuentas es parte, aunque sea en nombre de un interés público, consagrado en la ley.

caso, por la fiscalía”.<sup>323</sup> Nuestro Tribunal Constitucional en principio propugnó un supuesto plano de igualdad en que el art. 83 de la CPR habría situado al ofendido por el delito y al MP en el ejercicio de la acción penal,<sup>324</sup> apreciación que moderó posteriormente al dictaminar 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 (---) 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>325</sup>

Por otra parte, este examen judicial de mérito a que se somete la solicitud del querellante para acusar particularmente protege dos aspectos fundamentales: por un lado, el interés de los posibles acusados para no verse sometidos sin justificación suficiente, a un juicio oral que, aunque no finalice con una sentencia condenatoria, es causa de desprestigio social y de daños morales y psicofísicos para los mismos –la conocida pena del banquillo-; y por otra parte, se trata de evitar

---

<sup>323</sup> Sobre los problemas que acarrea para la eficiencia un de sistema penal acusatorio el atribuir al querellante los mismos derechos del MP, v. MATURANA/MONTERO (2010) T. I, 324-325.

<sup>324</sup> STC, ROL N° 1.380-2009, de 03.11.2009 (cons. 14°).

<sup>325</sup> STC, ROL N° 1.341-2009, de 15.04.2010. v.t. sentencia del Tribunal Constitucional español 148/1997, de 2 de septiembre. Análoga idea se sostuvo por la Fiscalía Española (Circular 1/1989), en relación al art. 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al argüir una diferencia de trato entre el Ministerio Fiscal y las restantes partes acusadoras en el procedimiento abreviado, basado precisamente en que la representación pública se rige por los principios de legalidad e imparcialidad, mientras las acusaciones particulares se mueven por intereses parciales y ajenos al interés público, criterio que habría sido acogido por el Tribunal Constitucional español en STC 186/1990 de 15 de noviembre, v. ARMENTA (2008a) 84-85, n. 9.

acusaciones insuficientemente fundadas –y la consiguiente apertura del juicio oral-, que corren el riesgo de ser rechazadas con eficacia de cosa juzgada, con la posible consecuencia de que se produzcan situaciones de impunidad total o parcial.<sup>326</sup> La decisión de no perseverar en la investigación, en cambio, precisamente deja expectante la ocasión para que, con nuevos hallazgos, rastros o información, la persecución penal se reactive con el éxito que ahora no tuvo, expectativa que se vería diluida si se permitiera al querellante forzar la acusación sin suficiente aval probatorio.

Prevenamos que todo lo hasta ahora reflexionado dice relación con el rito ordinario, pues a la etapa jurisdiccional del procedimiento simplificado, regularmente no le antecede una fase de investigación formalizada, careciéndose por tanto de un momento de cierre de investigación y de instancia procesal para el forzamiento de la acusación -o requerimiento en este caso-.<sup>327</sup> En el supuesto que venimos tratando, si el Fiscal considera erróneamente que no hay antecedentes para fundar un requerimiento, simplemente archivará los antecedentes (art. 167 del CPP), oportunidad en que la víctima podrá instar por la continuación del proceso deduciendo querrela (art. 169 del CPP), y posteriormente forzando la acusación de la manera antedicha.

---

<sup>326</sup> ORTELLS (2000) 308.

<sup>327</sup> Si se siguen en principio las normas adjetivas del proceso ordinario, formalizando la investigación respecto de un delito que conforme al art. 388 del CPP debiera ser enjuiciado según el procedimiento simplificado, creemos que no procederá el forzamiento de la acusación por el querellante frente a la comunicación de no perseverar que realice el MP, pues la pena que perseguirá el actor particular hará imperativo (art. 390, inc. 2º, del CPP) mutar nuevamente el procedimiento al rito del simplificado, el que volvemos a recalcar, no contempla la adhesión a la acusación, la acusación particular, ni el forzamiento de la acusación.

### 4.3.3. Hallazgo de nuevos antecedentes

No es en balde recordar que una vez comunicada la decisión de no perseverar, si el MP toma conocimiento de nuevos antecedentes que ameritarían la reapertura de la investigación, al igual que en el archivo provisional, resurge la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, y en consecuencia, de reabrir la investigación y avanzar a la acusación, en su caso.

Pero cabe señalar en este punto, que no toda nuestra doctrina comparte la posibilidad de reapertura de la investigación, así es como Horvitz<sup>328</sup> lo desestima, al postular que sólo cabe aguardar que se extinga la acción penal en el plazo respectivo, oportunidad en la que podrá solicitarse el sobreseimiento definitivo de la causa. Por su lado, Maturana y Montero<sup>329</sup> creen posible volver a formalizar una nueva investigación y solicitar que se decreten medidas cautelares en contra de un imputado, si se presentan diversos antecedentes a aquellos que se contenían en la investigación en que se decidió no perseverar en el procedimiento, argumentando que de lo contrario se arribaría “a una aplicación de principio de oportunidad discrecional encubierto no aceptado por nuestro legislador”. Y Novoa<sup>330</sup> acepta la reapertura de la investigación así como una nueva formalización, sólo limitando este segundo período, el que no podrá superar los dos años originales.<sup>331</sup>

---

<sup>328</sup> HORVITZ (2005) T. I, 587.

<sup>329</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 674-675.

<sup>330</sup> NOVOA (2004) 29.

<sup>331</sup> AGUILAR (2004) 416-417, estima que el MP puede abrir nuevamente la investigación y formalizar contra el mismo imputado y por los mismos hechos, en el evento que contare con elementos para proseguir la persecución criminal. La Fiscalía



Por nuestra parte, nada más apuntemos frente a quienes descartan absolutamente la reapertura del procedimiento, que al ordenar expresamente el legislador la reanudación del cómputo de la prescripción de la acción penal ante la comunicación de la decisión de no perseverar (art. 248, inc. final, del CPP) no puede perseguir otro fin que el de autorizar que ella sea ejercida dentro del lapso restante, única manera de entender de alguna utilidad dicha mención. Además, el art. 1° inc. 2°, del CPP sólo proscribe someter a una persona a un nuevo procedimiento penal si ella fue ya condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no así respecto de quien no se perseveró en el procedimiento, y por último, si no se admitiera reiniciar la investigación al MP, implicaría que la decisión de este organismo de no perseverar tiene un efecto procesal y sustantivo análogo al sobreseimiento definitivo, lo cual requiere necesariamente un pronunciamiento jurisdiccional.<sup>332</sup> En otro caso, podría entenderse que tal decisión del MP al producir un efecto equivalente al de cosa juzgada supondría una atribución de poderes propiamente jurisdiccionales y por lo tanto inconstitucionales.

---

Nacional en MINISTERIO PÚBLICO (2001) 37, considera que el proceso vuelve al estado de una investigación no formalizada para que el Fiscal continuare con la misma, si lo estimare procedente.

<sup>332</sup> Recordemos que tal como se ha resuelto en la SCS, ROL N° 4.178-2005, de 16.11.2005, “la pretensión de que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en un procedimiento equivalga a una sentencia absolutoria ejecutoriada, carece de todo fundamento legal (---) La decisión del Ministerio Público de no perseverar puede depender de una variedad de motivos, de entre los cuales sólo sería uno la posible convicción de que el hecho investigado no ha ocurrido o que el imputado no ha participado en él.” Esta solución de nuestro máximo Tribunal, deja entrever que la decisión de no perseverar puede albergar puros criterios de oportunidad, en circunstancias que, como aclara MARTÍN (2013) 151, en relación al procedimiento español, siendo la regla tradicional y general en el ordenamiento procesal-penal el principio de legalidad, para la aplicación de oportunidad es necesaria una norma expresa.

#### **4.3.4. Nuestra posición: Necesidad de un control jurisdiccional de mérito**

Como anticipamos, el déficit de control judicial sobre este dictamen del MP es lo que ha permitido atribuirle criterios de oportunidad o políticos que menoscaban el principio de obligatoriedad. Es por ello que adherimos a aquella doctrina que ve necesario un control judicial en un régimen de dirección de la instrucción llevado por el MP, para garantizar el efectivo cumplimiento de las funciones de la instrucción, lo cual exigiría: a) que la posibilidad de participación de los acusadores no oficiales en la investigación sea judicialmente protegida frente a las negativas del MP, y b) que se sometan al juicio de un órgano jurisdiccional las decisiones de no ejercicio de la acción penal adoptadas por el MP.<sup>333</sup>

Nuestra posición se encuadra en la tendencia comparada que, ante este motivo de término, sea sobreseimiento o archivo, y no obstante el marcado carácter acusatorio del sistema procesal en cuestión, suele contemplar algún control positivo que incluya la revisión jerárquica en el propio organismo de acusación pública o la revisión judicial y forzamiento de la acusación.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> ORTELLS (2000) 309.

<sup>334</sup> BOFILL (2000) 205, percibe como problemáticos los controles positivos por cuanto la resolución de mérito emitida por el JG puede transformarse en un antecedente para el TJOP; CASTRO (2010) 253, por su parte, señala los peligros que ello supone si el mismo juez de garantía que visó la acusación del querellante luego es el juzgador del procedimiento abreviado, lo que nos retrotraería a la estructura del sistema inquisitivo; en Alemania, precisamente se ha discutido el valor de la fase intermedia del proceso, donde se decide la apertura del procedimiento o su sobreseimiento, fundamentalmente por el peligro de prejuzgar que tal análisis implica, aunque al tratarse de una posibilidad más de que el imputado pueda luchar contra la apertura del procedimiento principal, se ha expresado que no parece inapropiado

#### **4.4. Contenido de la acusación. Deber del Ministerio Público de presentar una acusación completa y ajustada al mérito de la investigación**

Digamos en principio que, como regla, el deber de acusar si hay *materia criminis* incluye no sustraer de la acusación ningún elemento fáctico relevante para la determinación y cuantificación de la responsabilidad penal del acusado,<sup>335</sup> de ahí que el control del objeto del juicio sobre este aspecto se fundamente en el principio de obligatoriedad de la acción penal, por el cual debe promoverse la acusación sobre el hecho y todas sus circunstancias relevantes para el derecho penal, sin que existan criterios no previstos por la ley que permitan al Fiscal disponer del objeto del juicio.<sup>336</sup>

---

defender su mantenimiento, v. GÓMEZ (1985) 158 y 234. Para una síntesis y sistematización de los mecanismos de control del ejercicio de la acusación, v. ARMENTA (2012) 76-77. Respecto de este tipo de procedimientos de control en el sistema italiano, contemplados en los arts. 408-415 de su texto procesal, v. MOROSI (1999) 178 y ss.; en cuanto al procedimiento ordinario español, arts. 642 a 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, v. GIMENO (1999) 858; y en relación al procedimiento alemán, §§170 y ss. de su Ordenanza Procesal, v. ARMENTA (1991) 138-140; y GÓMEZ (1985) 154.

<sup>335</sup> v. DE LA OLIVA (1999) 18.

<sup>336</sup> ÁLVAREZ (1997) 28, concluyendo que “con base en el principio de obligatoriedad de la acción penal, el tribunal debe controlar el objeto del juicio incluido en la acusación y, eventualmente, podrá ingresar en el auto de apertura del juicio, circunstancias del hecho acusado no incluidas por el fiscal en su requerimiento. La facultad de ingreso es muy amplia, según el ordenamiento en análisis, por lo que el tribunal podría incorporar elementos fácticos que agraven el comportamiento, podrá modificar el grado de participación del acusado, el grado de desarrollo de la ejecución (tentado o consumado), cambiar el elemento subjetivo del injusto (dolo o culpa) e, incluso, variar el relato del hecho”.

#### **4.4.1. Control jurisdiccional sobre la acusación incompleta**

Dicho lo anterior, distingamos entre la discrecional reducción de la acusación por el MP que excluye algún sujeto o hecho delictivo autónomo que haya sido comprendido en la formalización de la investigación, y aquella que recae sobre hechos o circunstancias accesorias al delito objeto de la formalización.

En lo que dice relación al primer grupo, si el Fiscal aparta discrecionalmente de su acusación algún hecho delictivo autónomo o algún hecho que había sido aludido en la formalización de la investigación, ello deberá encausarse ya sea en una petición de sobreseimiento o en la comunicación de la decisión de no perseverar, frente a lo cual nos remitimos a lo dicho precedentemente sobre los medios para afrontar tales peticiones o determinaciones del MP. Lo que no podría efectuar éste es simplemente suprimir hechos punibles o personas considerados antes en la formalización, sin postular ningún término procesal a su respecto, ocasionando que permanezcan en una situación procesal indefinidamente incierta. Para evitar esto último es que el inc. 5° del art. 247 del CPP ha dispuesto que si así procediera el MP, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá dictar sobreseimiento definitivo –parcial, en este caso- a su respecto.

Esta salida, si bien reviste de certidumbre la situación del imputado formalizado, por el contrario facilita también el desconocimiento del principio de obligatoriedad por el Fiscal, pues el órgano jurisdiccional deberá decretar el sobreseimiento definitivo indicado aun cuando sea evidente que la omisión de la acusación respecto del hecho o sujeto

excluido no obedezca a la insuficiencia de antecedentes reunidos, sino simplemente a una determinación discrecional del persecutor.

En cuanto a la segunda hipótesis, la deficiente regulación que hemos venido comentado deja bastante campo para que el MP, sin mutar esencialmente el hecho delictivo objeto de la formalización de la investigación, lo restrinja objetivamente, lo que le permitiría encuadrar el hecho ahora en una figura penal análoga atenuada, o atribuir formas de participación o de *iter criminis* menos intensas, o excluir circunstancias agravantes, todo ello, no obstante que los antecedentes reunidos durante la fase de pesquisas permitan prever razonablemente que los hechos, tal como originalmente fueron formulados –en la formalización–, habrían sido acreditados en el juicio oral. Ante este insatisfactorio ejercicio de la acción penal, nuestro ordenamiento no contempla una enmienda jurisdiccional *ex officio*, manteniéndose la lógica ya expuesta en cuanto a la imposibilidad de forzar al propio Fiscal a extender su acusación a los puntos omitidos, restando nada más salvar esto mediante la intervención del acusador particular, a quien la ley faculta para “ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación” (art. 261 letra a) del CPP). Esta actuación del acusador particular habilitará al tribunal de juicio para extender su veredicto a los hechos o sujetos excluidos erróneamente por el MP de su acusación, y de ese modo subsanar el inacabado cumplimiento de su deber de ejercer la acción penal.

## **CAPÍTULO 5**

### **ACTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADO DE RESOLUCIÓN INMEDIATA Y ABREVIADO**

#### **5.1. Introducción**

Como ya mencionamos en otra parte, la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal proveniente de un hecho delictivo se ve menoscabada con la fragmentación de éste y con la exclusión de la pretensión procesal del acusador de circunstancias fácticas que conducirían a una tipificación más gravosa del hecho principal, o constituirían circunstancias calificantes o agravantes del mismo. Si bien pudiera parecer que en tales supuestos la acción penal sigue ejerciéndose, y por tanto, no se ha desoído el principio de obligatoriedad de la persecución, tal conclusión desatiende que para dar cabal cumplimiento a ese deber, éste debe realizarse respetando los principios de legalidad procesal y objetividad que rigen las potestades y actuaciones del MP, así como la vigencia del principio de legalidad penal sustantivo y las garantías de la estricta jurisdiccionalidad y la exclusividad

jurisdiccional en la aplicación del derecho penal.<sup>337</sup> Estos principios suponen que el órgano público de persecución no pueda discrecionalmente configurar los hechos que someterá al conocimiento y juzgamiento del tribunal, debiendo contener su requerimiento o acusación todos los elementos fácticos respecto de los que la investigación ha arrojado un fundamento serio para perseguir y que sean relevantes para la decisión jurisdiccional, todo ello salvo autorización legal en contrario.<sup>338</sup>

A los mismos reparos se expone la persecución no apegada a la ley sustantiva al momento de subsumir los hechos sometidos a enjuiciamiento, si en el ejercicio de la acción penal el legislador no ha dotado al MP de discrecionalidad para postular la calificación jurídica del hecho.

Formas de incumplir el principio de obligatoriedad como las que hemos mencionado encuentran terreno fértil en el procedimiento simplificado de resolución inmediata y en el juicio abreviado, al amparo de una regulación incompleta y confusa, carente de los controles judiciales necesarios para ponerle atajo. Tales conductas van tras dos

---

<sup>337</sup> DEL RÍO (2009c) 79-80, menciona estos principios como limitaciones a las negociaciones llevadas a cabo en el marco del procedimiento abreviado, agregando la vigencia de la presunción de inocencia y la carga (formal) de la prueba sobre la acusación.

<sup>338</sup> ASECIO (2012) 103, señala que la acusación, como principio básico, ha de serlo de la totalidad del hecho, sin que sea posible mutar el mismo o reducirlo por cualquier tipo de razón, agregando que aunque la pretensión penal sea indisponible, si no existe acusación, el hecho no podrá ser juzgado, y, si el hecho se planteara de manera reducida o fraccionada, dicho fraccionamiento no vincularía al órgano judicial, el cual, dentro de los límites del objeto procesal tendría la obligación de complementarlo y enjuiciarlo en su totalidad. Discrepamos por tanto de CORREA/REYES (2011) 18, para quienes basta para que nos encontremos frente a un sistema de justicia penal consensuada, que la legislación procesal no sea estructuralmente incompatible con los acuerdos y que éstos no se encuentren expresamente prohibidos.

objetos, independientes o complementarios: primero, mediante el abuso de la competencia móvil, situarse bajo el umbral de 540 días ó 5 años de penas privativas de libertad a que condiciona la ley la sustanciación del procedimiento simplificado o abreviado, respectivamente, y/o para alcanzar el *limit point* del acusado, es decir, aquel punto en que su disposición hacia el juicio es superada por la de conseguir un arreglo.<sup>339</sup>

El estudio de la indebida manipulación de las reglas de competencia móvil, así como la doblegación de la voluntad del imputado de ir a juicio, únicamente nos preocupa, por ahora, en cuanto conlleve un trastorno para el principio de obligatoriedad de la acción penal y, en consecuencia, para la correcta aplicación de la ley penal, verdadero meollo de nuestra investigación, la que por los límites formales de usanza, nos priva de explayarnos en demasía sobre estas otras materias. Sin embargo, creemos útil, por su complementariedad con el estudio de este capítulo, ocupar algunas líneas para al menos bosquejar este asunto.

---

<sup>339</sup> HYMAN (1980) 27-28, explica que, considerando todos los posibles resultados de un juicio y proceso de sentencia en un continuo, desde la desestimación del caso en un extremo hasta la condena por el más severo cargo con un máximo de sentencia en el otro, un acuerdo sólo puede ocurrir si existe para cada parte un punto en este continuo en el cual la preferencia por ir a juicio es superada por la conveniencia de un acuerdo. Este punto puede ser llamado el “punto límite”, porque marca el límite - máximo para la defensa, mínimo para el fiscal- más allá del cual el negociador no alcanzará un acuerdo. MANZANARES (2005) 396, aporta otra visión, no menos interesante sobre el punto, al indicar que “en un juicio abreviado la pena surge como el producto de un convenio en el cual el punto de vista del más fuerte o del mejor negociador prevalece sobre los intereses del más débil o del menos hábil, por lo que la sanción finalmente seleccionada será el reflejo de la voluntad del vencedor. Por ejemplo, si el representante del Ministerio Público busca a través del juicio abreviado hacer más soportable la carga laboral que pesa sobre su dependencia, la pena acordada indicará cuánto ha estado dispuesto aquél a ceder para obtener ese objetivo y poca relación tendrá con el ‘*quantum*’ de pena necesario para lograr los fines preventivos especiales que consagra nuestro ordenamiento penal.”



Como explica Del Río,<sup>340</sup> competencia móvil es la que concede un cierto margen de discrecionalidad reglada al acusador para formular una acusación que abre un tipo de procedimiento ante un juez u otro, de manera que efectivamente se configura una regla competencial flexible. La técnica para ofrecer ese grado de flexibilidad es la previsión de reglas de competencia material atendiendo a la pena concreta pedida en lugar de hacerlo sobre la base de la pena abstracta asignada a cada hecho delictivo, como es el modo ordinario de competencias fijadas legalmente en términos absolutos. Agrega el autor que ese margen de flexibilidad concedido por el sistema al órgano de acusación debe a lo menos suponer el uso de criterios racionales en la especificación de competencia, además del control jurisdiccional sobre el uso de esa discrecionalidad reglada, que vele en último término por la legalidad y objetividad de su uso.<sup>341</sup>

El abuso de competencia móvil por la Fiscalía en el ordenamiento nacional, se logra reduciendo la pena bajo los 541 días o los 5 años y un día de presidio, donde el tribunal competente es el JG y no el TJOP, y los procedimientos aplicables son, en caso de renuncia al juicio oral, el simplificado de resolución inmediato y abreviado, respectivamente.

Una muestra incontestable de rebaja discrecional en las solicitudes de penas que realiza el MP con el objeto de modificar la competencia de los tribunales, puede apreciarse en la sentencia del 4° JG de Stgo., RUC

---

<sup>340</sup> DEL RÍO (2010) 365.

<sup>341</sup> Las manifestaciones de la competencia móvil son usuales en el ámbito comparado. Respecto de Francia v. DIAS/LOUSTEAU/TEDESCO (1999) 232; y DELMAS-MARTY (2000) 330; sobre el procedimiento inglés v. HORVITZ (1994) 38-40; McNAUGHT (1998) 220-221; y DELMAS-MARTY (2000) 158 y ss.; y en relación a Alemania, v. ROXIN (2000) 31-32.

Nº 0700454268-6, de 15 de enero de 2010, donde consta que el MP solicita respecto de cada uno de los 7 delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso objeto del requerimiento, una pena de 77 días de presidio (539 días en total), con el objeto de no superar el techo de 540 días que fija la competencia del JG para resolver mediante el procedimiento simplificado.

Retomando el meollo de esta sección, en los procedimientos simplificado de resolución inmediata y abreviado, el MP e imputado y su defensa, disponen sobre el desarrollo del proceso –consenso sobre el rito procedimental-, pues excluyen el juicio oral como su etapa final y regular, mutándola por un juzgamiento en base a la confesión judicial y el examen de los registros de la instrucción. Siguiendo a Fairén Guillén,<sup>342</sup> sería una disponibilidad restringida del proceso, por cuanto no se prescinde de éste, sino que se adapta más o menos a sus formalidades, lo que es admitido en su caso por las leyes.<sup>343</sup>

Sin embargo, la disposición de las partes no se ha frenado en el ámbito adjetivo, pues la imprevisión legislativa y la lagunosa regulación de esos procedimientos, sumado a las corruptelas que se producen en su funcionamiento real y en las que confluyen todos los operadores, ha permitido disponer también del derecho penal material (delito-pena) mediante pactos sobre el contenido de la acusación –consenso sobre el mérito del proceso-.

---

<sup>342</sup> FAIRÉN (1990) 36-37.

<sup>343</sup> Algunos autores, catalogan como una manifestación del principio de oportunidad, la búsqueda de la aceleración del proceso por la cual se suprime o limita alguna de sus fases, como la fase investigadora, por todos, v. ARMENTA (2012) 176-177, 183, 190, 201, 209, 218, 226 y 230.

En cuanto a ambos tipos de consenso, recaídos sobre el rito procedimental y sobre el mérito fáctico y jurídico del proceso, Del Río<sup>344</sup> sentencia que dentro del ordenamiento chileno no cabe admitir sino una aplicación del principio de consenso de las partes respecto de aquél, pero no sobre éste, salvo de manera restringidísima en cuanto haya reconocimiento legal de efectos limitadores del marco punitivo, puntualizando más tarde el mismo autor<sup>345</sup> que podría darse cabida a formas de consenso razonables, tasadas y controladas que no comprometan la esencia de la jurisdicción. Esta visión restrictiva sobre el alcance de los consensos que pueden lograrse al interior del proceso penal, concuerda con el Mensaje con que se acompañó el Proyecto de CPP, al señalarse ahí que “se propone la creación de algunos procedimientos simplificados en que por la vía de acuerdos entre todos los intervinientes o de algunos de ellos, se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger”.

Esta posibilidad de negociación sería, en opinión de algunos autores, una de las claves diferenciales básicas de un modelo adversativo, lo que parte de la idea de que el modelo de disputa, que contempla el proceso penal como un enfrentamiento entre dos partes, acoge de manera natural el poder de negociar sobre las consecuencias del delito. Sin embargo, las conocidas como negociaciones, no son en

---

<sup>344</sup> DEL RÍO (2009c) 31.

<sup>345</sup> DEL RÍO (2010) 356.

realidad una característica propia de ningún modelo, sino que más bien constituyen diversas variantes de renunciaciones a las diversas garantías inherentes al proceso, en cualquiera de los sistemas de referencia, siendo la renunciación, en definitiva, al derecho que conforman un proceso justo o el debido proceso.<sup>346</sup>

Finalicemos este preámbulo previniendo al lector que el procedimiento monitorio (art. 392 del CPP), una forma ultraexpeditiva de condena sin contradictorio, no será incluido como uno de los contextos en que se llevan a cabo negociaciones entre Fiscal e imputado que menoscaben el principio de obligatoriedad de la acción penal, por cuanto su tramitación escrita en general no crea oportunidades para alcanzar algún consenso, no obstante que pudiera excepcionalmente fraguarse éste en forma previa a la presentación del requerimiento, de manera que el libelo ya incluya una solicitud de multa que no será luego discutida por el imputado; sin embargo, por la escasa frecuencia de lo anterior, no nos distraeremos en su estudio.<sup>347</sup>

---

<sup>346</sup> ARMENTA (2012) 128-130. Sobre los argumentos a favor y en contra de la resolución de conflictos penales mediante acuerdos, v. ARMENTA (2012) 133 y ss.

<sup>347</sup> Tal tipo de negociación sí existe en el procedimiento llamado “decreto penal” o *Strafbefehl* del sistema germano (§§407-412 de su Ordenanza Procesal), aplicable a hechos constitutivos de delito castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año y siempre que se interese por el Fiscal la imposición de una pena que no comporte privación de libertad, v. WEIGEND (2008) 51 n. 49 y 61. También se aprecian tales convenios en el *procedimento per decreto* (arts. 459-464 del Código Procesal Penal italiano), de aplicación a hechos que revistiendo caracteres de delito, son perseguibles de oficio y respecto de los cuales el Fiscal solicita pena de naturaleza pecuniaria.

## 5.2. Nociones previas

### 5.2.1. Procedimiento simplificado de resolución inmediata

El procedimiento simplificado se reserva para hechos constitutivos de falta y simple delito para los cuales el MP requiere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (art. 388 del CPP). Contempla una forma *sui generis* de enjuiciamiento que prescinde del juicio oral, denominada de “resolución inmediata”, en la cual el tribunal en forma previa a la preparación del juicio oral, debe preguntar al imputado si admite su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o, si por el contrario, solicitare la realización del juicio. Si el imputado admite su responsabilidad, el juez dicta sentencia en forma inmediata en base a los hechos admitidos, sin poder exceder la pena de aquella pretendida por el Fiscal, acusador que para inducir dicha admisión, puede previamente modificar la sanción perseguida (art. 395 del CPP).

La proposición de este procedimiento de resolución inmediata, a diferencia del juicio abreviado, no está a merced de la discrecionalidad del MP, sino que constituye una etapa del procedimiento simplificado que el juez debe verificar con o sin el beneplácito del Fiscal.<sup>348</sup> Por ello, al igual que se ha sostenido para la conformidad del proceso español, en lo que se refiere a la evasión del juicio oral, estamos más ante una facultad

---

<sup>348</sup> De manera semejante, en el sistema estadounidense, en la audiencia previa al juicio (*arraignment*), y tras darse lectura al acta de acusación, el juez siempre invita al acusado al *pleading*, esto es, a expresarse acerca de su propia culpabilidad, haya o no precedido a esto alguna forma de negociación con la Fiscalía, v. DE DIEGO (1999) 39.

del denunciado o acusado que ante una facultad del denunciante o acusador.<sup>349</sup>

La admisión de responsabilidad reglada en el art. 395 del CPP reviste la forma procesal de una confesión, pero sin duda anómala, pues como fuente de prueba o prueba, no se obtiene ni en la etapa de investigación ni en el juicio oral, respectivamente, sino en un procedimiento de enjuiciamiento truncado que carece de fase probatoria. Constituye además una confesión interesada mediante la cual el imputado se allana a la formulación de hechos contenida en el requerimiento, allanamiento parcial que vincula al tribunal;<sup>350</sup> y, habitualmente es el resultado de una transacción donde Fiscalía e imputado renuncian a litigar sobre los hechos a cambio de concesiones negativas recíprocas, en el caso del primero a no perseguir una pena superior, y el segundo, no discutiendo la materia fáctica en el juicio oral.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> AUGER (1989) 284-285.

<sup>350</sup> Califica como confesión en general las aceptaciones que realizan los acusados en los procedimientos simplificado y abreviado, DEL RÍO (2008) 160 y 176. ALCALÁ-ZAMORA (1962) 117-119 ratifica que la confesión de hechos y el allanamiento pertenecen a la categoría de derechos procesales renunciables, y el allanamiento puede, además, llevar implícita confesión de hechos. Sin embargo, precisemos nosotros, no siendo conceptos fungibles, pues la confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento a la pretensión jurídica, la admisión del art. 395 del CPP tiene un poco de ambas, pues se acepta ante un tribunal todos los hechos afirmados por el MP, y además hay un allanamiento respecto de la base fáctica de la pretensión penal, la que será inamovible para el sentenciador, pudiendo discutirse todas sus derivaciones jurídicas.

<sup>351</sup> DEL RÍO (2008) 159, reconoce el carácter transaccional de este tipo de consensos.

### 5.2.2. Juicio abreviado

El juicio abreviado consiste en el juzgamiento del acusado en base a los antecedentes investigativos recopilados por el MP durante la fase de investigación, los cuales, ante el JG el acusado declara aceptar, al igual que los hechos de la acusación, renunciando por tanto al juicio oral, y, exponiéndose en caso de condena a una pena que no puede superar ni ser más desfavorable que la solicitada por el Fiscal o el acusador particular, si ésta fuera mayor.

Este juicio nada más puede ser incoado a requerimiento del Fiscal, y sólo cuando éste persiga en su acusación una pena privativa de libertad no superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.<sup>352</sup> Cabe especificar que el total de penas privativas de libertad pretendido en la acusación no puede superar el límite referido, sin que sea aceptado perseguir diversas penas inferiores a los 5 años de presidio o reclusión por distintos delitos.<sup>353</sup>

Con el fin de allanar la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado, el art. 407 del CPP autoriza al Fiscal y al

---

<sup>352</sup> En esta parte de nuestro CPP, la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica es decisiva, tal como sucedió en la reforma de otros códigos del área, como los Código Procesal Penal de Guatemala de 1992 (arts. 464 a 466), de Costa Rica de 1996 (arts. 373 a 376), de El Salvador de 1997 (arts. 379 a 380), etc. Sobre los fundamentos de la introducción del procedimiento abreviado en Chile, v. HORVITZ (2005) T. II, 516 y ss.

<sup>353</sup> Así se ha resuelto en SCA de Valparaíso, ROL N° 656-2005, de 11.07.005, la cual revoca sentencia del JG que acoge procedimiento abreviado y en éste condena al imputado a las penas de 5 años, y 3 años y un día, por dos delitos de robo en lugar habitado.

acusador particular para modificar su acusación según las reglas generales, así como la pena requerida. Agrega la norma precitada que, para estos efectos, la aceptación de los hechos del acusado podrá ser considerada por el Fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del art. 11 N° 9 del CP, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.<sup>354</sup>

Esta modificación está planteada en la ley para producirse sólo una vez que el MP ha formulado su acusación por escrito, pues de no haberse aún presentado ésta, la acusación se expondrá verbalmente en una audiencia especialmente fijada para ello, y en ese evento, contendrá directamente las modificaciones de cargos, pero en relación ahora no con una acusación previa, sino con los hechos que fueron objeto de la formalización de la investigación.

### **5.3. Retribución premial por renuncia al juicio oral**

Mientras el procedimiento típico inquisitivo en los sistemas de justicia continentales consistió en la mera verificación pública del contenido del dossier de la investigación preliminar, el aparato de justicia criminal tenía escaso interés de negociar beneficios con el acusado, pues no había mayor incertidumbre acerca de la decisión que tomarían los jueces profesionales en este remedo de juicio.<sup>355</sup> Nada más recuérdese

---

<sup>354</sup> La equiparación de la renuncia al juicio oral y aceptación de los hechos, a una circunstancia minorante, es común en los ordenamientos comparados, así, en Alemania, se ha señalado que no incluyéndose la confesión o declaración de culpabilidad dentro del §46.2 del Código Penal alemán como factor real de medición de la pena, puede entenderse que podría quedar incluida dentro del concepto de comportamiento del autor según el hecho, así como bajo la expresión de las consecuencias del hecho, v. BARONA (1994) 187.

<sup>355</sup> v. DAMASKA (2010) 86.



que en el proceso ordinario del Código de Procedimiento Penal de 1906, el cual se dividía en dos etapas, sumario y plenario, en esta última la actividad del tribunal y las partes consistía la mayor parte de las veces en dejar correr los plazos legales previstos para una supuesta fase probatoria, donde rara vez se realizaba una recepción pública y contradictoria de la prueba. De esa manera, la resolución fundamental del proceso la constituía el germinal auto de procesamiento dictado en la fase sumarial, basándose la sentencia posterior en los registros recopilados en ésta, y constituyendo la condena una decisión casi siempre previsible, salvo una inusual proactividad de la defensa.<sup>356</sup>

Este escenario cambió radicalmente en Europa continental, así como en Chile, con el arribo de un juicio oral, público y contradictorio, pues la incertidumbre de un resultado exitoso para el Estado persecutor – representado por la Fiscalía-, ante la dificultad y onerosidad de llevar a estrado la prueba necesaria para superar exigentes estándares surgidos a la luz del enérgico desarrollo de los derechos humanos que tuvo lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, hizo necesario admitir o incorporar mecanismos procesales de consenso que evitaran que la actuación de la ley penal se viera frustrada del todo.<sup>357</sup>

Pero sin duda que tras de esta tendencia a la composición también se oculta el temor de la Fiscalía de que el juicio oral deje en evidencia

---

<sup>356</sup> Como explica PIEDRABUENA (2000) 14, se protestaba contra la hipertrofia del sumario criminal en desmedro del plenario o juicio criminal, en el que las defensas eran pobres, no se ofrecían pruebas y el juez fallaba conforme al mérito de las probanzas del sumario donde el imputado no había sido oído ni existía bilateralidad de la audiencia. v.t. DUCE/RIEGO (2002) 93. Parecida situación se presentaba en el sistema italiano antes de su reforma, v. PIZZI/MARAFIOTI (1992) 4.

<sup>357</sup> Para un compendio de las tendencias del derecho comparado en esta materia, v. HORVITZ (1994) 27-40.

investigaciones mal conducidas. Efectivamente, cuando un país tiene un sistema procesal sólido, el acusado que ha cometido un delito grave tiene la seguridad de que si existen suficientes pruebas incriminatorias, con toda probabilidad resultará condenado, situación en la que tiene sentido llegar a un acuerdo en el que obtenga una sentencia algo más benévola, y por su lado, el Estado evite un proceso largo y complejo, difícil de sustentar dados los limitados recursos con que cuentan los tribunales en la mayor parte de los países. En cambio, cuando un país tiene un sistema procesal débil y caro, se ve abocado a dar por bueno cualquier tipo de acuerdo extraprocesal con tal de evitar ir a juicio.<sup>358</sup>

Pues bien, por estas y otras razones, este principio de consenso, tradicional de los sistemas del *common law*, se ha propagado hoy en día por los ordenamientos europeo-continenciales así como latinoamericanos, en respuesta a la necesidad de atender un mayor número de procesos ingresados al sistema de justicia criminal, de manera tal que se ha llegado a concluir que el proceso adjudicativo completo, es decir el juicio oral, está en todas partes en decadencia.<sup>359</sup>

Huelga anotar que estas fórmulas procesales paccionadas fueron recibidas también en nuestro ordenamiento en las modalidades arriba reseñadas, pero para incentivar al imputado y su defensa a utilizarlas se hizo imperioso premiar su renuncia al derecho de defensa en juicio oral<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> PIZZI (2004) 209.

<sup>359</sup> DAMASKA (2010) 82.

<sup>360</sup> Como aclara DE DIEGO (1997) 155, "si bien es cierto que el derecho de defensa es en sí y por sí indisponible e inviolable, no puede deducirse de ello (---) una obligación de defenderse por parte del imputado, sino que se trata en realidad de un derecho a la defensa en abstracto indisponible, aun cuando después, en concreto, el acusado pueda no actuarlo. Cabe, en fin, la renuncia por parte del acusado al derecho

a través de una atenuación de la pena en relación a la que se expondría de ser condenado en el procedimiento ordinario. Si la Fiscalía no efectuara esta dimisión, no habría un incentivo real para que el acusado se abstenga de ir al juicio oral, instancia donde la posibilidad de una absolución por incomparecencia de testigos, retractación o desinterés de la víctima, o los más variopinto motivos, es altamente probable.<sup>361</sup> Nada más obsérvese lo sucedido en España, donde el procedimiento de conformidad tiene un origen que se adscribe a 1850, pero sólo toma verdadera relevancia para disminuir el atochamiento de los tribunales con la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, que crea el procedimiento abreviado y abre las puertas a la negociación de la acusación en la conformidad.

Aun cuando es usual clasificar la confesión de culpabilidad en la doctrina norteamericana en tres formas básicas, como *voluntary* o *uninfluenced plea*, *structurally induced plea*, y *negotiated plea*,<sup>362</sup> como reafirma Alcalá-Zamora,<sup>363</sup> “es evidente, desde luego, que los acusados propenden en la mayoría de los casos a negar o a disimular su participación en los hechos que se les imputan, y que se resisten a

---

de defensa o, mejor dicho, a ciertos derechos instrumentales de la defensa sobre los que tiene poder de disposición en el caso concreto”. Sobre la disponibilidad de la garantía a un juicio previo v. MANZANARES (2005) 400-401. Una opinión diversa expresa FERRAJOLI (2001) 609, para quien todas las garantías penales y procesales resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado, que tenga por objeto la prueba y la pena: el nexo retributivo entre pena y delito, el principio de estricta legalidad, el principio de materialidad, el principio de contradicción, las garantías de defensa y publicidad, y de la igualdad penal.

<sup>361</sup> TRILLO (2008) 96, califica los procedimientos especiales italianos como “remuneratorios”, porque conllevan reducciones de penas y otros beneficios por la colaboración del imputado en la solución rápida del procedimiento.

<sup>362</sup> v. GOLDSTEIN (1981) 33; CABEZUDO (1996) 64-65; y DE DIEGO (1999) 33-34. Una relación ilustrativa de los motivos que inducirían al allanamiento del reo es realizada por CAFFERATA (2000) 159-160.

<sup>363</sup> ALCALÁ-ZAMORA (1962) 155-156.

facilitar datos o indicios que hayan de volverse en su contra”, agregando que “una confesión del acusado será difícil que sea, a la vez, espontánea y desinteresada”, llegado a afirmarse que abrogar los incentivos no es posible sin eliminar el *plea bargaining* como tal.<sup>364</sup> Empero, no desconocemos que la omisión del juicio oral, aun sin obtener a cambio una atenuación de la pretensión punitiva por parte del MP, ya puede ser suficiente incentivo para el imputado, especialmente en aquellos casos en que la prueba del juicio oral podría develar nuevas circunstancias fácticas que agravarían el delito o intensificarían la participación del acusado, razón por la cual De Diego Díez<sup>365</sup> manifiesta que en ese supuesto hay una disposición por parte del acusado del contenido material de la sentencia, por cuanto, si se dan los presupuestos legales exigidos, su conformidad determina el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, al que relativamente vincula.<sup>366</sup>

Por lo que atañe al ámbito comparado, esta moderación de la pretensión procesal suele tasarse de antemano en la ley o dejar su determinación a la negociación de las partes bajo supervisión judicial. Por el primer sistema que permite, al menos en su diseño conceptual, mantener estrictamente subyugada la actuación del Fiscal a los principios de obligatoriedad de la acción penal y de legalidad sustantiva, se ha inclinado el legislador italiano en el *patteggiamento* y el *giudizio abbreviato*, y la normativa española con el juicio rápido.<sup>367</sup> En el otro

---

<sup>364</sup> McDONALD (1986-87) 209. De similar parecer, CAFFERATA (2000) 39.

<sup>365</sup> DE DIEGO (1997) 171.

<sup>366</sup> ÁVILA (1999) 74, califica la conformidad española como “un acto unilateral de disposición de la pretensión por la defensa”.

<sup>367</sup> Respecto del *patteggiamento* o *applicazione della pena sulla richiesta delle parti* y el *giudizio abbreviato* (arts. 444-448 y arts. 438-443 del Código Procesal Penal

extremo, dejando la reducción de la pretensión a las negociaciones celebradas por el MP y el acusado y su defensa, bajo supervisión y control judicial, puede mencionarse, entre los sistemas europeo-continenciales, al ordenamiento alemán.<sup>368</sup>

Frente a las tendencias comparadas existentes, difícil deviene encasillar la regulación procesal nacional en una de ellas, pues aunque puede descartarse la reducción tasada de la pena ante la renuncia del juicio oral, los titubeos del legislador vuelven dudoso y discutible tanto la existencia, o al menos los alcances del control judicial sobre la pena pactada por las partes, es más, nuestro codificador sólo ha previsto incentivos cuya concesión, así como su cuantía, parecieran quedar a la discreción del Fiscal o del juez, los que ha reglado únicamente en el juicio abreviado, dejando como único verdadero y concreto estímulo punitivo en

---

italiano, respectivamente), v. BARONA (1994) 107 y ss.; TRILLO (2008) 93 y ss.; y ARMENTA (2012) 147; sobre el primer procedimiento mencionado, v. DE DIEGO (1999) 123 y ss.; y un juicio crítico sobre estos procedimientos especiales diferenciados en FERRAJOLI (2001) 746 y ss. En cuanto a la conformidad en el ordenamiento español (arts. 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), v. MARTÍN (2013) 154 y ss., explicando también su admisibilidad en el proceso penal abreviado (arts. 779.5, 784.3 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en los juicios rápidos (art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado), y en el proceso penal de menores (arts. 32 y 36 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores); sobre los orígenes y evolución de la conformidad en el ordenamiento hispano, v. ALCALÁ-ZAMORA (1962) 38 y ss.; y AGUILERA (1998) 59 y ss.; y un acabado estudio de esa institución, en BARONA (1994) 219 y ss.; ASECIO (2012) 257 y 334; GIMENO (2012) 960; y ARMENTA (2012) 143-145.

<sup>368</sup> En lo que respecta al denominado como *Absprache*, antes de su consagración legal, v. BARONA (1994) 158 y ss.; LANGER (2004a) 40; WEIGEND (2008) 43; y RAUXLOH (2010-11) 296-331. Sobre la instauración formal de estas negociaciones en el sistema judicial alemán, v. RAUXLOH (2010-11) 296-331; y BOHLANDER (2012) 120-122.

ambos procedimientos la imposibilidad de que el sentenciador supere en su fallo la pena requerida por el Fiscal.<sup>369</sup>

La imprevisión legislativa para dotar de un adecuado instrumental a los jueces para disuadir, evitar y corregir abusos en las reducciones de la pretensión procesal del MP, ha derivado en las exageradas menguas que suelen alcanzar las sanciones penales resultantes de estas negociaciones entre Fiscal-imputado, cuya nimiedad no contribuye de modo alguno a los fines que suelen atribuirse a la pena criminal. Lo anterior, pareciera demostrar que el persecutor penal en realidad muchas veces persigue por su intermedio sólo el etiquetaje del hechor -a modo de *labeling theory*-<sup>370</sup> de manera que aun cuando la pena, por lo exigua de la misma, no cumpla ningún fin disuasivo ni preventivo, sirva sin embargo para el etiquetaje social del autor como desviado. Con ello, en el próximo proceso penal a que se verá enfrentado este hechor –pues el Fiscal, atendido el nulo efecto que tendrá la pena ahora impuesta, ya asume la futura reincidencia como un evento casi cierto-, éste ya no será considerado como primerizo, y por lo tanto la pena se exasperará por operación de las normas agravatorias fundadas en la reincidencia, o al menos será más severa, al privarle el acceso a una pena sustitutiva de la Ley N° 18.216. En otras palabras, la lógica de esta política criminal de

---

<sup>369</sup> En oposición por ejemplo, a la opción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su art. 20 letra A) VIII, expresamente permite procedimientos como los que venimos estudiando, al disponer que “si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

<sup>370</sup> BECKER (2009). Sobre *labeling approach*, v. HASSEMER (1984) 81-84.

actuación es que la verdadera sanción por el primer hecho delictual será la agravación de la sanción que su autor sufrirá por el segundo ilícito que se asume cometerá en el futuro.

No equivocaban entonces los parlamentarios que durante la discusión de la modificación del inc. 2º del art. 395 CPP original, manifestaron que, “por la comprensible carga de trabajo que soportan los fiscales, es muy factible que ocupen esta norma incluso más de lo apropiado, generando, en definitiva, muchas penas bajas” o “tal como está planteado el sistema, el único límite para el fiscal es llegar a un acuerdo, por tanto, en definitiva, se puede terminar con penas irrisorias que no respeten el principio de la legalidad”.<sup>371</sup>

Profundicemos enseguida en las ideas anunciadas, principiando por el examen de la normativa correspondiente al juicio abreviado, que en verdad, es la única que regula la retribución al acusado que renuncia al juicio oral.

### **5.3.1. Incentivo punitivo en el juicio abreviado**

El inc. 3º del art. 407 del CPP prescribe que: “Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inc. segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del

---

<sup>371</sup> v. segundo Informe de la Comisión del Senado correspondiente a la tramitación de la Ley N° 20.074.

artículo 11, N° 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena.”

Destaquemos inmediatamente que el texto transcrito excluye la modificación discrecional de la pena pretendida por el acusador y sujeta la realización de ésta a las reglas generales, con lo que pareciera hacer una remisión al párrafo IV, del título III del libro I del CP, que gobierna la aplicación legal y judicial de las penas, acotando con ello el campo de acción de la negociación al juego de la operatividad de dichos preceptos.<sup>372</sup> Confirma este aserto, el que se haya autorizado al Fiscal para considerar la aceptación de hechos que el acusado realiza en el juicio abreviado, como suficiente para la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 11 N° 9 del CP, “sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena”, lo que da cuenta que el interés del legislador fue que dicha atenuante operara en conjunto con las otras circunstancias modificatorias que concurrieren, en la forma prevista en el párrafo IV del título III, y no según el arbitrio del Ministerio Público. En la línea de lo que se viene argumentando, durante la discusión parlamentaria se tuvo presente que, por “la amplitud de las escalas de penas que contempla nuestro Código Penal, el fiscal tiene una posibilidad amplia para ofrecer pena, incluyendo el balance de las atenuantes y agravantes”.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> Sin mayor justificación ni detalle CASTRO (2010) 134-135, señala que el principio dispositivo fue acogido en el procedimiento abreviado.

<sup>373</sup> Segundo Informe de la Comisión del Senado.



Por lo demás, como explica Del Río,<sup>374</sup> al indicarse en el segundo informe de la Comisión del Senado, que no podía considerarse coacción del Fiscal el señalamiento “de pena legal establecida para el delito, ya que ésta sería un arma de negociación”, se comprobaría que los legisladores quisieron establecer, en todo caso, unos márgenes de legitimidad a la negociación entre MP e imputado en el juicio abreviado, acotada, como no podía ser de otra manera en el sistema chileno, al principio de legalidad, y a los límites de la ley penal.<sup>375</sup>

A continuación debe despejarse que la inclusión por el MP de la mitigante del art. 11 N° 9 del CP en su acusación, constituye un motivo legítimo y legalmente previsto para modificarla, así como para, en principio, morigerar la pena postulada, todo ello a cambio de la renuncia del imputado al juicio oral y su consiguiente sometimiento al juicio abreviado. Así lo han entendido también la mayoría de nuestros tribunales, aun cuando una parte de ellos no reconoce esta mitigante por la mera aceptación del procedimiento abreviado y la consiguiente renuncia al juicio oral, exigiendo además otras formas de cooperación durante la investigación.<sup>376</sup>

Más complejo es discernir si esta modificación de la acusación y de la pena realizada por el Fiscal puede consistir en algo más, y en su caso,

---

<sup>374</sup> DEL RÍO (2009c) 44-45.

<sup>375</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1063, indican que el Fiscal dispone en cada caso concreto de “un margen importante para aplicar las reglas sustantivas de determinación de la pena”.

<sup>376</sup> v.gr. SCA de Stgo., ROL N° 78-2005, de 19.08.2005, ROL N° 223-2005, de 30.09.2005, ROL N° 839-2005, de 02.01.2006 y ROL N° 26-2006, de 20.01.2006; SCA de Copiapó, ROL N° 292-2005, de 12.01.2006; y, SCA de Valpo., ROL N° 658-2005, de 13.07.2005. En la doctrina, v. MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1066; y, SALAS (2009) 266 y ss.

en qué. En esta materia la doctrina ha entendido principalmente que la modificación de la acusación puede consistir en la retirada de hechos – v.gr. retirada del actuar sorpresivo en la sustracción- cuando, por la insuficiencia de antecedentes de investigación se vislumbra como improbable probar en el juicio el hecho punible tal como se plantea en la acusación.<sup>377</sup>

Secundando este criterio, se pueden citar algunos fallos, como el dictado por el JG de Sn. Pedro de la Paz, RUC N° 0700713439-2, de 6 de junio de 2008, donde consta que el MP presentó acusación por hechos que se califican como delito de robo en dependencias de lugar habitado, recalificando los mismos hechos el MP en la audiencia a delito de robo en lugar no habitado, fundándose en que “no ha quedado debidamente establecido con los antecedentes que se encuentran en carpeta fiscal la conexión que debería existir entre el garage, lugar al cual accedió el menor imputado, y la vivienda anexa de él, es decir la comunicación y el grado de dependencia de esta parte del inmueble con la casa habitación.” De manera similar, la sentencia del JG de Coquimbo, RUC N° 0801065900-1, de 2 de octubre de 2009, consignando que el MP retiró las agravantes de los arts. 12 N° 16 y 456 bis N° 3 del CP, basándose en la insuficiencia de antecedentes para acreditarla y en la falta de condena del coimputado, respectivamente.

En lo que nos interesa, si la bajada de material fáctico de la acusación –ya sea en relación a la primera acusación o a la formalización

---

<sup>377</sup> v. MERA (2004) 253; y DEL RÍO (2009c) 75; precisando HORVITZ (2005) T. II, 522, que el Fiscal debe considerar, al realizar su oferta de rebaja de pena, la calidad de los antecedentes de la investigación.

de la investigación<sup>378</sup>-, obedece auténticamente a una tardía advertencia por el Fiscal de la debilidad de los antecedentes reunidos para acreditarlo, sin duda que tal actuación se ajusta al principio de objetividad que rige su actividad y aun sin la autorización del art. 407 en comento, podría haberse ejecutado. Ahora bien, el verdadero problema de esta tesis es que deja amplio margen al abusivo ingenio del *overcharging*, como es conocida esta operación en el derecho estadounidense.

Se ha entendido por *overcharging* “aquellos casos donde el *prosecutor* imputa al acusado un delito del cual es claramente inocente y del que normalmente no acusaría a una persona que hubiera cometido los mismos hechos, en la esperanza de inducirle a que se declare culpable del que realmente cometió.”<sup>379</sup> Con más precisión se ha expuesto que este término aborda dos distintos problemas: a) horizontal *overcharging*, esto es, la actitud del MP de multiplicar sin razón alguna el número de acusaciones contra un único acusado; y, b) vertical *overcharging*, en este caso se acusa al *defendant* con un solo cargo, pero en un grado más alto del que las circunstancias del caso parecen justificar.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> Aunque estas modificaciones se proponen por la cátedra en relación a una primera acusación ya formulada por escrito (art. 407, inc. 3°, del CPP), lo cierto es que lo que se razonará igualmente será válido respecto de una primera acusación formulada verbalmente en la audiencia convocada al efecto (art. 407, inc. 2°, del CPP), caso en el cual la modificación se efectuará en relación a la formalización de investigación previa.

<sup>379</sup> RODRÍGUEZ (1997b) 68.

<sup>380</sup> ALSCHULER (1968-69) 85-86. El artilugio del *overcharging* está expresamente proscrito en la sección 6.3 del *Code for Crown Prosecutors* de Inglaterra del año 2010. Crítico frente a estas prácticas en la negociación, v. PIZZI (2004) 213. Dos comisiones (*President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice*, y *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*),

El *overcharging* generalmente va de la mano con lo que se ha denominado como *bluffing*, esto es, tratar de hacer aparecer la evidencia de una acusación muy sólida, cuando en la realidad no lo es tanto, ello con el propósito de dar la impresión de que en el juicio se obtendrá una sentencia condenatoria segura, de modo que el acusado crea como conveniente cualquier pacto que ofrezca la acusación por mínima que sea la rebaja ofrecida.<sup>381</sup>

Estas prácticas, conforme a la clasificación de las técnicas o tácticas negociales de Hyman,<sup>382</sup> que distingue entre la persuasión, el fraude y la amenaza, claramente se encasillan dentro de las segundas, y es así como ambas son tildadas por Cabezudo Rodríguez<sup>383</sup> como “tácticas pseudolegales, cuando no absolutamente ilícitas”. Parafraseando a Delmas-Marty,<sup>384</sup> en estos supuestos “la cuestión no es la de saber si la acusación tiene pruebas suficientes para sostener la culpabilidad, sino la de si tiene medios de prueba bastantes para proponer al imputado el ofrecimiento de declararse culpable”,<sup>385</sup> con lo que se olvida que, como acierta Del Río,<sup>386</sup> en virtud de los principios de legalidad y objetividad, el acusador público sólo puede pretender en juicio la condena del culpable, no la condena del acusado.

---

específicamente identificaron el “*overcharging*” como una inducción impropia que los jueces deben rechazar, McDONALD (1986-87) 203, n. 2.

<sup>381</sup> v.t. RODRÍGUEZ (1997b) 69.

<sup>382</sup> HYMAN (1980) 47.

<sup>383</sup> CABEZUDO (1996) 111.

<sup>384</sup> DELMAS-MARTY (2000) 680.

<sup>385</sup> Agrava el panorama el que estas negociaciones se hagan fuera de audiencia judicial, de manera informal y sin registro. En cambio, el §160.b de la Ordenanza Procesal Penal alemana dispone que el contenido esencial de la discusión debe ser documentado, al respecto v. BOHLANDER (2012) 101.

<sup>386</sup> DEL RÍO (2009a) 88.

Engarzando todo lo dicho arriba, aceptar para nuestro ordenamiento que la retirada de material fáctico de la acusación responda a las debilidades probatorias para acreditarlo, implica dispensar al MP de su deber de objetividad (arts. 83 de la CPR, 1º y 3º de la LOC del MP y 77 del CPP), por el cual debe acusar “velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”, y por tanto, sólo respecto de hechos suficientemente justificados durante la investigación y que podrá probar en el juicio.<sup>387</sup> De otro modo, se incentivaría al MP a abultar los hechos de la acusación, no obstante saber que se carecerá de prueba para acreditarlos en el juicio oral, con el único objeto de autogenerarse un margen para regatear con el imputado, quien renunciaría inútilmente al juicio oral, pues ante la falta de prueba sólo se habría acreditado en dicha instancia el mismo suceso que se terminó aceptando en el juicio abreviado.<sup>388</sup>

Igual motivo de queja debe dirigirse contra la mutación de la calificación jurídica del hecho imputado en la acusación –v.gr. el tránsito de hurto consumado a frustrado-, de suerte que el encuadre jurídico del material fáctico de la acusación no puede perderse de ese norte e inflarse por el MP precaviendo las utilidades que ello le reportará en una eventual negociación, y por otro lado, confiándose que de no prosperar ésta, será corregida por el tribunal en su fallo.

---

<sup>387</sup> Igualmente contradice el principio de probidad administrativa consagrado en el art. 8º de la LOC del MP.

<sup>388</sup> SCHÜNEMANN (2002) 301, n. 26, estima que una investigación empírica demostraría que entre los efectos de los convenios en la graduación de pena se cuenta el siguiente: “en muchos casos es ficticia la atenuación penal prometida, porque el juez ha elevado –como en un bazar de alfombras orientales- el precio reclamado (la pena amenazante) artificialmente, para lograr, acto seguido, el resultado que secretamente ha pretendido como efecto final”.

Un ejemplo -quizás de los más cotidianos- de los peligros de dar cabida al *overcharging* puede reconocerse en la causa RUC N° 1300108869-0, del 2° JG de Stgo., sentencia de 30 de enero de 2013, donde el MP requiere en procedimiento simplificado por los siguientes hechos: “el 29 de enero de 2013 aproximadamente a las 21:30 horas, cuando con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, ingresó al Supermercado A Cuenta ubicado en Caupolicán N° 1520 de la Comuna de Renca, y sustrajo desde el interior (---), especies de propiedad dicho establecimiento comercial, las que ocultó en el interior de una caja que portaba, traspasando las líneas de cajas registradoras sin cancelar su valor comercial y que fueron valuadas en la suma de \$ 92.580”. Esta descripción fáctica hoy casi uniformemente es calificada por nuestra jurisprudencia como delito frustrado de hurto, sin embargo, en el proceso judicial examinado, el MP califica primeramente el delito como consumado, para luego ofrecer modificar al *iter criminis* correcto en caso de admisión de responsabilidad por parte del imputado, lo que finalmente ocurre, sancionándose de ese modo al imputado. Mediante este expediente, el enjuiciado tiene la impresión que ha obtenido una ventaja al renunciar al juicio oral –rebaja de pena por la degradación del *iter criminis* de consumado a frustrado-, en circunstancias que en dicha instancia igualmente se habría ajustado por el tribunal correctamente el *iter* del delito.

De asentarse la tesis enunciada –retiro del material fáctico no suficientemente acreditado de la acusación- en la realidad del foro, prontamente las defensas y los imputados advertirán que ninguna ventaja representa para ellos la modificación de la acusación realizada por el

Fiscal, pues simplemente ha ajustado la acusación a lo que podría probar en el juicio oral, por lo que nada perderían entonces insistiendo con dicha instancia.<sup>389</sup>

Aun más, presentar el caso al tribunal como si no tuviera suficiente prueba para formular cargos por el delito más grave, fue una de las herramientas usadas por la Fiscalía estadounidense para mantener la ficción de que no se negociaban los cargos a cambio de *guilty pleas* mientras esta negociación era considerada ilegal por las Cortes. Esto, hasta que en los 70's del siglo pasado, la Corte Suprema reconoció la extensión con la que el *plea bargaining* dominaba la administración de justicia.<sup>390</sup> Dicho de otra manera, nuestra doctrina –sin advertirlo al parecer- no hace sino entregar y avalar una añosa herramienta jurídica ya usada en el derecho anglosajón para encubrir las manipulaciones discrecionales al sustrato fáctico del proceso por parte de la Fiscalía.

Entonces, si se acepta que la acusación, conforme prescribe el art. 248 letra b) del CPP, no debe contener sino los hechos y la calificación sobre los que la investigación “proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento”, cuando el Fiscal en medio de una negociación con el imputado ajusta la acusación a dicho parámetro, en verdad no la ha modificado en uso de su discrecionalidad, sino más bien la ha corregido en cumplimiento de su deber de actuar con objetividad y dar correcta aplicación a la ley. Tal como enseña Ferrajoli,<sup>391</sup> en la formulación de su

---

<sup>389</sup> Así sucedió en Italia, donde, con el objeto de bajar los cargos abultados en la negociación –incluso por omitir atenuantes concurrentes- a un nivel realístico, el defendido es forzado a ir a juicio, v. MARAFIOTI (2008) 91.

<sup>390</sup> GOLDSTEIN (1981) 34.

<sup>391</sup> FERRAJOLI (2001) 104-105.

acusación primitiva ya debe actualizarse el criterio del *favor rei*, propio del derecho penal mínimo, que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena, y que por tanto, se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender, sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

Situados en este contexto, pareciera que lo reflexionado permitiría concluir que si el legislador autoriza al MP, no obstante encontrarse ya agotada y cerrada la investigación y presentada una acusación respetuosa del principio de objetividad, a modificar ésta más allá de las secuelas de la incorporación de la mitigante del art. 11 N° 9 del CP, esa modificación obedecerá al resultado de una alteración paccionada de los hechos principales o accesorios acreditados durante la investigación y/o de su calificación jurídica.<sup>392</sup> Y es esta aparente habilitación legal la que

---

<sup>392</sup> En el mismo sentido DEL RÍO (2008) 166, concluye que en sus términos el art. 407 del CPP tiene un claro fin de incentivo de la negociación, siendo lo problemático en realidad determinar cuánto margen a la negociación se puede autorizar al amparo de esta norma. Resulta llamativo además que ya en el año 1998, al analizar el Proyecto de CPP, AMBOS (1998) 95 y 96, concluya que éste adopta estructuralmente el modelo del procedimiento angloamericano, postergando conscientemente el principio de la verdad material a favor de elementos consensuales. En España, DE DIEGO (1997) 149-150, en relación al actual art. 787.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite a la defensa y acusado, “pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto” (la cursiva es nuestra), señala que “desde que el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones personadas formularon el acta de acusación (---) hasta el momento en que se inicia el juicio oral –y se prevé la posibilidad de presentar ‘ese’ nuevo escrito de acusación (---)-, ningún nuevo elemento ha venido a desvirtuar el fundamento del escrito primitivo. Por tanto, ninguna justificación hay, en apariencia, para que el Fiscal o el acusador que más gravemente hubiera calificado, presente ahora, ante una situación idéntica a la de entonces, unas calificaciones distintas.”



ha dado pie a formulaciones fácticas y jurídicas discrecionalmente recortadas y enmendadas por parte de la Fiscalía, no obstante constituir un tipo de discrecionalidad positiva no reconocida por nuestro ordenamiento, tal como se ha declarado por nuestra jurisprudencia, al fallar que el conjunto de condicionantes de la pena que se debe aplicar a un delito en el caso concreto son imperativas tanto para los tribunales como para el MP, al menos por dos razones<sup>393</sup>: “En primer lugar, porque la práctica de los intervinientes en el proceso penal y singularmente del Ministerio Público demuestran que ésta es la inteligencia que se ha dado a las mencionadas disposiciones. En segundo lugar, porque así lo exige el principio de legalidad en derecho público que, conforme a lo preceptuado en el art. 7° de la Constitución, exige que los órganos del Estado, incluido por cierto el Ministerio Público, actúe sólo cuando cuenta con norma que lo habilita y dentro de los márgenes establecidos por dicha norma habilitante.” Es más, precisa este dictamen judicial que los requisitos de procedencia del enjuiciamiento abreviado contemplados en el art. 406 del CPP son normas jurídicas indisponibles por sus destinatarios, lo que “significa que los tales requisitos deben ser cumplidos aun cuando exista error por parte de alguno de los intervinientes, en orden a estimar que aquéllos concurren en un caso determinado, e incluso en contra de la voluntad expresa de todos los intervinientes que pretendieran omitir el cumplimiento de alguno de ellos”.

---

<sup>393</sup> SCA de Temuco, ROL N° 45-2012, de 30.01.2012.

### **5.3.2. Incentivo punitivo en el procedimiento simplificado de resolución inmediata**

Comencemos trayendo a colación el texto del inc. 1° del art. 395 del CPP: “Una vez efectuado lo prescrito en el artículo anterior, el tribunal preguntará al imputado si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización de la audiencia. Para los efectos de lo dispuesto en el presente inciso, el fiscal podrá modificar la pena requerida para el evento de que el imputado admitiere su responsabilidad.”<sup>394</sup>

El texto transcrito, a diferencia del correspondiente al juicio abreviado, sólo contiene una autorización para la modificación de la pena requerida, no así del requerimiento, entendiéndose por tal su contenido fáctico y su calificación jurídica, por lo que determinar a qué obedece tal enmienda de la pretensión procesal ha generado aún mayor discordia entre los operadores de nuestro sistema penal, sobre todo si el legislador no sujetó expresamente tal modificación punitiva al reconocimiento de una mitigante específica ni a su operación conforme a las reglas generales, como sí lo hizo respecto del juicio abreviado. Empero, tal omisión legislativa no debe hacer creer que el Codificador pretendió dejar completamente librada a la discreción del Fiscal la pena máxima que en definitiva aplicará el órgano jurisdicente, pues la historia de su discusión

---

<sup>394</sup> Ese texto es producto de la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005. El anterior rezaba: “Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la imposición de una pena de prisión, los cuales se harán constar en la sentencia. Con todo, la imposición de la pena de prisión no procederá si, al dirigirle la pregunta a que se refiere el inciso primero, el juez no le hubiere advertido acerca de esta posibilidad.”

legislativa da prueba de la preocupación por el abuso en la rebaja de penas que pudiera efectuarse en el marco de la negociación. En efecto, según se dejó constancia en el segundo informe de la Comisión del Senado, uno de los parlamentarios explicó que “es muy importante que exista un límite para la discrecionalidad del fiscal, de forma que la pena que en definitiva se aplique no aparezca como injusta socialmente. Por otra parte, continuó, por la comprensible carga de trabajo que soportan los fiscales, es muy factible que ocupen esta norma incluso más de lo apropiado, generando, en definitiva, muchas penas bajas”. Concordantemente, otros dos senadores insistieron en la importancia que la determinación que haga el Fiscal tenga algún límite, es más, según explicita el propio Mensaje N° 440-350 de 22 de enero de 2004 que acompañó al Proyecto correspondiente a la Ley N° 20.074, se buscaba con la modificación del régimen de admisión de responsabilidad regulado en el mentado art. 395 evitar precisamente la aplicación extrema que se había dado al precepto original, “permitiendo aplicación de penas proporcionales al delito”.

Así pues, la rebaja de pena que autoriza el art. 395, suele hacerse operar por el MP incluyendo en su requerimiento, condicionado a la admisión de responsabilidad del imputado, la mitigante del art. 11 N° 9 del CP, en analogía *bonam partem* de lo prescrito para el procedimiento abreviado en el art. 407 del CPP, cuestión que ha sido aceptada mayoritariamente, y correctamente pensamos, por nuestra jurisprudencia.<sup>395</sup>

---

<sup>395</sup> v. SCA de Stgo., ROL N° 1.083-2006, de 06.07.2006, donde resuelve que: “la circunstancia que no exista en el procedimiento simplificado una norma como la que en

Desde luego cabe también hacer extensiva a este procedimiento la posibilidad de retirar material fáctico del requerimiento, en la forma ya explicada para el juicio abreviado, si es verdad que ella obedece a una adecuación, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, a los mandatos del principio de objetividad, y por ende, de aplicación general a cualquier procedimiento especial. Tanto más si el art. 407 aludido prescribe que tal adecuación debería efectuarse conforme a las “reglas generales”, y por tanto, no exclusivas del juicio abreviado.

Amén de las modificaciones de pena que respondan a los dos aspectos examinados, al igual que en el procedimiento abreviado, pareciera que la regulación pertinente no da cabida a mayores variaciones del requerimiento, cuestión que como estudiaremos a continuación, también ha sido sobrepasada por la realidad forense.

#### **5.4. *Vinculatio poena***

Para que la morigeración de la sanción postulada por el Fiscal sea un real incentivo que provoque o induzca la renuncia del imputado al juicio oral, es que ambos procedimientos en análisis contemplan un tipo de *vinculatio poena*, que impide al tribunal sancionar en forma más gravosa que la postulada por el MP.<sup>396</sup> De ahí la necesidad de un

---

este sentido contempla el procedimiento abreviado, no impide la consideración de la atenuante en relación con el reconocimiento, pues en tal caso la analogía sería en *bonam partem*, lo que permite sea fuente de derecho en materia penal”; y SCA de Antofagasta, ROL N° 7-2008, de 06.02.2008.

<sup>396</sup> Apuntemos que en nuestros tribunales, ni respecto del art. 395 ni del art. 412 del CPP, se plantearon dudas como las que agobiaron a la doctrina española, sobre si la sanción que limita al tribunal en la conformidad del procedimiento abreviado (art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es la petición concreta de pena del acusador o el marco punitivo fijado por la ley penal al ilícito. Sobre esta discusión en España v. DE DIEGO (1997) 442 y ss.

temprano control judicial sobre tal ofrecimiento, el que de omitirse, se erigirá como un límite punitivo que más tarde el tribunal no podrá franquear, no obstante que dicho marco responda a una incorrecta aplicación de la ley penal.<sup>397</sup>

En particular, en el procedimiento simplificado de resolución inmediata, el tribunal no podrá imponer en la sentencia una pena superior a la solicitada por el Fiscal en el requerimiento (art. 395, inc. 2º, del CPP),<sup>398</sup> mientras que en el juicio abreviado, el juez no podrá aplicar una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el Fiscal o el querellante, en su caso (art. 412, inc. 1º, del CPP). Aun cuando el primer veto pareciera sólo consistir en no superar la cuantía de la pena pretendida por el Fiscal, debe observarse igualmente, en analogía *in bonam partem*, el art. 412 antes citado, que extiende esta proscripción a las penas más desfavorables, mayor cobertura que adquirirá importancia respecto a delitos con sanciones alternativas de diversa naturaleza.

En uno y otro procedimiento la pena que no podrá superar el sentenciador es aquélla modificada por el Fiscal a raíz de la negociación con el imputado y su defensa para la renuncia al juicio oral y no la

---

<sup>397</sup> Diversos ordenamientos comparados también contemplan algún tipo de *vinculatio poena*, v.gr., la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (art. 787.1); en el *common law*, por cierto, también constituye una de las modalidades del *plea bargaining* (sección 11 (c)(1)(C) de las *Federal Rules of Criminal Procedure* estadounidense).

<sup>398</sup> En SCS, ROL N° 10.150-2010, de 28.03.2011, se ha resuelto que “en esta particular situación, es la propia ley procesal, en su artículo 395, la que determina la sanción máxima que el juez puede imponer, cuestión que no es permitido obviar por el tribunal cuando ya ha acordado proceder ajustándose a la normativa aludida, ya que de otro modo implica atentar en forma flagrante contra los derechos del procesado quien, motivado por una rebaja sustancial de pena, como aquí ocurre, admitió responsabilidad en los hechos materia del requerimiento, optó por una decisión inmediata, donde la única certeza radica, en el evento de condena, en la pena más benigna de la que pudiese ser merecedor.”

contenida originalmente en el requerimiento y acusación, en su caso, pues de lo contrario la limitación al tribunal no tendría en general efecto alguno, ya que en dichas presentaciones comúnmente se persigue la pena máxima autorizada por la ley.

Respecto de esta vinculación punitiva conviene detenernos para hacer algunas precisiones, distinguiendo sus efectos en relación a las penas principales y las penas accesorias.

En cuanto a las principales, debemos diferenciar los delitos que prescriban penas alternativas y penas copulativas. En relación a las alternativas, como por ejemplo, la relegación o presidio o multa que prescribe el delito de lesiones menos graves, el MP debe necesariamente optar por una de las penas con que la ley amenace el ilícito perpetrado, la que constituirá su pretensión punitiva contenida en el requerimiento o acusación, aun cuando ello signifique, conforme a los arts. 395 y 412 del CPP, excluir las penas no elegidas del abanico dentro del cual puede decidir el tribunal si éstas son superiores o más desfavorables que aquélla, y no obstante la evidente desproporcionalidad que pueda existir entre las circunstancias particulares del caso juzgado y la pena alternativa por la que ha optado requerir la Fiscalía.<sup>399</sup> En estas

---

<sup>399</sup> Revisemos algunos procesos a modo ilustrativo. En SJG de Lautaro, RUC N° 1210014562-4, de 14.08.2012, consta que el MP requiere por el delito de lesiones menos graves, pidiendo originalmente una pena de 540 días de presidio, la cual luego modifica en la audiencia a multa de 11 UTM. Igualmente, en SJG de Quirihue, RUC N° 1200043200-6, de 26.12.2012, consta que el MP requiere por el delito de violación de morada, que lleva aparejada legalmente una pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 6 a 10 UTM, pidiendo el acusador público la pena de 300 días de presidio, y en caso de admisión de responsabilidad la de 4 UTM, no pudiendo entonces el tribunal ya sancionar con la pena de presidio, ni más allá de la cuantía de multa perseguida por el MP, imponiendo en definitiva una sanción de 3 UTM.

situaciones el Fiscal actúa dentro de la legalidad al elegir entre penas alternativas, al igual que podría hacerlo el juez en su sentencia tras la celebración del juicio oral,<sup>400</sup> aun cuando no puede desconocerse que esta elección de la especie de pena por el Fiscal constituye la arrogación de un cierto margen de discrecionalidad que la ley sustantiva radica en el órgano jurisdiccional.<sup>401</sup>

Pasando a las sanciones copulativas, como el presidio y la multa en el delito de hurto, la potestad consagrada en los arts. 395 y 412 del CPP sólo autoriza al Fiscal para modificar la pena requerida, y aun cuando el meollo de la discusión precisamente es trazar razonablemente los límites de esta modificación, no creemos que ninguna interpretación, por muy laxa que sea ésta, pueda llevarnos al extremo de derogar en la práctica alguna de las penas copulativamente prescritas por el legislador.

No obstante lo anterior, no es excepcional observar en estrados al MP desestimar discrecionalmente una de las penas principales y copulativas con que amenaza la norma sustantiva al hechor, generalmente la sanción pecuniaria, carácter de ésta que parece haber sido determinante en la judicatura para no dar oportuno coto a esta práctica,<sup>402</sup> sin reparar que una vez admitida la escisión discrecional de

---

<sup>400</sup> DE DIEGO (1997) 221.

<sup>401</sup> v. BETTIOL (1977) 152.

<sup>402</sup> v.gr. SJG 3° de Stgo., RUC N° 0600376937-0, de 02.08.2007, en la que consta que el MP presenta requerimiento en procedimiento simplificado por hechos que califica como delito de hurto, pidiendo sólo una pena de prisión, en circunstancias que ese delito tiene asignada penas copulativas de presidio y multa. Igualmente en SJG de Coquimbo, RUC N° 0500275692-9, de 07.02.2006 (confirmada por SCA de La Serena, ROL N° 53-2006, de 03.03.2006), pero esta vez por mera negligencia del MP al modificar su petición de pena, no solicita la multa asignada legalmente al delito de

las penas legales, principales y copulativas, nada obstaría para que la sanción dejada de lado no sea ya la pecuniaria, sino derechamente la privativa de libertad.<sup>403</sup>

Acerca de las sanciones accesorias, nuestra jurisprudencia, al socaire del art. 76 del CP -el cual dispone que siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley, condenará también al acusado expresamente en estas últimas-, ha seguido la doctrina que distingue entre las penas (o consecuencias) accesorias imperativas y facultativas, planteamiento propuesto por primera vez en Chile por Del Río.<sup>404</sup> En las primeras,<sup>405</sup> el juzgador tiene el poder-deber de declararlas e imponerlas, ya que de lo contrario aplicaría incorrectamente el derecho, con perniciosas situaciones de incoherencia aplicativa y desigualdad de trato. Concuera Ruiz Vadillo,<sup>406</sup> quien citando jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo

---

tráfico de drogas (arts. 1° y 3° de la Ley N° 20.000), lo que impide al JG imponer en su fallo de procedimiento abreviado la pena pecuniaria.

<sup>403</sup> Así ocurrió en SJG de Valdivia, RUC N° 1100289676-3, de 12.09.2011, donde consta que el MP requiere en procedimiento simplificado por la falta consumada de hurto, pidiendo sólo una multa de 3 UTM, en circunstancias que el hurto falta consumado tiene asignada una pena de prisión en su grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM. El JG no repara en lo anterior, y sanciona por la falta consumada con la pena pecuniaria solicitada por el MP.

<sup>404</sup> DEL RÍO (2009a) 292 y ss, a cuyos postulados se adhiere principalmente en esta sección.

<sup>405</sup> Por ejemplo, las penas accesorias previstas en los arts. 370 bis, 371 y 372 del CP respecto de algunos delitos contra la indemnidad y libertad sexual, o la pérdida de los efectos que provengan del crimen o simple delito y de los instrumentos con que se ejecutó, prevista con carácter general en el art. 31 del mismo Código.

<sup>406</sup> RUIZ (1994) 56-57 y 88-89.



español, expresa que el principio de legalidad obliga en casos de penas inherentes a imponerlas, aunque no se hayan solicitado.<sup>407</sup>

Por el contrario, respecto de las penas (o consecuencias) accesorias facultativas,<sup>408</sup> cuya imposición queda entregada a la valoración discrecional del juez en el caso a caso, tal poder discrecional ha de ser pasivo y no activo, de modo que para su ejercicio se requiere petición expresa del acusador. Para Del Río,<sup>409</sup> en el caso ahora examinado se abriría un ámbito legítimo de operatividad de la garantía de no agravación punitiva, de manera que la aplicación *ex officio* de penas accesorias facultativas en el último momento de la instancia supondría efectivo quebrantamiento de la misma.<sup>410</sup>

Como se habrá notado, la recepción en nuestro ordenamiento de la *vinculatio poena* sin duda significa una limitada excepción a la garantía de jurisdiccionalidad en la aplicación del derecho penal y, por lo tanto, de la exclusividad de rango constitucional de las potestades jurisdiccionales otorgadas al juez penal.<sup>411</sup> De manera concordante, Montero Aroca<sup>412</sup>

---

<sup>407</sup> Nuestra jurisprudencia también ha adherido en algunas ocasiones, por ejemplo, en SCA de Antofagasta, ROL N° 75-2008, de 09.05.2008 y SCA de Copiapó, ROL N° 170-2008, de 23.09.2008, en relación al art. 30 del CP.

<sup>408</sup> Por ejemplo, la sujeción a la vigilancia de la autoridad que el art. 452 del CP autoriza al sentenciador a imponer a quien después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos.

<sup>409</sup> DEL RÍO (2009b) 292-299; y DEL RÍO (2010) 376.

<sup>410</sup> En cierta forma este criterio fue acogido en SCA de Copiapó, ROL N° 170-2008, de 23.09.2008, respecto a la pena accesoria prevista en el art. 7° de la Ley N° 20.084, de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

<sup>411</sup> Si seguimos a BAUMANN (1986) 77, para quien, en virtud del principio de instrucción, la pena es también una decisión independiente del órgano decisor no vinculada de modo alguno a los requerimientos del persecutor público, podría estimarse la vinculación en comento, como una excepción a este principio. CAFFERATA (2000) 176-177, por su lado, considera la limitación que para el juez significa la pena pedida por el Fiscal en su acusación en el contexto de un juicio

estima que en cuanto los arts. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española y 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, obstan a que la sentencia dictada en el proceso abreviado y ante el Tribunal de Jurado español, respectivamente, impongan una pena que exceda de la más grave de las acusaciones, determinan un condicionamiento que supone una verdadera pretensión procesal, de la cual no cabe hablar, sin caer en confusión, en un proceso criminal.<sup>413</sup>

### **5.5. Insuficiencia de las modalidades de retribución analizadas**

Cury,<sup>414</sup> ya antes de la entrada en vigencia del CPP, anticipaba la necesidad de reformar la ley penal sustantiva, pues su sistema de determinación de pena dejaba al Fiscal sin opciones de negociación con el imputado. Llevaba la razón este profesor, pues tanto la retirada de elementos fácticos del inicial requerimiento o acusación y/o la modificación de la calificación jurídica, en adecuación a las reales y razonables posibilidades de acreditación y subsunción por parte del MP, así como la adición de la minorante del art. 11 N° 9 del CP, han resultado insuficientes para incentivar o instar al imputado a renunciar al juicio oral.

En el primer caso, ya sea porque las defensas han aprendido a reconocer que tales rebajas y modificaciones no constituyen ninguna concesión de parte del MP para su defendido, sino sólo un ajuste a lo que

---

abreviado, una extensión del principio *nemo iudex sine actore* a este tipo de juicios, equiparando la imposibilidad del tribunal para penar más allá de lo que el actor requiera, a la imposibilidad de condenar cuando el Fiscal no requiere la investigación preparatoria o la elevación a juicio, o no recurre de la sentencia absolutoria o se desiste del recurso contra ella.

<sup>412</sup> MONTERO (2013) 36-37.

<sup>413</sup> Igualmente crítico, GÓMEZ (2013) 282.

<sup>414</sup> CURY (2000) 298.

razonablemente podrían demostrar en un juicio oral, razón por la que nada exponen sometiéndose a éste.

Y en cuanto a la incorporación al requerimiento o a la acusación de la atenuante del art. 11 N° 9 del CP, ésta resulta muchas veces una parca recompensa para el requerido o acusado que renuncia al juicio oral -si se coteja con la rebaja de un tercio de la pena que permiten los procedimientos italianos del *patteggiamento* y *abbreviato*, y el juicio rápido español, por ejemplo-, pues dicha modificatoria necesitará para operar una rebaja relevante de la pena –siquiera de un grado-, el concurso de al menos otra mitigante (arts. 67, inc. 4°, y 68, inc. 3°, del CP), o su consideración como muy calificada (art. 68 bis del CP), y siempre bajo el supuesto que no se presente también alguna agravante que podría anular su efecto. De no acudir otra mitigante junto a la de colaboración sustancial, la ventaja que ésta pudiera significar para el acusado, conforme a las normas legales de determinación de pena, regularmente se encuadrará en alguna de las siguientes alternativas: a) si se presentan dos agravantes, la mitigante en cuestión, si ésta es compensada racionalmente con una o ambas agravantes (incs. finales de los arts. 67 y 68 del CP), podría evitar el aumento en grado de la pena que el juez se encuentra facultado para realizar de concurrir al menos dos agravantes y ninguna atenuante (arts. 67, inc. 5°, y 68, inc. 4°, del CP); b) si se presenta una agravante, la mitigante en estudio -si ésta es compensada racionalmente con aquélla- excluye la obligatoria fijación de la pena dentro de su grado máximo o en su *máximum* (si la pena consta de dos o más grados, o de un grado, respectivamente), con lo que el tribunal puede recorrer la pena en toda su extensión (arts. 67, incs. 1° y

2º, y 68, incs. 1º y 2º, del CP). Será dentro de los marcos resultantes del efecto de la mitigante de colaboración sustancial, en los cuales el Fiscal postulará una pena concreta y que el juez no podrá rebasar en su fallo por disposición de los arts. 395 y 412 del CPP.

Con todo, el alto grado de reincidencia constatado en el sistema criminal nacional, que impide a un número considerable de los acusados reconocerle la mitigante del art. 11 N° 6 del CP de irreprochable conducta anterior, el reconocimiento de la minorante del art. 11 N° 9 del CP por la renuncia al juicio oral, ya sea simplificado u ordinario, sólo producirá alguno de los acotados efectos arriba explicados, cualquiera de los cuales no resultará –ni lo ha sido en la realidad aplicativa- atractivo para el imputado y su defensa, atendida la criticada tradición de nuestros tribunales de fijar la cuantía de las penas en el mínimo del marco legal, desentendiéndose de la obligación de adecuarlas y fundamentarlas conforme a los parámetros del art. 69 del CP, esto es, al “número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.<sup>415</sup>

Son estas cortapisas para retribuir adecuadamente la renuncia al juicio oral que efectúa el requerido o acusado, las que han llevado a que el MP sistemáticamente modifique sus requerimientos y acusaciones, así como las penas pretendidas, mucho más allá de la mera incorporación de la atenuante del art. 11 N° 9 del CP al juego operativo de las normas de determinación de pena, incurriendo en diversas prácticas de cuestionable

---

<sup>415</sup> Sobre esta deuda de la jurisdicción, v. MATUS/VAN WEEZEL (2003) 374; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 537; NOVOA (2005) T. II, 353; CURY (2005) 699; y MEDINA (2009) 209.

legalidad y en otras de flagrante ilegalidad, incluso en contravención a los dictámenes de la autoridad máxima del propio MP, la que uniforme y reiteradamente ha desestimado la alteración de cargos en la acusación, instruyendo a los Fiscales –sin éxito por cierto- que “se atengan estrictamente al mérito de la investigación y no modifiquen su acusación por delitos de menor penalidad, con el objeto de llegar a un procedimiento de esta naturaleza, pues ello es contrario al principio de legalidad”.<sup>416</sup>

## **5.6. Prácticas más comunes utilizadas para retribuir la renuncia del juicio oral**

Antes de examinar cómo se ha manifestado la discrecionalidad del Fiscal en las negociaciones enmarcadas en el campo de operación del procedimiento simplificado de resolución inmediata y el juicio abreviado,<sup>417</sup> desde ya debemos admitir que algunas de las prácticas que revisaremos han sido respaldadas por buena parte de nuestra doctrina.

Así, avalando la recalificación del hecho del requerimiento, el reconocimiento de nuevas atenuantes o la modificación del *iter criminis*, como métodos válidos para fundamentar la petición punitiva rebajada del MP “dentro de los márgenes de la legalidad”, podemos citar a Salas,<sup>418</sup> quien nada dice de la correspondencia de esa nueva calificación con los hechos o con los antecedentes del requerimiento. Sáez,<sup>419</sup> por su parte,

---

<sup>416</sup> Oficio de la Fiscalía Nacional N° 286/2010, de 31 de mayo de 2010, que unifica y reitera el criterio manifestado en oficios anteriores dictados desde el año 2001, los cuales deja sin efecto.

<sup>417</sup> En esta parte seguiremos fundamentalmente la exposición de DEL RÍO (2009c) 77-109, al tratar lo que él ha llamado como “prácticas inadecuadas sobre el procedimiento abreviado en la jurisprudencia”.

<sup>418</sup> SALAS (2009) 226.

<sup>419</sup> SÁEZ (2007) 18.

sostiene que la modificación de pena efectuada por el Fiscal para el evento de admisión de responsabilidad, puede justificarse ya sea a través de una reformulación de los hechos, o mediante una recalificación del delito, incorporación de atenuantes o desestimación de agravantes, agregando que todas esas modificaciones se harían para no ignorar “el principio de legalidad”. Oberg,<sup>420</sup> en relación al art. 468 del texto aprobado por la Cámara de Diputados, actual art. 407, indica que “expresa soterradamente (---) la aplicación del *plea bargaining*, pues se habrá cambiado la calificación del delito y por ende, la pena requerida originalmente”. A su turno los profesores Maturana y Montero,<sup>421</sup> opinan que “el fiscal se encuentra habilitado para recalificar los hechos, por ejemplo, o bien para considerar diversas condiciones modificatorias de responsabilidad que concurrirían en el caso específico”. Cerda y Hermosilla<sup>422</sup> expresan que “se puede negociar la calificación jurídica de los hechos, la etapa de desarrollo del delito, la participación y las modificatorias de responsabilidad penal”. Los autores Correa y Reyes,<sup>423</sup> explican que, de manera general, el Fiscal tiene un margen potencialmente significativo para aplicar las reglas sustantivas de determinación de pena, el que incluiría la recalificación de los hechos o bien la utilización de combinaciones diversas de causas modificatorias de responsabilidad penal. Más cauto es Mera,<sup>424</sup> el que señala que el presupuesto jurídico de que la pena requerida por el Fiscal no exceda el límite legal, está formulado en términos tales que el MP pueda, sin violar

---

<sup>420</sup> OBERG (2000) 162.

<sup>421</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1063.

<sup>422</sup> CERDA/HERMOSILLA (2006) 716.

<sup>423</sup> CORREA/REYES (2011) 95.

<sup>424</sup> MERA (2004) 252-253.

la ley, calificar los hechos materia de la investigación con cierto grado de discrecionalidad, siempre que estas calificaciones sean razonables. Y por último, Nuestro Máximo Tribunal, no obstante la ausencia de directriz legal, determinó respecto al procedimiento simplificado que la disminución de la pretensión punitiva del MP puede basarse en “la conducta delictiva específica objeto de la indagación, los antecedentes particulares del inculpado y otras circunstancias que rodean al injusto y que vienen a constituir modificatorias de responsabilidad penal.”<sup>425</sup>

#### **5.6.1. La manipulación fáctica del hecho punible o de alguna circunstancia con el fin de dar lugar a una calificación menos grave**

Esta primera práctica consiste en recortar los hechos que razonablemente podrían acreditarse con los antecedentes investigativos reunidos por la Fiscalía, con el fin de hacerlos encajar en la calificación más beneficiosa para la negociación, con independencia de su correspondencia con la realidad de los antecedentes de cargo. Mediante esta conducta no sólo se pretende disponer de la pura construcción del relato fáctico de manera consensuada –con violación del principio de inmutabilidad<sup>426</sup>-, sino que tras aquello lo que se busca, es disponer de la norma sustantiva.<sup>427</sup> Tal sería el caso de la retirada del actuar sorpresivo en la sustracción de una especie portada por el ofendido, de manera de transitar del delito de robo por sorpresa al hurto, o la omisión del porte de

---

<sup>425</sup> SCS, ROL N° 10.150-2010, de 28.03.2011.

<sup>426</sup> Sobre este principio, v. CLARIÁ (s.a.) 223; y FLORIÁN (s.a.) 52.

<sup>427</sup> DEL RÍO (2009c) 81-82.

arma de fuego en el delito de robo en lugar habitado, que agravaría sustancialmente la pena de éste.

Veamos algunas experiencias de nuestra jurisprudencia para demostrar esta manifestación de discrecionalidad del MP.

En causa RUC N° 1100231952–9, del 2° JG de Stgo., sentencia de 17 de abril de 2012, el MP presentó requerimiento de procedimiento simplificado por el siguiente hecho: “(---) cuando personal de carabineros lo sorprendió en estado de ebriedad conduciendo el camión (---), el cual quedó evidenciado no sólo por su incoherencia al hablar y rostro congestionado, sino además por el examen de alcoholemia que se le practicó, el cual arrojó que el imputado conducía con 2.13 gramos por mil de alcohol en la sangre”. Este hecho lo calificó el MP como delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, solicitando la pena de 300 días de presidio menor y multa de 2 UTM, además de la suspensión de licencia de conducir por el término de 1 año. En la audiencia de procedimiento simplificado el MP reformula los hechos de la siguiente manera: “(---) se encontraba en el interior del camión (---), durmiendo, con el motor en marcha y con las puertas abiertas, el que estaba estacionado en ese lugar cuando fue fiscalizado, por lo que se aprestaba a conducir en estado de ebriedad”, calificando ahora estos sucesos como constitutivos del delito de aprestarse a conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, en grado de tentativa, solicitando para el evento de admisión de responsabilidad la pena de 21 días de prisión, multa de 1/5 de UTM y suspensión de licencia de conducir por el plazo de 7 meses. Es decir, modifica los hechos, pasando de conducir el vehículo a aprestarse a conducirlo, con la consiguiente rebaja de penalidad.



En éste y otros casos ya vistos y que se verán luego, la pretensión punitiva suele quedar reducida a menos de un diez por ciento de la primitiva, movimiento pendular que, con aguda razón es cuestionado por Del Río,<sup>428</sup> tanto porque la variedad y heterogeneidad de la práctica demuestra que no se obedece a ningún criterio racional y preestablecido, sino a la pura utilidad del caso a caso guiada por el fin de provocar el consenso, y por otra parte, en atención a que las aceptaciones obtenidas con ofrecimientos de rebajas punitivas como las comentadas no pueden considerarse voluntarias.

En causa RUC N° 1100926057-0, del 2° JG de Stgo., sentencia de 26 de julio de 2012, el MP requiere por el siguiente hecho: “(---) al interior del supermercado (---) cuando sustrajo, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, seis botellas de licor, un frasco de Nescafé, un paquete de papas fritas, un jugo en polvo, entre otras especies, siendo detenido, luego de traspasar las paletas de seguridad de la referida tienda comercial sin pagar su valor, y que la víctima avaluó las especies en la suma de \$36.553”. El MP califica el hecho como delito consumado de hurto, y pide una pena de 300 días de presidio y multa de 5 UTM. En la audiencia de procedimiento simplificado el MP modifica los hechos indicando que únicamente se sustrajo una botella de vino de \$2.690 de valor, recalificando el hecho a la falta de hurto, pidiendo ahora una multa de 1/3 de UTM. Aquí el MP modifica el número y valor de los objetos

---

<sup>428</sup> DEL RÍO (2009c) 102, 134-135. Lo último, apoyándose en Schünemann y en la jurisprudencia alemana.

sustraídos para solicitar una pena inferior que no sea discutida por el imputado.<sup>429</sup>

En causa del JG de Los Ángeles, RUC N° 1201140366-0, con fecha 16 de noviembre de 2012 se formaliza por el delito de robo en lugar habitado, y posteriormente se re-formaliza, modificando los hechos y calificándolos ahora de delito de receptación, figura por la que en definitiva sanciona el JG con fecha 21 de enero de 2013 en procedimiento simplificado.

**5.6.2. La calificación jurídica prescinde del hecho, aplicando un título de condena que se basa en un hecho distinto, y la incorrecta modificación de la calificación jurídica de la acusación a través de la degradación de ésta**

En el primer supuesto de estudio, el acusador público intencionadamente realiza una errónea calificación jurídica que se basa en hechos sustancialmente distintos –e inexistentes- a los planteados en la acusación, la cual se mantiene en este aspecto inalterada. En otras palabras, se califica jurídicamente con prescindencia del hecho.<sup>430</sup>

Si apelamos a un ejemplo, podríamos mencionar el siguiente caso de nuestra jurisprudencia. En la causa RUC N° 0400129328-7, del JG de Sn. Pedro de la Paz, sentencia de 4 de mayo de 2004, se presenta requerimiento de procedimiento simplificado por el siguiente hecho: “(---) el imputado junto a otra persona, sustrajo desde la parte posterior de la

---

<sup>429</sup> Similar es lo constatado en SJG de Valdivia, RUC N° 1100289676-3, de 12.09.2011.

<sup>430</sup> DEL RÍO (2009c) 85.

Empresa (---), 5 planchas de melamina de propiedad de esta Empresa, las cuales cargó en un carretón de su propiedad, huyendo del lugar y siendo posteriormente detenido por personal de Carabineros de la Subcomisaría de San Pedro de la Paz, a unos seiscientos metros del lugar, mientras transportaba en este carretón las referidas planchas. Las especies fueron valuadas en la suma de \$ 90.000 por la ofendida.” Estos hechos fueron calificados por el MP como delito de hurto, respecto de los cuales se pide la imposición de una pena de 61 días de presidio y multa de 5 UTM. En audiencia posterior, sin modificar los hechos, el MP los califica ahora como delito de receptación, no obstante que sigue imputándole al requerido haber sido él mismo quien sustrajo el objeto. Esta alteración no fue prevenida ni impedida por el Tribunal, que condena al hechor en base a la calificación propuesta únicamente a una multa de 5 UTM –obviando la pena privativa de libertad asignada en la ley-, y suspendiendo además su pago conforme al art. 398 del CPP -en patente contradicción con este último precepto que permite tal resolución sólo respecto de las faltas-, más el pago de costas tasadas en \$1.000.-

Situaciones como la recién extractada son aún más graves, desde que, en opinión de Del Río,<sup>431</sup> dan cuenta además de la infracción al deber de correlación, pues, así como en el paso de robo a estafa, detrás

---

<sup>431</sup> DEL RÍO (2009a) 262-263, quien además cita jurisprudencia atinente en n. 478. El mismo DEL RÍO (2009c) 85-88, expone y comenta críticamente algunos casos judiciales en que la calificación jurídica de la acusación o requerimiento prescinde del hecho, aplicando un título de condena que se basa en un hecho distinto.

de una modificación de la calificación como la indicada, lo que hay en realidad es un cambio sustancial del hecho enjuiciado.<sup>432</sup>

Similarmente, en la causa RUC N° 1101056451-6, del 2° JG de Stgo., sentencia de 24 de octubre de 2012, el MP requiere por los siguientes hechos: “(---) el imputado ya individualizado, al ser controlada su identidad por Carabineros de la 49ª Comisaría de Quilicura, usurpó el nombre e identidad del ciudadano (---), cédula de identidad N° (---), siendo descubierto debido a verificación de identidad en sistema biométrico”. El MP en principio califica correctamente el hecho como delito de usurpación de nombre, y luego para el caso de admisión de responsabilidad en procedimiento simplificado, recalifica el hecho a la falta de ocultación de identidad, desentendiéndose del relato fáctico de su propia presentación que señala que el nombre usurpado corresponde a una persona real, presupuesto propio del delito y no de la falta mencionada, al desplazar aquél a ésta en base al principio de especialidad.<sup>433</sup>

En el procedimiento abreviado llevado adelante en la causa RUC N° 0600533365-0, del JG de Pto. Montt, el MP dedujo acusación en base a los siguientes hechos: “(---) los imputados (---) se encontraban (---) en compañía de la víctima (...) y luego de una discusión entre los imputados y la víctima, el imputado (---) sujetó de los brazos a la víctima desde

---

<sup>432</sup> El Tribunal Supremo español ha considerado reiteradamente que entre los delitos de robo y receptación no existe una base fáctica o identidad sustancial que permita variar la calificación jurídica sin lesionar, dada la heterogeneidad, los principios constitucionales que consagran el derecho a un juicio con todas las garantías y el principio acusatorio, al respecto v. RUIZ (1994) 57-58, 62-63 y 99-101.

<sup>433</sup> Lo mismo puede apuntarse en SJG de Molina, RUC N° 1200655959-8, de 03.09.2012.

atrás, sacando el imputado (---) desde entre sus vestimentas un arma blanca del tipo cuchillo, con la cual infirió una herida corto penetrante en el hemitórax anterior, sobre la línea media esternal, que causó la muerte por anemia aguda de la víctima (---)". Estos acontecimientos fueron calificados acertadamente en la acusación pública como delito de homicidio, requiriendo la imposición de una pena de 5 años y un día de presidio, pero en la audiencia de procedimiento abreviado, sin alteración del presupuesto fáctico, el Fiscal los recalificó a delito consumado de lesiones graves con resultado muerte del art. 397 N° 2 del CP (*sic.*), solicitando la pena de 818 días de presidio. La sentencia definitiva, de 5 de marzo de 2007, sin tampoco modificar el material fáctico de la acusación, lo subsume en cuasidelito de homicidio (art. 490 N° 1 del CP), y sanciona con 41 días de prisión.

En la causa RUC N° 1000736623-5, del JG de Antofagasta, se presentó acusación por los siguientes hechos: "(---) en circunstancias que la víctima (---) efectuaba sus labores como repartidor de la empresa Coca Cola conduciendo el camión (---) detuvo la marcha para entregar bebidas, momentos en los cuales el imputado (---) procedió a subirse a las pisaderas de la puerta del costado izquierdo del camión portando en una de sus manos un cuchillo de regular tamaño, con el cual lo intimidó, colocándose a la altura del cuello, instantes en que le exigía la entrega de dinero, manifestándole con groserías que le entregara la plata si no lo mataba, situación que fue observada por uno de los pionetas, el cual, salió en defensa de la víctima, lo que provocó que el imputado huyera del lugar, ingresando sin la autorización de su propietario (---) al domicilio ubicado en calle Plumerillo N° 6390, siendo detenido por los funcionarios

policiales en el interior del inmueble”. Estos hechos fueron bien calificados en la acusación del MP como delito de robo con intimidación, solicitando la imposición de una pena de 10 años de presidio. Sin embargo, en la audiencia de preparación de juicio oral, se modifica la calificación de los hechos ya reproducidos a los delitos de amenazas no condicionales y violación de morada, condenando el JG mediante un procedimiento simplificado por ambos delitos con fecha 28 de enero de 2011, a dos penas de 61 días de presidio.<sup>434</sup>

Cabe destacar que esta modificación de calificación suele también realizarse, no en relación a la acusación o requerimiento original, sino respecto de los hechos que fueron materia de formalización. Así en causa RUC N° 1201119626-6 del JG de Pitrufrquén, con fecha 21 de noviembre de 2012 se formaliza a un imputado por el delito de robo con intimidación y abuso sexual, y posteriormente en el requerimiento se modifica la calificación a los delitos de violación de morada y abusos sexuales, siendo en definitiva sancionado por el JG conforme a tales calificaciones con fecha 25 de enero de 2013. Mientras, en causa RUC N° 1100917253-1, del 6° JG de Stgo., el MP formaliza con fecha 8 de septiembre de 2011 a dos imputados por los delitos de robo por sorpresa y robo con violencia, pero posteriormente los reformaliza por los delitos de robo por sorpresa y receptación, con el objeto de proceder en la misma audiencia de 24 de octubre de 2012 a celebrar un procedimiento abreviado, donde son condenados por tales delitos.

---

<sup>434</sup> Comentando casos similares, donde se transita de robo con intimidación a amenazas condicionales, o de homicidio frustrado a lesiones graves, en DEL RÍO (2009c) 92-93.

En la segunda situación a examinar enunciada al comienzo de este apartado, también se produce una modificación de la calificación jurídica de los hechos de la acusación inicial –los que se mantienen intactos-, pero específicamente mediante una degradación delictiva, esto es, desplazando la calificación hacia un tipo menos grave, pero casi siempre homogéneo.<sup>435</sup>

Revisemos algunos ejemplos de esta degradación delictiva planteada por el MP ante nuestros tribunales.

En la causa RUC N° 1200195393-K, del JG de Colina, sentencia de 31 de enero de 2013, el MP acusó por los siguientes hechos: “(---) el imputado (---) abordó en la intersección de los pasajes Araucaria con Los Nogales de la Comuna de Colina a la víctima (---), a quien intimidó con un cuchillo exigiéndole la entrega del teléfono móvil que portaba consigo, de esta forma, la víctima entregó por la intimidación del imputado el teléfono que traía, dándose a la fuga el imputado con la especie de la víctima, ingresando éste a un domicilio del sector, lugar de donde sacó un elemento contundente, esto es, un palo con el cual además golpeó en un brazo a la víctima quien lo había seguido hasta dicho lugar, exigiéndole la especie. Producto de la agresión la víctima resultó con ‘contusión de brazo izquierdo’ de carácter leve.” Estos hechos fueron calificados correctamente por el MP como robo con violencia e intimidación, sin embargo, en la audiencia de preparación del juicio oral, sin modificar los hechos, ahora se califican erróneamente como robo por sorpresa, a fin de someter su juzgamiento bajo las normas del procedimiento abreviado. El

---

<sup>435</sup> DEL RÍO (2009c) 89.

JG acepta el procedimiento abreviado, no obstante que en el fallo califica los hechos como robo con violencia.

En la causa RUC N° 0800607859-2, del JG de Calera, el MP presenta requerimiento por el siguiente hecho: “(---) la víctima (...) circulaba en su bicicleta por calle Josefina en dirección oriente y al llegar en calle Huici la imputada se acercó sorpresivamente y le sustrajo desde un canastillo que va en la parte delantera de la bicicleta, y en la cual la víctima llevaba algunas especies que vendía como confites, dulces y cigarrillos, la imputada procede a sustraer 2 cajetillas marca Derby rojo y blanco, con las cuales se da a la fuga siendo seguida en forma inmediata por la víctima quien logra darle alcance en la intersección de las calle Teresa con Huici ayudado por un tercero (---).” Este hecho, así descrito, se califica por el MP como la falta de hurto, no obstante que se dan todos los elementos del delito de robo por sorpresa, tal como lo estimó en uno de sus considerandos el fallo del JG de 11 de agosto de 2008, el que sin embargo absuelve por falta de acreditación. Esta resolución posteriormente es anulada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ROL N° 882-2008, de 22 de septiembre de 2008, dictándose un nuevo fallo por el JG con fecha 5 de noviembre de 2008 ahora condenatorio por la falta de hurto, imponiendo una multa de 1/5 de UTM.

En la causa RUC N° 1201212871-K, del JG de Coquimbo, el MP requiere por los siguientes hechos: “(---) el imputado exhibió a la víctima un objeto que la impresionó como arma de fuego y la amenazó con las expresiones te voy a reventar la casa y el auto y te voy a matar, generando el imputado en la víctima, atendidas las circunstancias del hecho y el tenor de las amenazas, el serio y cierto temor de que llegue a



concretarlas, considerando su actitud violenta,” los que califica correctamente como delito de amenazas y pide la pena de 300 días de presidio. Sin embargo, en caso de admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, anuncia que bajo el mismo supuesto fáctico, modifica su calificación a la falta del art. 494 N° 4 del CP, y solicita ahora la multa de 1/3 de UTM, calificación y pena que en definitiva son acogidas por el JG en su fallo de 21 de diciembre de 2012.<sup>436</sup>

En causa RUC N° 1100693644-1, del JG de Coquimbo, sentencia de 3 de diciembre de 2011, el MP modifica la calificación del hecho –el cual se mantiene intacto- de daños calificados a daños simples, pasando de solicitar una pena inicial de 540 días de reclusión y multa de 5 UTM a sólo 1 UTM. En forma similar, en causa RUC N° 0900255837-5, del 2° JG de Stgo., sentencia de 27 de enero de 2012., el MP modifica la calificación del delito a la falta de daños, pasando de una petición de pena de 100 días de presidio a multa de 1 UTM.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> Lo mismo se observa en sentencias del mismo tribunal, RUC N° 1000055500-8, de 26.02.2010, RUC N° 1200135493-9, de 30.03.2012 y RUC N° 1200462700-6, de 27.07.2012; SJLGyF de Quirihue, RUC N° 1200243839-7, de 16.11.2012; SJG 2° de Stgo., RUC N° 0900255837-5, de 27.01.2012; SJG de Lautaro, RUC N° 1210014562-4, de 14.08.2012; y, SJG de Pto. Varas, RUC N° 0910029611-7, de 04.02.2010.

<sup>437</sup> Otros ejemplos que se pueden mencionar, a modo ilustrativo, son los siguientes:

En SJG de Coquimbo, RUC N° 1200963473-6, de 29.10.2012, el MP sin alterar el presupuesto fáctico contenido en el requerimiento, para el caso de admisión de responsabilidad por el imputado, modifica el grado de desarrollo del delito de hurto de frustrado a tentado.

En SJG de Sn. Pedro de la Paz, RUC N° 0700713439-2, de 06.02.2008, consta que se presenta acusación por hechos que se califican como delito de robo en dependencias de lugar habitado, recalificándose en la audiencia a delito de robo en lugar no habitado.

En SJG 3° de Stgo., RUC N° 0600376937-0, de 02.08.2007, consta que el MP presenta requerimiento por hechos que califica como delito de robo en lugar no habitado, y posteriormente, sin alterarlos, los recalifica en la audiencia como delito de hurto.

### **5.6.3. El abandono de hechos agravantes (existentes) o la inclusión de atenuantes (inexistentes)**

Usualmente el acusador público retira discrecionalmente de su acusación o requerimiento, a fin de pavimentar la negociación con el imputado, agravantes avaladas por la investigación y que se invocaban en la acusación, regularmente la reincidencia del imputado (art. 12 N° 15 ó 16 del CP) o la pluralidad de malhechores (art. 456 bis N° 3 del CP).<sup>438</sup>

Revisemos algunos ejemplos de esto.

En causa RUC N° 1300108869-0, del 2° JG de Stgo., sentencia de 30 de enero de 2013, el MP presenta requerimiento por el delito de hurto, considerando la agravante del art. 12 N° 16 del CP (reincidencia específica), la que posteriormente retira para el caso de admisión de responsabilidad del imputado, lo cual sucede. El tribunal en su fallo no se pronuncia sobre la concurrencia de esta agravante no obstante que deniega beneficios de la ley N° 18.216 fundándose en las condenas anteriormente impuestas al requerido por diversos delitos que legalmente permiten configurar la agravante omitida.<sup>439</sup>

---

En SJG de Linares, RUC N° 0700267260-4, de 26.12.2010, el MP acusa por el delito de robo en lugar habitado, atribuyendo al acusado responsabilidad como autor, sin embargo posteriormente, sin modificar los hechos, califica ahora la participación del acusado de complicidad.

Y por último, en SJG 3° de Stgo., RUC N° 1200582972-9, de 20.03.2013, el MP cambia la calificación de los hechos objeto de la formalización de tráfico a microtráfico de drogas, para someter el juzgamiento de los mismo hechos a las normas del procedimiento abreviado.

<sup>438</sup> Se ha seguido también en esta parte a DEL RÍO (2009c) 98 y ss.

<sup>439</sup> También se aparta la agravante del art. 12 N° 16 del CP de la acusación o requerimiento, según consta en SJG de Sta. Cruz, RUC N° 0800592523-2, de 15.07.2008; SSJG de Coquimbo, RUC N° 0600002316-5, de 23.01.2007, RUC N°

En la causa del JG de Curacaví, RUC N° 1101256974-4, sentencia de 27 de noviembre de 2012, el MP acusa invocando la agravante del art. 12 N° 15 del CP, la cual desestima en la audiencia de preparación de juicio oral para arribar a un procedimiento simplificado de resolución inmediata. En su fallo el JG indica que el abandono de la agravante no se ajusta al principio de legalidad, y que incluso concurría la agravante del art. 456 bis N° 3 del CP, sin embargo, explica que se encuentra impedido de imponer las penas que en derecho proceden, al estar limitada su labor jurisdiccional en virtud de la disposición de los arts. 395 y 412 del CPP.<sup>440</sup>

Asimismo, es común que el MP excluya de su acusación o requerimiento la agravante especial del art. 456 bis N° 3 del CP.<sup>441</sup>

Por otra parte, igualmente el MP, con los fines ya tan comentados, postula atenuantes sin respaldo o a todas luces no configuradas legalmente, como la reparación celosa del mal causado (art. 11 N° 7 del

---

0801065900-1, de 02.10.2009, RUC N° 1000241793-1, de 19.10.2010, y, RUC N° 1100172703-8, de 04.01.2012; SJG de Pta. Arenas, RUC N° 1200462142-3, de 21.08.2012; SJG de Pto. Montt, RUC N° 0600479969-9, de 12.07.2006; SJG de Antofagasta, RUC N° 1200253536-8, de 17.08.2012; SJG de Sn. Antonio, RUC N° 1100808115-K, de 14.12.2011; SSJG Melipilla, RUC N° 1200043071-2, de 23.01.2013, y RUC N° 1200275891-K, de 23.01.2013.

<sup>440</sup> También retira el MP la agravante del art. 12 N° 15 del CP según consta en SJG de Sn. Antonio, RUC N° 1000336390-8, de 30.09.2011; y SJG de Coquimbo, RUC N° 1001051563-2, de 06.12.2011.

<sup>441</sup> Así ocurrió, según consta en SJG de Villa Alemana, RUC N° 1101198099-8, de 02.10.2012; SSJG de Sta. Cruz, RUC N° 0700606928-7, de 01.03.2008 y RUC N° 0800592523-2, de 15.07.2008; SJG de Osorno, RUC N° 1000459761-9, de 27.09.2010; SSJG de Linares, RUC N° 0700267260-4, de 26.12.2010 y RUC N° 1000966124-2, de 22.01.2013; SJG de Pta. Arenas, RUC N° 1101033498-7, de 21.01.2012; SSJG de Coquimbo, RUC N° 0801059594-1, de 23.01.2009, RUC N° 0801065900-1, de 02.10.2009, RUC N° 1000885537-K, de 11.04.2011, y, RUC N° 0800655654-0, de 29.05.2012; SJG de Sn. Antonio, RUC N° 0600037854-0, de 16.01.2008; y, SJG de Sn. Vicente, RUC N° 0800964958-2, de 25.09.2009.

CP) mediante consignación de sumas ínfimas y desproporcionadas al daño ocasionado.

De lo último, podemos citar la sentencia del 12° JG de Stgo., RUC N° 1200604349-4, de 8 de enero de 2013, donde el MP plantea, en relación al delito de robo en lugar habitado, la concurrencia de la mitigante del art. 11 N° 7 del CP con la consignación de una suma de \$7.500, pese a que el art. 456 bis, inc. final, del CP prescribe que respecto de ese delito “el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado.”<sup>442</sup>

Y veamos otros ejemplos. En la causa RUC N° 1000764947-4, del 4° JG de Stgo., se presentó requerimiento por el MP por cuasidelito de homicidio, en el que hace valer tres atenuantes (art. 11 N° 6, 7 y 9 del CP) para solicitar una pena de 30 días de prisión. Una vez admitida responsabilidad por el imputado, en su fallo la sentenciadora estimó que no concurrían dos de las mitigantes alegadas por el MP –art. 11 N° 6 y 7 del CP-, procediendo legalmente la imposición de una pena entre 61 y 540 días de presidio, sin embargo, sanciona en definitiva con fecha 4 de noviembre de 2010, a la pena inferior requerida por el MP en virtud de lo dispuesto en el art. 395, inc. 2°, del CPP, y argumentando que: “toda vez que ya admitida la responsabilidad penal por el encausado, se ha fijado el límite máximo de pena a imponer, encontrándose el tribunal vedado de aplicar una pena superior a ella, siendo ya intrascendente a los efectos su

---

<sup>442</sup> Igual situación se aprecia en SJG de Coquimbo, RUC N° 1100172703-8, de 04.01.2012; y, SJG de Linares, RUC N° 1200229891-9, de 23.01.2013.

pronunciamiento respecto de aquellas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal”.<sup>443</sup>

#### **5.6.4. Sin alterar los hechos o su encuadre jurídico el Ministerio Público anticipa en su requerimiento o acusación una rebaja de pena que el legislador deja a discreción del juzgador**

Para desarrollar adecuadamente la idea de este apartado debemos hacer un rodeo previo, el cual se concentrará en las penas privativas de libertad por ser éstas las más gravosas y usualmente impuestas en nuestro sistema penal de adultos.

El art. 391 letra e) del CPP prescribe que el requerimiento debe contener: “la pena solicitada por el requirente”, la cual siempre se ha estimado, corresponde a la pena concreta postulada (v.gr. 61 días de presidio) y no a la abstracta correspondiente al delito (v.gr. presidio menor en su grado mínimo). Para cumplir este mandato legal, el Fiscal debe entonces echar a andar no sólo las normas de determinación legal de la pena, esto es, la pena señalada por la ley al delito, su etapa de desarrollo y el grado de participación del encartado, operación casi mecánica y objetiva, sino necesariamente debe echar mano además a las normas de individualización judicial de la sanción, las que atienden a las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes, cuya valoración, conforme lo prescriben los arts. 63 a 68 bis y 73 del CP, modifican el marco penal legalmente determinado. Una vez delimitado este marco para el caso concreto, sigue la cuantificación precisa de la pena a

---

<sup>443</sup> Este criterio fue ratificado por SCS, ROL N° 10.150-2010, de 28.03.2011.

imponer, atendiendo al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (art. 69 del CP).

Pues bien, la mayoría de las normas que suelen incluirse dentro de la esfera de individualización judicial de la pena, implican un ejercicio facultativo del tribunal, aunque las condiciones y los efectos del ejercicio de esas facultades se encuentren limitados por ley.<sup>444</sup>

Por ejemplo, aquellas rebajas de grado que obedezcan a la concurrencia de una pluralidad de mitigantes de responsabilidad penal (arts. 65, 66, 67 y 68 del CP), o a la consideración como muy calificada de alguna atenuante (art. 68 bis del CP), así como la determinación de la cuantía específica de la pena dentro del grado (art. 69 del CP), nuestra mayoritaria doctrina ha estimado que tal singularización fue dejada por la ley a la discreción del juez o al arbitrio judicial.

Esta discrecionalidad en la determinación de la pena concreta, a juicio de Medina,<sup>445</sup> incluso sería considerada por “nuestra *praxis* judicial” como “el otorgamiento de una facultad que puede ejercerse arbitrariamente por parte del juez”, con la consecuencia de poder establecer “la concurrencia de causales de modificación de la

---

<sup>444</sup> Hacen excepción por su carácter imperativo sendos incs. 2º de los arts. 66, 67 y 68 del CP, que obligan a fijar la pena sea dentro del *máximo* o *mínimo*, sea en el máximo o mínimo de la pena, según corresponda, dependiendo si concurre sólo una agravante o sólo una atenuante. Para un examen de la jurisprudencia en relación al carácter facultativo de la reducción de la pena, v. MERA/CASTRO (2007) 222-224 y 365-366.

<sup>445</sup> MEDINA (2009) 203. NOVOA (2005) T. II, 352-353, explica que “el Código Penal chileno da cierta cabida al arbitrio judicial y reconoce a los jueces facultad para determinar penas dentro de ciertos marcos legales”.

responsabilidad penal y, en especial, sus consecuencias, sin expresión de fundamentos.” Modera lo anterior Garrido Montt<sup>446</sup> al explicar que “el juez cuenta con una relativa discrecionalidad para la determinación de la pena dentro del marco legal, pero esa discrecionalidad no es absoluta, debe respetar los principios jurídicos que la orientan y los fines que ésta persigue (prevención general y especial, merecimiento y necesidad de la sanción)”. Y en el ámbito comparado, de manera semejante, se ha reconocido que “una vez decidida la necesidad de aplicar una pena, será inevitable el recurso al arbitrio judicial, el que tendrá que acomodarse a una serie de principios que varían en función de la estructura básica político-criminal del sistema penal. Claro está que se deja una puerta abierta a las motivaciones personales del juez; por eso se ha señalado que la medición es un acto de ‘configuración social’ en el que pueden influir las convicciones del juez”.<sup>447</sup>

Situados ya en el contexto normativo que rodea las ideas de este apartado, señalemos ahora que es usual que el MP incluya ya en el petitorio de la acusación de procedimiento abreviado o del requerimiento de procedimiento simplificado (ya sea como pena originalmente solicitada o resultado de la negociación con el imputado y su defensa) el influjo del

---

<sup>446</sup> GARRIDO (2001) T. I, 307.

<sup>447</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS (1996) 539; en relación al sistema alemán, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (1994) 794, dan cuenta que la jurisprudencia sigue considerando a la medición judicial de la pena, fundamentalmente, como una decisión entregada a la discrecionalidad de los jueces de la instancia, no obstante la continua ampliación del alcance de la posibilidad de casación; JESCHECK/WEIGEND (2002) 938-939, por su parte, indican que en la actualidad existe un amplio consenso en entender que también la elección y la medición de la sanción en el caso concreto, es una decisión jurídicamente vinculada, lo que trae como consecuencia, que el tribunal debe guiarse a través de reglas generales y especiales de la ley, y que la legalidad de su sentencia, cuando sea instado el recurso correspondiente, será revisado en este punto.

art. 68 bis del CP,<sup>448</sup> esto es, considerar alguna atenuante como muy calificada, lo que conlleva el efecto extraordinario de rebajar en un grado la pena, no obstante que dicha calificación está entregada por la ley a la discreción del juzgador,<sup>449</sup> y por tanto no puede anticiparse en la pretensión punitiva del Fiscal. Es así como Horvitz<sup>450</sup> estima que para evitar la invasión de facultades jurisdiccionales, el Fiscal no podría ofrecer al imputado una rebaja de pena que consistiera en la atenuación facultativa para el tribunal del precepto en comento.

No obstante los reparos comentados, podemos citar diversos casos en que el MP contempla ya en el *quantum* de la pena solicitada en su acusación o requerimiento, los efectos del art. 68 bis del CP, así por ejemplo, en causa del JG de Curacaví, RUC N° 1101256974-4, sentencia de 27 de noviembre de 2012, el MP solicita respecto del delito consumado de robo en bien nacional de uso público, una pena de 61 días de presidio que ya considera anticipadamente la calificación del art. 68 bis del CP a la mitigante del art. 11 N° 9 del CP, concediéndose ésta por la sola admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado de resolución inmediata.<sup>451</sup>

---

<sup>448</sup> Art. 68 bis del CP: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.”

<sup>449</sup> Estima la calificación de la atenuante como “algo que queda entregado al criterio del juez”, entre otros, BULLEMORE/MACKINNON (2005) T. I, 153. También nuestra jurisprudencia, en SCS, ROL N° 2.618-2003, de 30.03.2006; SCA de Valparaíso, ROL N° 03-2006, de 06.02.2006; y SCA de Stgo., ROL N° 931-2006, de 09.06.2006.

<sup>450</sup> HORVITZ (2005) T. II, 521-522.

<sup>451</sup> También v. SJG de Pta. Arenas, RUC N° 1200462142-3, de 21.08.2012; SJG de Pto. Montt, RUC N° 0600479969-9, de 12.07.2006; SJG de Sn. Antonio, RUC N° 1100808115-K, de 14.12.2011; SSJG de Melipilla, RUC N° 1200043071-2, de 23.01.2013 y RUC N° 1200275891-K, de 23.01.2013; SSJG 9° de Stgo., RUC N°



Lo arriba razonado creemos puede calzar con otras dos situaciones específicas donde la rebaja de pena debiera quedar entregada facultativamente a la discreción del tribunal.

En primer término, la fijación de la cuantía de la multa bajo el mínimo legal (art. 70, inc. 1° *in fine*, del CP<sup>452</sup>), pues se ha reconocido el carácter facultativo de su determinación judicial, aun cuando debe ser razonada y fundada en la sentencia.<sup>453</sup> Entre muchos casos en que se plantea tempranamente por el MP una disminución de la multa que obsta su fijación por el tribunal, podemos citar la sentencia del JG de Coquimbo, RUC N° 1001051563-2, de 6 de diciembre de 2011, donde consta que por el delito de receptación objeto del requerimiento se pide por el MP una multa de 1 UTM, en circunstancias que el mínimo legal es de 5 UTM.<sup>454</sup>

---

1300096777-1, de 27.01.2013, RUC N° 1200764804-7, de 27.01.2013 y RUC N° 1000549851-7, de 27.01.2013; SJG de Linares, RUC N° 1200229891-9, de 23.01.2013; SJG 6° de Stgo., RUC N° 0900607925-0, de 30.01.2013; y SJG de Colina, RUC N° 1201272323-5, de 24.12.2012.

<sup>452</sup> Art. 70, inc. 1°, *in fine* del CP: “Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.”

<sup>453</sup> VAN WEEZEL (1997) 470; y MATUS/VAN WEEZEL (2003) 377.

<sup>454</sup> v.t. SJG de Coquimbo, RUC N° 1000055500-8, de 26.02.2010, donde consta que el MP presenta requerimiento por hechos que califica como delito del art. 288 bis del CP, pidiendo se imponga la multa de 1/5 de UTM, en circunstancias que el mínimo legal es de 1 UTM; SJG de Osorno, RUC N° 1000459761-9, de 27.09.2010, donde consta que respecto del delito de hurto del art. 446 N° 2 del CP, el MP pide que se imponga a los imputados sendas multas de 2 y 3 UTM, en circunstancias que el mínimo legal es de 6 UTM; SJG 14° de Stgo., RUC N° 1201118079-3, de 29.01.2013, donde consta que respecto del delito de hurto (art. 446 N° 3 del CP), el MP pide que se imponga al imputado la multa de 1/3 de UTM, en circunstancias que el mínimo legal es de 5 UTM.

Y en segundo lugar, la rebaja en dos o tres grados de una pena divisible de uno o más grados (arts. 67, inc. 4°, y 68, inc. 3°, del CP<sup>455</sup>). En este punto hoy la doctrina se ha unificado en estimar como facultativas para el juez tanto la rebaja de la pena como el monto de ella,<sup>456</sup> no obstante lo cual, encontramos ejemplos de tal anticipación, como en la sentencia del JG de Coquimbo, RUC N° 1100172703-8, de 4 de enero de 2012, en la que se deja constancia que respecto del delito de robo en lugar habitado, y concurriendo dos mitigantes (art. 11 N° 7 y 9 del CP), el MP solicita una pena de 541 días de presidio, es decir, dos grados bajo el mínimo, sanción que en definitiva impone el JG escudándose en la limitación que le significa la norma del art. 412 del CPP.<sup>457</sup>

No creemos sin embargo, que en la última situación comentada (arts. 67, inc. 4°, y 68, inc. 3°, del CP), si concurren los presupuestos objetivos –dos o más atenuantes y ninguna agravante-, pueda verse como un arrebató de las facultades jurisdiccionales del tribunal por parte del MP si la pretensión punitiva de éste en su acusación o requerimiento ya comprende la rebaja sólo de un grado de la pena, pues no hay

---

<sup>455</sup> Art. 67, inc. 4°, del CP: “Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.” Art. 68, inc. 3°, del CP: “Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.”

<sup>456</sup> v. VAN WEEZEL (1997) 470; GARRIDO (2001) T. I, 322; ETCHEBERRY (2001) T. II, 185-187; MATUS/VAN WEEZEL (2003) 360 y ss.; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 533; NOVOA (2005) T. II, 362; CURY (2005) 769; y MEDINA (2009) 209. Un compendio de la discusión doctrinal nacional en RUDNICK (2007) 453 y ss.

<sup>457</sup> Igualmente en SJG 4° de Stgo., RUC N° 0700454268-6, de 15.01.2010, consta que, concurriendo dos atenuantes, el MP requiere penas de 77 días de presidio por delitos de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, el que tiene asignada una pena de presidio menor en su grado máximo, es decir, considera ya en su petición de pena una rebaja en dos grados.

acuerdo en nuestra cátedra si en este supuesto la reducción de pena en un grado es facultativa u obligatoria para el órgano jurisdiccional.<sup>458</sup>

Desde luego, aun cuando nuestra doctrina está conteste en que es discrecional y privativo del tribunal la determinación de la pena concreta dentro del grado<sup>459</sup> conforme prescribe el art. 69 del CP,<sup>460</sup> tampoco podría objetarse que el MP en su acusación o requerimiento pida una pena concreta (por ejemplo, 61 días de presidio) y no el grado resultante de las normas de determinación de pena (siguiendo el ejemplo anterior, presidio menor en su grado mínimo). Aun cuando con ello se ve afectada la exclusividad de la actividad jurisdiccional si el Fiscal, en el procedimiento simplificado de resolución inmediata o en el juicio abreviado, pide el mínimo de la pena dentro del grado aplicable al caso, al impedirle actualizar los criterios contemplados en el art. 69 citado y eventualmente fijar en una cuantía superior la pena dentro del grado correspondiente (en virtud de lo prescrito en los arts. 395, inc. 2°, y 412, inc. 1°, del CPP),<sup>461</sup> no puede preterirse que la solicitud de una pena

---

<sup>458</sup> v. MAÑALICH (2010) 41-66.

<sup>459</sup> ETCHEBERRY (2001) T. II, 184; VAN WEEZEL (1997) 463, precisa que esta discrecionalidad está “jurídicamente vinculada” por las normas positivas y los principios de determinación de la pena, y reitera esta idea en VAN WEEZEL (2001) 406. En el ámbito comparado, coincidente con este margen de discrecionalidad, BETTIOL (1977) 152.

<sup>460</sup> Art. 69 del CP: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.” Para un extracto de la jurisprudencia sobre la aplicación de este precepto por los TJOP, v. CERDA/HERMOSILLA (2004) 145-146.

<sup>461</sup> Más aún si, como sentencia ETCHEBERRY (2001) T. II, 191, el art. 69 del CP es “un precepto imperativo para el sentenciador, de modo que éste está obligado a consignar en su fallo la forma en que ha dado cumplimiento a lo dispuesto en este artículo”. Al quitar al juez la posibilidad de individualizar la pena dentro del marco penal correspondiente, se priva a éste del poder de connotación o comprensión equitativa, v. FERRAJOLI (2001) 39, en virtud del cual el juez debe discernir las connotaciones

concreta viene demandada por las normas procesales y orgánicas que asocian el procedimiento como la competencia del tribunal juzgador a la pena específica anunciada por el MP (arts. 388, inc. 2°, y 406, inc. 1°, del CPP, 14 c) y e) y 18 a) del Código Orgánico de Tribunales).

Antes de finalizar, sólo apuntemos que una anómala modalidad de anticipación con los efectos ya relatados, podría darse mediante un pacto entre MP e imputado que limite la exasperación de la pena resultante de la aplicación de las normas de acumulación jurídica del art. 351 del CPP, supuesto en el que el MP interesa la irrogación de una pena elevada sólo en un grado, y no en dos como autoriza la norma precitada, limitando luego al tribunal si éste considera que el aumento debió haber sido mayor.<sup>462</sup>

### **5.7. Control judicial sobre la discrecional modificación a la acusación o requerimiento del Ministerio Público**

La concatenación de los apartados desarrollados anteriormente en este capítulo pone en evidencia la necesidad de contar con un definido y robusto control judicial que examine la legalidad de las modificaciones al requerimiento o acusación efectuado por el MP en el marco de las negociaciones llevadas a cabo en el procedimiento simplificado de resolución inmediata y en el juicio abreviado, antes de dictarse

---

concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que éstos permanezcan al mismo género jurídico.

<sup>462</sup> Así ocurrió en causa RUC N° 0400082703-2, del JG de Illapel, donde con fecha 30.08.2006, se rechaza el procedimiento abreviado solicitado por las partes, por estimar que la aplicación del art. 351 del CPP conducía a elevar la pena en dos grados, y no en uno como planteaba el MP en su acusación, superándose con ello en el caso en comento el límite máximo que tolera el procedimiento abreviado.

sentencia.<sup>463</sup> De no existir, o de no operar adecuadamente dicho control preliminar, el tribunal al fallar se vería impedido de imponer la pena correspondiente a la calificación jurídica y sus circunstancias modificativas que estime ajustada a los hechos acreditados, pues la prohibición para superar la pena perseguida por el Fiscal prescrita en los arts. 395 y 412 del CPP lo obstaría,<sup>464</sup> violentándose de ese modo el principio y garantía de exclusividad de la jurisdicción.<sup>465</sup>

Este control, por lo demás, es común en el derecho comparado. Así, el legislador italiano, en el marco del *patteggiamento* concedió en el art. 444.2 del Código Procesal Penal, expresamente esas facultades al juez para rechazar el acuerdo alcanzado por las partes y remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal, cuando la calificación jurídica del hecho no sea la adecuada, o no concurren las circunstancias (atenuantes o agravantes) alegadas por las partes, o resulte incorrecto el juicio de

---

<sup>463</sup> Control que, parafraseando a ALCALÁ-ZAMORA (1962) 198, se trataría de una suerte de casación al revés: no de una o más partes contra la sentencia del tribunal, sino del tribunal contra la declaración del acusado que vulnera la ley procesal (en cuanto no se atiene a los límites fijados estatutariamente) y la ley penal (en cuanto desconoce la correlación legal delito-pena).

<sup>464</sup> Erróneamente se sostuvo lo contrario en SCA de Stgo., ROL N° 1.839-2006, de 20.10.2006, que en apelación de sentencia de procedimiento abreviado, elevó la pena a 5 años y un día de presidio, en vez de declarar improcedente este procedimiento conforme a lo previsto en el inc. 2° del art. 414 del CPP.

<sup>465</sup> Sobre la infracción de la garantía procesal de la estricta jurisdiccionalidad mediante estas prácticas, v. DEL RÍO (2009c) 126-129. En dirección contraria se ha manifestado TAVOLARI (2005) 236, señalando que de ese modo caería una de las más emblemáticas manifestaciones del sistema acusatorio. También en sentido adverso a nuestra posición, la SCS, ROL N° 4.180-2004, de 25.01.2005, al fallar que el JG “no puede (---) inmiscuirse en la pena que el Fiscal entiende corresponde al delito, como tampoco en el procedimiento al cual se va a ceñir el juicio, porque ello necesariamente supone entrar a efectuar una valoración a priori e invadir un campo que le está vedado”.

valoración de tales circunstancias.<sup>466</sup> En el mismo sentido, la regulación del procedimiento de conformidad español, expresamente permite al juez rechazar este procedimiento y acordar la continuación del juicio si la pena aceptada no fuera la procedente según la calificación más grave de las formuladas (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).<sup>467</sup>

Por último, no debe pensarse que estos controles son privativos de los sistemas tributarios de la tradición europeo-continental, prueba de ello es que la propia *Federal Sentencing Guidelines Manual* estadounidense de 2010, contempla un examen de admisibilidad regulando los estándares para la aceptación de un *plea agreement* (§6B1.2.(a)y(c)). Así, en el caso de un *plea agreement* que incluya desestimar algún cargo o un acuerdo para no perseguir un potencial cargo, todo ello conforme a la regla 11(c)(1)(A) *Federal Rules of Criminal Procedure*, la Corte puede aceptar el acuerdo si determina, por razones declaradas en el registro, que los restantes cargos reflejan adecuadamente la seriedad del comportamiento de la actual ofensa, y la aceptación del acuerdo no afectará los propósitos estatutarios de sentencia o las *sentencing guidelines*. Y en el caso de que un *plea agreement* que incluye una específica sentencia, según la regla 11(c)(1)(C) *Federal Rules of Criminal*

---

<sup>466</sup> Incluso más, el Tribunal Constitucional italiano declaró con fecha 2 de julio de 1990, N° 313, la inconstitucionalidad parcial de ese precepto, en tanto no preveía que el juez pudiera rechazar el acuerdo entre Fiscal y el acusado sobre la pena si, a su entender, ésta no se ajustaba al fin de reeducación del condenado establecido por el art. 27.3 de la Constitución Italiana. Con esta sentencia se recuerda al legislador que se ha dejado a la discreción de la Corte la determinación de la sentencia dentro de los límites establecidos en la ley (art. 132 del Código Procesal Penal), entregándole para ello diversos criterios orientadores (art. 133 del Código Penal). Comentarios a esta sentencia en RODRÍGUEZ (1997b) 191-192; AGUILERA (1998) 42; DE DIEGO (1999) 149 y ss.; y DELMAS-MARTY (2000) 369.

<sup>467</sup> AGUILERA (1998) 97-98, 105 y 121.

*Procedure*, la Corte puede aceptar el acuerdo si estima que la sentencia acordada está dentro del rango de las directrices aplicables o la sentencia acordada se aleja de ese rango por razones justificadas. Por su parte en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, al reglar la aceptación de una *guilty plea* (regla 11 (b)(3)), se dispone que antes de entrar en juicio sobre una declaración de culpabilidad, la Corte debe determinar si hay una base fáctica para la declaración.<sup>468</sup>

En este asunto, como en tanto otros, el ordenamiento nacional es incompleto y lagunar, pues no entrega taxativamente al órgano jurisdiccional herramientas eficaces para desarrollar tal control, y de ahí la incertidumbre y diversidad en el tratamiento dado a esta materia por nuestros tribunales, nocivo estado que ha contribuido a la expansión de las prácticas discrecionales arriba comentadas.<sup>469</sup>

---

<sup>468</sup> Sin embargo, GOLDSTEIN (1981) 41, aclara que esto último es sólo formal, al señalar que, lejos de ser interpretada esta norma como una exigencia de que el tribunal compruebe que la confesión refleja exactamente los hechos básicos del delito, en la práctica, la finalidad primordial de la investigación judicial sobre “la base de los hechos”, es asegurarse de que el acusado realmente cometió un delito al menos tan grave como uno de los que desea confesar (*Beaman v. State*, 221 N.W.2d 698, 700 (Minn. 1974) como parte de su obligación de verificar que la admisión haya sido voluntaria. De esta forma la sentencia puede estar basada en un estado irreal de los hechos, reflejando a menudo, un crimen hipotético. En igual sentido, v. McDONALD (1986-87) 209-210 y 215; y CABEZUDO (1996) 156. Vale la pena resaltar, que aun en un sistema legal donde la discrecionalidad tiene tanto arraigo, como el inglés, se toman los recaudos para instruir a los *crown prosecutors* en la selección de cargos, de manera que esta operación deje a la Corte los adecuados poderes para sentenciar (sec. 6.1 b) del *Code for Crown Prosecutors* de 2010).

<sup>469</sup> DEL RÍO (2010) 362, caracteriza nuestro modelo de consenso en el proceso penal como un sistema práctico que se desarrolla al margen de las previsiones normativas procesal y penales, y que por lo tanto ha dado lugar a un sistema altamente desregulado e irracional.

### **5.7.1. Control judicial de admisibilidad en el juicio abreviado y en el procedimiento simplificado de resolución inmediata**

Prosigamos con el estudio del panorama normativo con que nos hallamos en los procedimientos abreviado y simplificado de resolución inmediata, de manera de constatar la parquedad de nuestra regulación para asegurar efectivamente los principios de legalidad, objetividad y estricta y exclusiva jurisdiccionalidad.

#### **5.7.1.1. Juicio abreviado**

El procedimiento abreviado contempla un examen de admisibilidad de la procedencia del mismo llevado a cabo por el JG, resultado del cual éste aceptará o desestimará la solicitud de juicio abreviado. Si ésta es desestimada, en caso de haberse ya formulado acusación escrita, se procederá a preparar el juicio oral, y en caso contrario se continuará el procedimiento según el estado en que se encontrase al momento de formularse la acusación, ya sea pendiente el cierre de la investigación o cerrada esta etapa pero faltante la presentación de la acusación, o presentada ésta pendiente la audiencia de preparación del juicio oral.<sup>470</sup>

Para aceptar la solicitud de procedimiento abreviado, el tribunal debe verificar las siguientes condiciones: a) que los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas de este procedimiento; b) la pena solicitada por el Fiscal no sea superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o

---

<sup>470</sup> En este caso, se tendrán por no formuladas las acusaciones verbales realizadas por el Fiscal y el querellante, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, éstos hubieren realizado a sus respectivos libelos (art. 407, inc. final, del CPP).



bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza; c) el acuerdo hubiere sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente; y d) de haberse opuesto el querellante al procedimiento abreviado, no considerare esta oposición fundada.

De los extremos enunciados nos interesan fundamentalmente para nuestro estudio los dos primeros, sin perjuicio que luego nos explayaremos sobre el último.

Respecto del examen de suficiencia de los antecedentes investigativos reunidos por el MP, despejemos que para llevarse a efecto, necesariamente demandará la exposición de dichos antecedentes en forma previa al juicio propiamente tal, exposición que usualmente se realiza ya sea *motu proprio* por el MP, o a indicación del JG, para cumplir con otro de los presupuestos de admisibilidad de este procedimiento, esto es, que el acusado acepte los antecedentes de la investigación que fundan la acusación –lo que requiere por cierto su conocimiento-, de lo cual la mejor forma de cerciorarse fehacientemente por la autoridad judicial, es exigir que dicha presentación se realice en la propia audiencia en forma oral.<sup>471</sup> Lo anterior vuelve innecesario que ya declarado procedente el juicio abreviado, el Fiscal vuelva a exponer los antecedentes de la acusación (como prescribe el art. 411 del CPP), pasándose derechamente al debate de las partes sobre su mérito.<sup>472</sup>

---

<sup>471</sup> En igual sentido SÁEZ (2007) 20.

<sup>472</sup> DEL RÍO (2009c) 70, n. 72, manifiesta que este control podría realizarse sobre los antecedentes en que se funda la acusación, los cuales el Fiscal debe acompañar a su petición de juicio abreviado, aunque reconoce que la ley no lo establece.

En un segundo orden, este examen de suficiencia para proceder conforme a las normas del procedimiento abreviado, tiene un objeto diverso al que nos interesa ahora -esto es, el control y remedio judicial ante un ejercicio incompleto y fragmentado de la pretensión procesal en atención a que los hechos que razonablemente se podrían acreditar con los antecedentes investigativos acopiados por el Fiscal revisten mayor gravedad a los que son objeto de la acusación-, pues el examen sobre la suficiencia de antecedentes establecido por el legislador en el art. 410 del CPP precisamente busca evitar lo contrario, es decir, que el imputado renuncie al enjuiciamiento en el procedimiento ordinario respecto de hechos que no están suficientemente acreditados con los registros de la investigación.

En efecto, tal suficiencia de antecedentes exigida por el legislador más bien fue muestra de su temor a que, ante la desigualdad de condiciones en la negociación entre el Fiscal y el imputado,<sup>473</sup> éste renuncie al juicio oral no obstante la ausencia de antecedentes inculpatorios, en forma similar al *plea bargaining* estadounidense, para lo cual instaura un control sobre la base de las diligencias instructoras para prejuiciar si en ellas existe o no un suficiente acopio de material probatorio de cargo.

El Proyecto de CPP no contemplaba, dentro de los aspectos que el JG debía tener en cuenta para resolver si acogía o no a tramitación el procedimiento abreviado, un examen acerca de la suficiencia de los

---

<sup>473</sup> Sobre esta asimétrica posición entre las partes que negocian en el proceso penal, y cómo ésta se opone a una visión de la administración de justicia basada en la racionalidad del mercado que abraza la ideología de *laissez-faire*, v. DAMASKA (2010) 91-92.

antecedentes de la investigación fiscal. El art. 482 –actual art. 410 inc. 1º- rezaba así: “Resolución. El juez dispondrá la tramitación conforme al procedimiento abreviado, cuando considerare que el acuerdo ha sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente”. Este extremo fue agregado en el Senado, junto con la prohibición de que la sentencia condenatoria se emita exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado, prohibición que el Proyecto de CPP tampoco contemplaba. En el segundo informe de la Comisión del Senado se dejó constancia que “en primer lugar el requisito de aceptación de los hechos, al respecto, se indicó que hay dos maneras de abordar este tema. En el sistema norteamericano en que se le pregunta al imputado si se declara culpable o inocente y el otro el sistema europeo que se refiere solamente al procedimiento, en que el imputado se mantiene como inocente pero acepta renunciar a un juicio, sistema que no ha funcionado en la práctica porque la rebaja de pena es mínima y se rigidiza demasiado la investigación para poder utilizar los antecedentes en el juicio. Lo que pretende el proyecto es combinar ambos sistemas, exigiendo la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación, pero además que haya un examen de los antecedentes reunidos por la fiscalía para evitar que la condena se produzca por la sola confesión del imputado y se obliga al fiscal a limitar la pena solicitada”. Ya Pecchi<sup>474</sup> precisamente había criticado a la sazón que no se hiciera referencia alguna en el Proyecto de CPP a que este procedimiento abreviado sólo será aplicable siempre que previamente se encuentre suficientemente acreditado el hecho punible por otros medios que no sea el reconocimiento de participación que hace el imputado.

---

<sup>474</sup> PECCHI (2000) 178.

En consonancia con lo expuesto, ha devenido en un lugar común para nuestra doctrina iusprocesalista, exigir una suficiencia razonable de los antecedentes para respaldar los hechos de la acusación en este examen de admisibilidad, es decir, que exista al menos un antecedente, aunque sea sucinto, para comprobar cada elemento de la acusación.<sup>475</sup> En esto, la doctrina nacional está a la par de la foránea, la cual destaca que aun cuando un sistema permita cualquier modalidad de justicia negociada, sólo debe permitirse el acceso a ésta cuando el órgano jurisdiccional haya determinado, en primer lugar, la existencia de indicios racionales que permitan ejercer la acción penal.<sup>476</sup>

Así las cosas, atribuir a este examen, que como vimos se dirige a confirmar la suficiencia de antecedentes que sustenten la acusación, otro aspecto diametralmente opuesto que permitiría corregir ahora la insuficiencia de la acusación ante los mismos antecedentes reunidos, permitiendo de algún modo –u obligando- al juez a verificar que no se haya desestimado en la acusación hechos que se encuentran debidamente justificados en los registros de la investigación, resultará igualmente dificultoso.<sup>477</sup>

---

<sup>475</sup> Entre otros, CERDA/HERMOSILLA (2003) 46; HORVITZ (2005) T. II, 527; MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1074; y, CORREA/REYES (2011) 93. Algunos autores han ido más allá, intensificando en mayor o menor grado este control de admisibilidad, al respecto v. NÚÑEZ (2003) T. II, 445; FALCONE (2005) 371 y ss.; SÁEZ (2007) 19; DEL RÍO (2009c) 139 y n. 159; y SALAS (2009) 270-271. Sobre el exigente examen de admisibilidad requerido por la doctrina argentina para la procedencia del juicio abreviado, v. CAFFERATA (2000) 168 y ss.

<sup>476</sup> DÍAZ (1996) 285-286.

<sup>477</sup> No obstante ello, podemos encontrar jurisprudencia que apunta en el sentido por nosotros desestimado, v. SCA de Rancagua, ROL N° 37-2004, de 23.06.2004.

Y, en cuanto al segundo extremo sujeto a control judicial, esto es, que la sanción solicitada por el Fiscal no sea superior a una pena privativa de libertad de cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, sin perjuicio de lo que luego expondremos, la acotada prescripción del legislador en principio aparenta limitar este control judicial a una mera constatación formal de la conformidad de la pena solicitada por el Fiscal a los límites punitivos indicados,<sup>478</sup> sin atender a si dicha sanción se ajusta a una plausible calificación jurídica de los hechos plausiblemente reconstruidos a la luz del resultado de la investigación.

#### 5.7.1.2. Procedimiento simplificado de resolución inmediata

Pasemos ahora revista al procedimiento simplificado, en el cual la situación es aún más desmejorada que la vista para el juicio abreviado, pues en el primero el legislador no previó ningún examen de legalidad respecto de la pena solicitada por el Fiscal en caso de admisión de responsabilidad del imputado, y la doctrina nacional no es conteste sobre la posibilidad de llevarlo a cabo ante el vacío legal.

---

<sup>478</sup> Este parecer ha sido defendido por TAVOLARI (2005) 242, para quien, la pena pedida, en cuanto constituye el elemento determinante del procedimiento a seguir, es vinculante para los jueces, lo que se entendería cuando se percibe que en determinados aspectos el MP constituye un órgano constitucional a través del cual se expresa la voluntad estatal y, en tal dimensión, por mandato constitucional, otros Poderes han de someterse a esa voluntad. También nuestra jurisprudencia en algún momento ha compartido este criterio, así, por ejemplo, en SCA de Rancagua, ROL N° 186-2008, de 02.06.2008, donde se resuelve que el pronunciamiento acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento sólo comprende verificar que se haya requerido por los hechos de la acusación una pena no superior a 5 años de presidio o reclusión y que el imputado acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

En cuanto a lo primero, el art. 395 disponía primitivamente que “si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente,” de lo cual se había colegido por algún autor que el juez debía verificar previamente si el requerimiento (la imputación) venía acompañado de antecedentes o elementos suficientes para resolver fundadamente, y de no ser así, procedía continuar la tramitación conforme a las reglas generales.<sup>479</sup> Con la reforma de la Ley N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005, que consagra el texto actual del art. 395, se privó al juez de ese control *limine litis* sobre la existencia de prueba de cargo diversa a la autoinculpación, sin que pueda ahora ordenar la prosecución del juicio ante su ausencia, debiendo dictar sentencia directamente sin detenerse en este aspecto.

En lo que respecta a la posición adoptada por nuestra cátedra en esta materia, ella es dispersa y vacilante.

Por un lado, Maturana junto a Montero,<sup>480</sup> además de Salas<sup>481</sup> concuerdan en que no existe control jurisdiccional de ningún tipo respecto del requerimiento del Fiscal. Mientras que Horvitz<sup>482</sup> y Chahuán<sup>483</sup> estiman que el MP debe atenerse al principio de legalidad y objetividad,

---

<sup>479</sup> DEL RÍO (2009c) 164-165. Oo. HORVITZ (2005) T. II, 483, sostiene que las diligencias a que aludía el texto original del art. 395 del CPP decían relación a “cualquier acto que resulte útil y posible de realizar, en el marco de los requerimientos de brevedad y simpleza de este procedimiento, antes de la dictación del fallo”. Es decir, para esta autora, la necesidad de estas diligencias sólo podrían demorar la dictación del fallo, mas no mutar el procedimiento a las reglas generales.

<sup>480</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1083.

<sup>481</sup> SALAS (2009) 231-232.

<sup>482</sup> HORVITZ (2005) T. I, 479.

<sup>483</sup> CHAHUÁN (2007) 278-279.

de manera que si éste solicita la aplicación de una pena inferior a la que corresponde según la ley y las circunstancias del caso, el juez debiera rechazar el requerimiento sobre la base de la no concurrencia, en el caso concreto, del presupuesto de aplicación del procedimiento simplificado, ya que “la pena concreta requerida sólo puede serlo la que corresponda conforme a la ley”. En una posición intermedia, Sáez<sup>484</sup> sostiene que el Fiscal debe explicar, cómo es posible, conforme a la ley, imponer la pena que para el evento de admisión de responsabilidad solicita, lo que en muchos casos le obligará a recalificar el delito, reformular los hechos, incorporar atenuantes o desechar agravantes, etc., agregando que todas esas modificaciones se harían para no ignorar “el principio de legalidad”.

Revisemos a continuación cómo debe afrontar la jurisdicción el obrar discrecional del MP que ya hemos ventilado ante el pálido contexto normativo de los procedimientos abreviado y simplificado de resolución inmediata recién examinados.

### **5.7.2. Principios generales que rigen la jurisdicción penal y examen de legalidad**

Ante lo que se ha venido razonando, cabe cuestionarse si la inexistente o incompleta formalización por el legislador de un mecanismo jurisdiccional idóneo para controlar la legalidad de la pena, calificación jurídica y relación de hechos que constituye la pretensión procesal del MP en los procedimientos en estudio se erige en un óbice insalvable para dicho fin. Nuestra respuesta a esta interrogante es decididamente negativa, pues creemos que el deber del tribunal de examinar la

---

<sup>484</sup> SÁEZ (2007) 18.

conurrencia de los presupuestos procesales necesarios para la procedencia del juicio abreviado y el procedimiento simplificado de resolución inmediata, y por tanto, de su propia competencia absoluta para conocer y enjuiciar los hechos, así como la exclusividad que la jurisdicción le otorga en la fijación definitiva del hecho punible, y por último, el deber de ajustarse en el posterior fallo estrictamente a la ley penal sustantiva tanto en la calificación del hecho como en la imposición de la pena –sin perjuicio de las legítimas restricciones de la *vinculatio poena* ya estudiadas- lo compelen imperativamente a desarrollar su examen, o ampliarlo, a tales extremos.<sup>485</sup>

Afianza nuestra posición, al menos para el procedimiento abreviado, una interpretación armónica de los arts. 408 y 410 del CPP, atendido que aquella norma permite fundar la oposición del querellante-acusador particular en una calificación jurídica de los hechos, en una atribución de participación o señalamiento de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el Fiscal en su acusación, diferencias que además pueden obedecer

---

<sup>485</sup> Como explica GÓMEZ-JARA (2013) 54, a diferencia de los acuerdos civiles, aquí se trata de acuerdos fundamentalmente públicos, que no sólo requieren el acuerdo de las partes, sino que el órgano judicial desempeña un rol fundamental, ya que se requiere su participación y su aprobación. Por la misma razón, es que el juez en estos acuerdos ejerce una función tuitiva, informando continuamente al procesado de sus derechos. Empero, pareciera que nuestro Máximo Tribunal va en dirección contraria a la aquí sostenida, al avalar en SCS, ROL N° 10.150-2010, de 28.03.2011, respecto de un procedimiento simplificado de resolución inmediata, que “la prognosis del castigo surge entonces a instancias del fiscal” de manera que el JG debe aceptar ésta y someter el asunto al procedimiento simplificado, sin posibilidades de un examen previo sobre el sustento fáctico y corrección jurídica en que se construye dicha prognosis. Ya antes en SCS, ROL N° 2.693-2005, de 03.08.2005, había establecido que “el ministerio público, una vez cerrada aquélla [la investigación], decide el destino de la misma, debiendo precisar el delito por el que se requerirá castigo, así como la pena que solicitará. En este marco regulatorio, el órgano estatal es quien determina el procedimiento a seguir, el cual está íntimamente ligado con la sanción represiva.”



a una relación fáctica más amplia que la contenida en la acusación pública, siempre que hubieran sido objeto de formalización anterior (art. 261 letra c) del CPP). Esta oposición del querellante, para ser acogida, debe ser fundada (art. 410, inc. 2°, del CPP), lo que implica que tanto los hechos como la calificación jurídica que se postula debe respaldarse seriamente en los antecedentes investigativos reunidos por el MP o por el propio querellante.

Si esto es así, es decir, si el juez puede en el examen de admisibilidad del juicio abreviado, a instancia del querellante, extenderse a la revisión del relato fáctico, su calificación jurídica y circunstancias modificativas, así como a la pena coherente a tales conclusiones, todo lo cual no busca en último término sino el resguardo del ejercicio obligatorio de la acción penal por parte del MP de acuerdo a una correcta aplicación de la ley penal sustantiva, no se alcanza a desentrañar motivo plausible por el cual el órgano jurisdiccional no podría *motu proprio* extender igualmente el control que le encomienda el legislador a todos esos aspectos, cuya correcta configuración es un pilar básico para cumplir adecuadamente su rol jurisdicente. Desde luego hacemos partícipe al procedimiento simplificado de resolución inmediata en esta conclusión, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, pues lo contrario supondría que principios fundamentales de la jurisdicción penal sólo regirían en ciertos procesos según la mejor o peor técnica del legislador, o el mayor o menor interés del ofendido en la corrección del proceso.<sup>486</sup>

---

<sup>486</sup> No debe olvidarse que en el juicio penal el ámbito aplicable es el de la indisponibilidad, por definición coherente con lo que integra el objeto de las conductas que a su vez comprende el enjuiciamiento penal. Cualquier negociación sobre lo que el

Útil para nuestro empeño es dirigir la mirada al próspero desarrollo jurisprudencial vivido en Alemania antes de la formalización legal de las negociaciones en el proceso penal, *Absprache*, ocurrido con fecha 28 de mayo de 2009 al añadirse el §257c a su Ordenanza Procesal Penal. Antes de que ello ocurriera, el Tribunal Supremo Federal, en su fallo seminal de 28 de agosto de 1997<sup>487</sup> determinó que, aunque la estructura del proceso penal alemán es adverso a los acuerdos, de la existencia de normas como el §153a de la Ordenanza se concluye que la discusión sobre el resultado del juicio es permisible. Sin embargo, agregó que tal permisibilidad depende de la observancia de varias condiciones concernientes al contenido y al procedimiento. Es así como estableció – entre los puntos que nos interesan aquí- que a) el acuerdo entre la Corte y los participantes del juicio debe ser hecho en público y durante el juicio; b) la pena resultante debe ser adecuada o conmensurada con el grado de culpabilidad del imputado, y la mitigación o atenuación puede basarse solamente en el hecho de que el imputado contribuyó a la clarificación de los hechos y reducción de la duración del juicio; c) la Corte no puede vincularse a una sentencia específica durante la discusión, pero sí puede fijar un máximo de pena que no será excedido en caso de confesión; y, d) los acuerdos no pueden abarcar el crimen o grados del mismo por los cuales el imputado sería encontrado culpable, pues sólo los hechos probados por la Corte deben ser la base para un pronunciamiento de

---

Código Penal considera prohibido podría amenazar los principios del sistema penal, SOLE (2013) 128.

<sup>487</sup> BGH Agosto 28, 1997, NJW 86, 1998.

culpabilidad, y ningún acuerdo puede alcanzarse sobre su clasificación o evaluación legal.<sup>488</sup>

De ese modo, a pesar de la carencia de normas que expresamente autorizaran a los tribunales para limitar, restringir o encausar a la legalidad estos acuerdos, el Tribunal Supremo se valió de los principios generales que rigen el sistema de enjuiciamiento alemán como única forma de dar cabida a negociaciones que precisamente no estaban reguladas en la ley, y sin embargo ya se habían instalado firmemente en las Cortes alemanas. Ahora bien, es relevante constatar que este mismo Tribunal en un dictamen ulterior reconoce que sus potestades para reglar jurisprudencialmente estos acuerdos tenía un límite, y que más allá debía el legislador reglar la materia,<sup>489</sup> cuestión que éste posteriormente efectuó, reproduciendo en la ley las directrices ya asentadas por dicho supremo órgano jurisdiccional.

De no recurrirse a los principios generales que rigen nuestro sistema de justicia penal para salvar las situaciones que venimos comentando, tanto en el juicio abreviado como en el procedimiento simplificado de resolución inmediata, los actos de obtención que usualmente realiza el MP en el procedimiento ordinario, adquirirían en aquellos procedimientos un importante carácter de causación.<sup>490</sup> En

---

<sup>488</sup> Comentando esta sentencia y la aceptación práctica de estas directrices por las cortes, ALTENHAIN (2010) 164 y ss. Sobre la jurisprudencia posterior a ese fallo, las críticas de la doctrina y la evolución hasta la regulación legal del §257c, en RAUXLOH (2010-11) 316 y ss.

<sup>489</sup> 50 BGHSt 40 (64), 2005.

<sup>490</sup> La distinción de actos de las partes en actos de obtención y de causación, es mérito de GOLDSCHMIDT (1935) 48 y 63. En similar sentido, v. ROXIN/ARZT/TIEDEMANN (1989) 195-197. PRIETO-CASTRO/GUTIÉRREZ (1982)152-153, llega a conclusiones similares con etiquetas diversas, al distinguir entre

efecto, mientras el MP no manipule la calificación del hecho ni las circunstancias modificatorias concurrentes a fin de ajustar la pena a la acordada con el imputado, su acusación mantiene el carácter de acto de obtención, pues deja en definitiva al tribunal la determinación de la pena correspondiente al delito que estime concurrente. Por el contrario, si muda la calificación del delito o las circunstancias modificatorias con el objeto de pedir una pena menor que sea aceptada por el acusado, su acusación tiene en parte el carácter de acto de causación, pues el jurisdicente podrá siempre absolver al requerido, o calificar de manera distinta el hecho o estimar que concurren o no las circunstancias modificatorias propuestas, pero si estima procedente la condena, estará vinculado por la *petitum* del requerimiento, sin poder adecuarla a la antijuridicidad y reprochabilidad del hecho, o a la que estime justo imponer.<sup>491</sup>

---

actos de petición y declaraciones -bien sean de voluntad o de conocimiento-, produciendo estas últimas efectos como consecuencia del otorgamiento a las partes de poderes de disposición.

<sup>491</sup> DEL RÍO (2008) 165, coincide con nosotros en que la aplicación frontal o solapada de actos de causación en el proceso penal presenta graves y profundas objeciones técnicas en un sistema penal de legalidad y garantía, como pretende ser el chileno; AGUILERA (1998) 77, estima que el instituto de la conformidad española constituye un acto procesal de postulación, y no de causación, por cuanto el tribunal debe descartar que la pena instada por la acusación “no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor” (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española); como explica MARTÍN (2013) 143-144, 159-160, a propósito de la conformidad, aunque el objeto del proceso penal no es una pretensión procesal, sino un hecho punible que se atribuye a la persona acusada, si a efectos de correlación entre la acusación y la sentencia el tribunal penal no puede imponer una pena que exceda la solicitada en la acusación, a dichos efectos sí puede hablarse de la existencia de una pretensión procesal penal, o de una pretensión punitiva y, en ese sentido, el precitado autor alude a la evolución de los Tribunales Supremo y Constitucional español, que han concluido que el ámbito del poder de resolución del tribunal sentenciador no sólo queda delimitado por el hecho punible y la persona

Lo anterior acarrea que el tribunal podría encontrarse en la imposibilidad de castigar con la pena prescrita en la ley a la figura delictiva en la que ha subsumido el sustrato fáctico que dio por acreditado, quedando en entredicho el principio *iura novit curia*, pues el juez ya no se inclinará únicamente ante la ley en su fallo, sino también ante la discrecionalidad del acusador. El juicio pierde de modo importante aquí su carácter reconocitivo de las normas penales, y adquiere un sustancial carácter constitutivo, pues el resultado final es la imposición de una sanción de origen híbrido no expresamente prevista en la ley -e imposible de anticipar por su eventual infractor-, por un lado la previsión abstracta de la ley y por otro la discreción del Fiscal.<sup>492</sup>

Como lo había preconizado Del Río,<sup>493</sup> al acoger los jueces calificaciones inadecuadas de los hechos, y condenar conforme a ellas, se rompe la relación del hecho lesivo, del delito y de la pena proporcionada establecida por la ley penal. En el fondo, se estaría creando normas o leyes penales *ad-hoc* aplicables al caso particular, fruto de una acusación que se aparta de lo dispuesto en la ley, y que no responde a ningún criterio normativo fijado previamente ni mucho menos a una correcta sistemática dogmática penal.

Para graficar la grave y perniciosa vulneración de los principios de legalidad y exclusividad de la jurisdicción que conlleva la remisión de este

---

acusada, sino también por la calificación jurídica afirmada y por la concreta pena solicitada en definitiva por algún acusador.

<sup>492</sup> El carácter reconocitivo de las normas es una exigencia que FERRAJOLI (2001) 36, hace a una sentencia para que se ajuste al principio de estricta jurisdiccionalidad. Sobre los riesgos que para la concepción cognoscitivista de jurisdicción y de proceso acarrearán ciertas líneas de desarrollo del derecho procesal, como las que aquí se han estudiado, v. DEL RÍO (2010) 350 y ss.

<sup>493</sup> DEL RÍO (2009c) 116-117.

examen jurisdiccional que defendemos, revisemos el siguiente proceso. En la sentencia del JG de Curacaví, RUC N° 1101256974-4, de 27 de noviembre de 2012, consta que el MP retira en la audiencia de preparación del juicio oral la agravante del art. 12 N° 15 del CP y pide se tenga como muy calificada la mitigante del art. 11 N° 9 del CP, solicitando la pena de 61 días de presidio por el delito de robo en bien nacional de uso público, sanción que el JG termina imponiendo no obstante explicar que: “en cuanto a la pena solicitada por el Fiscal, este sentenciador, estima que no se ajusta al principio de legalidad que rige al ente persecutor penal público, por cuanto se ha retirado una circunstancia que agravaría la responsabilidad penal del requerido. Que por otra parte, este Juzgador, estima que no concurren los elementos para estimar como muy calificada la circunstancia atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos; y por cuanto, por último se omitió, también alegar la circunstancia agravante especial de responsabilidad del artículo 456 bis No. 3 del Código Penal. Que sin embargo, este Tribunal se encuentra impedido de imponer las penas que en derecho proceden en este caso, atendido que el MP, sólo dedujo su acción penal en los términos expuestos precedentemente; y considerando que se encuentra limitada su labor jurisdiccional en virtud de la disposición de los artículos 395 y 412 del Código Procesal Penal, al impedirse imponer una pena más gravosa que la solicitada por el ente persecutor penal público.”

También es posible apreciar igual sustancial afectación de las funciones jurisdiccionales en la causa RUC N° 0800607859-2, del JG de Calera, ya antes comentada, donde el MP requiere por hechos subsumibles en el delito de robo por sorpresa pero que se califican como

hurto falta, pidiéndose en consecuencia una pena que permitió formalmente la sustanciación conforme a las normas del procedimiento simplificado –una correcta calificación habría conducido a un procedimiento ordinario o abreviado-. Ante esto, el JG absuelve en su fallo, decisión anulada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa ROL N° 882-2008, de 22 de septiembre de 2008, señalando que el JG debió en todo caso condenar por el título que estimaba correcto –robo por sorpresa, con una pena mínima de 541 días de presidio- pero imponer la pena solicitada por el MP -1/5 de UTM correspondiente a la falta de hurto-, según prescribía el inc. 2° del art. 395 del CPP.

Como puede vislumbrarse, de renunciar nuestros órganos jurisdiccionales a un examen de admisibilidad que recaiga sobre la legalidad del requerimiento o acusación del MP, ello conducirá en definitiva a que las normas jurídico penales pierdan la doble naturaleza que le es propia: ser imperativos para los ciudadanos y ser medidas para el dictamen del juez. En la primera concepción las normas jurídicas cumplen funciones extrajudiciales en cuanto determinan los actos de los ciudadanos fuera del juicio, mientras que como medidas del juez, las normas tienen el carácter de promesas o amenazas de una conducta determinada de éste, en último término de un fallo de contenido determinado.<sup>494</sup> Como sentencia Hassemer,<sup>495</sup> el ciudadano alberga la expectativa de que el Estado sancionador traslade a la realidad las normas penales que públicamente promulga sobre el papel.

---

<sup>494</sup> GOLDSCHMIDT (1935) 46.

<sup>495</sup> HASSEMER (1988) 8.

Precisemos que el examen que sostenemos sobre el hecho reconstruido según el resultado de la investigación, su calificación jurídica y penalidad, contenido en el requerimiento o acusación, no tiene identidad con el propio de la dictación del fallo, pues aquél se satisface con la plausibilidad del hecho formulado, de su calificación jurídica y del *quantum* de la pena propuesta, esto es, que los planteamientos fácticos y jurídicos del MP sean razonablemente admisibles en el debate jurídico,<sup>496</sup> sin perjuicio que en el fallo definitivo se pueda diferir de ellos por el órgano jurisdiccional. En este supuesto, como se ha señalado en relación al juicio abreviado, el sentenciador “siempre tendrá la posibilidad de argumentar en su sentencia que no le queda más remedio que aplicar

---

<sup>496</sup> Para MERA (2004) 251-252, este examen se limita a controlar la plausibilidad dogmática de la calificación jurídica del Fiscal, el que en la mayoría de los casos se ejercerá de una manera más bien formal, atendiendo a que la solicitud de pena no exceda el límite legal, salvo que estime que la acusación no cumple con este requisito por haberse incurrido en un grueso y manifiesto error en la apreciación jurídica de los hechos, o ante la oposición del querellante al procedimiento abreviado. v.t. HORVITZ (2005) T. II, 528, y SCA de Concepción, ROL N° 417-2005, de 18.07.2005, donde dictamina que: “estando de acuerdo los intervinientes respecto a la calificación jurídica de los hechos, el juez no puede por imperativo constitucional exceder en el ejercicio de sus funciones el marco legal que determina sus poderes y facultades, debiendo limitarse a la plausibilidad de dicha calificación jurídica”. DEL RÍO (2010) 366, analizando el abuso de la competencia móvil, concluye que este examen debe acotarse a identificar aquellos casos en que el recorte de hechos y/o la calificación y rebaja de pena sea tan gravemente incorrectos que por sí mismos importen el sometimiento de un hecho a un juez incompetente y a un procedimiento abreviado o simplificado (admisión de responsabilidad) que, ni abstracta ni concretamente, correspondería aplicar. Desde el derecho comparado, y específicamente sobre la postulación de atenuantes en el marco de las negociaciones entre Ministerio Público e imputado y su defensa, DE DIEGO (1997) 153, n. 229, ha manifestado que la modificación de la acusación en la conformidad del procedimiento abreviado español demanda una base real en las diligencias investigadoras para admitir tales atenuantes, y no de hechos que sean fruto de la invención y del consenso pues, aun saliéndose fuera del control judicial la descripción del hecho aceptado por todas las partes, tal conducta por parte de la acusación oficial, desvirtuando groseramente la realidad de los hechos, chocaría frontalmente con un sistema procesal penal donde todavía rigen para el Ministerio Fiscal los principios de legalidad y de búsqueda de la verdad material, aunque en algún modo atenuados.



hasta la pena requerida por el Fiscal, pese a que del acabado estudio de los antecedentes, en su opinión debiera aplicarse en definitiva una pena mayor, en razón de los fundamentos que lo llevan a formular tal proposición”.<sup>497</sup>

Podría parecer también que los diversos niveles de este examen judicial sólo tendrán corolarios relevantes en el proceso si la pena que plausiblemente debiera imponerse al acusado a juicio del tribunal excede los 541 días ó los 5 años de privación de libertad, según se trate del procedimiento simplificado o abreviado, respectivamente.<sup>498</sup> Sin embargo, aun cuando ya no se violentarían normas de competencia absoluta ni aquellas que determinan el procedimiento que regirá el juicio, se mantiene la exclusividad jurisdiccional en la fijación definitiva del hecho punible así como el deber del órgano jurisdiccional de ajustarse en el posterior fallo únicamente a la ley penal sustantiva tanto en la calificación del hecho como en la imposición de la pena, lo que habilitaría al juez para desestimar la procedencia de un juicio abreviado o simplificado de resolución inmediata que condujera a resultados adversos.

Para concluir esta sección, este control jurisdiccional debe revestir sólo un carácter negativo y no importar la imposición al MP de la pena que deberá perseguir en su requerimiento, a riesgo de enredar la

---

<sup>497</sup> CERDA/HERMOSILLA (2003) 48.

<sup>498</sup> En lo que dice relación al juicio abreviado, es el único caso en que expresamente se ha previsto por el legislador su rechazo y la continuación del proceso por la vía ordinaria. AMBOS (1998) 88, también infería lo anterior de los arts. 467 y 468 del texto aprobado por la Cámara de Diputados (actuales arts. 406 y 407 del CPP). La doctrina nacional, en general, no se hace cargo de esta situación, ocupándose sólo de la desestimación del juicio abreviado por exceder la pena probable los 5 años de privación de libertad, así v.gr. MERA (2004) 251-252; HORVITZ (2005) T. II, 528; y CORREA/REYES (2011) 123-124.

actividad jurisdiccional y la acusatoria. De ese modo, frente a una no plausible modificación de hechos y/o calificación jurídica, así como de pena, efectuada por el MP en el marco de las negociaciones a que dan pie los arts. 395 y 407 del CPP, el juez no debe ordenar la enmienda de dicha modificación de acuerdo a los términos en que cree correctos, sino, nada más continuar la sustanciación del respectivo procedimiento con la preparación del juicio oral.<sup>499</sup> En este punto se ha propuesto por algún autor –en relación al procedimiento simplificado, pero proyectable al procedimiento abreviado siempre que la pena original no supere el máximo legal permitido para este procedimiento-, estarse a los términos originales de la pretensión procesal contenida en el requerimiento,<sup>500</sup> lo cual, en todo caso demandaría advertir previamente al imputado de ello, de modo de permitirle retirar su admisión de responsabilidad o aceptación de hechos y antecedentes. Una solución similar contempla la regla 11(c)(5)(B)y(C) *Federal Rules of Criminal Procedure* estadounidense, al disponer que si la Corte rechaza una declaración de culpabilidad emitida sobre la base de acuerdos referidos a la no presentación o remoción de otros cargos, o de lo apropiado de una sentencia específica o rango de sentencia vinculante para la Corte (regla 11 (c)(1)(A)y(C)), deberá advertir al acusado que la Corte no está obligada a regirse por el acuerdo sobre la declaración, dando a éste la oportunidad de retirar su declaración, previniéndole que si no retira su admisión la Corte puede resolver el caso

---

<sup>499</sup> GÓMEZ-JARA (2013) 54, al destacar las diferencias de la conformidad en el ámbito penal y civil en el derecho estadounidense, reseña que en este último el juez debe exhortar a las partes a llegar a un acuerdo negociado, mientras en el primero, el juez penal tiene expresamente prohibido participar en cualquier tipo de negociación entre procesado y fiscalía, ya que tendrá que aprobar el acuerdo una vez alcanzado.

<sup>500</sup> SALAS (2009) 226.

de modo menos favorable para el acusado que lo contemplado por el acuerdo.<sup>501</sup>

### **5.7.3. Rol del ofendido para activar el control judicial de legalidad**

Si bien el control judicial que venimos tratando no depende de la iniciativa de terceros legitimados para accionar, como el ofendido, y debe materializarse *ex officio* por el órgano jurisdiccional, el legislador concede al querellante algunas vías formales para activar este control y conseguir el rechazo del procedimiento que conduciría a una vulneración del principio de obligatoriedad de la acción penal como de los demás principios mencionados, o, dentro de ese procedimiento, evitando tal resultado.

Debe darse por descontado –así también la experiencia comparada lo confirma- que la Fiscalía verá la intervención de la víctima-querellante como un impedimento para lograr un acuerdo con el imputado, restándole poder de negociación, de ahí que usualmente prescindirá de ella, no obstante que el querellante deba ser citado a la audiencia de procedimiento simplificado o abreviado, de conformidad a los arts. 260, 393 y 407 del CPP, y según el art. 109 letra d) del mismo texto tenga derecho a ser oída si lo solicitare, antes de que el Fiscal pidiera la

---

<sup>501</sup> En relación al juicio abreviado, si el tribunal rechaza la oposición planteada por el querellante, CORREA/REYES (2011) 123, exponen que una primera posibilidad es que el querellante modifique su acusación para poder someterla al procedimiento abreviado o, en su defecto, se muestran partidarios de entender que la acusación particular queda sin efecto, y en consecuencia el JG sólo podría conocer de la acusación fiscal, ello en razón de la incompetencia de éste, por concepto de cuantía, para conocer de una acusación particular en sede de procedimiento abreviado que exceda el marco legal previsto para dicho procedimiento.

terminación anticipada del procedimiento. Pero la víctima no sólo se encontrará habitualmente con un acusador público con intereses contrarios a los que ella persigue, sino que, para que sus pretensiones tengan alguna posibilidad de fortuna, requerirá asesoría letrada, carga no baladí si se considera que por tratarse en general de delitos menores, usualmente no estará dispuesta a asumir las expensas de servicios profesionales para conseguir una pena superior a la buscada por el MP, ya que en todo caso, una condena, con indiferencia de su *quantum*, le facilita igualmente demandar la responsabilidad por los daños causados en sede civil (art. 178 del Código de Procedimiento Civil).

Dirijamos nuestro examen a continuación específicamente sobre el juicio abreviado. Este control judicial puede ser gatillado por el querellante mediante una oposición que se sostenga en haber efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el Fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, que la pena solicitada excediere el límite de los 5 años de privación de libertad (art. 408 del CPP). En efecto, el querellante puede dirigir su acusación particular a hechos más amplios que los contenidos en la acusación del MP, siempre que hayan sido objeto de la formalización de la investigación (art. 261 letra c) del CPP), y en base a tal presupuesto fáctico, puede plantear la procedencia de una pena superior a la perseguida por el Fiscal que, si supera los 5 años de privación de libertad, permitirá desestimar el procedimiento abreviado, ordenando la continuación del proceso (arts. 408 y 410 del CPP).

Concordante con lo expuesto antes, y como explica Mera,<sup>502</sup> ante la oposición del querellante no se exige al juez un pronunciamiento sobre el fondo de la calificación jurídica: aprobará la solicitud si le parece infundada la oposición del querellante y la rechazará si la estima fundada, donde el fundamento se refiere a un juicio de plausibilidad respecto de la calificación.<sup>503</sup>

Ejemplo de actualización de la facultad del querellante mencionada puede advertirse en la causa RUC N° 0500672825-3, del 2° JG de Stgo., en la cual el MP acusó por el delito de lesiones graves gravísimas, e invocó dos mitigantes, solicitando una pena de 3 años y un día de presidio. La parte querellante invocó cuatro agravantes, pretendiendo en consecuencia una pena de 10 años de presidio. Al estimar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Stgo., ROL N° 997-2007, de 24 de mayo de 2007 que dicha pretensión particular era fundada, conforme al art. 414 del CPP, invalidó tanto la sentencia definitiva como la audiencia de procedimiento abreviado, ordenando la realización de la audiencia de preparación de juicio oral.<sup>504</sup>

---

<sup>502</sup> MERA (2004) 251-252.

<sup>503</sup> Siguiendo este estándar se resolvió en causa RUC N° 0800102576-8 del JG de Sn. Bernardo, donde con fecha 16.03.2009 se rechaza el procedimiento abreviado planteado por el MP ante la oposición del querellante, por enmarcarse ésta “dentro de los términos de plausibilidad y fundamentación exigidos por nuestro sistema procesal penal, sin ser resorte de este Tribunal (---), realizar un examen de fondo (---)”.

<sup>504</sup> También sobre la intervención de la víctima en el procedimiento abreviado, v. SCA de Stgo., ROL N° 997-2007, de 24.05.2007: “entiende esta Corte que el querellante, que es parte en este juicio, tiene derecho a intentar obtener, en el juicio oral respectivo, a lo menos la pena que la propia ley ha señalado para la infracción del artículo 397 N° 1 del Código Penal (---) pues como parte que es, tiene derecho a que sus planteamientos jurídicos sean analizados en el Tribunal de juicio oral en lo penal, para eventualmente ver cumplida su pretensión de imposición de una pena superior a

Si por el contrario, los hechos contenidos en la acusación particular y su correspondiente calificación no conllevan una solicitud de pena superior a los 5 años de privación de libertad, pero sí supera la sanción pretendida por el Fiscal, el querellante no puede ya oponerse a la celebración del procedimiento abreviado,<sup>505</sup> cuestión que resulta innecesaria pues la acusación del querellante habilitará al juez para extenderse y pronunciarse sobre los hechos contenidos en su acusación particular –siempre que haya correspondencia objetiva con los de la formalización- y que el Fiscal haya excluido de la propia en el marco de su negociación con el imputado y, además, en este supuesto el límite de pena de la sentencia estará dado por la pena mayor solicitada por el querellante (art. 412 del CPP).<sup>506</sup>

Algunos autores han planteado –sin eco en nuestros tribunales- que en caso de que el Fiscal y el querellante soliciten penas distintas, pero inferiores al límite de 5 años, el consentimiento del acusado deberá recaer sobre ambas acusaciones.<sup>507</sup> Aun cuando esta última exigencia no tiene respaldo legal, si de ambas peticiones la del querellante fuera la superior, ello sería un aliciente a integrar a esta parte en las negociaciones hasta hoy monopólicas del MP. Con ello nos aproximaríamos a la conformidad del procedimiento español, en el cual la

---

la que está pidiendo el Ministerio Público para el imputado de autos”; y SSCA. de Stgo., ROL N° 2.968-2007, de 18.12.2007 y ROL N° 1.611-2009, de 10.09.2009.

<sup>505</sup> A juicio de NÚÑEZ (2003) T. II, 442, una fundada petición de pena superior a los 5 años de privación de libertad es la “única causal” que puede invocar el querellante particular como fundamento de su oposición al procedimiento abreviado. En igual sentido, CERDA (2003) 31.

<sup>506</sup> Así lo ha resuelto SSCA de Stgo., ROL N° 2.698-2007, de 18.12.2007 y ROL N° 1.611-2009, de 10.09.2009.

<sup>507</sup> CORREA/REYES (2011) 122.

limitación punitiva la impone el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, sea éste el del Ministerio Público o del acusador particular o público (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de manera que la existencia del querellante constituye un condicionamiento a la discrecionalidad del MP, ya que la transacción debiera celebrarse no sólo entre éste y el imputado, sino incluir además al querellante particular, poniendo un tope a las rebajas del MP.<sup>508</sup>

Respecto al procedimiento simplificado, la normativa procesal no institucionaliza una sede formal para que el actor particular manifieste su oposición al procedimiento del art. 395 del CPP, si éste pudiera conllevar la imposición de una pena máxima que no se ajusta al mérito fáctico y jurídico de la investigación. Tampoco se recoge en el procedimiento simplificado un precepto similar al art. 412 del CPP, que le permita al juez fijar como pena máxima a imponer, alternativamente, a las pretendidas por el MP y el querellante.

Horvitz,<sup>509</sup> reconociendo que las facultades del querellante se ven mermadas respecto del rito ordinario, quedándole a éste sólo la posibilidad de ser oído y presentar prueba en el juicio, sólo da como alternativa para aquellos casos en que la pena requerida en concreto por el Fiscal se base en hechos o circunstancias que no guarden correspondencia con los antecedentes de la investigación o se valga de interpretaciones jurídicas sin asidero alguno en la ley, la jurisprudencia o

---

<sup>508</sup> DE DIEGO (1989) 589.

<sup>509</sup> HORVITZ (2005) T. II, 480-481.

la doctrina, el reclamo del querellante o la víctima ante las autoridades correspondientes por las vías que franquea la LOC del MP.<sup>510</sup>

Nuestra Corte Suprema, por su lado, ha señalado en sentencia ROL N° 10.150-2010, de 28 de marzo de 2011, que la intervención del querellante en el procedimiento simplificado que el JG debe resguardar, “se limita a la exploración de asequibles acuerdos reparatorios o una suspensión condicional del procedimiento, que pudiere comprometer sus intereses, como expresamente reglamenta el artículo 394 del Código Procesal Penal.” Ya antes, en fallo ROL N° 2.693-2005, de 3 de agosto de 2005 había resuelto que una vez concluido el proceso de averiguación, el MP debe adoptar la decisión que crea acorde con el resultado de la instrucción, “no encontrándose obligado a respetar los hechos y la calificación jurídica realizada por los querellantes, porque esta imputación escrita y solemne no es vinculante para dicho organismo estatal”, agregando luego que si el querellante no se conforma con la calificación o pena postulada por el MP, nada más “podrá efectuar un control positivo del requerimiento, arguyendo que la pena solicitada en concreto por el fiscal se funda en hechos o circunstancias que no guardan relación con los antecedentes de la investigación reclamando ante la jerarquía del organismo público de persecución penal”.

A modo de colofón, debemos ser conscientes que supeditar la efectividad de los principios que peligran por un discrecional ejercicio de la acción penal por parte del MP en el marco de los procedimientos analizados, a la actividad propositiva de la víctima-querellante, hace su

---

<sup>510</sup> MATURANA/MONTERO (2010) T. II, 1083, confirman la imprevisión de un derecho a oposición del querellante en los términos del procedimiento abreviado.



eficacia además de contingente, aleatoria, al pender del interés o medios de un tercero sobre el cual el Estado no tiene ningún control.

### **5.8. Especial situación en el juicio oral simplificado**

No está demás resaltar una situación excepcional que puede darse en el marco de un juicio oral, producida a raíz del laxo manejo de las reglas de competencia móvil por parte del MP, y que tiene incidencia sobre la correcta aplicación de la ley penal. Nos referimos a aquellos casos en que, aun en el juicio oral simplificado, el JG puede verse coartado para fijar la sanción ajustándose únicamente a la ley penal sustantiva, debiendo encuadrarse en esta actividad jurisdiccional a los límites que tácitamente le imponen normas orgánico-procesales.

Apelemos a un ejemplo para ilustrar la hipótesis propuesta: hay delitos cuyo marco penal abstracto, abarca en su extremo inferior penas que de ser requeridas por el MP, dan lugar al procedimiento simplificado (1 a 540 días de privación de libertad), y en su extremo superior a penas que de ser postuladas por el Fiscal darían curso al procedimiento ordinario (541 días hacia arriba), tal es el caso del delito de receptación – presidio menor en cualquiera de sus grados-. En este supuesto, si no concurren circunstancias que alteren el marco penal (*iter criminis*, participación, atenuantes, etc.), el Fiscal podrá a su discreción, según la pena que pretenda, determinar tanto el procedimiento aplicable para su

juzgamiento (simplificado u ordinario) como el tribunal competente para ello (tribunal de garantía o de juicio oral, respectivamente).<sup>511</sup>

Pues bien, y siguiendo bajo los mismos supuestos, si el Fiscal requirió en contra del autor de un delito de receptación, o contra el autor del delito frustrado de robo en lugar no habitado la pena de 540 días de presidio, que dio lugar a su enjuiciamiento mediante el procedimiento simplificado, el tribunal se verá impedido de sancionar de acuerdo a las circunstancias jurídicas concurrentes si durante el juicio o en la fase de determinación de pena (art. 343 del CPP), estima que respecto a la receptación concurre una circunstancia agravante que excluye el grado mínimo de la pena entre las sanciones probables (art. 68, inc. 2º, del CP), o en atención a la extensión del mal causado considera que la pena ajustada a la receptación es la de presidio menor en su grado máximo (art. 69 del CP), o que el delito de robo en lugar no habitado se consumó y por tanto, que la pena es en un grado superior, etc.

En este contexto el tribunal no podrá sancionar más allá de la pena de 540 días de privación de libertad, tope que le viene impuesto por la norma de competencia absoluta del art. 388 del CPP, la que dispone que el procedimiento simplificado se aplicará respecto de los hechos

---

<sup>511</sup> Reconociendo la incidencia que tiene la solicitud de pena que realiza el MP en su requerimiento para determinar el procedimiento aplicable se ha pronunciado SCS, ROL N° 7.394-2009, de 02.10.2009, al resolver que “(---) la vértebra de este procedimiento está en el requerimiento que presenta el ente persecutor, sin perjuicio de los casos en que la acusación puede constituir suficiente requerimiento, y cuyos requisitos están consignados en el artículo 391 del Código Procesal Penal, cuya letra e) indica ‘la pena solicitada por el requirente’. Como es dable advertir, la exigencia de señalar la pena que se solicita, tiene directa relación con el hecho que el procedimiento simplificado sólo podrá aplicarse a los casos donde aquélla no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, razón que hace necesaria la indicación de la sanción que se pide (---)”.

constitutivos de simple delito para los cuales el MP requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo. Aun cuando esta disposición no lo señala expresamente, es claro que la simplificación del procedimiento especial reglado en el Título I del Libro III se autoriza sólo en atención a la menor cuantía de la pena que pudiera sufrir el requerido, de manera que imponer una sanción sin la mayor ritualidad y garantías que ofrece el juicio oral ordinario –entre ellas, el exigirse que al menos dos de tres jueces alcancen convicción condenatoria-, vulneraría ilegítimamente sus garantías procesales, y no puede ser aceptado.<sup>512</sup>

En definitiva, dada la barrera que la previa postulación punitiva por el Fiscal conlleva para la actualización del poder jurisdiccional, un número importante de delitos pasará, en los hechos, a tener dos tipificaciones penales: la establecida en la ley penal y la que sea resultante del juego de estos preceptos, por ello que es de lamentar el carecer de soluciones legales como las previstas en el sistema español, en el que, respecto al procedimiento abreviado,<sup>513</sup> se prescribe en el art. 788.5 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal que “cuando todas las acusaciones califiquen los

---

<sup>512</sup> El mismo parecer ha mostrado FARRÉN (2008) 688. A diferencia del autor citado, no extendemos esta limitación punitiva en el juzgamiento de los delitos de acción privada, que se reglan supletoriamente por las normas del procedimiento simplificado (art. 405 del CPP), pues en esta clase de delitos el legislador ordena la utilización de estos procedimientos especiales en razón de la materia juzgada y no de la cuantía de la pena probable, motivo por el cual su juzgamiento podría encargarse a un tribunal unipersonal y no a un panel de jueces. Así por lo demás se ha dicho en SCS, ROL N° 7.394-2009, de 02.10.2009: “tratándose de la acción privada, como acontece en la actual situación, no existe la restricción de pena para incoar el procedimiento”.

<sup>513</sup> Es el procedimiento ordinario para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración (art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español).

hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal, se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y el Secretario judicial remitirá las actuaciones a la Audiencia competente.”<sup>514</sup>

### **5.9. Necesidad de incorporar una rebaja tasada y proporcional a la renuncia a juicio oral**

Según nos da noticia Otero,<sup>515</sup> el Instituto Chileno de Derecho Procesal, en sus observaciones al Proyecto de CPP proponía dar a la renuncia al proceso penal por parte del imputado, la calidad de una atenuante muy calificada que permitiera rebajar la pena asignada al delito, de uno a tres grados, mientras que el Mensaje de la Ley N° 20.074, que sustituyó el art. 407 del CPP, contenía una rebaja de hasta un grado de la pena en caso de aceptación de los hechos, sin embargo, según se dejó constancia en el primer informe de la Comisión del Senado, ello se eliminó para limitar “una rebaja excesiva de penas”.

---

<sup>514</sup> Sin perjuicio de lo anterior, la imprevisión de nuestro Codificador no es infrecuente en el derecho comparado, y así, respecto al poder entregado al Ministerio Público portugués para desviar la competencia al tribunal singular en vista de las circunstancias del caso (que en atención a la tipificación abstracta, en puridad correspondería al tribunal colectivo o al tribunal de jurado), cuando crea (en la acusación o en el requerimiento) que la pena a imponer no debe ser superior a 5 años de prisión o la medida de seguridad de internamiento no debiera tener una duración superior, se ha eliminado en la redacción definitiva del art. 16 del Código Procesal Penal, todas las posibilidades de control que en el proyecto se habían establecido, en donde se añadía un presupuesto más: que en ese desvío de competencias al tribunal singular no hubiera oposición del *assistente* o del acusado. La relevancia anexa de esta desviación de competencia es que el tribunal no puede aplicar una pena de prisión superior a 5 años, lo que ha llevado a la doctrina lusitana ha cuestionar su constitucionalidad por atentar contra el principio de reserva del juez y el derecho al juez natural. v. RODRÍGUEZ (1997a) 22-23; y RODRÍGUEZ (1997b) 253 y ss.

<sup>515</sup> OTERO (2000) 92.

Esta ausencia de regulación sobre la cuantía o límites de la retribución punitiva al imputado que renuncia al juicio oral en los procedimientos consensuados estudiados, impulsa, en mayor o menor grado, un ejercicio discrecional de la acción penal que transmite una colectiva impresión de “desigualdad, inconsecuencia y desilusión”,<sup>516</sup> y por ello es imperioso concretar una taxativa regulación legal del beneficio que se concederá a aquél que se someta a estos procedimientos, de tal suerte que se produzca siempre la minoración preestablecida de la pena que no responda a una contraprestación negociada discrecionalmente por el Fiscal o el acusador particular, ni sea dejada tampoco al criterio dispar del arbitrio judicial en cada caso. Tomando las palabras de Damaska,<sup>517</sup> un modelo tasado -como el italiano-, se asimila a una tienda que ofrece descuentos fijos, mientras que nuestros procedimientos simplificado y abreviado parecen más un bazar oriental donde el hábil regateo constituye una virtud.<sup>518</sup>

De la misma forma, Del Río<sup>519</sup> apunta como motivo principal de la incorrecta utilización del principio del consenso que se aprecia en nuestro sistema de justicia penal, a la falta de regulación y tasación de incentivos, producto del grave error técnico del legislador de disponer procedimientos

---

<sup>516</sup> HASSEMER (1988) 9.

<sup>517</sup> DAMASKA (2010) 95. A ello agreguemos la mengua del efecto preventivo general que algunos autores atribuyen al mismo proceso penal, v.gr. OBERG (2010) 41.

<sup>518</sup> Partidarios también de una regulación de estas rebajas punitivas se manifiestan DE DIEGO (1997) 238-239; y RODRÍGUEZ (1997a) 165. Por el contrario, SCHÜNEMANN (2002) 56-57, explica que si se atiende a la perspectiva de la prevención general intimidatoria, la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar, con el objeto de reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto del pueblo frente a tales prácticas.

<sup>519</sup> DEL RÍO (2010) 363.

a los que se accede con el consentimiento del imputado, sin prever la necesidad de conciliar cuidadosamente la legalidad, jurisdiccionalidad, estímulos legítimos y, sobre todo, los efectos que se derivan del acuerdo. Si se quiere constituir, continúa este autor, un proceso penal ajustado a la vigencia normativa de las proclamadas garantías penales y procesales, es oportuno establecer un sistema regulado de incentivos para los acusados, homogéneo y estable, que concilie las mencionadas garantías y que al mismo tiempo haga útil para el imputado acceder a estas formas atenuadas (pero sin juicio oral) de justicia penal, asegurando a todos los acusados un trato uniforme y en igualdad de condiciones y libre de presiones previas a raíz de incontrolados procedimientos transaccionales.<sup>520</sup>

Por fin, si recordamos que las prácticas analizadas supra se ejecutan no sólo para ajustar la pena postulada por el MP bajo el umbral de procedencia del juicio simplificado o abreviado, sino también respecto de delitos cuya pena probable ya habilita formalmente para celebrar esos procedimientos, pareciera que eliminar tal umbral o aumentarlo considerablemente, no las confinará de nuestro sistema de justicia penal, sino que igualmente persistirán con el objeto de incentivar la renuncia al juicio oral por el imputado.

---

<sup>520</sup> DEL RÍO (2009c) 196, agregando que el ofrecimiento de rebaja de la pena debe ser fijado en una fracción de la que en concreto corresponda aplicar, por ejemplo, una disminución en una cuarta o tercera parte, pudiendo tasarse también las ventajas para acceder a determinadas formas de cumplimiento de pena.

**TERCERA PARTE**  
**SECCIÓN CONCLUSIVA**

## **CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DEL SISTEMA DE JUSTICIA CHILENO**

En la medida en que los posicionamientos doctrinales respecto de las cuestiones a que aludiremos en esta sección final ya han sido del mismo modo señalados, optamos aquí únicamente por esbozar algunas conclusiones particulares que pueden desprenderse de cada una de las secciones de este trabajo:

En primer término, quedó asentado que la obligatoriedad de la acción penal es un mandato que en nuestro ordenamiento se deriva del principio de legalidad, y que impone al acusador no sólo llevar adelante la persecución y la acusación cuando el mérito de los antecedentes lo justifique, sino precisamente hacerlo en correspondencia a dichos antecedentes y a la correcta interpretación de la ley penal, única manera en que el ejercicio de la acción penal sea acorde a un sistema de justicia en que los juicios penales sean fundamentalmente cognoscitivos en cuanto a los hechos, y reconocitivos respecto al derecho.

También se demostró que un control jurisdiccional del obligatorio ejercicio de la acción penal por parte del MP, en la forma propuesta en esta investigación, no se contrapone, directa ni indirectamente, al principio acusatorio que rige nuestro proceso penal, ni tampoco al



concepto de imparcialidad que le sirve de fundamento y fin, siempre que se logre distinguir correctamente el último concepto de los de neutralidad y pasividad, congénitos a los sistemas adversariales paradigmáticos del *common law* y ajeno en buena medida a un proceso regido por el principio de legalidad como el nacional. En éste, el juez no es un árbitro desinteresado en la mayor o menor correspondencia entre lo decidido y lo que de la evidencia recogida aparezca ser la verdad material, o entre la pena convenida y la que proviene de la correcta aplicación de la ley penal sustantiva y adjetiva, sino que muy por el contrario, un órgano comprometido con su máximo desarrollo en el proceso.

Tales controles procesales sirven de amparo a la garantía de la exclusividad de la función jurisdiccional como a la vigencia del principio de legalidad, garantía y vigencia que se ponen en riesgo cada vez que dichos controles no se prevén en la ley, o conteniéndolos ésta no se actualizan por los tribunales ante un ejercicio discrecional de la acción penal por parte del MP. Esto último, puede explicarse a la luz de la jurisprudencia revisada, por un apego exagerado al tenor literal de la ley procesal penal de parte de nuestros tribunales, que descuida la aplicación de los principios generales del derecho penal que informan nuestro homónimo sistema de justicia, los que de ser correctamente utilizados, contribuirían a entregar certidumbre y seguridad a los justiciables como a las demás partes en el curso y destino del proceso, resultado connatural a un sistema de justicia gobernado por el principio de legalidad.

Respecto de estos controles procesales ubicados al inicio y en el desarrollo de la investigación, el panorama es variopinto, pues, la posibilidad de evitar un discrecional archivo provisional se deja en manos

del ofendido mediante la interposición de una querrela, sin la cual el órgano jurisdiccional se ve impedido de intervenir; mientras que la decisión de no iniciar investigación por parte del MP está sometida a un control jurisdiccional que de ejercerse de manera intensa por los tribunales, evitaría que tras tal decisión se encubran razones de oportunidad no toleradas por la ley.

Más interesante, por cuanto más complejo, resultó el examen de la discrecionalidad con que el MP actualmente utiliza el instituto de la formalización de la investigación. Sobre esto se demostró que una querrela suficientemente definida respecto a los hechos atribuidos y a los responsables sindicados, y debidamente comunicada a éstos, puede cumplir una función equivalente de garantía a la asignada al acto de formalización, permitiendo de ese modo el forzamiento de la acusación por el querellante en aquellos casos en que el MP discrecionalmente se haya negado a formalizar, y en definitiva garantizando efectivamente el ejercicio de la acción penal que la Constitución reconoce a la parte querellante.

En lo que atañe a las llamadas en el ámbito forense como salidas alternativas, tanto en la suspensión condicional del procedimiento como en los acuerdos reparatorios y en el principio de oportunidad estricto, quedó establecido que los tribunales, no obstante la parquedad de la ley, tienen un deber derivado del principio de legalidad que rige el proceso penal nacional, de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de cada una de estas salidas, ya que de lo contrario el ejercicio obligatorio de la acción penal se verá eludido mediante una discrecional formulación de hechos por el MP que busque acomodarlos,

así como a su calificación jurídica, con el objeto de posibilitar alguna de estas salidas en situaciones que la ley no autoriza.

Y en lo referente a todas las decisiones administrativas que toma el MP en la etapa previa al juicio oral, la mayoría de las veces cargadas de discrecionalidad y poca legalidad, la actuación de la jurisdicción debe ser decidida para evitar una discrecional definición del destino del proceso, aun cuando dicha actuación quede supeditada a la iniciativa y participación del querellante. Así, frente a la clausura de investigación incompleta, el tribunal sólo puede ponerle remedio mediante la solicitud de reapertura de la parte querellante. En cambio, una petición de sobreseimiento está sujeta a aprobación judicial, instancia que le permite un estudio de mérito de dicha decisión, examen al cual no está sometida la decisión de no perseverar en el procedimiento, sin perjuicio que respecto de ésta –y también de aquella- es procedente el forzamiento de la acusación. Y si la acusación es incompleta al proponer los hechos o errónea al postular la calificación, ello puede subsanarse con la intervención de la querellante a través de su acusación particular.

Finalmente, y quizás el ámbito cuyo estudio y enmienda se reclama con más urgencia, es el de la justicia negociada, no sólo porque en sí tal planteamiento es totalmente incompatible con nuestra tradición y principios informadores de nuestro sistema penal, sino por el pandemónium en que se han transformado los procedimientos simplificado de resolución inmediata y juicio abreviado, pues lo único cierto y predecible, es la pena máxima que podrá imponerse al sentenciado, límite derivado de la propia competencia del tribunal para conocer y resolver mediante estos procedimientos especiales -540 días y

5 años de penas privativas de libertad, respectivamente-, mas, cuánta será la cuantía de la pena asignada en definitiva, ello hoy depende de la habilidad para negociar y regatear de las partes, así como de la mayor o menor tolerancia del órgano decisor respecto de esto, más que del mérito de los antecedentes, y de la verdad y justicia que funda las peticiones.

A tan desalentador panorama, se adicionan factores de *iure condito*, como tantas veces se ha mencionado, la imprevisión legal de herramientas precisas y suficientes para que el órgano jurisdiccional ponga atajo a las discrecionales postulaciones de hechos como de sus calificaciones jurídicas en el marco de los procedimientos enunciados, otra vez, simplificado de resolución inmediata y abreviado.

Con todo, fue evidenciado en este trabajo que el recurso a los principios generales del derecho penal, es una vía no suficientemente explorada por nuestra jurisprudencia, la que entrega de manera generosa instrumental idóneo para poner atajo al desborde de discrecionalidad observado por parte del MP, y al sofisma liberal que lo impulsa, y de esa manera resguardar el principio de legalidad, en las distintas modalidades aquí estudiadas.

Al plantear la normativización de estos controles procesales, o la necesidad de ejercerlos correctamente, no se pasa por alto que el derecho penal, sustantivo y adjetivo –si resulta todavía vigente esta disección-, debe evolucionar con el paso de los tiempos en estrecha vinculación con el contexto histórico y político de nuestra sociedad. En ese orden, no se cierran las puertas a respuestas menos agresivas y más acordes con la sociedad contemporánea, nada más se pretende que tal

evolución sea esencialmente crítica y valorativa, y no camine a merced del mero pragmatismo, la tecnocracia, y de espaldas a las aportaciones dogmáticas que deben servirle de justificación. De ese modo, se avanzará en estrecha colaboración, entregando una respuesta sistemáticamente acorde a principios irrenunciables en un sistema de justicia penal propio de un Estado de Derecho, respuesta que apremia para enfrentar los difíciles tiempos a que hace frente el *ius puniendi* del nuevo siglo.

Para terminar, como se ha manifestado y avalado a lo largo de este trabajo, las exigencias de apego y respeto a la legalidad en el ejercicio de la acción penal por parte del MP están lejos de ser hoy solamente un *desideratum*, tanto la doctrina como la jurisprudencia, a distintas velocidades como es habitual, están reaccionando frente a lo que parece ameritar una urgente revisión normativa, que como resultado de una pausada y profunda reflexión de la academia y de los operadores del sistema procesal, entregue herramientas efectivas, expeditas y ciertas a todas las partes interesadas, y sobre todo a los tribunales, para contribuir desde su rol y función en el proceso al interés público que hay detrás del ejercicio de la acción penal, y por sobre ello, que reflejen coherentemente la opción técnica del legislador en la configuración del proceso penal en armonía con la vigencia del principio de legalidad.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGUILAR, C. 2004. Manual de Derecho Procesal Penal Oral. Santiago, Metropolitana, T. I.
- AGUILERA, E. 1998. El “principio de consenso”. La conformidad en el Proceso Penal Español. 1ª ed., Barcelona, Cedecs.
- AGUILERA M. 2008. Regla de exclusión y acusatorio. En: BACHMAIER L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- ALCALÁ-ZAMORA, N. 1962. El Allanamiento en el Proceso Penal. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- ALSCHULER, A. 1968-1969. *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*. U. Chi. L. Rev. Vol. 36, pp. 50-112.
- ALTENHAIN, K. 2010. *Absprachen in German Criminal Trials*. En: STEPHEN, T. (ed.) *World plea bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham, Carolina Academic Press, pp. 157-197.
- ÁLVAREZ, A. 1997. El control de la acusación. Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 2 (2):15-32.
- AMBOS, K. 1998. El proceso penal alemán y la reforma en América Latina. Sta. Fe de Bogotá, Gustavo Ibáñez.
- AMBOS, K. y BOCK S. 2013. El Régimen Procesal de los Fiscales en los Tribunales Penales Internacionales. Madrid, Dykinson.
- ANDRÉS, P. 1990-93. El Ministerio Fiscal entre “viejo” y “nuevo” proceso. Revista de Ciencias Penales. N° especial Ministerio Público.
- \_\_\_\_\_. 1998. Por un Ministerio Público “dentro de la legalidad”. Nueva Doctrina Penal. 1998/B. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- ARMENGOT A. 2013. El imputado en el proceso penal. España, Arazandi.
- ARMENTA, T. 1991. Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España. Barcelona, PPU.
- \_\_\_\_\_. 1995. Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona, Bosch.
- \_\_\_\_\_. 2008a. Estudios sobre el proceso penal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni
- \_\_\_\_\_. 2008b. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. En: BACHMAIER L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 109-133.
- \_\_\_\_\_. 2010. Lecciones de derecho procesal penal. 5a edición. Madrid, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. 2012. Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta? Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. 2013. Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extrajurisdiccionales. En: ARMENTA T. (Coord.) La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada? Madrid, Marcial Pons.

- AROCENA, G. 2001. De la acusación, del *in dubio pro reo* y de la garantía del debido proceso. En: CAFFERATA, J. y Arocena, G. Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos). Córdoba, Mediterránea, pp. 171-202.
- ASENCIO, J.M. 1991. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. 1ª ed. Madrid, Trivium.
- \_\_\_\_\_. 2012. Derecho Procesal Penal. 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- AUGER, C. 1989. El principio de oportunidad, reglada. En: AAVV. La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 275-286.
- ÁVILA, C. "et al". 1999. El sistema procesal penal español. En: HENDLER, E. (dir.). Sistemas Procesales Penales Comparados. Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 51-132.
- BACHMAIER L. 2008. Acusatorio *versus* Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. En: BACHMAIER L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- BARONA, S. 1994. La conformidad en el proceso penal. Valencia, Tirant lo Blanch.
- \_\_\_\_\_. 2011. Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico. Valencia. Tirant lo Blanch.
- BARROS, L. "et al". 1994. El proceso penal chileno y su protección de los derechos del imputado. En: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Colección Estudios, N° 1. Santiago, pp. 47-179.
- BAUMANN, J. 1986. Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Trad. C. A. Finzi. Buenos Aires, Depalma.
- BECKER, H. 2009. Outsiders: hacia una sociología de la desviación. Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- BELING, E. 1943. Derecho Procesal Penal. Trad. M. Fenech. Barcelona, Labor s.a.
- BERNAL, C. 2005. El derecho de los Derechos. Bogotá, Colombia, Universidad del Externado de Colombia.
- BERZOSA, M.V. 2001. Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal. En: PICÓ I JUNOY, J. (Dir.) Problemas actuales de la Justicia Penal. Barcelona, Bosch, pp.13-24.
- BETTIOL, G. 1977. Instituciones de derecho penal y procesal. Trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona, Bosch.
- BINDER, A. 1993. Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica. En: AAVV. Reformas procesales en América Latina. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.
- \_\_\_\_\_. 1995. Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal. En: BUSTOS, J. (dir.). El Ministerio Público. Santiago, Conosur, pp. 176-191.
- \_\_\_\_\_. 1998. Reforma de la justicia penal y constitución: del programa político al programa científico. Cuadernos de análisis jurídico. Serie seminarios.(39):11-26.
- \_\_\_\_\_. 2000. Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Buenos Aires, AdHoc.
- \_\_\_\_\_. 2004. Introducción al derecho procesal penal. 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- BOFILL, J. 2000. El juicio oral. Preparación y desarrollo. En: AAVV. El Nuevo Proceso Penal Chileno. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 201-221.

\_\_\_\_2005. Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento. *Revista de Estudios de la Justicia*. (6):45-61.

BOHLANDER, M. 2012. *Principles of German Criminal Procedure*. Oxford and Portland, Oregon, United Kingdom. Hart publishing.

BORDALÍ, A. 2011. La acción penal y la víctima en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVII (2):513-545.

BOVINO, A. 1997. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Revista latinoamericana de política criminal*. (2):35-79.

\_\_\_\_1998. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2005. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. T.I. Santiago, LexisNexis.

BURGOS J. 2012. *Modelo y propuestas para el proceso penal español*. Sevilla, ePraxis.

BUSTOS, J. "et al". 1994. *El Proceso Penal Chileno*. En: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Colección Estudios, N° 1. Santiago.

BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. 1997. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. I. Madrid, Trotta.

\_\_\_\_2007. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. T.I. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.

CABEZUDO, N. 1996. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada, Comares.

CACHÓN M. 2013. Los modelos procesales civil y penal: perspectiva histórica. En: ARMENTA T. (Coord.) *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Madrid, Marcial Pons.

CAFFERATA, J. 2000. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto.

CARNELUTTI, F. [s.a.] *Cuestiones sobre proceso penal*. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro.

CAROCCA, A. 1997. Las garantías constitucionales en el sistema procesal chileno. *Ius et praxis*. 3 (2):145-226.

\_\_\_\_1998. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Barcelona, Bosch.

\_\_\_\_1999a. El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código Procesal Penal. *Ius et Praxis*. 5 (1):391-444.

\_\_\_\_1999b. Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno. *Ius et Praxis*. 5 (2):115-138.

\_\_\_\_2005. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª ed. Santiago, Lexis Nexis.

CASTRO, C. 2010. *Resabios Inquisitivos en el Proceso Penal Chileno*. Santiago, Metropolitana.

CEA, J.L. 2002. *Derecho Constitucional Chileno*. T.I. Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile.

CERDA, R. 2003. *Etapas intermedia, juicio oral y recursos*. Santiago, Librotecnia.

CERDA, R. y HERMOSILLA, F. 2003. *El procedimiento abreviado (Nuevo sistema procesal penal)*. Santiago, Metropolitana.



- \_\_\_\_\_. 2004. Código Penal. Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal. Santiago, Librotecnia.
- \_\_\_\_\_. 2006. El Código Procesal Penal. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia. 2ª ed. Santiago, Librotecnia.
- CEREZO, J. 2006. Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. T. I. Perú, Ara Editores.
- CHAHUÁN, S. 2007. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. 3a ed. Santiago, Lexis Nexis.
- CLARIÁ, J. [s.a.] Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, T. I.
- COBO, M. y VIVES, T.S. 1996. Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.
- CONDE-PUMPIDO, C. 1989. El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español. En: AAVV. La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 287-308.
- CORNEJO A. 2009. Derecho Procesal Penal. 4ª ed. Santiago, El Jurista.
- CORREA, C. y REYES, M. 2011. El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada. Derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORSO, P. 1993. *Italy*. En: VAN DEN WYNGAERT, C. (ed.). *Criminal procedure systems in the European Community*. London, Brussels, Dublin, Edinburgh, Butterworths, pp. 223-259.
- COUSO, J. 1998. Oportunidad versus legalidad: entre economía político-criminal, despenalización, prevención y principios garantistas. Cuadernos de análisis jurídico. (39): 183-195.
- CURY, E. 2000. La reforma procesal penal y la legislación penal. En: AAVV. El Nuevo Proceso Penal Chileno. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 297-305.
- \_\_\_\_\_. 2005. Derecho Penal. Parte General. 7ª ed. Santiago, Universidad Católica de Chile.
- DAMASKA, M. 2010. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*. En: STEPHEN, T. (ed.) *World plea bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham, Carolina Academic Press.
- DAVIS, K.C. 1969. *Discretionary Justice. A preliminary inquiry*. Louisiana State University Press. Baton Rouge.
- DAVIS, A. 2007. *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*. Oxford, University Press.
- DE DIEGO, L.A. 1989. El proceso penal abreviado. En: AAVV. La Reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 577-590.
- \_\_\_\_\_. 1997. La conformidad del acusado. Valencia, Tirant lo Blanch.
- \_\_\_\_\_. 1999. Justicia Criminal Consensuada (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE LA BARRA, R. 1999. Sistema Inquisitivo versus Adversarial; Cultura legal y perspectivas de la Reforma Procesal en Chile. *Ius et Praxis*. 5 (2):139-191, 1999.
- DE LA FUENTE, F. 2000. Acusación y sobreseimiento. En: AAVV. El Nuevo Proceso Penal Chileno. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 185-199.

DE LA OLIVA, A. "et al". 1999. Derecho Procesal Penal. 4ª ed. Madrid, Ed. Centro de Estudios Areces s.a.

DE URBINA, I. 2012. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal. En: MONTIEL, J.P. (ed.) La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Marcial Pons.

DEL RÍO, C. 2008. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*. 35 (1): 157-182.

\_\_\_\_2009a. Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación). Santiago, Jurídica de Chile.

\_\_\_\_2009b. Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Paralelismos con la situación chilena. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. XXII (1):203-233.

\_\_\_\_2009c. Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional. Santiago, Librotecnia.

\_\_\_\_2010. Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del derecho penal: El principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (34):349-383.

DELMAS-MARTY, M. (dir.) 2000. Procesos Penales de Europa. Trad. P. Morenilla A. Zaragoza, Edijus.

DIAS, H., LOUSTEAU, M. y TEDESCO, I. 1999. El sistema procesal penal francés. En: HENDLER, E. (dir.). *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 209-268.

DÍAZ, J.1996. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada, Comares.

DÍAZ, E. 1981. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 8ª ed. Madrid, Taurus.

DIEZ-PICAZO, L.M. 2000. *El poder de acusar, Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona, Ariel.

DUCE, M. [s.a.]. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. [en línea] Biblioteca Jurídica de la UNAM, México, pp. 175-210. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/jec/jec11.pdf>> [consulta: 11 diciembre 2012]

DUCE, M. y RIEGO, C. 2002. *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.

\_\_\_\_2009. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

\_\_\_\_[s.a.]. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

ESMEIN, A. 1913. *A History of Continental Criminal Procedure. With special reference to France*. Boston, Little Brown and Company.

EVANS, E. 1999. *Los Derechos Constitucionales*. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, T. II.

FAIRÉN, V. 1990. *Doctrina General del Proceso Penal*. (Hacia una teoría y Ley procesal generales). Barcelona, Bosch.

- \_\_\_\_\_. 1994. Tendencias actuales del derecho procesal penal. *Revista de Derecho Procesal*. (18):109-110.
- FALCONE, D. 2005. La absolución en el procedimiento abreviado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, pp. 363-378.
- FARRÉN, F. 2008. Procedimientos simplificado y abreviado en la actualidad. En: AAVV. Delito, pena y proceso. Santiago, Jurídica de Chile, pp. 679-697.
- FENECH, M. 1952. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1952.
- FERNÁNDEZ, M.Á. 2006. La nueva justicia penal frente a la Constitución. Santiago, LexisNexis.
- FERRAJOLI, L. 2001. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid, Trotta.
- FLORIÁN, E. s.a. *Elementos de Derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto-Castro. Barcelona, Bosch.
- FONTECILLA, R. 1978. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 2a ed. Santiago, Jurídica de Chile.
- GANDULFO, E. 1999. Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. vol. XX, pp. 415-474.
- \_\_\_\_\_. 2008. El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la *sobreprotección*. En: AAVV. Delito, pena y proceso. Santiago, Jurídica de Chile.
- GARCÍA, E. y Fernández, T-R. 2004. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12ª ed. Madrid, Thomson-Civitas.
- GARRIDO, M. 2000. La instrucción penal. Investigación y formalización de la instrucción. En: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 127-136.
- \_\_\_\_\_. 2001. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Jurídica de Chile, T.I.
- GERSHMAN, B. 1988. *The Prosecutor as a "Minister of Justice"*. N.Y. St. B.J. vol. 60, pp. 8-64.
- GIMENO, V., MORENO, V., CORTÉS, V. 1999. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid, Colex.
- GIMENO, V. 2012. *Derecho Procesal Penal*. España, Civitas, 2012.
- GOLDSTEIN, A. 1981. *The passive judiciary. Prosecutorial discretion and the guilty plea*. Louisiana State University Press.
- GOLDSCHMIDT, J. 1935. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona, Bosch.
- GÓMEZ, J-L. 1985. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, Bosch.
- \_\_\_\_\_. 1999. *El proceso penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Lima, Palestra Editores.
- \_\_\_\_\_. 2001. El Ministerio Fiscal ¿Eje de la Reforma Procesal Penal? En: PICÓ, J. (Dir.) *Problemas actuales de la Justicia Pena*. Barcelona, Bosch, 2001, pp. 25-37.
- GÓMEZ, E. y HERCE, V. 1987. *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid, Artes Gráficas y Ediciones.
- GÓMEZ-JARA C. 2013. *Loa procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista*. En: ARMENTA T. (Coord.) *La*

convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada? Madrid, Marcial Pons.

GUARIGLIA, F. 2000. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. En: AAVV. El Ministerio Público en el Proceso Penal. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 83-96.

GUASTINI, R. 2003. Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea. Ciudad Universitaria, México DF, Ediciones Fontamara S. A. y UNAM.

GUERRERO, S. 2009. El principio acusatorio. Pamplona, Thompson Reuters, 2009.

HASSEMER, W. 1984. Fundamentos del Derecho Penal. Trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Barcelona, Bosch.

\_\_\_\_\_. 1988. La persecución penal: legalidad y oportunidad. Trad. M. A. Cobos Gómez de Linares. Jueces para la democracia. (4):8-11.

\_\_\_\_\_. 2003. Crítica al derecho penal de hoy. 2ª ed. Trad. P. Ziffer. Buenos Aires, Ad-Hoc.

HASSEMER W. y MUÑOZ CONDE F. 1989. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Sevilla, Tirant lo Blanch.

HERRERA, M. 2005. Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI, pp. 385-405.

HORVITZ, M.I. 1994. Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado. Revista Ciencias Penales. T. XL (2):27-40.

\_\_\_\_\_. 1997. Ministerio Público y selectividad. Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 2 (2):111-124.

HORVITZ, M.I. y LÓPEZ, J. 2005. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Jurídica de Chile, T. I y II.

HOYOS, M.T. 2005. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Revista de Derecho Procesal. (20):39-59.

HYMAN, J. 1980. *Bargaining and Criminal Justice*. Rutgers L. Rev. vol. 33, pp. 3-69.

ILLUMINATI G. 2008. El sistema acusatorio en Italia. En: BACHMAIER L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T. 2002. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. M. Olmedo. 5ª ed. Granada, Comares.

JIMÉNEZ, L. [s.a.] Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

KÜNSEMÜLLER, C. 2007. Las actuales relaciones entre derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo. En: ROMERO, A. (coord.) Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros. Santiago, LexisNexis, pp. 321-334.

LAFAVE, W. "et al". 2009. *Criminal Procedure*. 5ª ed. West, 2009.

LANGBEIN, J.L. 1974. *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*. *The University of Chicago Law Review*. 41(3): 439-467.

LANGER, M. 2004a. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. *Harvard International Law Journal*. Vol. 45, pp. 1-64.

\_\_\_\_\_. 2004b. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. En: HENDLER, E. (comp.). Las garantías penales y

procesales. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 243-250

\_\_\_\_\_. 2007. *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*. *American Journal of Comparative Law*. vol. 55, pp. 617-676.

LYNCH, G. 2002. *Prosecution: Prosecutorial Discretion*. En: DRESSLER, J. (ed.). *Encyclopedia of Crime & Justice*. 2ª ed. New York, Macmillan Reference USA, vol. 3, pp. 1232-1253.

McDONALD, W. 1986-87. *Judicial Supervision of the Guilty Plea Process: A Study in Six Jurisdictions*. *Judicature*. Vol. 70, pp. 203-215.

McNAUGHT, J. 1998. Inglaterra y Gales. En: MACIÁ, R. *Sistemas de Proceso Penal en Europa*. Barcelona, Cedecs.

MAIER, J. 1989. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires, Hammurabi, T. I, vol. B.

\_\_\_\_\_. 1993. *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica*. En: AAVV. *Reformas procesales en América Latina*. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, pp. 25-66.

\_\_\_\_\_. 2003. *Derecho Procesal Penal*. II. Parte General. Sujetos procesales. 1ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto.

MAIER, J., AMBOS, K., y WOISCHNIK, J. (Coord.). 2000. *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*. Buenos Aires, Ad Hoc.

MANSO, M. 2010. *El Ministerio Público*. En: AAVV. *Apuntes de Derecho Procesal Penal*. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral. 8ª ed. LegalPublishing, pp.1-34.

MAÑALICH, J.P. 2010. *¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?* En: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. *Informes en Derecho*. N° 7. pp. 41-66.

MANZANARES, F. 2005. En: VISMARA, S. (Coord.) *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*. Argentina, La Ley.

MARAFIOTI, L. 2008. *Italian Criminal Procedure: A system Caught Between Two Traditions*. En: JACKSON, J., LÁNGER, M., TILLERS, P. *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland, Hart Publishing, pp. 81-98.

MARTÍN, J. 2005. *El ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.

\_\_\_\_\_. 2013. *Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil*. En: ARMENTA T. (Coord.) *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?* Madrid, Marcial Pons.

MATURANA, C. 2005. *El Sobreseimiento*. *Revista de Derecho Procesal*. (20):337-367.

MATURANA, C. y MONTERO, R. 2010. *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Legal Publishing, T. I y II.

MATUS, J.P. 2000. *La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. *Revista CREA*. Universidad Católica de Temuco. (1):122-143.

MATUS, J.P. y VAN WEEZEL, A. 2003. *Artículos 50 a 73*. En: POLITOFF, S. y Ortiz, L. (Dir.) *Texto y comentario del Código Penal chileno*. Santiago, Jurídica de Chile, pp. 323-382.

- MAURACH, R., GÖSSEL, K., ZIPF, H. 1994. Derecho Penal. Parte General. 1. Trad. J. Bofill G. y E. Aimone G. Buenos Aires, Astrea.
- MEDINA, G. 2009. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. *Revista de Estudios de la Justicia*. (11):201-234.
- MEDINA R., MORALES, L. y DORN, C. 2007. Manual de Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Santiago, LexisNexis.
- MERA FIGUEROA, J. 1994. Comentario de Jorge Mera. En: AAVV. El Ministerio Público para una nueva justicia criminal. Fundación Paz Ciudadana, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, pp. 165-169.
- \_\_\_\_\_. 2004. Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial. En: Informe de Investigación N° 1 al 15, 1999-2003. Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago.
- MERA FIGUEROA, J. y CASTRO, Á. 2007. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema. Santiago, LexisNexis.
- MERCEDES, A. 2004. Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución. En: HENDLER, E. (comp.). Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 211-236.
- MINISTERIO PÚBLICO. Fiscalía Nacional. 2001. Reforma Procesal Penal: Instructivos Generales N° 26 a 50. Santiago, Jurídica de Chile.
- MONTERO, J. 2008. Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. España, Thomson Civitas, Editorial Aranzadi S.A.
- MONTERO, J., ORTELLS, M. y GÓMEZ, J. 1989. Derecho Jurisdiccional. Parte General. I. 2ª ed. Barcelona, Bosch.
- MONTERO, J., GÓMEZ, J, MONTÓN, A., y BARONA, S. 2013. DERECHO JURISDICCIONAL. III. Proceso Penal. 1991. Barcelona, Bosch.
- MONTESQUIEU. 1906. El espíritu de las leyes. Trad. Siro García del Mazo. T. I., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez.
- MONTIEL, J.P. 2012. El Principio de Legalidad y sus desafíos de siempre: la delimitación de la actividad judicial y de la dogmática jurídico-penal. En: La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución? Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Marcial Pons.
- MORAS, J. 2004. Manual de Derecho Procesal Penal. 6ª ed. Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot.
- MORENO V., CORTÉS, V. y GIMENO, V. 1997. Introducción al Derecho Procesal. 2ª ed. Madrid, Colex.
- MORENO, V. 1999. Presente y futuro del proceso penal español. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. T. XCVI, N° 2, pp. 69-90.
- MOROSI, G. "et al". 1999. El sistema procesal penal italiano. En: HENDLER, E. (dir.). Sistemas Procesales Penales Comparados. Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 133-208.
- MUÑOZ CONDE, F. 2001. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires, B de F.
- NÁQUIRA, J. "et al". 2008. Principios y penas en el derecho penal chileno. [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. núm.10-r2 <<http://criminnet.ugr.es/recpc>> [consulta: 10 diciembre 2011].
- NOVOA, E. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. 3ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, T. II.

NOVOA, J.P. 2004. Análisis de la facultad del Ministerio Público de no perseverar en la investigación. *Revista procesal penal*. (27):23-34.

NÚÑEZ, J.C. 2003. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

OLIVER, G. 2008. ¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del "Código Procesal Penal"? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXI, pp. 357-366.

OBBERG, H. 2000. Justicia penal negociada. *En*: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 157-166.

\_\_\_\_\_. 2010. *Derecho Procesal Penal. Proceso Penal Oral* *En*: AAVV. *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral*. 8ª ed. LegalPublishing, pp. 35-108.

ORELLANA, F. 2010. *Manual de Derecho Procesal*. 5ª ed. Santiago, Librotecnia, T. I.

ORTELLS, M. 1994. La Instrucción por el Ministerio Público (Reflexiones sobre el estado de la cuestión en derecho español). Ponencia en *Seminario internacional 'Justicia y sociedad'*. Organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y por la Procuraduría General de la República. Publicación: 'Justicia y sociedad', UNAM, México, pp. 465-494.

\_\_\_\_\_. 2000. Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la Unión Europea. *En*: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Dpto. de Derecho Procesal. Universidad de Concepción, pp. 307-344.

OTERO, M. 2000. El Ministerio Público. *En*: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 57-99.

\_\_\_\_\_. 2005. El Principio de oportunidad y salidas alternativas. *Revista de Derecho Procesal*. (20):295-336.

PECCHI, C. 2000. El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. *En*: AAVV. *El Nuevo Proceso Penal Chileno*. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 167-183.

PERAZZO, P. 2005. La acción en el Nuevo Proceso Penal. *Revista de Derecho Procesal*. (20):257-268.

PEREIRA, H. 1996. *Curso de Derecho Procesal*. Santiago, Conosur.

\_\_\_\_\_. 2009. Naturaleza del Ministerio Público y de sus funciones. *En*: NOGUEIRA, H. (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Santiago, Librotecnia.

PIEDRABUENA, G. 2000. *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Santiago, Fallos del Mes.

\_\_\_\_\_. 2003. La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal. Santiago, Fallos del Mes.

\_\_\_\_\_. 2009. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal. *Revista de derecho. Consejo de Defensa del Estado*. (21):69-94.

\_\_\_\_\_. [s.a.]. Control Judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del C.P.P.). [en línea] < [http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/37619281-b7ff-4923-aa67-ba43abd267c0/Rev+23\\_5+control+judicial+anterior+a+la+formalizacion+de+la+investigacion.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/37619281-b7ff-4923-aa67-ba43abd267c0/Rev+23_5+control+judicial+anterior+a+la+formalizacion+de+la+investigacion.pdf?MOD=AJPERES) > [consulta: 21 noviembre 2011], pp. 9-38.

- POLITOFF, S., MATUS, J.P., y RAMÍREZ, M.C. 2004. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile.
- PRADA, J.R. 1998. España. En: MACIÁ GÓMEZ, Ramón. Sistemas de Proceso Penal en Europa. Barcelona, Cedecs, pp. 91-124.
- PIZZI, W y MARAFIOTI, L. 1992. *The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation*. Yale Journal of International Law. Vol.17 (1):1-40.
- PIZZI, W. 2004. Juicios y mentiras. Trad. C. F. Gallardo. Madrid, Tecnos.
- PRIETO-CASTRO, L. y GUTIÉRREZ, E. 1982. Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Madrid, Tecnos.
- QUINTERO, G., MORALES, F. y PRATS, M. (colaboradores). 1996. Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde al Nuevo Código Penal de 1995). Barcelona, Cedecs.
- QUINTERO, M. y POLAINO-ORTS M. 2010. Una visión sistémica del Proceso Penal y de los Principios del Sistema Acusatorio. En: AAVV. Principios del Sistema Acusatorio. Perú, Ara.
- RAUXLOH, R. 2010-11. *Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle?* *Fordham Int'l L.J.* 34, pp. 296-331.
- RICO, J. 1997. Justicia penal y transición democrática en América Latina. México, Siglo Veintiuno editores.
- RIEGO RAMÍREZ, C. 1993. Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno. En: AAVV. Reformas procesales en América Latina. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria.
- \_\_\_\_\_. 2000. Chile. En: MAIER, J. "et. al". (Coord.) Las Reformas Procesales Penales en América Latina. Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 167-195.
- RODRÍGUEZ, N. 1997a. El consenso en el proceso penal español. Barcelona, JMB.
- \_\_\_\_\_. 1997b. La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado. Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca.
- ROSETT, A. 1972-1973. *Discretion, Severity and Legality in Criminal Justice*. S. Cal. L. Rev. vol. 46, pp. 12-50.
- ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Trad. D.M. Luzón, M. Díaz y García y J. de Vicente. Madrid, Civitas.
- \_\_\_\_\_. 2000. Derecho Procesal Penal. Trad. G. Córdoba y D. Pastor. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K. 1989. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Barcelona, Ariel.
- RUDNICK, C. 2007. La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación judicial de la pena. 2ª ed. Santiago, LexisNexis.
- RUIZ, E. 1994. El Principio Acusatorio y su Proyección en la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Madrid, Actualidad Editorial.
- \_\_\_\_\_. 1995. Estudios de Derecho procesal penal. Granada, Comares.
- RUSCONI, M. 2000. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público. En: AAVV. El Ministerio Público en el Proceso Penal. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 97-110.
- SÁEZ, J. 2007. Controles judiciales en los procedimientos convencionales. Revista procesal penal. (55):9-25.
- SALAS, J. 2009. Problemas del proceso penal. Santiago, Librotecnia.



SARRABAYROUSE, E. 2012. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración. En: MONTIEL, J.P. (ed.). La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, Marcial Pons.

SANTI, R. 1964. Fragmentos de un Diccionario Jurídico. Trad. S. Sentis y M. Ayerra. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

SCHMIDT, E. 2008. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Trad. J. Nuñez. Córdoba, Argentina, Lerner Editora SRL.

SCHÖNE, W. 1994. Derechos humanos y procedimientos penales: pautas del procedimiento penal alemán. En: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Colección Estudios, N° 1. Santiago, pp. 601-636.

SCHÜNEMANN, B. 2002. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid, Tecnos, pp. 288-302.

SERRA, M. 1969. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel.

SILVA, A. 2002. Tratado de Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, T.VIII.

SILVA, J.M. 2008. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. Universidad Externado de Colombia. 29 (86-87):149-171.

SOLARI, T. 1999. Presupuestos teóricos del Ministerio Público. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. vol. XX, pp. 475-488.

SOLÉ J. 2013. Convergencias y divergencias entre los procesos civil y penal. Perspectiva del abogado civilista. En: ARMENTA T. (Coord.) La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada? Madrid, Marcial Pons.

SOTO, M. 1994. Ministerio Público y Política Criminal. En: AAVV. El Ministerio Público para una nueva justicia criminal. Fundación Paz Ciudadana, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, pp. 135-157.

TAVOLARI, R. 1988. Necesidad inmediata de una reforma procesal penal. Gaceta jurídica. (91):3-7, año XIII.

\_\_\_\_\_. 2000. De la prueba. Sistema probatorio. Medios de prueba. Valor probatorio. En: AAVV. El Nuevo Proceso Penal Chileno. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Dept. de Derecho Procesal, pp. 137-156.

\_\_\_\_\_. 2005. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

TRILLO J. 2008. El fiscal en el nuevo proceso penal. Granada, Comares.

VALDÉS, R. 2010. Libro II del Nuevo Código Procesal Penal. En: AAVV. Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el Proceso Penal Oral. 8ª ed. LegalPublishing, pp. 165-218.

VAN WEEZEL, A. 1997. Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. Revista Chilena de Derecho. 24 (3):459-502.

\_\_\_\_\_. 2001. Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal. *Ius et Praxis*. Año 7 (2):401-407.

VARGAS, J.E. 1994a. El Ministerio Público en el proceso penal, a la luz de la sensación de crisis en la justicia criminal. En: AAVV. El Ministerio Público para una

nueva justicia criminal. Fundación Paz Ciudadana, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, pp. 189-201.

\_\_\_\_1994b. Reforma Procesal Penal en América Latina: La adecuación de las legislaciones al Programa de los Derechos Humanos. En: Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago.

VERDUGO, M., PFEFFER, E. y NOGUEIRA H. 1999. Derecho Constitucional. 2ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, T.II.

VOGLER R. 2008. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. En: BACHMAIER L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.

VORENBERG, J. 1976. *Narrowing the Discretion of Criminal Justice Officials*. Duke L.J. (4):651-697.

WEIGEND, T. 2002. *Prosecution: Comparative Aspects*. En: *Encyclopedia of Crime & Justice*. 2ª ed. New York, Macmillan Reference USA, vol. 3, pp. 1232-1242.

\_\_\_\_2008. *The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*. En: JACKSON, J., LANGER, M., y TILLERS, P. (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*. Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 39-64.

ZAGREBELSKY, V. 1990-1993. Independencia del ministerio público y obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Ciencias Penales*. N° especial Ministerio Público, pp. 112-136.

Sitios consultados en internet:

[\\_www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

[\\_www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

[\\_www.corteidh.or.cr/index.cfm](http://www.corteidh.or.cr/index.cfm)

[\\_www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx](http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx)

[\\_www.cps.gov.uk/publications/code\\_for\\_crown\\_prosecutors/](http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/)

[\\_www.ussc.gov/guidelines/2010\\_guidelines/ToC\\_PDF.cfm](http://www.ussc.gov/guidelines/2010_guidelines/ToC_PDF.cfm)

[\\_www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf](http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf)