



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

ALTERNATIVAS DE LA VÍCTIMA AL PROBLEMA PRÁCTICO DE LA NO FORMALIZACIÓN ARBITRARIA

MARÍA JESÚS GUTIERREZ BRAGHETTO
MAGDALENA DEL PILAR MERY CÁMBARA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Ríos Álvarez

Santiago, Chile

2017

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN:	1
CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL. SISTEMA PROCESAL ANTIGUO Y VIGENTE.	3
1.1. Antes de la Reforma Procesal Penal:.....	7
1.2. Después de la reforma procesal penal:.....	12
CAPÍTULO 2: Principios del nuevo proceso penal, el ministerio público, el querellante y la víctima.	19
2.1. Principios que inspiran el nuevo proceso penal.	19
2.2. El Ministerio Público.	23
2.3. La Víctima	25
2.4. El querellante	31
CAPÍTULO 3: FORMALIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL.	34
3.1. Oportunidades de formalización que el fiscal tiene en el proceso penal: 34	
3.2. Aplicación práctica del artículo 186 del Código Procesal Penal:	37
3.3. Constitucionalidad de la formalización Arbitraria:.....	39
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6436-07 ...	40
4.1. Fundamentos en los que se sustenta el proyecto:	41
4.2. Argumentos de la Corte Suprema para declarar desfavorable este proyecto:	42
4.3. Argumentos que, según nuestro criterio, pueden aplicarse para refutar la tesis de la Corte.	42
CONCLUSIÓN:	44
BIBLIOGRAFÍA	46

INTRODUCCIÓN:

El sistema procesal penal chileno experimentó hace 16 años una reforma única en nuestro país, pasando de un sistema de corte tradicional inquisitivo en donde uno de los sujetos procesales más débiles era la víctima, a un sistema acusatorio, en el que se fortalece a este sujeto procesal. Lo anterior, se ve reflejado en la amplia gama de facultades y derechos que se le otorgan a la víctima en el art. 109 del Código Procesal Penal, el cual, al no ser taxativo, refleja la clara intención del Legislador al momento de la Reforma; de darle a ésta un rol más participativo durante el proceso, haciendo valer sus derechos.

Al instaurarse la Reforma Procesal Penal parcialmente en el año 2000 y ya en el año 2005 en la Región Metropolitana, aplicándose a la totalidad del país; las irregularidades del sistema anterior fueron abarcadas con profundo éxito, un claro ejemplo de ello es la instauración del principio de presunción de inocencia. Es de real importancia dejar claro que este proceso ya concluido ha mejorado la calidad y eficacia de nuestro Sistema Procesal Penal.

Hemos de dejar en claro desde ya, que en este sistema de corte acusatorio y oral, se presenta una problemática que nos hemos propuesto abarcar en el desarrollo de nuestra memoria, siendo nuestro objetivo principal solucionar el caso particular en el que se encuentra la víctima de un delito que está siendo investigado por el Ministerio Público; el cual no ha llegado a ser formalizado, siendo que las circunstancias eventuales facultaban al fiscal para formalizar en forma plausible. Lo anterior se explica, cuando no proceden los requisitos para la no formalización arbitraria que tiene el fiscal en ciertos y determinados casos, y a pesar de ello, el fiscal no formaliza en el plazo establecido. Es evidente a nuestro juicio que queda la víctima del delito desamparada en esta situación y a simple vista no hay nada que pueda hacer respecto de la decisión que tomó el fiscal acerca de la no formalización. La única solución a esta problemática que contempla el Código es en el artículo 186, el cual de alguna manera permite “obligar” a los fiscales a formalizar; es evidente como lo explicaremos en el desarrollo de esta memoria,

que esta es una mera solución de papel, ya que no hace frente efectivamente al problema planteado.

Creemos que es importante conceptualizar que se entiende por no formalización arbitraria, ya que, será una constante dentro de esta memoria. No existe un concepto legal sobre la no formalización arbitraria, por lo que para poder interpretarla correctamente hay que dejar en claro cómo se define o que es la formalización arbitraria, la cual, podríamos entenderla como las situaciones en las que el fiscal a cargo de la causa, formaliza al imputado sin existir fundamento plausible para ello. Por otra parte, al hablar de no formalización arbitraria nos referimos a toda vez que los fiscales del ministerio público debiendo formalizar, no lo hacen, sin encontrarse en la situaciones de excepción que les permiten no realizar esta gestión.

De acuerdo a nuestro criterio, el Sistema Procesal Penal no pudo haber realizado una reforma tan drástica y, aun así dejar de brazos cruzados a la víctima en este caso puntual. Por eso es que en el transcurso de esta memoria buscamos darle alternativas a la víctima para poder hacer valer sus pretensiones. Dentro de estas alternativas, analizaremos un proyecto de ley, Boletín N° 6436-07 el cual le da la oportunidad al querellante para enfrentar este problema práctico; evitando así que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva amparado en nuestra Constitución en el artículo 19 n°3.

CAPÍTULO 1: MARCO TEÓRICO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL. **SISTEMA PROCESAL ANTIGUO Y VIGENTE.**

Para comenzar a desarrollar esta materia, debemos realizar una introducción respecto a la teoría procesal penal, sus conceptos básicos y funcionamiento genérico; para luego poder entrar a desglosar las ramas que este derecho contiene.

El derecho procesal penal se encarga de estudiar las normas y los procedimientos aplicables cuando se suscitan conflictos de naturaleza criminal, dicho de otra forma, es una rama del derecho público cuya función principal es establecer y estudiar las normas que rigen los procedimientos que administran a los organismos con competencia penal. *“El procedimiento penal implica, desde una perspectiva funcional, la asunción de dos cuestiones: primero, la producción de una decisión definitiva para la solución de un conflicto determinado y, segundo, que la misma genere un efecto vinculante (Verbindlichkeit) como consecuencia de su legitimación formal a través del procedimiento mismo que impida cualquier protesta de irrazonabilidad o arbitrariedad en su contra.”¹*

En Chile hasta antes de la reforma procesal penal, es decir, hasta antes de la dictación del Código Procesal Penal, regía el Código de Procedimiento Penal. Este proceso se basaba en un sistema inquisitivo, en que existían diversas irregularidades, una de estas consistía en la presunción de culpabilidad respecto del imputado, esto quiere decir que debía acreditar su inocencia; otro de los grandes problemas que presentaba este sistema inquisitivo era la falta de imparcialidad. Para efectos de demostrar lo anteriormente señalado hay que recurrir al Código de Procedimiento Penal. El artículo 252 (274) de este cuerpo legal, se señala: *“Por la detención se priva de libertad por breve tiempo a un individuo contra quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un*

¹ LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. I. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Pág. 25.

delito, o a aquél contra quien aparece motivo que induzca a creer que no ha de prestar a la justicia la cooperación oportuna a que lo -obliga la lei para la investigación de un hecho punible". Por otro lado, el artículo 272 (294) del cuerpo legal en comento, señala: "La detención no podrá durar, en ningún caso, más de 5 días, i terminará, aún antes de ese plazo (...)"².

Claramente según nuestra opinión, se ve reflejado el peso del sistema inquisitivo en nuestro antiguo sistema, ya que el inculpadado podía estar detenido hasta 5 días antes de ser puesto a disposición del juez competente; sabemos que hoy en día gracias al nuevo sistema acusatorio, la detención podrá durar 24 horas para ser puesto ante el juez de Garantía o ante un Tribunal de Juicio ante un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Con el pasar de los años, específicamente a fines de la década de los años noventa, surge un sistema reformista, cuya principal consecuencia fue la instauración de un sistema acusatorio, siendo la antítesis del sistema inquisitivo que había regido en nuestro país durante tantos años; con el nuevo sistema acusatorio ya no se presumía la culpabilidad del imputado sino que todo lo contrario, se basó en el principio de presunción de inocencia; éste junto a otros principios como lo son el principio de oficialidad y el principio de legalidad, que se analizarán en detalle más adelante, pasaron a ser la base del nuevo proceso penal en nuestro ordenamiento jurídico.

"Si bien la nueva regulación no abandona completamente ciertos rasgos inquisitivos, establece las bases de un proceso penal acusatorio que irá consolidándose a medida que arraiguen sus componentes más expresivos,

² BIBLIOTECA del Congreso Nacional, 1906. *Ley 1853 Código de Procedimiento penal de la República de Chile*. [Citado el: 04 de Julio de 2016.] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>>

proceso que evidentemente posee una dimensión jurídica pero que también requiere cambios políticos y culturales importantes.”³

Para poder ahondar en esta memoria de una manera clara y precisa se adjuntará un esquema que contiene las etapas del proceso penal.⁴

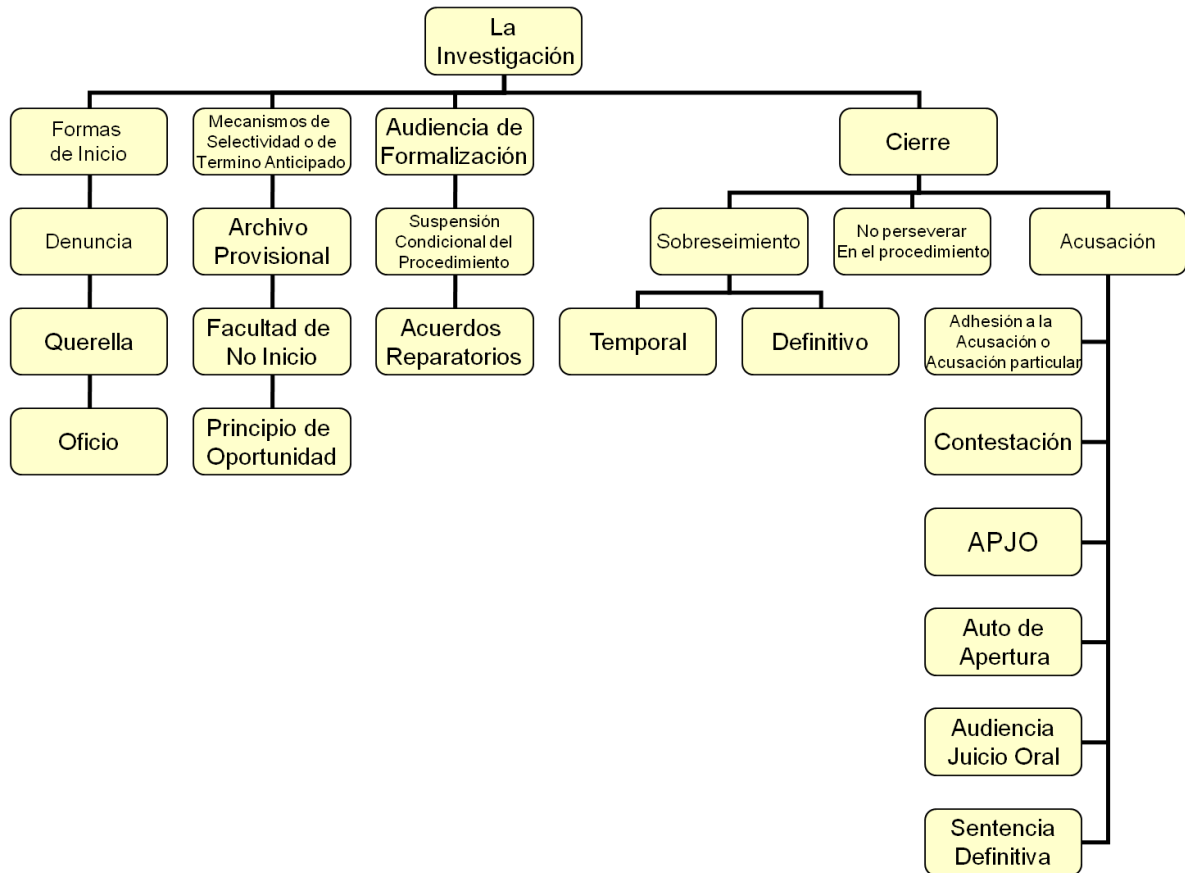


ILUSTRACIÓN 1 ETAPAS DEL PROCESO PENAL

³ LÓPEZ, J. y HORVITZ , M. I. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I.*Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Págs. 23-25.

⁴ RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, 2015. Esquema tomado de los apuntes de clases de la cátedra de derecho procesal penal.

Es de real importancia preguntarse, ¿quiénes forman parte de este proceso penal? En primer lugar hay que señalar quienes son los sujetos procesales en el sistema procesal penal, estos son: El Ministerio Público, la Policía, los Tribunales, el Imputado, el Defensor, la Víctima y el Querellante. Dentro de estos siete sujetos procesales encontramos cinco intervinientes, es necesario señalar que interviniente es aquel sujeto procesal que interviene ante los tribunales. Tras haber señalado lo anterior podemos decir que los intervinientes son: El Ministerio Público, el Imputado, el Defensor, la Víctima y el Querellante. Dentro de este estudio se le dará especial énfasis al Ministerio Público, y a la Víctima.

El Ministerio Público nace con la reforma procesal penal con la dictación de la Ley N° 19.640 que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, el artículo 1° de la ley en comento señala: *“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales.”*⁵

Es necesario indicar que este organismo autónomo está compuesto, por el Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los Fiscales adjuntos, es a través de ellos que se ejecuta la acción penal pública, ya que, ésta se ejerce estricto sensu con la acusación que hace el Fiscal del Ministerio Público.

Otro de los intervinientes que se debe estudiar a cabalidad es la víctima; el artículo 108 del Código Procesal Penal indica: *“Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:*

⁵ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. *Ley Orgánica Constitucional 19640 del Ministerio Público*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437>>

a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;

b) a los ascendientes;

c) al conviviente,

d) a los hermanos, y

e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.”⁶

Cabe preguntarse entonces ¿Quién es el ofendido por el delito? En respuesta a esta interrogante podemos decir que el ofendido por el delito es el titular del bien jurídico protegido que ha sido vulnerado con la comisión del hecho ilícito.

1.1. Antes de la Reforma Procesal Penal:

El Código de Procedimiento Penal rigió en Chile a partir del primero de marzo de 1907. Fue prácticamente un siglo en el que este código se encontraba vigente, en este cuerpo legal se amparaba en un sistema de corte inquisitivo, y se basaba en fundamentos que van desde la escrituración hasta la presunción de culpabilidad del imputado. De hecho, en este sistema procesal es importante recalcar que si existían instituciones que actualmente siguen en pie, pero que han experimentado grandes modificaciones y avances a lo largo de la historia; siendo la mayor modificación la connotada Reforma Procesal Penal del año 2000.

Para entrar a analizar el sistema procesal antiguo hay que remitirse al propio código y detallar cuales son las principales diferencias con el sistema actual. En primer término, cabe mencionar que las acciones que se interponían en los tribunales competentes de la época, las cuales pueden ser civiles y penales, serán deducidas ante el mismo juez que conozca del respectivo proceso penal, salvo en

⁶ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

el caso de que la acción sea puramente civil y tenga como finalidad perseguir únicamente esta clase de responsabilidad, a través de la restitución de la cosa. Así también, cuando esta misma clase de acción se ejerza separadamente de la penal, deberá remitirse al artículo 167 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a quien practicaba las diligencias de investigación e instrucción era en esos tiempos, el tribunal competente para conocer del procedimiento penal quien tenía esta facultad; eran los juzgados de letras o del crimen, respecto del delito que se cometía en su territorio jurisdiccional, así lo establece el Código de Procedimiento Penal. Las primeras diligencias que estaba obligado a realizar el tribunal estaban establecidas en el artículo séptimo inciso primero del código: *“Dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación de los delincuentes, decretar el arraigo de los inculpados cuando proceda y detenerlos en su caso, procediendo a la detención con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2° y 5° del Título IV Primera Parte del Libro Segundo y resolver sobre la libertad de los detenidos”*.⁷

Cabe preguntarse cuál será la protección que se le dará a los perjudicados, sean estas víctimas o testigos que colaboren con el juicio. Esto también lo soluciona el artículo precedente en su inciso segundo *“Para estos efectos, el juez de prevención dispondrá la atención prioritaria del ofendido por los servicios públicos pertinentes, decretará su Art. 1° N° 2 resguardo policial o el de los testigos, interrogará a estos últimos y a los inculpados, y practicará los careos y reconocimientos que fueren necesarios.”*⁸

Ahora bien, retomando el tema de los tribunales competentes, se dictamina que será la Corte de Apelaciones de Justicia quien establece un sistema de jueces de turno para atender las primeras diligencias de la etapa de instrucción. Por su

⁷ LONDOÑO, Fernando y otros, *Reforma Procesal Penal: génesis, Historia sistematizada y concordancias TOMO I*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pgs. 360-363;

⁸ LONDOÑO, Fernando y otros, *Reforma Procesal Penal: génesis, Historia sistematizada y concordancias TOMO I*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003. Pgs.375-389.

parte, serán los jueces de letras quienes ejecutarán todas las actuaciones necesarias para la investigación del hecho punible sin necesidad de autorización de su superior jerárquico.

En materia de acción penal pública es bastante connotado el tema, antiguamente, esta acción se concedía de acuerdo al delito que se haya cometido y según este parámetro, también se basaba la competencia de los juzgados del crimen. Esa clase de acción, dice el código, puede ser ejercida por toda persona capaz de comparecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban ser perseguidos de oficio. Esto es relevante, dado que hoy es solo el Ministerio Público quien tiene la acción penal pública de los delitos y es el único órgano capacitado para investigar los delitos que sean cometidos, sin distinguir en su clase o bien jurídico protegido como si lo hacía el sistema anterior. Es menester señalar que a pesar de que la norma relativa al ejercicio de la acción penal pública es bastante genérica, el Código de Procedimiento Penal también establece ciertas limitaciones concordantes a quienes no pueden ejercer esta misma acción, esto lo señala el artículo 16 y 17:

“Art. 16. No puede ejercitar la acción pública penal:

1° El que fuere criminal o civilmente responsable del delito materia del proceso;

2° El procesado o condenado por delito de igual o mayor gravedad que aquel de que se trata; y

3° El que ha perjurado o recibido paga por acusar, en el mismo juicio o en otro distinto.

Pueden, sin embargo, las personas designadas en los números 2° y 3°, ejercitar la acción pública por delitos cometidos contra ellas o contra sus ascendientes, descendientes, o hermanos legítimos o ilegítimos.

Art. 17. Tampoco pueden ejercitar entre sí acción penal, sea pública o privada:

1° Los cónyuges; a no ser que por delito que el uno hubiere cometido contra la persona del otro o contra la de sus hijos, o por el delito de bigamia.

2° Los consanguíneos legítimos o naturales en toda la línea recta, los colaterales hasta el 4° grado ni los afines hasta el 2°; a no ser por delitos cometidos por los unos contra la persona de los otros, o la de su cónyuge o hijos”⁹

Es de suma importancia determinar que en este procedimiento penal de corte inquisitivo existió una amplia regulación respecto de la acción penal pública y de cómo el oficial del Ministerio Público es quien, sometido a una serie de normas relativas al ejercicio de sus funciones, revisa los fallos del tribunal inferior, determinando si se puede o no seguir con la acción pública en el caso particular. Son a su vez, los fiscales de las cortes de apelaciones quienes también tienen un rol específico en este ámbito, dado que siempre podrán intervenir en primera instancia en los juicios criminales de acción pública.

Por su parte, el querellante es quien juega un papel importante de acuerdo a lo que señalan los artículos del Código de Procedimiento Penal, más que el sujeto procesal de la víctima, ya que esta última, prácticamente no se menciona en este cuerpo legal. El mencionado querellante también tiene facultades respecto de la acción penal, sin distinción alguna. Aun así, el artículo 30 del Código sujeto a análisis, distingue la actuación de las acciones referidas, dependiendo si se trata de una pública o una privada. Señala el artículo: “(...) *Si la acción fuere pública, el juicio seguirá adelante, constituyéndose el Ministerio Público en parte principal, a falta de otro acusador particular.*

Si la acción fuere privada, podrá, además, ponerse término al juicio mediante una transacción. Pero el desistimiento o la transacción no producirá en ningún caso el efecto de que se devuelva la multa que hubiere sido satisfecha por vía de pena”.

Sin perjuicio del artículo precedente, el querellante podrá renunciar o desistirse a seguir con la acción penal y en este caso deberá comparecer ante el tribunal para la instrucción del proceso y con el desistimiento surge automáticamente el sobreseimiento definitivo de la causa. Esto último parece lógico, ya que no puede

⁹LONDOÑO, Fernando y otros, *Reforma Procesal Penal: génesis, Historia sistematizada y concordancias TOMO I*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003. Págs. 552-565.

seguir adelante un procedimiento sin la existencia de uno de los intervinientes en juicio, el cual defiende los derechos e intereses de la víctima; el sobreseimiento del proceso traerá consigo el hecho de que las costas quedarán a cargo del querellante que se desiste de la acción penal. Es menester recalcar que si el querellado se opone al desistimiento del querellante, la ley impide su desistimiento y deberá seguir con el procedimiento de que se trate. La obligación que tiene el querellante respecto de determinadas causas no era en esta época “in tuito personae”, como se piensa comúnmente, sino que, tal y como lo establece el código, deberán los herederos del querellante continuar con la causa y serán responsables civilmente por las obligaciones que haya contraído el causante en su labor de querellante respecto del querellado.

Por su parte, el Ministerio Público jamás podrá desistirse de la acusación, solo podrá solicitar el sobreseimiento o absolución del inculpado en el caso concreto.¹⁰

¹⁰ FONTECILLA R. RAFAEL. *Tratado de Derecho Procesal Penal. TOMO III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978. Págs. 53 – 54 y 67.*

“607. Funciones Principales del Ministerio Público.

(...) Las funciones pueden reducirse a las siguientes:

- A) La función procesal-penal, que constituye la parte más relevante de su actividad;
- B) Las funciones procesales-civiles;
- C) Funciones inspectivas;
- D) Funciones administrativas
- E) Funciones superiores genéricas.

Nos referiremos a cada una de ellas.

A) FUNCIÓN PROCESAL-PENAL

Esta función emana del artículo 356 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone textualmente: “el ministerio público actuará como parte principal en las causas criminales por crimen o simple delito de acción pública seguidas ante los tribunales que establece el presente Código y en los demás casos previstos por las leyes.”

Y el artículo 365 del Código citado dice en su inciso 1º: “cuando el ministerio público obre como parte principal, figurará en todos los trámites del juicio”.

Por otra parte, el artículo 23 de Código de Procedimiento Penal dispone que: “los oficiales del ministerio público tienen obligación de ejercer la acción pública con respecto a todo delito que deba perseguirse de oficio. Si es delito es de aquellos que, para ser perseguido, necesita denuncia o requisición previa de la persona ofendida, la acción pública debe ponerse en ejercicio tan pronto como se presente la denuncia o requisición”. (...)

En doctrina, el Ministerio Público no puede ser considerado como parte, sin menoscabar su autoridad y desnaturalizar sus funciones.

La verdad es que se trata de un sujeto procesal que está sobre las partes. Él es acusador y representante del estado y de la ley. Él puede defender, también, los derechos del reo y, si puede ejercer su poder en beneficio de éste, no debe sostenerse que sea parte de éste juicio.

1.2. Después de la reforma procesal penal:

Con la reforma procesal penal y la creación del Ministerio Público, no deja de ser relevante destacar las facultades de las que este organismo gozará, realizando un trabajo más eficaz que el que se hacía con el sistema penal, y amparándose en ciertos criterios de agrupación, asignación, control y evaluación, regulados por las normas procesales. Hay que tener presente que para la creación de este nuevo organismo procesal, deberá restringirse el poder de otras instituciones, en un principio sin tener la claridad del origen de estas facultades para impartir justicia. El Ministerio Público en sus comienzos, plantea grandes interrogantes que fueron discutidas por los parlamentarios en los años de la reforma procesal penal, estas inquietudes principalmente se inferían del hecho de que no se sabía su ubicación institucional ni tampoco el rol que esta misma cumpliría en la investigación de los delitos. En suma, otro de los grandes propósitos del nuevo sistema es la oralidad, acabando de una vez con el sistema escrito, además de lograr un aumento en la imparcialidad y objetividad, principios que son base de nuestro actual Código Procesal Penal.

Es así como en la actualidad se presenta una instrucción informal del fiscal, quien realiza todas las diligencias que estén en sus manos para el esclarecimiento de los hechos, desde un perfil objetivo y fundamentándose siempre en el principio de inocencia del imputado. Así lo señala específicamente el artículo 77 del CPP, *“Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la*

El Ministerio Público tiene, ciertamente, vinculaciones con el reo, con el querellante, con el juez, vinculaciones que son, sin duda, relaciones jurídicas; pero estas relaciones son sui generis. El Ministerio Público será parte en cuanto participa en el juicio; pero esto no significa que participe con interés personal en la controversia jurídica”.

Además, el artículo 25 del C. de Procedimiento Penal prescribe que el Ministerio Público debe ser oído en todos los trámites del juicio, bajo sanción de nulidad de lo obrado; y, además, la Corte de Apelaciones debe hacerse cargo, en su fallo, de las observaciones y conclusiones formuladas por el fiscal (art. 514, inciso final del C.P.P).

Como se ve, la ley ha resguardado, cuidadosamente, *la calidad de parte* que tiene el Ministerio Público en los juicios criminales.”

*policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.*¹¹ Aquí hay que distinguir cada una de las funciones del fiscal. .

En primer lugar el hecho de ejercer la acción penal pública. Esto implica según lo que la ley establece, que la persecución de todo delito no sometido a regla especial alguna siempre deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público o las personas que la ley determine según lo que el Código Procesal Penal señale.

En segundo término, el hecho de realizar las diligencias que lleven al éxito de la investigación; no trae aparejado que el imputado sea privado de libertad, sino que lograr la justicia en el sentido de que el esclarecimiento de los hechos sea concordante con la realidad, y que efectivamente un imputado no sea sancionado sin un justo motivo que justifique su debida sanción. Por otro lado, hace referencia a las direcciones de la actuación de la policía, en relación a ello es menester señalar que es la policía quien realizará siempre las primeras investigaciones, y la idea principal en torno a este ámbito es lograr, en un lapso de tiempo prudente, un vínculo normativo común entre ambas instituciones, el Ministerio Público y la Policía. Es así como muchos senadores, entre ellos el Honorable Senador Larraín en el primer informe del anteproyecto de la Reforma Procesal Penal, concuerda con la opinión del profesor Pecchi, *“en cuanto a que el proyecto del Código de Procedimiento Penal cercenaría todas las facultades que tiene la policía para investigar de oficio, sin necesidad de esperar la orden judicial previa, a través de las leyes que modificaron el Código de Procedimiento Penal. Reconociendo el problema de que la dirección exclusiva de la investigación esta entregada al Ministerio Público, hay una suerte de constatación- a lo mejor no es propiamente una investigación-, hay medidas de resguardo que parecen necesarias para que se pueda investigar, porque de lo contrario esta posibilidad desaparece, por lo*

¹¹ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

*tanto, puede hacerse inoficiosa o ineficiente la acción posterior del ministerio público”*¹²

Dentro de este mismo aspecto, el primer informe de la comisión de la Cámara de Diputados, en materia de la dirección de la investigación, se manifiesta la idea de que deben limitarse las facultades de la policía para hacer investigaciones autónomas, dado que es la regla general que cuenten con la autorización previa del fiscal, y es por este mismo argumento que el organismo del Ministerio Público deberá dirigir y limitar a las instituciones policiales en cuanto a su función de investigación.

Uno de los principios fundadores por los que el fiscal debe guiarse para llevar a cabo la investigación es la objetividad, la cual también dio origen a extensas discusiones en el Senado y a las que vale la pena remitirse. De acuerdo a lo que señala el sentido y alcance de este principio, lo que no se espera es que el fiscal tome un rol neutro en la investigación, dado que se encuentra facultado para realizar todo lo posible para investigar y llegar a un resultado justo. Es en la propia comisión donde se plantea el cuestionamiento acerca de que si en realidad es el concepto “objetividad” el correcto para este caso, dado que suele confundirse con “imparcialidad” y es este segundo concepto al que no se quiere llegar. El fiscal no puede tener un rol imparcial o arbitrario respecto del caso que investiga, se hace referencia a la expresión objetividad dado que siempre debe velar por el fiel cumplimiento de sus obligaciones al margen de la ley y sobre todo ampararse en el principio de inocencia del cual goza toda persona, y respetar siempre las limitaciones que el Ministerio Público tiene, como lo que ocurre en el caso de que las facultades del Ministerio Público traspasen los derechos individuales de personas, siempre procederá intervención judicial previa para calificar la legalidad de la actuación realizada por el fiscal, de no tener este límite, esta institución se convertiría nuevamente en un sistema de corte inquisitivo.

¹² LONDOÑO, Fernando y otros, *Reforma Procesal Penal: génesis, Historia sistematizada y concordancias TOMO I*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003. pg.553

El Código de Procesal Penal actual conceptualiza al sujeto procesal de la víctima, interviniente que tiene bastante más relevancia que en el sistema procesal antiguo. Según la opinión del Honorable Senador Fernández: *“La víctima en el nuevo proceso penal es siempre considerada protagónica del proceso, con derechos y capacidad de participación en el procedimiento”*. Es clave para el desarrollo de esta tesis preguntarnos si realmente la opinión del Senador Fernández es efectiva, es decir, ¿Hoy realmente se le da un papel protagónico a este interviniente?

A continuación se desarrollaran diversos cuadros comparativos, para dejar más claro los principales cambios tras la Reforma Procesal Penal:

LAS PERSONAS DETENIDAS TIENEN CONTACTO DIRECTO CON EL JUEZ	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
El detenido es trasladado por las Policías directamente a un recinto penitenciario.	Las Policías deben poner a los detenidos en presencia del Juez de Garantía o de un Tribunal Oral en lo Penal, quien es el único autorizado para disponer dicho ingreso.
MAYOR RACIONALIDAD DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
Una persona puede permanecer detenida en un recinto penitenciario hasta por 5 días, sin estar procesada, ni haber visto al Juez.	Las Policías deben poner a los detenidos en presencia del Juez de Garantía o de un Tribunal Oral en lo Penal - dentro de un plazo máximo de 24 horas. El Juez puede prorrogar la detención hasta por tres días en casos fundados.
MEJOR REALIZACIÓN DEL DERECHO A DEFENSA EN JUICIO GARANTIZADO EN CONSTITUCIÓN	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
La comparecencia del abogado del procesado sólo es obligatoria desde la contestación a la acusación.	Se garantiza el derecho a defensa desde las primeras actuaciones del procedimiento, siendo requisito de validez la presencia del defensor en las más importantes.
SE ASEGURA EL DERECHO A DEFENSA LETRADA	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
Se permite la defensa en juicio a través de postulantes de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en muchos casos estudiantes sin titular.	Se garantiza el derecho a defensa a través de abogados de confianza o de la Defensoría Penal Pública.

TABLA 1 CUADRO COMPARATIVO DERECHO PROCESAL PENAL ANTIGUO Y VIGENTE

Respecto de la víctima:

MAYOR TRANSPARENCIA DEL SISTEMA JUDICIAL	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
Las víctimas no tienen acceso al Juez a cargo de su causa, y se relacionan con él a través de los actuarios.	Los Fiscales del Ministerio Público y los Jueces tienen el deber de recibir, atender y escuchar a la víctima cuando ésta lo solicite.
FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y DE LA CONFIANZA EN EL SISTEMA	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
No existe órgano que, por ley, tenga el deber de proteger a víctimas y testigos.	Los Fiscales del Ministerio Público tienen el deber legal de proteger a la víctima y testigos frente a hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de su familia.
MEJOR ATENCIÓN Y TRATO DIGNO A LA VÍCTIMA	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
El sumario es secreto y la víctima no tiene acceso fluido a información sobre el avance de su denuncia.	La víctima tiene derecho a ser informada por los Fiscales y los tribunales sobre el estado de la investigación y del juicio oral, sobre sus derechos y lo que debe hacer para ejercerlos.

TABLA 2 CUADRO COMPARATIVO DERECHO PROCESAL PENAL VICTIMA

Respecto del proceso:

MAYOR EFICIENCIA, AGILIDAD Y CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
El Juez del Crimen (quien a su vez emite sentencia) emite órdenes de investigar a la Policía de Investigaciones o Carabineros.	El Ministerio Público, a cargo de la instrucción en el nuevo proceso, dirige y coordina la labor policial durante la investigación.
SE ASEGURA ASÍ LA TRANSPARENCIA DEL PROCESO Y LA INMEDIACIÓN	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
El procedimiento es escrito, secreto en la etapa de sumario y mediado a través de actuarios.	Procedimiento oral, público y desformalizado en que las partes están ante el Ministerio Público, Juez de Garantía o Jueces de Tribunal Oral en lo Penal directamente, sin intermediarios.
MAYOR TRANSPARENCIA Y RESPETO A LA DIVERSIDAD CULTURAL	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
La víctima, el imputado y los testigos declaran al tenor de las preguntas del actuario, y sin asistencia de abogado.	Partes y testigos que no hablen castellano contarán con traductores. Deberán ser interrogados por Fiscal y Defensor ante el ó los Jueces, en términos claros y comprensibles.
SE ASEGURA EL TRATO DIGNO Y EL PRINCIPIO DE INOCENCIA	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
El Juez tiene la facultad de dictar auto de procesamiento en contra de un inculpado, esto es, formalizar que contra él se inicia un proceso de persecución penal.	Se reemplaza el procesamiento por la formalización de la investigación que no conlleva registro de antecedentes. Restringe la prisión preventiva a los casos realmente necesarios y amplía

	las medidas cautelares contra el imputado.
PRIMA EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
La acusación es dictada por el mismo Juez que investigó.	El Fiscal, estudiados los antecedentes de la investigación, acusa ante el Juez de Garantía, en presencia del Defensor.
SE ESTABLECE PROCEDIMIENTO ABREVIADO, CREANDO UNA JUSTICIA MÁS EFICIENTE, EFICAZ y TRANSPARENTE	
<i>ANTIGUO SISTEMA:</i>	<i>NUEVO SISTEMA:</i>
Todos los delitos, cualquiera sea la pena aplicable, reciben el mismo tratamiento procesal. La mayor parte de la prueba se recibe en el Sumario, que es secreto.	Las pruebas de testigos, peritos, material y de cualquier otro tipo, para que tengan valor, deben rendirse en el juicio oral y público.

TABLA 3 CUADRO COMPARATIVO DERECHO PROCESAL PENAL PROCESO

CAPÍTULO 2: Principios del nuevo proceso penal, el ministerio público, el querellante y la víctima.

2.1. Principios que inspiran el nuevo proceso penal.

Es de real importancia indicar que si bien, debido a la reforma procesal penal el sistema en que se basa el proceso penal en nuestro país es el acusatorio, tenemos un sistema dual, esto se debe a que aún encontramos casos en que rige el sistema inquisitivo anterior, debido a que existen algunas causas que se iniciaron con el procedimiento anterior y aun no acaban.

Tras haber dejado claro que actualmente nuestro proceso penal se sustenta en un sistema de carácter acusatorio, es necesario indicar cuáles son los principios en que se sustenta la persecución penal:

2.1.A. Principio de oficialidad:

Este principio consiste específicamente en que el Estado, a través de un organismo autónomo llamado Ministerio Público podrá iniciar de oficio la investigación de los hechos constitutivos de delitos.

María Inés Horvitz y Julián López en su libro titulado Derecho procesal penal chileno señalan que *“El principio de oficialidad expresa la idea de persecución penal pública de los delitos, esto es la noción de que estos pueden y deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona.”*¹³

¿Dónde encontramos consagrado el principio de oficialidad?

En primer lugar podemos encontrar la oficialidad consagrada en nuestra Carta Fundamental específicamente en su artículo 83, el que indica: *“Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley...”*¹⁴

Luego en el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se establece que: *“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito...”*¹⁵

¹³ LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. I. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Pág. 36.

¹⁴ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 2015. Decreto 100 *Constitución política de la República.* [Citado el 04 de Julio de 2016]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

¹⁵ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. *Ley Orgánica Constitucional 19640 del Ministerio Público.* [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437>>

En ambas normas que se han citado se ve claramente consagrada la oficialidad toda vez que se señala que será función del Ministerio Público dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, siendo esta la regla general.

2.1.B. Principio de presunción de inocencia:

Como señalamos con anterioridad, la presunción de inocencia es una de las grandes aristas que distinguen el sistema inquisitivo con el actual sistema acusatorio; siendo este principio uno de los que prima en la actualidad.

Básicamente consiste en que se presumirá la inocencia del imputado hasta que se pueda demostrar lo contrario; dicho de otra forma, no se podrá tratar ni tampoco considerar a la persona imputada como culpable de los hechos que se le imputan y que están siendo objeto de investigación hasta que exista una sentencia condenatoria que así lo demuestre y acredite.

2.1.C. Principio de legalidad:

*“El principio de legalidad enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio”.*¹⁶

Señalado lo anterior cabe preguntarse, ¿es efectivamente posible que el Ministerio Público cumpla con el principio de legalidad de manera perfecta? La respuesta a esto es negativa, ya que, en la práctica de una u otra manera se deberá optar, es decir, es insostenible la total aplicación de este principio, debido a que el sistema no da a vasto. Según la opinión de estudiosos en la materia, lo que debe hacerse es aplicar la legalidad dentro del margen de lo que puede abarcar nuestro sistema procesal penal, además será necesario crear herramientas que permitan descomprimir el sistema, tales como las salidas alternativas.

¹⁶ LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. I. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Pág. 46.

2.1.D. Principio de oportunidad:

Dicho principio consiste en que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho punible, inclusive ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, interrumpir, suspender o hacer cesar el curso de la persecución penal.

Esta facultad que se le da al Ministerio Público deberá siempre fundarse en una justificación, estas pueden ser razones de utilidad social o razones político – criminal.

Según el libro *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, encontramos dos objetivos fundamentales para la aplicación de dicho principio: *“El primero es la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación; el segundo es la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos, que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural, provoca la afirmación rígida del principio de legalidad.”*¹⁷

La consagración legal del principio objeto de análisis se encuentra en el artículo 170 del Código Procesal Penal el cual establece: *“Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán 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*

¹⁷ LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. I. *Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Pág. 48 - 49.

presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o que se tratara de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones...”¹⁸

Este principio es una norma de aplicación muy práctica, ya que, permite principalmente descongestionar el sistema, tal como se señala en el libro anteriormente citado.

2.2. El Ministerio Público.

El año 1999 comenzó a regir la ley orgánica constitucional N° 19640, que establece la creación del Ministerio Público, el cual es una base esencial para el nuevo sistema procesal penal acusatorio, rigiéndose por los principios específicos que detallamos con anterioridad. El Ministerio Público es un organismo que tiene objetivos específicos, como el de lograr la imparcialidad en el procedimiento, dado que es el fiscal, quien representando al Ministerio Público, investiga al imputado por el delito. No lo hace directamente el tribunal ni ningún otro ente, sino aquel que se preocupa específicamente de esa materia ejerciendo la acción penal.

Según lo que señala el Doctor en Derecho Alex Carocca. *“Hasta ahora no se contaba en nuestro país con esta clase de fiscales ni con un organismo al que pertenecieran, de modo que su creación constituía uno de los mayores desafíos de la instalación de una reforma procesal penal que permitiera tramitar procesos justos, lo que necesariamente supone tribunales imparciales.”¹⁹*

Otra de las principales facultades del Ministerio Público es la de investigar al imputado por el delito que se le atribuye responsabilidad. Esta atribución es absolutamente exclusiva de este órgano, además de, tras la investigación, decidir si el imputado es o no responsable del delito, formalizar, acusar o proponer alguna medida alternativa para solucionar el conflicto, porque al final, es más importante lograr un equilibrio entre las partes y que ambas queden conformes por haberse

¹⁸ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

¹⁹ CAROCCA P, A. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2003. Pág. 24

aplicado la recta justicia a que imponer una pena por la comisión de un delito sin una previa investigación, como se hacía anteriormente en el que primaba el principio de la detención por sospecha y el imputado era llamado “inculpado”, es decir, se le presumía la responsabilidad del delito antes de ser investigado por éste.

Es por todo lo anterior que se crea la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, siendo independiente de los poderes del estado y los órganos de la administración. Fuera de los requisitos y el proceso que debe seguirse según lo que establece la ley para nombrar a los fiscales, (nacional, regionales y adjuntos) es importante mencionar que, específicamente son los fiscales adjuntos quienes deben desempeñar los roles del Ministerio Público, ellos son: ejercer la acción penal pública, investigar los hechos presuntamente constitutivos de delitos y proteger a las víctimas y testigos.

Dentro de la investigación de los hechos punibles que debe realizar el fiscal, la Corte Suprema y la Doctrina están de acuerdo en que la formalización es una potestad exclusiva del Ministerio Público por mandato constitucional. En realidad, específicamente la formalización, según lo que señala el Código Procesal Penal en sus artículos 229 y 230, es simplemente la comunicación que el fiscal le hace al imputado, en presencia de un juez de garantía, informándole que está siendo investigado por la comisión de un delito y su grado de participación en éste. Ahora bien, al ser únicamente una comunicación y estar en presencia del juez, lo que el fiscal informe no tendrá en ningún caso carácter jurisdiccional, sino que será el Juzgado de Garantía quien decidirá si ese delito será o no atribuible al imputado.

Es facultad del fiscal, la decisión de no formalizar al imputado por diversas circunstancias descritas en la ley, como son: La facultad de no inicio, el archivo provisional y el principio de oportunidad. Cada una de ellas, es una posibilidad justificada para que el fiscal no formalice al imputado. Ahora bien, es respecto a esto que nos surge la duda que queremos resolver en nuestra memoria. Si el fiscal debiendo formalizar al imputado, no lo hace dentro del plazo pertinente sin existir

fundamento. ¿Podría la víctima seguir adelante en el procedimiento? En este tema profundizaremos en el siguiente capítulo.

2.3. La Víctima

Otro interviniente en el procedimiento que es clave para nuestra tesis es la víctima, es menester afirmar que este sujeto procesal no era tomado en cuenta con las mismas atribuciones en el procedimiento penal antiguo. Por ello, habrá que entrar a describir algo que podemos conocer como el “renacimiento” de este interviniente. Así es como lo expresa Mauricio Duce en su artículo para la Revista de Política Criminal: *“Me parece que más allá de la cuestión histórica acerca de la evolución del rol de la víctima, creo que el punto central a considerar hoy día y que debiera orientar los debates es que la víctima ha “llegado para quedarse” en nuestros sistemas procesales, (...) No es posible, me parece hoy día pensar un sistema procesal penal sin considerar que una variable relevante de su diseño incluya la intervención y derechos de las víctimas en el desarrollo del mismo. Basta observar para ello el desarrollo que están teniendo instrumentos internacionales en esta área, pero especialmente el impacto que el tema ha tenido a nivel de legislaciones locales.”*²⁰

Para entrar de lleno a desarrollar el tema de la víctima, habrá que conceptualizar que se entiende por este sujeto procesal y cuáles son las facultades que este tiene dentro de un procedimiento, con todas las discusiones que surgieron tras la Reforma Procesal Penal en esta materia siendo una de las principales el concepto de víctima para este nuevo sistema, dado que en el anteproyecto del Código Procesal Penal hubo diversas variaciones con respecto a su definición. En un principio se incluía como víctima a los parientes de cuarto grado de consanguinidad inclusive y al heredero testamentario. Esto último fue modificado por la Cámara de Diputados, considerándose víctima al directamente ofendido por

²⁰ DUCE J, M y otros. *Algunas Reflexiones sobre los Derechos de las víctimas en el Proceso Penal Chileno*. Revista de Política Criminal, Vol. 9. 2014 [Citado el: 22 de Noviembre de 2015.] Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf>

el delito y en el caso de que este último no pudiera ejercer sus derechos se incluyen a una serie de personas. Aquí es cuando la comisión amplía el alcance de la víctima y con ello la cobertura de protección que tendrá este sujeto procesal. Esto implica referirse a un estatuto propio de víctima, el cual se definiría no solo como aquella persona que ejerza una determinada denuncia o querrela, como se entiende comúnmente. Tampoco se opone a este estatuto la existencia del querellante, ya que, ambos sujetos son independientes, y puede darse incluso que la misma víctima tome el rol de querellante.

Ahora bien, con todo el exhaustivo trabajo de la comisión mixta de la Cámara de Senadores es como se llega a que en el artículo 108 se dé el concepto de víctima reconocido actualmente.

“Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

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

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.²¹

²¹ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

Luego de definir víctima según el Código Procesal Penal, es menester detallar cuales son los derechos que este interviniente tiene en una etapa previa al juicio y durante éste. En el anteproyecto del artículo que hace referencia a esta materia, fue de difícil determinación cual sería la cantidad precisa de derechos de la víctima, pero tras un detallado desarrollo del tema, se tomó la determinación de que los derechos no sean un número exacto, sino agregar la expresión “*entre otros*” para que los derechos señalados no sean taxativos.

Este último punto es relevante dado que puede deducirse que la víctima tiene más atribuciones o facultades que la ley le otorga, surgiendo entonces la duda frente a la situación planteada en esta memoria de que si los derechos no son taxativos podría el ofendido entonces continuar con el juicio a pesar de no haber formalización alguna por parte del fiscal, dado que la expresión que utiliza este artículo da cabida a esta posibilidad.

Es así como en el artículo 109 del código vigente se señalan los derechos de la víctima, los cuales serán explicados a continuación:

- a) “*Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;*” Este derecho de la víctima se encuentra amparado a su vez por una de las principales facultades del Ministerio Público de dar protección a las víctimas y testigos.
- b) “*Presentar querrela;*” la querrela y la denuncia son presentadas por el ofendido por el delito. Es interesante mencionar que la querrela también es facultad propia del querellante, otro sujeto procesal independiente pero vinculante a la víctima. Ambos son intervinientes que se ven desde el mismo ámbito.
- c) “*Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;*” la acción penal pública actualmente la ejerce el Ministerio Público, en cambio, lo que se refiere a las pretensiones civiles son de carga del ofendido, puede, en todo caso, el tribunal competente del procedimiento penal resolver de la

pretensión civil, pero será en los casos en los que se persiga la responsabilidad civil cuando surgirá específicamente este derecho.

d) *“Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;”* el hecho de ser oída por la contraparte es de gran importancia, dado que, al tener el fiscal la acción pública y el poder sobre la investigación, evidentemente la víctima del delito tiene derecho a que se le informe sobre el procedimiento y a que se le oiga, incluso participando poco principal testigo en el mismo.

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

El tribunal por su parte deberá oír al ofendido, esto puede ser incluso vinculante para la sentencia, o la formalización o no formalización por parte del fiscal, incluso a la forma de poner término en el procedimiento, en la cual la participación de la víctima es absolutamente necesaria.

f) *“Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.”*

La víctima puede ejercer su derecho respecto del sobreseimiento, y oponerse a esto, dado al perjuicio sufrido por el delito cometido por el imputado, y este derecho es un medio de defensa que ella tiene para que el procedimiento penal siga en pie y se logre lo que para el ofendido se considera justo, respecto de una causa en materia penal.

g) *“Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.”*²² Evidentemente al ser este artículo relativo a los derechos que tiene la víctima, es inconcebible que ellos sean ejercidos por el interviniente que se contrapone a ella. En todo caso, para el imputado si existe una serie de derechos a los que puede remitirse.

²² BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

Ahora bien, de acuerdo a un artículo de la Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica del Norte, deben existir formas para incorporar al ofendido al procedimiento penal, como ideas principales de este texto se propone concederle derechos a la víctima distintos de los existentes, que sean autónomos a los demás sujetos procesales. Así lo señala la autora expresamente: *“Formas de incorporar al ofendido al procedimiento penal oficial. El primero es concederle derechos autónomos para acusar al lado del ministerio público, en calidad de querellante conjunto(:.).”*²³

Este punto es interesante, dado que teniendo la víctima facultades más amplias, puede deducirse que el rol del querellante no tendría ningún valor. Es por esto que lo que nuestra memoria propone es seguir en parte esta idea, pero que la víctima pueda transformarse en la figura del querellante y así no perder a este sujeto procesal, que también tiene relevancia en el procedimiento.

Por otro lado, la autora del texto mencionado anteriormente, propone como segunda posibilidad para lograr una mayor intervención de la víctima en el proceso penal, lo que señalamos a continuación: *“permitirle su intervención solo en la medida en la que colabore con la persecución penal oficial y la controle, por ello llamado querellante adhesivo”*.²⁴

Esta última idea, tiene más sentido desde nuestro punto de vista, dado que, como ya se dijo, no se puede dejar de lado a un sujeto procesal como el querellante. Pero a su vez no deja de ser interesante destacar que solo podría actuar en los casos que colabore con la investigación, a nuestro juicio, evidentemente toda actuación del ofendido tendrá por objeto promover a la persecución penal del imputado en el delito, porque es el que se sintió trastocado por el delito mismo y quiere que se haga justicia.

²³ AGUILERA, Daniela. *La participación de la víctima en la persecución penal oficial*. Revista Chilena de Derecho UCN. 2011

²⁴ AGUILERA, Daniela. *La participación de la víctima en la persecución penal oficial*. Revista Chilena de Derecho UCN. 2011

Vinculado con lo anterior, pero desde un ámbito diferente, y según lo que señala el texto ya citado de Mauricio Duce, “Sin ofendido dispuesto a denunciar el delito que ha sido objeto o sin víctima motivada a entregar información relevante para su esclarecimiento, las posibilidades del sistema de conocer el caso y luego resolverlo son muy escasas. En consecuencia, para promover la propia eficacia del sistema, resulta indispensable que éste ofrezca a la víctima un escenario que genere confianza para formular denuncias y motivación para colaborar con el esclarecimiento de los hechos denunciados.”²⁵

Ahora bien, es difícil lograr el objetivo anteriormente mencionado, a pesar de que ahora si existe una serie de derechos que la misma puede ejercer durante el proceso, debido a que el sistema actual genera una insatisfacción generalizada en la víctima al momento de denunciar un delito o seguir una investigación en la que el ofendido no sabe cuándo ésta acaba; así es como el sistema vigente tiene una pésima evaluación por parte de estos intervinientes. Los resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana (ENUSC) de los años 2009 y 2010 así lo demuestran. Por un lado, en la forma en la que se tramitó su denuncia, en el 2010 solo un 38% de los ofendidos declara estar satisfecho, y un 56% no lo está. Por otro lado, en cuanto a la categoría de los ilícitos el año 2009, la satisfacción fue excelente. En los robos en casa es de un 11%; en asaltos con violencia de un 18%; en robos por sorpresa y hurtos es de 28%, robos de vehículos sólo un 22%, y así sucesivamente. Como se puede observar, no hay un control parejo respecto de los delitos y la satisfacción que la población ofendida siente tras haberse resuelto el caso.²⁶

²⁵ DUCE J, M y otros. *Algunas Reflexiones sobre los Derechos de las víctimas en el Proceso Penal Chileno*. Revista de Política Criminal, Vol. 9. 2014 [Citado el: 22 de Noviembre de 2015.] Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf>

²⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Encuesta de Seguridad Ciudadana. [Citado el: 6 de Diciembre de 2016.] Disponible en: <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/victimizacion2010.php>

Se nos presenta la problemática de si el hecho de agregar derechos a este interviniente pueda mejorar la situación; específicamente en el caso que queremos resolver dentro de este arduo trabajo. Creemos necesario modificar o ampliar, más propiamente las atribuciones de las víctimas en el proceso, para facilitar la protección de sus intereses y mejorar potencialmente la satisfacción de ella con el procedimiento penal. A pesar de que en este punto habrá doctrina contraria y a favor de nuestra tesis, creemos que es necesario al menos para el ámbito que queremos resolver, es decir, en materia de formalización y por esto mismo es que vemos reflejado en la cámara los proyectos de ley que se han presentado para solucionar esta cuestión.

No podemos dejar de lado a otro sujeto procesal en nuestra investigación, al cual deberemos analizar detalladamente y preguntarnos porque cada vez es de menor relevancia su presencia en el proceso. Este sujeto es el querellante.

2.4. El querellante

Para poder entender a cabalidad la participación de este interviniente, hay que partir por dilucidar qué se entiende por querella.

“La querella es una presentación hecha al tribunal por una persona, natural o jurídica, a quien la ley faculte para ello con el fin de participar en la investigación y constituirse en parte o interviniente.”²⁷

En el artículo 111 del Código Procesal Penal se encuentra el concepto de querella, y se indica: *“Querellante. La querella podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario.*

También se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público

²⁷ REYES P, Miguel Á. *Apuntes de derecho procesal penal. Temas de derecho.* 2014. [Citado el: 11 de Julio de 2016] <<http://www.temasdederecho.cl/PDF/dpp2014.pdf>>

que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.

*Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.*²⁸

De este artículo podemos desprender que podrán querellarse:

- La víctima, su representante legal o su heredero testamentario.
- Cualquier persona que sea capaz de comparecer en juicio, y que cumpla con el requisito que señala el inciso segundo de la norma anterior, que es que tenga domicilio en la provincia donde se cometieron los delitos que determina este segundo inciso.
- Por último se podrán querellar los servicios públicos, siempre que su Ley Orgánica Constitucional los faculte para esto expresamente.

María Inés Horvitz y Julián López en su obra titulada “Derecho Procesal Penal” distinguen tres clases de querellante, estos son:

- a) El querellante conjunto adhesivo.**
- b) El querellante conjunto autónomo.**
- c) El querellante privado.**

A su vez señalan que en las dos primeras clases “el querellante interviene en el proceso junto con el ministerio público; sus diferencias radican en el grado de autonomía que tienen respecto del acusador público. Por el contrario, el querellante privado tiene el dominio exclusivo de la persecución penal de ciertos delitos.”

Tras haber señalado que es la querrela y quien es el querellante en el fondo, cabe preguntarse ¿Cuándo puede presentarse la querrela y que requisitos debe cumplir?

²⁸ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

Para responder a la interrogante hay que remitirse los artículos 112 y 113 del Código Procesal Penal, de estos podemos deducir que la querrela puede presentarse en cualquier momento mientras que el fiscal no declare cerrada la investigación; además deberá presentarse por escrito ante el juez de garantía y debe contener los requisitos que indica el artículo 112 del mismo cuerpo legal.

Más allá de las formalidades, que no dejan de ser fundamentales, nos centraremos en los derechos o facultades que tiene la figura del querellante en el proceso penal. El artículo 261 del Código Procesal Penal establece: “Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

- a) *Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;*
- b) *Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección;*
- c) *Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259, y*
- d) *Deducir demanda civil cuando procediere.*²⁹

Independiente de las facultades que se señalan en el artículo recién citado, la figura del querellante tiene otros derechos o facultades; estos son los siguientes:

1. *“Participar como interviniente en todas las audiencias,*
2. *Poder solicitar medidas cautelares,*
3. *Ser escuchado previo a que se resuelva sobre una suspensión condicional del procedimiento,*
4. *Solicitar diligencias de investigación y reclamar si no se accede a ellas,*

²⁹ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

5. *Impugnar resoluciones que le sean desfavorables,*
6. *Participar en la tramitación de impugnación de resoluciones que le sean favorables,*
7. *Acusar particularmente o adherir a la acusación del ministerio público,*
8. *Si el fiscal decide no perseverar en el procedimiento puede solicitar que se le autorice a sostener sólo la acusación,*
9. *Reclamar de la resolución que declara cerrada la investigación.*³⁰

CAPÍTULO 3: FORMALIZACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

3.1. Oportunidades de formalización que el fiscal tiene en el proceso penal:

En el desarrollo de este capítulo es necesario explicar que es la formalización, su procedencia; es por esto que debemos remitirnos a lo que señala el Código Procesal Penal respecto a esta materia.

El artículo 229 del Código en comento, define la formalización de la investigación como “*La comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.*”³¹ Dada la definición anterior, se entiende que la formalización es una facultad exclusiva del Ministerio Público, el cual se encuentra a cargo de la investigación y la comunicación de que se trata debe realizarse en términos sencillos, para que el imputado logre comprender que se le está investigando por cierto ilícito en el que resultó involucrado. Es importante recalcar esto último, dado que la formalización es una garantía para el imputado, por eso es que la comunicación realizada por el fiscal no puede ser descrita en términos legales, para que sea comprendida por él y así pueda ejercer su derecho a defensa.

³⁰ REYES P, Miguel Á. *Apuntes de derecho procesal penal. Temas de derecho.* 2014. [Citado el: 11 de Julio de 2016] <<http://www.temasdederecho.cl/PDF/dpp2014.pdf>>

³¹ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. *Ley 19696 Código Procesal Penal.* [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

Así es como el autor del libro “*Problemas Del Proceso Penal*”, Jaime Salas, indica que: “*Sin desconocer el valor sustantivo de la comunicación de cargos, desde un punto de vista estrictamente procesal la formalización tiene, a nuestro juicio, una importancia aun mayor, pues con ella se materializa la decisión del persecutor penal, en representación del Estado, en orden de divulgar y delimitar la posible pretensión penal contenida en una futura probable acusación.*”³²

Ahora bien, dado el concepto, debemos proceder a determinar cuál será la oportunidad que el Ministerio público posee para formalizar; ello se encuentra estipulado en el artículo 230 del Código Procesal Penal: “*El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.*”

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley.”³³

Al estudiar la norma anterior, podemos deducir que la actuación de formalizar depende exclusivamente del fiscal, ya que, tal como se señala en el artículo este formalizará de acuerdo al mérito de la investigación cuando **lo estime oportuno**.

Existen ciertos mecanismos de término anticipado del procedimiento, los cuales son:

- a) **Archivo provisional:** En el Código Procesal Penal se encuentra tratado en el artículo 167, esta norma establece principalmente que el Ministerio Público, mediante el fiscal que conoce de la causa, podrá archivar provisionalmente esta misma, siempre y cuando no haya intervenido el juez

³² SALAS A., Jaime. *Problemas del procesal penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2015. Pg. 38..

³³ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

de garantía y toda vez que no existan nuevos antecedentes que conduzcan a esclarecer los hechos de la investigación respectiva. En esta instancia no se presentaría el termino del proceso absoluto del proceso, sino que se trata de una decisión puramente provisional.

b) **Facultad para no iniciar investigación:** Al igual que el mecanismo anterior, toda vez que no se hubiere producido intervención por el juez de garantía, el fiscal podrá no iniciar la investigación, cuando se trate de hechos que no sean constitutivos de delito y cuando la responsabilidad penal se encuentre extinta; así lo establece el artículo 168 del Código Procesal Penal.

c) **Principio de oportunidad:** El artículo 170 del Código en comento señala: *“Los fiscales del Ministerio Público podrán 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 o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*

*Para estos efectos el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere (...)*³⁴

Como señalamos anteriormente es el fiscal quien tiene absoluta soberanía respecto de la decisión de formalizar, aun así existe una opción que permite emplazar al fiscal para que realice la formalización, esta es una excepción muy calificada, ya que, como se ha indicado en el desarrollo de esta memoria es facultativo para el fiscal formalizar. El Código contempla esta excepción en su artículo 186 e indica: *“Cualquier persona que se considerare afectado por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de*

³⁴ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

*garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”*³⁵

Es importante desglosar y analizar esta norma, debido a que, este es el único caso en el que se puede “forzar” de alguna manera esta facultad exclusiva que tienen los fiscales del Ministerio Público para decidir si es o no necesario formalizar. Utilizamos el concepto “forzar de alguna manera” dado que si bien, esta normativa permite que el juez de garantía fije un plazo para que el fiscal ejerza su facultad de formalizar al imputado en cuestión. Aun así, esto no garantiza que efectivamente la formalización se lleve a cabo, ya que no se ha contemplado en la ley ninguna sanción aplicable al caso; tan solo será procedente un reclamo administrativo ante el superior jerárquico a fin de que se hagan efectivas las responsabilidades pertinentes. Así lo señala detalladamente Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López en su libro “Derecho Procesal Penal”³⁶ a pesar de que existe esta norma, el ejercicio de la formalización sigue siendo exclusivo de los fiscales del Ministerio Público.

3.2. Aplicación práctica del artículo 186 del Código Procesal Penal³⁷:

Habiendo transcurrido un par de años desde el inicio de la reforma la norma del artículo 186 empezó a presentar problemas debido a su “extraña y confusa” redacción, ya que, por una parte está asociada a una garantía de quien está siendo investigado, pero por otra provoca una intromisión en una facultad exclusiva del Ministerio Público, que es la formalización. Por lo que esta disyuntiva que no estaba clara en la ley, se intentó clarificar a nivel de los tribunales, siendo así una solución más práctica; pero según la opinión de Ezio Braghetto, Fiscal adjunto de la Fiscalía Metropolitana Oriente, como la redacción de esta norma no

³⁵ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 1999. Ley 19696 *Código Procesal Penal*. [Citado el: 04 de julio de 2016] Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>

³⁶ MATURANA, C y MONTERO R. *Derecho Procesal Penal. Derecho y proceso. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters. 2012. Pg.647 -648.

³⁷ BRAGHETTO ARÁNGUIZ, Ezio. 2016. *Entrevista al Fiscal Adjunto, Fiscalía Metropolitana Oriente*. Santiago de Chile : s.n., 2016.

contempla ninguna clase de sanción por la no formalización, en su experiencia toda vez que en virtud de este artículo se ha pedido por parte del defensor un plazo para formalizar, este ha sido negado.

En cuanto al aspecto técnico del artículo 186, -comenta que- en su primera parte donde se ordena al fiscal que informe acerca de los hechos por los cuales está investigando sí podría ser una norma que interpretada en términos de garantías constitucionales puede generar un efecto, en cuanto a la información que se le otorga al sujeto que está siendo investigado. El problema se presenta en la segunda parte de esta norma cuando se dice que se podrá formular un plazo para la formalización de la investigación, lo que nunca se ha podido aplicar, específicamente porque no tiene una sanción aparejada si es que no se cumple con esta normativa, y es por esto que no logra entenderse a cabalidad cual es la pretensión de la norma en comento.

Siempre ha sido rechazado no solo por el hecho de no tener un plazo señalado en la ley, sino porque –muy especialmente la formalización es una facultad exclusiva y excluyente del Ministerio Público- que además, no solo por un tema de norma, sino por lógica jurídica, ya que, como fiscal no es posible adelantar una formalización cuando todavía no se tienen los elementos suficientes para ésta. A juicio del Fiscal es una norma extraña en términos de que hace perder la lógica del sistema, en el sentido de ser una intromisión a una facultad del Ministerio Público y también por el hecho de que los fiscales quedan sujetos a la posibilidad de que se interponga un reclamo por una formalización arbitraria, de ser así pueden ser sancionados, por lo que tampoco podrían exponerse a una solicitud del tribunal o de la defensa para formalizar si no tienen los elementos suficientes para esto, no obstante de que pueda existir una investigación en curso.

En definitiva, según la experiencia del entrevistado, habiendo asistido a reiteradas audiencias del artículo 186, tanto en la Región Metropolitana como en el norte del país, en todas estas, la argumentación para que no se fije un plazo para formalizar o incluso cuando se ha puesto plazo para que no haya una sanción aparejada, de no cumplir con éste, son las que se señalaron anteriormente.

3.3. Constitucionalidad de la formalización Arbitraria:

¿Será o no inconstitucional la no formalización arbitraria? ¿Qué pasa con el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado constitucionalmente? De acuerdo con la opinión de Carlos Cruz – Coke, *“La igualdad ante la justicia no es más que un conjunto de garantías procesales establecidas con rango constitucional.”*³⁸ Dentro de estas garantías, encontramos el derecho a la defensa, detallado en el artículo 19 n°3 de la Constitución en el que se asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; e indica *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...).”*³⁹

En nuestra opinión, la no formalización arbitraria afecta directamente el derecho a la tutela judicial efectiva; entendemos que esta actuación es exclusiva del fiscal y así está consagrado en el Código Procesal Penal, pero creemos y nos atrevemos a afirmar que al ser el derecho la tutela judicial una norma de rango constitucional, no puede ser privado por la no actuación del Ministerio Público.

Según los autores Montero y Maturana *“De esta forma, el solo transcurso del tiempo, más allá de los plazos de prescripción, unido a la inactividad del Ministerio Público en ejercer su privativa facultad de formalizar la investigación, puede privar a la víctima, incluso siendo querellante, a su derecho a tutela efectiva, desde que – en apariencia – no existe norma legal que permita el forzamiento de la formalización por la víctima, cuestión entregada exclusivamente al ente persecutor (...).”*⁴⁰

³⁸ CRUZ- COKE O, C. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae. 2009. Pg. 386

³⁹ BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 2015. Decreto 100 *Constitución política de la República*. [Citado el 04 de Julio de 2016]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

⁴⁰ MATURANA, C y MONTERO R. *Derecho Procesal Penal. Derecho y proceso. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters. 2012. Pg.646.

Esto se ve reflejado en el fallo Rol n° 815-2007, en el que se discute la inconstitucionalidad del art. 230 inciso primero del Código Procesal Penal. El Tribunal Constitucional resolvió que el mecanismo del artículo 186 no es aplicable a la víctima, por tanto el querellante no tiene otra salida para lograr la tutela efectiva de sus derechos por un órgano jurisdiccional, que obtener la inaplicabilidad de los preceptos que le entregan al fiscal la facultad discrecional de formalizar la investigación.

En el voto de minoría del mismo fallo, se indicó que la norma del artículo 230 del Código Procesal Penal no es inconstitucional, ya que para hacer efectiva la garantía constitucional del artículo 19 n°3 (tutela efectiva), habrá que remitirse al artículo 186 del Código Procesal Penal; toda vez que la facultad de provocar que el juez de garantía fije al Ministerio Público un plazo para formalizar, le corresponde no solo al imputado, sino también a la víctima y demás personas que se consideren afectadas por una investigación que no se ha formalizado. Como señalamos anteriormente, indicar que el artículo sujeto a análisis es la solución es erróneo. Debido a que como se trató con anterioridad, esta norma faculta al juez para que, cuando lo estime conveniente, de un plazo al fiscal para que formalice; aun así esta actuación sigue siendo privativa de este sujeto procesal; vulnerando, a nuestro juicio el derecho a una tutela judicial efectiva.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY BOLETÍN N° 6436-07

En primer lugar es necesario decir que este proyecto iniciado por moción, Boletín N° 6436-07, busca agregar al Código Procesal Penal, un nuevo artículo, 231 bis; este precepto legal que se pretende incorporar persigue principalmente que se faculte al querellante para pedir la formalización del imputado, tras haber transcurrido un plazo que se estima razonable para la investigación, sin que dentro de éste el Fiscal haya efectivamente efectuado la formalización de la investigación.

“Artículo 231 bis. Derecho del Querellante. Transcurrido seis meses desde ocurrido el delito, sin que existiere formalización, el querellante podrá solicitar al

fiscal, por intermedio del juez de garantía, que proceda a ejercer las facultades contempladas en el artículo precedente, contra el o los imputados que en su petición individualice.

El juez de garantía realizará una audiencia para debatir la solicitud, a la que citará al fiscal y al querellante peticionario, y en la cual podrán asistir otros intervinientes, si los hubiera.

Si se diera lugar a la petición de formalización, el juez de garantía procederá de inmediato a fijar fecha para la realización de la audiencia en los términos establecidos en el artículo 231 de este Código. En caso de negación de la petición procederá el recurso de apelación.”⁴¹

4.1. Fundamentos en los que se sustenta el proyecto:

Es de real importancia determinar cuáles fueron los fundamentos que sirven de base a este proyecto, que otorga el derecho al querellante para solicitar la formalización de la investigación:

Los principales argumentos en que se sustenta este proyecto se encuentran consagrados en nuestra Carta Fundamental, tales son; la igualdad ante la ley, radicada en el artículo 19 N° 2 y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos que se encuentra tratada en el artículo 19 N°3.

Este artículo establece la posibilidad del querellante de solicitar al fiscal que formalice la investigación, a través del Juez de Garantía, quien fija una audiencia a la que concurrirán el querellante y el fiscal del Ministerio Público; si en la realización de ésta el Juez de Garantía estima que se debe formalizar, el fiscal deberá proceder a la formalización de la investigación. Es menester indicar que este derecho del querellante, que consagra el proyecto objeto de análisis, puede ejercerse por él tras haber transcurrido seis meses desde la concurrencia del delito.

⁴¹ CONGRESO ABIERTO. 2009. *Proyecto de ley Boletín N°6436-07*. [En línea] 5 de Mayo de 2009. [Citado el: 2 de Abril de 2016.] Oficio N°93 Disponible en: <<http://congresoabierto.cl/proyectos/6436-07>>.

Con todo, a nuestro juicio, se puede agregar una nueva garantía que se ve reflejada en este proyecto de ley, la cual tratamos con anterioridad que es la tutela judicial efectiva, pudiendo ser desarrollada a cabalidad. Es importante mencionar que con este nuevo artículo también se respeta el principio de doble instancia, el cual está amparado por el proceso penal, ya que se establece que si el querellante no está conforme con su decisión puede recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva. Evidentemente en esta materia, se entiende que el proceso deba ser expedito, pero si la víctima o el querellante no están conforme con la actuación judicial puede perfectamente llevar su causa.

4.2. Argumentos de la Corte Suprema para declarar desfavorable este proyecto:

La Corte Suprema en su oficio N° 118, declaró desfavorable este proyecto e indicó dentro de sus argumentos que permitir u otorgar este derecho al querellante significaría trastocar todo el sistema procesal penal, debido a que la formalización de la investigación, como bien se señaló en los capítulos anteriores de esta memoria, es una atribución exclusiva del Ministerio Público, por lo que su ejecución va a depender del fiscal que se encuentra a cargo de la investigación respectiva.

También sustentan su argumentación indicando que la intervención del Juez de Garantía, que busca el forzamiento de la formalización, tras la petición del querellante, transformaría esta actuación en un trámite jurisdiccional, dejando de ser un trámite administrativo del fiscal.

4.3. Argumentos que, según nuestro criterio, pueden aplicarse para refutar la tesis de la Corte.

Según la Carta Fundamental, en su artículo 83 se establece: “un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual

manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal (...)⁴²

Este artículo, por su parte, está situado en el capítulo VII que trata el Ministerio Público. En el inciso segundo, se refleja claramente la intención del legislador de plasmar el ejercicio de la acción penal pública, un derecho que posee íntegramente la víctima y ciertas personas que la ley determine.

En suma, al verse consagrado este derecho como tal, debe vincularse con el artículo 5° del mismo cuerpo legal en donde se le exige a los órganos del Estado, que respeten y promuevan los derechos garantizados por la Constitución. A nuestro juicio, al estar establecido este derecho por la Carta Fundamental, el proyecto de ley al que se alude, es completamente aplicable, ya que, si bien la Corte argumenta que aceptarlo sería trastocar todo el sistema procesal penal porque la formalización es una atribución exclusiva del fiscal; ello no es correcto, debido a que como se señala anteriormente es la misma Constitución la que pone en manos del ofendido el ejercicio de la acción penal, esto no implica la revocación de la facultad de formalizar que tiene el fiscal, sino que solo se dará aplicación a esta situación en los términos que se señale el nuevo artículo 231 bis, e incluso bajo este respecto, la formalización sigue en manos del Ministerio Público. Lo que nos permite la aplicación de este proyecto de ley, es respetar el derecho que se le da al ofendido de ejercer debidamente acción penal pública.

⁴² BIBLIOTECA del Congreso Nacional. 2015. Decreto 100 *Constitución política de la República*. [Citado el 04 de Julio de 2016]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

CONCLUSIÓN:

Para finalizar esta memoria es necesario reflexionar acerca de los diversos temas que hemos desarrollado a lo largo de ella. En primer término, la figura de la víctima en el proceso penal, la cual ha resurgido gracias a la Reforma del año 2000, que amplía el espectro de sus facultades, ya que, de nada sirve fortalecerla si no hay una denuncia o querrela intermedia, que genere la apertura de una nueva causa, por lo que es necesario otorgarle los medios para que se pueda hacer parte en el procedimiento, independientemente de la decisión que haya tomado el fiscal de la causa respecto a la formalización.

Una de las alternativas que se le da a la víctima en este supuesto, es la aplicación del connotado artículo 186, el cual, como explicamos en el desarrollo de esta memoria, es una mera solución de papel. Indicando que, quien se ve afectado por una investigación que no se ha formalizado, podrá de alguna forma “forzar”, por medio del Juez de Garantía, y él le fijará un plazo específico para esta instancia. La aplicación de este artículo, como ya desarrollamos, no se da en la práctica.

En suma a lo anterior habrá que aplicar las normas constitucionales, específicamente el artículo 19 N°3 referido a la tutela judicial efectiva. Ella expresa: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...)”. Por una parte, es evidente que la formalización es una atribución exclusiva del Ministerio Público, por lo que nadie podrá intervenir dentro de esta facultad, no obstante lo anterior, se estaría trastocando el principio constitucional mencionado, toda vez que los fiscales del Ministerio Público no formalicen arbitrariamente. El artículo 186, como ya hemos explicado, no es una solución concreta. Y es aquí donde hay que remitirse a la redacción de esta norma, que no contempla ninguna clase de sanción por la no formalización arbitraria, es necesario recalcar que en los casos en que se ha pedido por parte del defensor un plazo para formalizar, este ha sido negado.

A nuestro juicio, no podemos dejar de lado este conflicto que aún no tiene solución, ya que, estamos frente a una problemática con dos aristas claves.

En primer término para poder darle solución a este vacío que vulnera el derecho de tutela judicial efectiva, habría que intervenir en la facultad exclusiva y excluyente de los fiscales del Ministerio Público considerando el hecho de que el artículo 186 no es una solución plausible, como se explicó con anterioridad. Y la otra arista implica vulnerar un derecho constitucional, toda vez que no se formalice debiendo haberse formalizado.

Habiendo señalado lo anterior y tras realizar un exhaustivo análisis del Proyecto de Ley Boletín N°6436-07, nos atrevemos a afirmar que aplicándose el artículo 231 bis que agrega este Proyecto, se solucionaría la problemática planteada en la memoria, porque no vulnera la facultad de los fiscales para formalizar, ya que, siguen siendo estos mismos sujetos procesales quienes deben realizar la formalización, solo que en este caso, se fortalece la figura de la víctima y sus derechos a través del querellante, siendo él quien tiene el derecho de solicitar una formalización al Juez de Garantía cumpliendo determinados requisitos ya mencionados a lo largo de esta memoria.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA BERTUCCI, Daniela. La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Revista Chilena de derecho UCN. 18(2):18-72, 2011.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO Nacional. Constitución política de la República. [En línea] 16 de Noviembre de 2015. [Citado el: 04 de Julio de 2016.]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO Nacional. Ley 1853 Código de Procedimiento Penal de la República de Chile. [En línea] 19 de Febrero de 1906. [Citado el: 04 de Julio de 2016.]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO Nacional. Ley 19696 Código Procesal Penal. [En línea] 29 de Septiembre de 2000. [Citado el: 4 de Julio de 2016.]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO Nacional. Ley Orgánica Constitucional 19640 del Ministerio Público. [En línea] 15 de Octubre de 1999. artículo 1°. [Citado el: 4 de Julio de 2016.]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437>.

BRAGHETTO ARÁNGUIZ, Ezio. Entrevista al Fiscal Adjunto, Fiscalía Metropolitana Oriente. Santiago de Chile: s.n., 2016.

CAROCCA PÉREZ, Dr. Alex. El nuevo sistema Procesal Penal. s.l. : Jurídica la ley, 2003.

CONGRESO ABIERTO. Proyecto de ley Boletín N° 6436-07. [En línea] 5 de Mayo de 2009. [Citado el: 2 de Abril de 2016.]. Disponible en: <http://congresoabierto.cl/proyectos/6436-07>. Oficio N°93.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos. Instituciones políticas y derecho constitucional. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009. 736 p.

DUCE J., Mg. Mauricio y otros. La víctima en el sistema de justicia penal. una perspectiva jurídica y criminológica. Revista de política Criminal. [En línea] Diciembre de 2014. [Citado el: 22 de Noviembre de 2015.]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1978.

HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego Andrés. Participación de la víctima y el querellante particular en la persecución de los delitos. Santiago: s.n., 2009. Instituto Nacional de Estadísticas. 2010. Encuesta de Seguridad Ciudadana. [En línea] Noviembre de 2010. [Citado el: 6 de Diciembre de 2015.]. Disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_seguridadciudadana/victimizacion2010.php.

LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando y otros. Reforma Procesal Penal: génesis, Historia sistematizada y concordancias TOMO I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

LÓPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación TOMO I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. 638 p.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Derecho y proceso. Vol. II. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2012.

REYES POBLETE, Miguel Ángel. Apuntes de Derecho Procesal Penal. Temas de derecho. [En línea] Julio de 2014. [Citado el: 11 de Abril de 2016.]. Disponible en: <http://www.temasdederecho.cl/PDF/dpp2014.pdf>.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo. Esquema tomado de los apuntes de clases de la cátedra de derecho procesal penal. . [Apuntes]. Santiago, Chile: s.n., 2015.

SALAS ASTRAIN, Jaime. Problemas del proceso penal: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015. 451 p.