

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**COMUNICACION DE NO PERSEVERAR EN EL
PROCEDIMIENTO:
CONCEPTO, NATURALEZA Y EFECTOS**

Alumno : Gonzalo Patricio Morales M.
Profesor Guía : Claudio Meneses P.
Profesor Informante : Lionel González G.

Valparaíso, Diciembre de 2009.

AGRADECIMIENTOS

Siendo la realización de la Memoria uno de los trabajos que ponen término al proceso de formación del abogado, es la oportunidad ideal para dar, sin orden de prelación alguno, los agradecimientos que se merecen las personas que, directa o indirectamente, han hecho posible mi llegada hasta esta instancia.

Así, quiero agradecer a mis padres, Gladys y Juan, por el apoyo que me han brindado, no tan sólo en el aspecto económico, sino especialmente por su compañía y sus consejos en mi formación como persona. Por enseñarme a conocer mis limitaciones y a canalizarlas de tal forma de poder siempre exigirme más, para así rendir y culminar todas las empresas que he emprendido.

A mis amigos y compañeros, con quienes enfrentamos nuestra vida sujeta a plazo con alegría, nervios y largas horas, no sólo de estudios, sino de fraternidad. No sólo sus apuntes prestados me ayudaron a terminar el camino; fueron ellos que, con sus diversas personalidades, sensibilidades e intereses, me enseñaron a valorar su compañía y el privilegio de crear lazos de amistad, y por contagiarme ese empuje para sacar adelante la carrera.

También a los profesores, que comparten con nosotros algo más que sus conocimientos de derecho, pues nos enseñan a ser profesionales y ser capaces de enfrentar con objetividad y espíritu crítico las diversas complejidades de la vida jurídica. Hoy son profesores, mañana serán colegas, pero siempre serán referentes.

No puedo dejar de agradecer a mi profesor guía, porque más que apoyarme en la investigación y en la redacción de esta Memoria, de lo cual estoy muy agradecido, creyó en mi proyecto y me impulsó a continuar por la senda trazada hasta que escribo estas letras, desde que no era más que un cuestionamiento de alumno inquieto hasta que maduró en la tesis que sostengo en lo sucesivo.

Gonzalo Patricio Morales

Diciembre de 2009.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil
CCLJRS	Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
Inc.	Inciso
LOCMP	Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
ob. cit.	Obra Citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RFM	Revista Fallos del Mes
v. g.	<i>Verbi Gratia</i>

INTRODUCCION

En el marco del nuevo procedimiento penal que se ha instaurado en el país, una vez cerrada la investigación, el Ministerio Público cuenta con tres vías para la continuación del proceso de entre las que deberá optar dentro de los diez días siguientes al cierre. Estas vías son solicitar el sobreseimiento de la causa, ya sea definitivo o temporal, formular la acusación o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para formular acusación (Art. 248 CPP).

En el caso que el fiscal haga uso de la facultad que le confiere el literal c) del Art. 248 CPP, esto es no perseverar en el procedimiento, surgen una serie de dudas al intérprete en orden a determinar la naturaleza jurídica de dicha institución y, especialmente, sus efectos.

En este sentido, los problemas de interpretación legal se producen por una deficiente redacción del inciso segundo del artículo antes citado, al no precisar qué significa “dejará sin efecto la formalización de la investigación... y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”, sin expresar fehacientemente si el procedimiento se suspende o termina.

El no fijar con claridad los efectos jurídicos de la comunicación de no perseverar en el procedimiento, puede traducirse en dejar en la indefensión al imputado, por cuanto pensamos que una mala interpretación puede contravenir la intención del redactor del Código Procesal Penal de evitar las indebidas dilaciones del proceso que afecten el principio del juzgamiento en un plazo racional y justo.

Así, nuestro objetivo es, en el primer capítulo, entregar un concepto de esta atribución del fiscal como litigante en el procedimiento, centrándonos en los términos en los cuales el legislador ha consagrado esta institución, para luego dilucidar su naturaleza jurídica.

Seguidamente, en el segundo capítulo, estudiaremos detalladamente las normas que regulan la comunicación de no perseverar en el procedimiento en su ámbito de aplicación, en conjunto con las demás instituciones que se relacionan íntimamente con esta atribución.

Finalmente, abordaremos el estudio de los efectos que se producen en el proceso una vez ejercida esta facultad por el Ministerio Público, especialmente orientado a determinar si a través de ella se suspende el procedimiento pudiéndose renovar la acción penal o, por el contrario, se pone término a éste extinguiendo dicha acción y, consecuentemente, liberando al imputado de la persecución de su eventual responsabilidad por los hechos investigados, evitándose con ello, indebidas dilaciones que atenten contra el principio del juzgamiento en un plazo racional y justo.

Para el logro de este objetivo, efectuaremos un análisis dogmático de las normas pertinentes, aplicando los principios de la hermenéutica legal y apoyándonos en el estudio del trabajo realizado por la doctrina al respecto.

I. COMUNICACION DE NO PERSEVERAR: ANTECEDENTES GENERALES

1. MARCO LEGAL

En primer término, realizaremos un sucinto recuento previo de las normas que consagran la comunicación de no perseverar en el procedimiento y de aquellas que influyen en su ejercicio, con el objeto de establecer un marco para el análisis de sus aspectos generales, sin perjuicio de su estudio pormenorizado en los siguientes capítulos de esta memoria.

El nuevo Código Procesal Penal dispone en su Art. 248 Inc. 1° que “Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;
- b) Formular acusación, cuando estime que la investigación proporciona fundamento necesario para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o
- c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes necesarios para fundar una acusación”.

Como podemos colegir de la lectura de esta norma, el legislador ha otorgado al fiscal tres posibles acciones una vez que haya declarado cerrada la investigación: solicitar el sobreseimiento (definitivo o temporal), acusar al imputado o, por último, comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento.

Cualquiera sea la vía que siga el Ministerio Público, la deberá manifestar en el término de diez días y en la audiencia que haya impetrado al Juez de Garantía para ese efecto (Art. 249 CPP).

Por otro lado, la disposición en comento se refiere al caso en que el fiscal haya practicado las diligencias que él estime necesarias para el esclarecimiento del hecho delictual, pero es necesario concordar esta norma con las referentes a la clausura de la actividad investigativa: los términos legal y judicial de investigación.

La ley establece como término máximo dos años, tras el cual el fiscal deberá declarar cerrada la investigación bajo apercibimiento de que el Juez de Garantía decrete el sobreseimiento definitivo de la causa (Art. 247 CPP).

De lo dicho se desprende que este plazo es fatal para el Ministerio Público, no pudiendo realizar nuevas diligencias de investigación, salvo el caso de aquellas que hayan sido oportunamente solicitadas por los intervinientes y que el órgano persecutor haya rechazado, siempre que sean reiteradas en la audiencia prescrita en el Art. 249 CPP y el

Juez de Garantía acoja dicha solicitud ordenando al fiscal que realice dichas diligencias (Art. 257 CPP).

Por su parte, el Art. 234 CPP prescribe que el Juez de Garantía podrá, de oficio o a petición de parte y oyendo al Ministerio Público, establecer un plazo inferior para realizar la investigación si lo considera necesario para cautelar los derechos de los intervinientes en el proceso.

El legislador asimila los efectos que produce este término judicial a los del plazo legal, esto es, que una vez caducado, el fiscal deberá declarar cerrada la investigación bajo apercibimiento de decretarse el sobreseimiento definitivo ante su negativa o inactividad, junto a la reiteración de diligencias indagatorias oportunamente solicitadas y rechazadas por el Ministerio Público (Art. 234 CPP).

Como se desprende de las normas revisadas, para que el Ministerio Público pueda comunicar su decisión de no perseverar es necesario que se haya realizado previamente el cierre de la investigación.

Una interpretación diversa a la dada pensamos que puede conducir a un error: concluir que el fiscal está legalmente autorizado para ejercer esta atribución cuando aún no se ha cerrado la etapa de investigación.

2. CONCEPTO DE COMUNICACION DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO

2.1. ACERCAMIENTO AL PROBLEMA DEL CONCEPTO

Acerca de la comunicación que hace el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no contar con antecedentes que le permitan sostener una acusación, la doctrina y los órganos que operan en el nuevo sistema no están contestes respecto al concepto de esta atribución del fiscal.

Es más, no existe un trabajo dedicado exhaustivamente al tratamiento de esta comunicación, sino sólo se observan referencias a ella en manuales y textos que se dedican al estudio del procedimiento en general¹, además de directrices emanadas del Fiscal Nacional en sus Instructivos a los fiscales adjuntos.

Así como en algunos trabajos se aborda directamente el estudio de los efectos, sin proceder a dar un concepto de esta atribución² ni detenerse en determinar su naturaleza jurídica, cual es a su vez la misma actitud que adopta el Fiscal Nacional en su Instructivo N° 52³, criterio que modificará posteriormente en su Oficio N° 556⁴.

¹ Cfr. CHAHUAN SARRAS, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento Penal*, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, Reimpresión de 2005, Santiago, 2002, p. 261.

² Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, *Derecho Procesal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo I, pp. 585 y ss.

³ Cfr. FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, “Instructivo N° 52 Sobre Audiencias Posteriores al Cierre de la Investigación, Oficio N° 106, marzo 20 de 2001”, *Reforma Procesal Penal Instrucciones Generales Nos 51 a 75*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 57 – 58.

⁴ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO, “Oficio N° 556, noviembre 18 de 2003, sobre Facultad de los Fiscales de no Perseverar en el Procedimiento, una vez Cerrada la Investigación”, *Boletín del Ministerio Público N° 17 Diciembre de 2003*, Ministerio Público, Santiago, 2003, p. 208.

En este estado de cosas, creemos que no se ha profundizado en los diversos problemas que se pueden producir al momento de conceptualizar la comunicación en estudio. Estimamos que no es prudente despachar, apresurada y superficialmente, un concepto de esta institución sin detenerse a examinar ciertos aspectos esenciales para su debido entendimiento.

Procederemos, en consecuencia, a destacar dos problemáticas que pueden obstar a la confección de un concepto de la comunicación de no perseverar: a) en qué no se persevera: en la investigación o en el procedimiento, y b) qué ha querido significar el legislador al emplear el término *no perseverar*.

2.1.1. ¿Procedimiento o Investigación?

Uno de los aspectos centrales a la hora de enfrentar la problemática del concepto de la comunicación que hace el Ministerio Público en orden a no perseverar en el procedimiento, se ha manifestado en determinar en qué no se persevera: en el proceso mismo o en la investigación.

Dilucidar este tema trae importantes consecuencias para el resultado de la labor interpretativa de la norma, para la marcha del proceso y, más importante aún, para la suerte del imputado en el procedimiento y su paralela afectación de derechos; aunque debemos advertir que no es la oportunidad de estudiar pormenorizadamente los efectos señalados, sino más entrados en el desarrollo de nuestra memoria al abordar el ámbito de aplicación de la comunicación de no perseverar y sus efectos jurídicos⁵.

Así, para Carocca estaríamos frente a un *abandono de la investigación*⁶, postura que no compartimos por cuanto el momento en que el fiscal puede hacer uso de esta facultad, la investigación ya se encuentra cerrada.

Como lo analizamos en el título anterior de este capítulo, al hacer referencia al marco legal de la comunicación de no perseverar, el legislador prescribe en el Art. 248 literal c) CPP que no se persevera en el procedimiento, y no en la investigación.

Además, debemos siempre tener presente que al hacer la interpretación, en conformidad a las normas prescritas por el legislador, si "...el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" (Art. 19 Inc. 1 CC), caso que se da en la especie; y que "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (Art. 20 Inc. 1 CC).

A nuestro entender es claro que el texto del Art. 248 CPP se está refiriendo al procedimiento en el lato sentido que el legislador da al término y no a una etapa determinada de éste como es la etapa de investigación, por lo demás ya cerrada. A mayor abundamiento, la facultad de comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento sólo la puede ejercer el fiscal en la audiencia impetrada al juez para tal efecto dentro del plazo de diez días desde cerrada que sea la investigación.

⁵ Véase II inferior.

⁶ Cfr. CAROCCA PEREZ, Álex, *Manual El nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Lexis Nexis, Tercera Edición, Santiago, 2005, pp. 205 - 207.

2.1.2. ¿Cuál es el Significado de No Perseverar?

Otro punto que genera problemática a la hora de conceptualizar la atribución en estudio es determinar cuál es el alcance del término *no perseverar*. Dilucidar este tema es de vital importancia para establecer los efectos que se producen cuando el Ministerio Público comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento.

Ahora bien, para determinar el sentido de no perseverar debemos, en vista a que es un término compuesto, analizar separadamente cada una de sus dos palabras.

En primer lugar, la Real Academia Española define perseverar como “*Mantenerse constante en la prosecución de lo comenzado...*”⁷, de la que entendemos la idea de permanencia como parte intrínseca de la expresión, que aplicada al contexto en estudio, corresponde a permanecer o mantenerse constante en la persecución de la responsabilidad penal.

Pero la palabra perseverar no se encuentra aislada en la ley, sino que forma un binomio indisoluble con el vocablo no, adverbio que indica la idea de negación, a la no existencia de lo significado por el verbo.

En consecuencia, no perseverar corresponde a no permanecer constantemente en la persecución penal por parte del Ministerio Público al manifestar su decisión de no perseverar a los demás intervinientes en el proceso.

2.2. CONCEPTO DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO

¿A qué nos referimos, entonces, cuando hablamos de la comunicación que hace el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haber obtenido durante la investigación antecedentes serios para acusar al imputado?

La Fiscalía Nacional ha respondido con una descripción, señalando que “consiste en la posibilidad que tiene, en forma exclusiva, el órgano encargado de la persecución penal, en congruencia con un sistema de separación de las funciones investigativas y jurisdiccionales, de decidir no continuar con un procedimiento que lleva adelante en contra de uno o más imputados, por no haberse reunido, durante la investigación, antecedentes suficientes para fundar una acusación”⁸.

Si bien esta descripción resulta muy ilustrativa, y adhiere a ella Novoa agregando que es una atribución exclusiva del Ministerio Público⁹, somos de la idea que no satisface completamente la necesidad de precisar un concepto de la comunicación de no perseverar en el procedimiento.

De hecho, esta descripción transcrita nos ubica en el ámbito de aplicación de la misma e introduce en el análisis de su naturaleza jurídica, pero no nos dice en sentido estricto qué es la comunicación de no perseverar.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Segunda Edición, Madrid, 2001, Reimpresión Especial 2001, Tomo II, p. 1738. (El destacado es nuestro).

⁸ DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., p. 208.

⁹ Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, *Revista Procesal Penal N° 27 Noviembre-2004*, “Análisis de la Facultad del ministerio Público de No Perseverar en la Investigación”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 13.

En congruencia con lo que venimos sosteniendo, procuraremos entregar un concepto de la comunicación que hace el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento.

Con este objetivo, podemos definir la comunicación de no perseverar en el procedimiento como *el acto procesal a través del cual el Ministerio Público ejerce la atribución legal de desistirse de la persecución penal por carecer de antecedentes incriminatorios en contra del imputado una vez cerrada la investigación*.

Como se lee, señalamos que corresponde a un acto a través del cual se materializa la atribución que otorga la ley en el Art. 248 literal c) CPP al fiscal, que ejercerá discrecionalmente cuando estime que no ha reunido antecedentes incriminatorios en contra del imputado. Así, la decisión es un simple acto administrativo del Ministerio Público que no requiere resolución judicial del Juez de Garantía, que se materializa en el proceso y afecta a los demás intervinientes en el proceso una vez comunicada.

Evidencia, como se desprende de lo anteriormente explicitado, la naturaleza compleja que ha dado el legislador a esta institución: a) la decisión que toma el fiscal cuando ha analizado los antecedentes y concluye que no tiene fundamento serio para acusar al imputado; y, b) la actuación procesal por la que comunica esa decisión a los demás intervinientes y desde ese momento ésta se les hace oponible.

Por otro lado, en el concepto se destaca la causal que autoriza el ejercicio de no perseverar en el procedimiento, esto es, la falta de antecedentes o pruebas que permitan al fiscal sostener una acusación fundada en contra del imputado.

A su vez, hemos empleado la expresión *desistirse* atendiendo a que, si bien el legislador chileno innovó al introducir el término de no perseverar en el procedimiento a nuestro sistema de enjuiciamiento penal, previo el análisis realizado, podemos concluir que el concepto no es ajeno ya a nuestro ordenamiento jurídico procesal.

En efecto, en el Código de Procedimiento Civil, en su Libro Primero (que corresponde a las normas aplicables a todo tipo de procedimiento, civil o penal, en cuanto la ley no distingue) Título XV, se contempla el Desistimiento de la Demanda, que corresponde a una acción voluntaria que hace el demandante cuando entiende, fundadamente, que la acción deducida no llegará a buen término. Como es el caso por el cual el fiscal, también voluntariamente, comunica su decisión de no perseverar porque entiende, fundadamente, que no cuenta con antecedentes para formular una acusación, que se traduce en que la acción penal no prosperará¹⁰.

3. NATURALEZA JURIDICA: ACTO JURIDICO COMPLEJO

Para abordar el estudio de la naturaleza jurídica de la institución que analizamos en la presente memoria, debemos atender a la fusión de dos actuaciones del fiscal que hace el legislador, actos que, sumados, componen la comunicación de no perseverar en el procedimiento.

¹⁰ Véase III inferior.

La ley estatuye que el Ministerio Público *comunicará* su *decisión* de no perseverar en el procedimiento (Art. 248 letra c) CPP), redacción de la norma que nos permite concluir que en ella se contienen dos actuaciones: a) la *decisión* que adopta el fiscal de no continuar ejerciendo la acción penal por la falta de antecedentes para sostener una acusación, y b) la *comunicación* que hace el mismo fiscal a los demás intervinientes de la decisión que ha adoptado de desistirse del procedimiento en la audiencia citada al efecto.

Como vemos, la ley regula un acto complejo compuesto por dos actuaciones del órgano investigador: la primera que corresponde a un acto administrativo del fiscal y, la segunda que es propiamente una actuación procesal.

3.1. ACTO ADMINISTRATIVO

3.1.1. Naturaleza Administrativa de la Decisión

La decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento es una atribución que puede ejercer el fiscal en el caso de no contar con antecedentes suficientes que le permitan sustentar una acusación.

Es él quien, discrecionalmente dentro de los parámetros fijados por la ley, puede ponderar si los antecedentes que haya reunido durante la investigación no son suficientes para sostener una acusación y, por tanto, ejercer esta facultad.

En consecuencia, la decisión de no perseverar en el procedimiento corresponde a un acto administrativo que el Ministerio Público adopta en ejercicio de sus atribuciones como órgano del estado.

En el mismo sentido lo ha entendido la Fiscalía Nacional, enfatizando el hecho que es una facultad que ejerce dentro de su específica función persecutoria penal y que, por definición constitucional (Art. 83 CPR), el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales, descartando consecuentemente sea considerada la *comunicación*¹¹ como una resolución judicial¹².

Agrega la Fiscalía Nacional que corresponde a una simple comunicación por la cual el Ministerio Público informa a los demás intervinientes que *ha decido* no continuar con el procedimiento por no contar con antecedentes serios para sustentar una acción penal ante el órgano jurisdiccional¹³.

Como se aprecia, la decisión de no perseverar en el procedimiento que adopta el Ministerio Público, debe ser estudiada en su naturaleza de acto administrativo y no de resolución judicial, atendiendo a su adopción y posterior comunicación a los intervinientes.

3.1.2. Decisión Discrecional Reglada del Ministerio Público

La ley en el Art. 248 letra c) CPP prescribe que el Ministerio Público *comunicará* su *decisión* de no perseverar, de lo que se colige necesariamente que al

¹¹ El Fiscal Nacional emplea la expresión comunicación, pero pensamos que es más preciso que haya utilizado el vocablo decisión, que es donde se manifiesta derechamente la discrecionalidad del Ministerio Público.

¹² Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., p. 209.

¹³ *Idem.*

momento de hacer partícipes a los demás intervinientes en el proceso en la audiencia convocada para tal efecto, el fiscal ya ha decidido desistir de la persecución penal.

En otros términos, el fiscal pondera los antecedentes que logró recabar durante la investigación de manera discrecional y concluye que no son suficientes para sustentar una acusación en contra del imputado, ante lo que decide no perseverar en el procedimiento.

Es sólo el Ministerio Público el órgano encargado por la Constitución Política de la República para dirigir, de manera exclusiva, la investigación y quien, según el mérito de los antecedentes, ejercer la acción penal o, en su caso, estimar su improcedencia, como corresponde al tema que se estudia en esta memoria (Art. 83 CPR).

Por lo mismo, es de cabal importancia destacar que la causal de falta de antecedentes para formular una acusación correspondía primitivamente a una causal de sobreseimiento, tanto definitivo como temporal, en el Proyecto de Código Procesal Penal del Ejecutivo, es decir, era el juez quien debía ponderar los hechos y resolver en consecuencia.

En efecto, en el Art. 341 del mismo se establecía como primera causal de sobreseimiento temporal el hecho que "... los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar acusación y dicha investigación no pudiese seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad"¹⁴.

En tal sentido la CCLJRS, al momento de estudiar el Art. 320 del Proyecto aprobado por la Cámara y respecto de la última causal de sobreseimiento definitivo, que consistía en la falta de antecedentes para formular una acusación y estuviere vencido el plazo de cierre de la investigación o no existiere, razonablemente, la posibilidad del surgimiento de antecedentes nuevos, estimó suprimirla por cuanto involucraba un juicio de valor del juez que correspondía al Ministerio Público¹⁵.

En concordancia con lo expuesto, podemos citar a Horvitz, para quien "La decisión sobre el mérito de los antecedentes de la investigación es, pues, de exclusiva competencia del Ministerio Público y no cabe, en consecuencia, un pronunciamiento ulterior del juez"¹⁶.

En consecuencia, el hecho que la decisión que adopta el fiscal del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento sea de su entera discrecionalidad, en el sentido que sólo a él compete ponderar si los antecedentes producto de la investigación no son suficientes para acusar al imputado, refuerza nuestra tesis que dicha decisión corresponde a un acto administrativo del fiscal.

Tanto es así que la ley procesal contempla una verdadera privatización de la acción penal pública al regular el forzamiento de la acusación para el caso en que el

¹⁴ Cfr. UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO, *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada, Concordancias*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, Tomo II, p. 359.

¹⁵ Cfr. HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA, *Diario de Sesiones del senado, "Sesión 5º, Anexo Documentos"*, "Segundo Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado", Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 2000, pp. 632-633.

¹⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 585.

querellante particular no compartiere la decisión del fiscal de no perseverar, situación en la cual el juez podrá autorizar al querellante a acusar directamente al imputado con las mismas facultades que corresponderían al fiscal dentro del juicio (Art. 258 CPP), sin que exista posibilidad alguna que el juez obligue al fiscal a continuar con el procedimiento.

No obstante lo dicho, debemos hacer notar que esa discrecionalidad no es tan arbitraria como podría aparecer a simple vista, sino que muy por el contrario y en atención a proteger los derechos de los demás intervinientes en el proceso, las decisiones que adopta el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones se encuentran sometidas a una serie de regulaciones que limitan la esfera de su discrecionalidad a cumplir con los requisitos exigidos por la ley, hasta el punto de cuestionarse si es tan discrecional la actuación del Ministerio Público¹⁷.

3.2. ACTUACION PROCESAL

3.2.1. Comunicación a los Demás Intervinientes en el Proceso

Una vez que el fiscal ha ponderado los antecedentes que ha reunido durante la investigación criminal y concluye que las pruebas recabadas no dan sustento suficiente para formular una fundada acusación en contra del imputado, decide desistir de la persecución penal.

Pero esa decisión no produce efecto respecto de los demás intervinientes por sí, sino que es necesario que el Ministerio Público les participe la determinación que ha adoptado.

Este es el acto regulado por la ley en el Art. 248 CPP, es decir, lo prescrito por el legislador procesal es el acto por el cual el fiscal comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento al imputado, la víctima y el querellante particular, en su caso.

La comunicación deberá practicarla el Ministerio Público, según lo prevenido por el Art. 249 CPP, en la audiencia que impetre al Juez de Garantía para ese efecto, la que debe ser requerida en el término de diez días desde que haya declarado cerrada la investigación (Art. 248 Inc. 1°).

Como se aprecia, este es el acto puramente procesal en el que el fiscal comunica su decisión de desistirse de la acción penal y no continuar con el procedimiento, en el cual la víctima y el querellante pueden hacer valer sus derechos de estimarlo precedente.

La víctima podrá solicitar su derecho de ser oída por el fiscal ante un procedimiento al que se le pone término de manera anticipada, y el querellante, si el Juez de Garantía lo admite, podrá forzar la acusación y sostenerla en lo sucesivo en los mismos términos que corresponden al Ministerio Público (Art. 109 letra d) y Art. 258 Inc. 4°, respectivamente, ambos CPP).

Ahora bien, no obstante sea la decisión del fiscal puramente un acto administrativo, que queda completamente sujeto a su discrecionalidad mientras cumpla con

¹⁷Cfr. BALBONTIN RETAMAL, Alberto, "El ministerio Público Chileno. Organización, Funciones y ¿Discrecionalidad?", en *Revista Procesal Penal N° 34 Abril-2005*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, pp. 24-34.

las limitantes establecidas por la ley, se torna complejo al momento de practicar la comunicación en la audiencia respectiva a los demás intervinientes.

Ello porque se establecen derechos y cargas para las partes en el proceso que otorgan importancia suficiente al acto como para que hayan sido reguladas por el legislador procesal, no sin cierta precisión, las formalidades que se deben cumplir para el ejercicio de esta facultad fiscal.

3.2.2. Judicialización del Acto Administrativo

En virtud a lo que hemos analizado, podemos concluir que *la comunicación* que hace el Ministerio Público de no perseverar corresponde a un simple acto procesal, por intermedio del cual informa a los demás intervinientes en el proceso de su determinación de no seguir adelante con el procedimiento, decisión administrativa que adopta en virtud de la ponderación discrecional que ha hecho de los antecedentes recabados en ejercicio de sus atribuciones legales durante la investigación, la que no ha arrojado sustento suficiente para una viable acusación en contra del imputado.

En consecuencia, el Juez de Garantía no puede revisar y ponderar los antecedentes producto de la investigación en los que se basa el fiscal para decidir no perseverar en el proceso. A mayor abundamiento, “el hecho de existir o no en la investigación mérito probatorio para fundar una acusación es una cuestión que, en esencia, corresponde al órgano encargado de la investigación penal y no constituye materia de pronunciamiento jurisdiccional”¹⁸.

Pero tampoco es menos cierto, que el legislador ha impuesto la carga al fiscal, bajo apercibimiento de decretar sobreseimiento definitivo en la causa, si no formula requerimiento al juez, dentro de décimo día, para que cite a una audiencia a los demás intervinientes en el proceso, en la que el fiscal les comunicará su decisión de no perseverar en él.

Esto nos demuestra la intención de la ley de dotar al ejercicio de esta atribución de una cierta formalidad atendiendo a las importantes consecuencias que se derivan en virtud de su ejecución. O sea, que si bien la decisión y la comunicación son resortes del órgano persecutor de la responsabilidad penal, y al juez no cabe pronunciarse sobre su mérito, necesariamente este acto del fiscal se verificará en una audiencia, la que terminará con una sentencia interlocutoria de primer grado (Art. 158 Inc. 3° CPC) del Juez de Garantía que tomará nota de ella.

La Ilustre Corte de Apelaciones de Rancagua, conociendo de un recurso de apelación contra resolución de un Juez de Garantía de la misma ciudad en que acoge la comunicación de no perseverar de un fiscal adjunto, estimó que “aunque es verdad que el artículo 248 del Código Procesal Penal indica que lo que el Fiscal hace es sólo comunicar al juzgado su decisión de no perseverar en el procedimiento, lo cierto es que el artículo 249 del mismo Cuerpo Legal indica que para llevar a cabo la institución de que se habla el Fiscal debe presentar al juez de Garantía un requerimiento y éste citar a una audiencia.

¹⁸ DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., pp. 207-208.

Tanto lo uno como lo otro llevan necesariamente a la conclusión de que el juez debe dictar una resolución respecto de esa presentación del Fiscal”¹⁹.

Lo que podemos desprender es que se produce una judicialización de la institución, que si bien en principio corresponde sólo a un acto administrativo mientras el fiscal pondera los antecedentes y decide no perseverar en el procedimiento, se transforma, posteriormente, en un acto procesal, específicamente un incidente especial, sobre el que recaerá una resolución al momento de comunicarla a los demás intervinientes.

Es más, si se estudia con una mayor detención el fallo en comento, la Corte estima que esa resolución corresponde a una sentencia interlocutoria que pone fin al procedimiento, en el caso que no exista querellante particular o, si de existirlo, no haya forzado la acusación o el juez la haya denegado. De hecho, como sentencia interlocutoria que pone fin al juicio, la Corte la estima susceptible de apelación por mandato del Art. 370 CPP, aunque sea sólo para revisar los aspectos formales de la comunicación de no perseverar²⁰.

En consecuencia, una vez practicada la comunicación por el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento y acogida ésta por el juez, se generan derechos y cargas permanentes para las demás partes que intervienen en el proceso.

Lo que no debe llevar al error de pensar que el juez hace una calificación de méritos de la decisión del fiscal, sino sólo se reduce la intervención judicial al examen formal del ejercicio de la institución, v. g. si el fiscal ha declarado cerrada la investigación previamente, si solicitó la audiencia dentro del término legal, etc.

En el mismo sentido lo ha entendido la Corte citada al establecer que es “admisibles concluir que el examen que pueda hacer el juez es *puramente formal*” y agrega que “la decisión del Juez de Garantía ha de pronunciarse admitiendo o rechazando el requerimiento del Ministerio Público”²¹.

Todo lo que hemos sostenido hasta esta parte de nuestra memoria, nos lleva a determinar que la comunicación que hace el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento corresponde a una actuación procesal de un interviniente en el proceso, equivalente a la actuación promovida por el actor civil al desistirse de la demanda.

¹⁹ Revista Procesal Penal N° 27 Enero 2005, Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 145-2004, Considerando 1°, pp. 66-67.

²⁰ *Ibidem*, Considerando 2°, p. 67.

²¹ *Ibidem*, Considerando 1°, p. 67. (El destacado es nuestro).

II. AMBITO DE APLICACION

La comunicación que hace el Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento se encuentra inserta y regulada por la ley en la primera parte del proceso penal, la que se denomina etapa de investigación, y más específicamente como una actuación fiscal una vez cerrada ésta.

Como tal, y para estudiar su ámbito de aplicación, atenderemos al momento procesal en que el fiscal está autorizado para hacer uso de ella, en qué circunstancias o fundamentos debe apoyarse y la forma en que la ejerce.

1. OPORTUNIDAD PARA DECLARAR LA DECISION DE NO PERSEVERAR

El legislador ha regulado la comunicación de no perseverar a propósito de continuar el procedimiento una vez que el Ministerio Público ha declarado cerrada la investigación (Art. 248 CPP).

En este sentido, debiéramos concluir, en principio, que el momento oportuno para que el Ministerio Público ejerza esta atribución es después que haya declarado cerrada la etapa indagatoria y, consecuentemente, sólo sería procedente en una investigación previamente formalizada.

No obstante, se han planteado argumentos para apoyar el ejercicio de esta atribución fiscal sin que haya habido previa formalización y, como es evidente, sin que se haya cerrado la investigación²².

Por ello, analizaremos en primer término su ejercicio sin que haya existido formalización previa del imputado; y, en segundo lugar, la oportunidad normal en que puede hacer uso de ella el Ministerio Público, esto es, cerrada que sea la investigación.

1.1. SIN FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION

Una reforma procesal como la que se ha instaurado en el país, no sólo es de carácter legal sino que también ha alcanzado hasta los cimientos de nuestra cultura jurídica, viene naturalmente acompañada de una multiplicidad de interrogantes -ya sea respecto de la lógica del nuevo proceso, los alcances de sus instituciones, etc.-, a las que los operadores jurídicos han intentado dar respuestas²³.

Ahora bien, y debido a la misma complejidad de esta reforma, esas respuestas que han dado los operadores de este nuevo sistema de enjuiciamiento son, por lo general, divergentes las unas de las otras, aportando con ello no sólo precisión al interpretar las reglas y contribuir con ello a la seguridad jurídica, sino que también agregando cuotas de

²² Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, p 359.

²³ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del Nuevo Proceso Penal Cuestiones y Casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 10.

oscuridad en la discusión doctrinal y en la aplicación práctica de las normas de los cuerpos jurídicos que componen el proceso penal.

Comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento sin previa formalización es uno de estos cuestionamientos que faltan por precisar²⁴. Para ello, abordaremos el tema desde dos perspectivas: aquella que aboga por la procedencia de esta institución sin que el fiscal haya formalizado la investigación y, en segundo término, la que niega tal posibilidad al Ministerio Público.

1.1.1. Tesis que Admite la Comunicación de no Perseverar sin Formalización

La Fiscalía Nacional del Ministerio Público ha dado una amplia lectura a la institución que nos ocupa en lo que a su ámbito de aplicación respecta. En efecto, ha sostenido que es factible para el fiscal comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento aún cuando no haya formalizado al imputado previamente²⁵.

Profundizando, este órgano se ha basado para sostener dicha tesis en aspectos prácticos para solucionar el caso de aquellas investigaciones en que ya ha intervenido el Juez de Garantía, no obstante que el fiscal no ha formalizado al imputado, es decir, no ha comunicado a éste el hecho de ser investigado por algún delito que se le imputa, circunstancia en la cual está vedado para el Ministerio Público ejercer las atribuciones de los Arts. 167 y 168 CPP; esto es, el archivo provisional y la facultad para no iniciar investigación, respectivamente²⁶.

Digamos desde ya que estas atribuciones fiscales son formas de suspensión o de terminación temprana del procedimiento penal, junto al ejercicio del principio de oportunidad, por medio de las cuales el legislador ha intentado descongestionar el sistema y racionalizar los recursos estatales que se desvían inoficiosamente²⁷ a situaciones en que no existan antecedentes para iniciar o proseguir la investigación, los hechos no son constitutivos de delito, ha transcurrido el término de prescripción de la responsabilidad penal, o bien se trata de hechos que no comprometen gravemente el interés público (Arts. 167; 168 y 170 CPP).

A mayor abundamiento, estas tres atribuciones exceptúan el principio de legalidad que contiene el Art. 166 CPP que obliga al Ministerio Público, como órgano del estado que es, y con el auxilio de las policías, a investigar y promover la persecución penal de todo hecho del que haya tomado conocimiento y que revista caracteres de delito, sin que la pueda suspender, interrumpir o hacerla cesar²⁸.

Ante estas situaciones en que no se puede ejercer el archivo provisional ni la facultad para no iniciar investigación, que el Fiscal Nacional considera anómalas, critica aquellas opiniones y resoluciones que, con estricto apego a la literalidad de las normas, niegan el ejercicio de la atribución del Art. 248 letra c) CPP, y que se fundan en que uno de los efectos de la comunicación estudiada en esta memoria es dejar sin efecto la

²⁴ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., 10.

²⁵ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., pp. 213-216.

²⁶ *Ibidem*, p. 213.

²⁷ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 308.

²⁸ *Idem*.

formalización de la investigación y, consecuentemente, no podría el fiscal comunicar su decisión de no perseverar si no ha formalizado al imputado previamente²⁹.

Así, el Ministerio Público considera que esta interpretación está errada, porque sólo quedará sin efecto la formalización de la investigación en aquellos casos en que efectivamente este trámite haya sido realizado³⁰. Al respecto, Castro no encuentra impedimento alguno para sostener esta interpretación³¹.

Argumenta el Fiscal Nacional con notable sentido práctico que, “de no ser así, se dejaría sin solución todas aquellas situaciones en las que el fiscal carece de antecedentes suficientes para continuar seriamente con un procedimiento (ya sea en cuanto al hecho punible o, a las personas presuntamente responsables) sin que pueda ejercer los mecanismos antes mencionados (Arts. 167 y 168 CPP) por existir impedimento legal al haber intervenido el Juez de Garantía, implicando mantener “formalmente” como abiertos y vigentes una cantidad de casos que no corresponden a la realidad del organismo persecutor”³².

Además, y siguiendo el razonamiento del Fiscal Nacional, resultaría carente de toda lógica que el Ministerio Público formalice la investigación contra personas que no considera responsables o por hechos no constitutivos de delito con el sólo objeto de ejercer la comunicación de no perseverar en el procedimiento, ni legal que se obligue a formalizar al Ministerio Público cuando él es el órgano que privativamente se encuentra encargado de dirigir la investigación penal³³.

Novoa, por su parte, coincide con la interpretación del Ministerio Público y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que conociendo recurso interpuesto contra resolución de un Juez de Garantía de la misma ciudad que negaba el ejercicio de la atribución del Art. 248 letra c) CPP por no haber formalizado previamente el fiscal al imputado, en el considerando cuarto de su fallo, sostiene que lo resuelto por el Juez de Garantía sólo tiene asidero en el Inc. final del mismo artículo, criterio que no comparte pues sólo dejaría sin efecto la formalización en el caso que ésta haya sido efectuada³⁴⁻³⁵.

1.1.2. Improcedencia de la Comunicación de no Perseverar sin Formalización

a) Exigencia Legal de Cierre Previo

La comunicación de no perseverar en el procedimiento ha sido regulada por el legislador a propósito de las acciones que puede tomar el Ministerio Público una vez cerrada la investigación, en otros términos, es una facultad que nace para el fiscal después que haya declarado el cierre de la etapa indagatoria.

En efecto, la atribución que estudiamos se encuentra consagrada en el Párrafo 7º, Título I “Etapa de Investigación” del Libro Segundo del Código Procesal Penal, el que

²⁹ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., pp. 213-214.

³⁰ *Ibidem*, p. 214.

³¹ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 359.

³² DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., p. 214.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 215.

³⁵ Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, ob. cit., p.23.

se denomina “Conclusión de la Investigación” y, más específicamente, en el Art. 248 del mismo cuerpo legal que se titula “Cierre de la Investigación”.

Este hecho ya algo nos dice, en principio, respecto de la intención que ha tenido el legislador procesal respecto a en qué momento se puede hacer uso de ella, aunque reconocemos que por sí sólo no es concluyente, pero que se ve, a nuestro juicio, reforzada por una serie de antecedentes que pasamos a revisar.

La redacción del Art. 247 reseñado es más que clara al prescribir que “el fiscal declarará *cerrada* la investigación y *podrá, dentro de los diez días siguientes*: [...] comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento”, no pudiéndose desentender el intérprete de lo prevenido por el Art. 19 Inc. 1° CC, pues su sentido literal es lo suficientemente claro como para atender a su espíritu.

Afirmar que esta atribución puede ejercerse antes de declarar cerrada la investigación, en contravención al sentido de la norma, carece de sustento legal, más aún si una de sus consecuencias es privar de sus efectos a la formalización (Art. 247 Inc. 2°).

La misma causal que autoriza al Ministerio Público para no perseverar en el procedimiento, supone una indagatoria previa; de hecho, la misma ley lo exige literalmente al precisar que el fiscal no haya “reunido *durante la investigación* antecedentes suficientes para fundar una acusación” (Art. 247 letra c) CPP).

Tanto es así, que para Carocca la existencia de una investigación previamente formalizada que se dirija en contra de un imputado corresponde a un requisito de procedencia para el ejercicio de la institución que estudiamos, pues de lo contrario, carecería de sentido al no existir un término de investigación que cerrar antes de ejercitar el no perseverar³⁶.

Es más, cuesta entender algo diverso si se toma en consideración que originalmente esta causal correspondía a una de sobreseimiento definitivo y de sobreseimiento temporal en el proyecto de código, ambas instituciones que presuponen una investigación previa.

En efecto, el Inc. final del Art. 342 del Mensaje que establecía el sobreseimiento temporal, del mismo tenor que el Inc. 1° del Art. 323 aprobado por la Cámara de Diputados que establecía los efectos especiales de la misma institución, esclarece a nuestro juicio completamente el problema acerca de si se requería o no cerrar la investigación antes de invocarla, pues prescribía que “La declaración de sobreseimiento temporal por la causal contenida en la letra a) de este artículo³⁷ *deberá realizarse siempre una vez que el fiscal declare cerrada la investigación*”³⁸⁻³⁹.

³⁶ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 206.

³⁷ Norma que era del siguiente tenor: “a) *Cuando los antecedentes reunidos durante la investigación no fueren suficientes para fundar una acusación* y dicha investigación no pudiere seguir adelante en forma inmediata, habiendo, no obstante, motivos para esperar el surgimiento de nuevos antecedentes con posterioridad” (El destacado es nuestro).

³⁸ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.696 Establece Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 2000, pp. 136 y 768.

³⁹ Cfr. PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2006, pp. 397-400.

b) Principio de Legalidad de la Investigación

Si bien es cierto que para aquellos casos en que la ley ha hecho imposible para el Ministerio Público ejercer las atribuciones de los Arts. 167 y 168 CPP sin que haya formalizado la investigación, pero ya se ha producido la intervención del Juez de Garantía por cualquier razón, se presenta un escenario complejo para el órgano persecutor, pero ello no significa autorizar al fiscal para buscar otra forma de interrumpir el procedimiento.

De hecho, el legislador procesal ha consagrado en el Art. 166 Inc. 2° CPP el principio de legalidad de la investigación en los siguientes términos: “cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, *sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso*, salvo los casos previstos en la ley”⁴⁰.

La ley ha sido estricta con el Ministerio Público al consagrar este principio, pues obliga a dicho órgano a iniciar y sostener la investigación de todo hecho delictual sin que la pueda suspender, interrumpir o hacerla cesar arbitrariamente⁴¹.

Como podemos deducir de esta norma, este principio corresponde a la regla general que orienta el trabajo del Ministerio Público, autorizando sólo excepcionalmente su suspensión, interrupción o finalización en los casos previstos en la ley: a) Archivo Provisional (Art. 167 CPP); b) Facultad para no Iniciar Investigación (Art. 168 CPP); y, c) Principio de Oportunidad (Art. 170 CPP)⁴².

Como es evidente, no fue intención del legislador que el fiscal pudiera comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento sin previa formalización, pues ya había consagrado las debidas excepciones al principio de la legalidad y reservado, consecuentemente, a la atribución que estudiamos en esta memoria como un criterio de actuación una vez cerrada la investigación, lo que se ve reforzado con aquello de dejar sin efecto la formalización como una de las consecuencias que se producen una vez ejercida la facultad de no perseverar. De lo contrario, así lo habría señalado el legislador.

Compartimos la estimación de Horvitz que esta obligación del Ministerio Público se sustenta en el respecto a la igualdad ante la ley en el sentido que la selección que pueda hacer este órgano acerca de qué delitos persigue o no pueda ser discriminatoria⁴³.

c) Excepcionalidad de la Oportunidad

En nuestro nuevo sistema acusatorio la ley ha entregado al Ministerio Público la exclusividad en la dirección de la investigación, mas no completamente a su total arbitrio. De hecho, no son pocos los casos dentro del procedimiento en que el código ha restringido la discrecionalidad con que actúa el órgano persecutor.

El legislador ha introducido en el sistema diversos mecanismos por medio de los cuales se controla al Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones constitucionales cuales son, esencialmente, dirigir la investigación conforme al principio de objetividad y ejercer, en su caso, la acción penal pública de conformidad a la ley, con el objeto de evitar

⁴⁰ El destacado es nuestro.

⁴¹ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 46.

⁴² Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 308.

⁴³ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 47.

una posible tendencia al abuso y arbitrariedad de su poder, con mayor énfasis en aquellos casos en que se produzcan afectaciones a los derechos fundamentales de las personas. Estos controles son de carácter político, procesal y jerárquico o disciplinario⁴⁴.

Como ya lo hemos señalado, el fiscal está obligado a investigar todo hecho que revistiere caracteres de delito, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar la investigación, salvo los casos previstos por el Código. Como contrapartida a esta norma, se contemplan en la ley mecanismos de selección que puede emplear el Ministerio Público para hacer más eficiente su trabajo⁴⁵.

Estos mecanismos son de carácter excepcional a la norma general reseñada y corresponden a los mencionados archivo provisional, a la facultad para no iniciar investigación y al ejercicio del principio de oportunidad (Arts. 167; 168 y 170 CPP, respectivamente).

Específicamente, el principio de oportunidad, en sentido amplio, es la contrapartida del principio de legalidad⁴⁶ y faculta al Ministerio Público para no iniciar o interrumpir la persecución penal, dentro de los límites legales, por estrictas razones de política criminal y conforme a las directrices generales entregadas por el Fiscal Nacional⁴⁷.

En consecuencia, sólo pueden alterar la regla de la legalidad aquellas facultades expresamente consagradas por el legislador procesal penal, siendo cada una de estas instituciones de derecho estricto, no admitiéndose por tanto su aplicación analógica.

Lo que es válido no sólo para aplicar las instituciones reseñadas a situaciones diversas que pudieren surgir en el proceso, sino que también para el posible empleo de atribuciones destinadas a otros fines so pretexto de racionalizar los recursos del Estado, desvirtuando el objetivo fundamental que ha tenido en vista la ley, cual es, sancionar los atentados contra los bienes jurídicos resguardados por el derecho penal sustantivo, sin que puedan quedar delitos impunes que atentan contra la debida igualdad ante la ley, socaven la seguridad jurídica y, en resumen, pongan en peligro el orden público.

De hecho, la ley restringe en general la aplicación de estos mecanismos de selectividad⁴⁸ que exceptúan la legalidad de la investigación a casos que se refieran sólo a delitos de bagatela⁴⁹, nunca para crímenes o simples delitos que tengan asignada pena aflictiva, esto es, desde tres años y un día de presidio o reclusión menores en su grado medio, ni que se vean afectados derechos del imputado, la víctima o el querellante particular, en su caso. Por tanto, en cualquier otra situación, el Ministerio Público deberá seguir adelante con el procedimiento hasta su completa finalización, salvo que se proceda a alguna de las salidas alternativas que contempla la ley, v. g. los acuerdos reparatorios o el juicio abreviado, entre otras.

⁴⁴ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 133.

⁴⁵ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 308.

⁴⁶ Cfr. PFEFFER, Emilio, ob. cit., p. 280.

⁴⁷ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 151.

⁴⁸ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 121.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 123-124.

d) Concreciones del Principio de Oportunidad y Limitaciones a su Ejercicio

Como ya lo hemos venido adelantando, el legislador procesal penal ha sido restrictivo con el órgano persecutor al consagrar, como excepción al principio de legalidad, los mecanismos de selección de casos de los que el ministerio puede hacer uso en virtud del principio de oportunidad.

Por esta razón, veremos cuáles son estos mecanismos y en qué condiciones el fiscal podrá hacer uso de ellos, confirmando así que la ley no admite otras vías por las cuales éste pueda abstenerse de perseguir la responsabilidad penal del imputado negándose a realizar la investigación, burlando con ello por vía analógica el estricto apego del código al principio de legalidad prohibiendo, consecuentemente, comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento sin que haya habido formalización previa.

1º. Archivo Provisional

El fiscal queda autorizado por el Art. 167 CPP para no iniciar una investigación cuando no aparecieren antecedentes que le permitan, como mínimo, realizar alguna diligencia tendiente al esclarecimiento de los hechos. O sea, estamos ante casos en que no existen indicios para avanzar en la persecución penal que justifiquen el empleo de recursos fiscales, siempre escasos⁵⁰⁻⁵¹.

Con su empleo se suspende indefinidamente la investigación de los hechos, hasta que aparezcan nuevos antecedentes que permitan reabrir la indagatoria con algún éxito, dejando a salvo los derechos de la víctima quien podrá reactivar el procedimiento, ya sea presentando querrela ante el Juez de Garantía y ésta sea acogida a tramitación, reclamando ante las autoridades superiores del Ministerio Público si ha solicitado diligencias de investigación y le han sido denegadas por el fiscal, o bien, aportando esos nuevos antecedentes⁵².

El legislador limita esta facultad al exigir para su empleo por parte del fiscal que se trate de a) casos en que no existen antecedentes para *iniciar* la investigación; b) no se haya producido la intervención del Juez de Garantía (la que importa, en principio, la afectación de algún derecho, especialmente del imputado); y, c) que el hecho a investigar no sea constitutivo de delito que merezca pena aflictiva o, en caso de serlo, sea sometida a la aprobación del fiscal regional respectivo (Art. 167 Inc. 1º y 2º).

Cabe agregar que este mecanismo de control que se establece en la anterior letra c) de someter a la aprobación del fiscal regional el archivo provisional, fue incorporado porque el Senado tuvo la “inquietud de que la falta de control de esta decisión pudiera prestarse para encubrir algún descuido o desidia del fiscal”⁵³, demostrando con ello los recelos del legislador respecto de las decisiones que pudieran adoptar los fiscales respecto a la selectividad de casos, reforzando así el carácter de excepción del principio de oportunidad en relación a la norma general de la legalidad en la investigación.

⁵⁰ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 309.

⁵¹ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 122.

⁵² Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., pp. 309-310.

⁵³ PFEFFER, Emilio, ob. cit., p. 281.

2°. *Facultad para no Iniciar Investigación*

Para el caso que haya denuncia, el fiscal no estará obligado a investigar siempre que los hechos en ella descritos no fueren constitutivos de delito, o bien, los antecedentes relatados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del o los imputados (Art. 168 CPP)⁵⁴.

Hay que destacar que sólo se puede ejercer esta atribución previa denuncia, pues si hay querrela, será el Juez de Garantía quien a través del control de admisibilidad no la admitirá a tramitación en virtud a lo dispuesto en el Art. 114 letras c) y d) CPP.

Esta atribución fiscal que deberá ser fundada está sujeta, además, a otra importante limitación en el sentido que deberá ser aprobada por el Juez de Garantía, la que se originó en la inquietud que surgió en el Senado a propósito de la calificación de los presupuestos de hecho para su ejercicio, pues dichos antecedentes inciden en cuestiones de derecho que no siempre son fáciles de dilucidar y requieren una investigación previa⁵⁵.

Además, nuevamente el legislador ha dejado a salvo el derecho de la víctima a querrellarse, siendo nuevamente el Juez de Garantía el que deberá considerar si se cumplen o no los requisitos exigidos por el código.

Castro se representa la interrogante respecto a qué resolución deberá dictar el Juez de Garantía una vez ejercida esta atribución, pues la ley no contempla solución al respecto⁵⁶. Estimamos que no existe tal vacío legal, toda vez que el legislador prescribe que el magistrado *decretará* sobreseimiento definitivo, entre otros casos, cuando los hechos investigados no sean constitutivos de delito o se haya extinto la responsabilidad penal por cualquiera de las causales del Art. 93 CP, de manera imperativa (Art. 250 CPP), motivos que corresponden precisamente a las causales por las que se autoriza en la ley al órgano persecutor para ejercer esta facultad.

3°. *Principio de Oportunidad*

Este principio, que viene a ser la contrapartida, como ya lo vimos, del principio de legalidad, ha sido recogido por el derecho positivo de manera restrictiva y consiste, en sentido estricto, en la facultad que tiene el Ministerio Público para no iniciar una persecución penal o abandonar la ya iniciada, extinguiendo la responsabilidad penal, cuando se encuentre frente a un delito que no comprometiére gravemente el interés público, independiente que tenga o no antecedentes para perseguir la responsabilidad penal del autor del hecho⁵⁷.

Se encuentra detalladamente regulado en el Art. 170 CPP y sujeto a una serie de restricciones que justifican nuestra apreciación respecto a que constituye una excepción a la obligación del fiscal de perseguir todo hecho que revistiere caracteres de delito, sin que pueda hacerla cesar hasta su completo esclarecimiento.

El código prescribe que el fiscal podrá hacer uso de esta atribución sólo si el hecho, por su insignificancia, no comprometiére gravemente el interés público, agregando

⁵⁴ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 310.

⁵⁵ Cfr. PFEFFER, Emilio, ob. cit., p. 282.

⁵⁶ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 311.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 312-313.

que siempre entiende que existe esta limitante en los casos que a) el delito haya sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, y b) la pena asignada al delito fuere superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (Art. 170 Inc. 1° CPP).

Luego la ley añade que el fiscal deberá ajustar su decisión de aplicar el principio de oportunidad, la que deberá ser fundada, a las políticas del Ministerio Público dictadas por el Fiscal Nacional a través de sus instructivos generales, en los que establece los criterios de actuación para la investigación, ejercicio de la acción penal y de la protección de las víctimas y testigos (Art. 170 Incs. 2° y 6° CPP, Arts. 17 letra a) y 21 LOCMP)⁵⁸.

Queda también su decisión sometida a un doble control una vez emitida y comunicada al Juez de Garantía, quien tiene la obligación de notificarla a los demás intervinientes en el proceso, si los hubiere: a) control judicial dentro de décimo día, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en el que examinará si se ajusta o no a los requisitos establecidos por el código; y b) control jerárquico ante las autoridades del Ministerio Público una vez agotados los diez días anteriores, y hasta por un término de igual duración, por reclamo de cualquiera de los intervinientes. En caso que cualquiera de los dos controles se estime que el fiscal ha excedido los requisitos y limitantes establecidos en la ley y en las directivas generales de política criminal del propio ministerio, el fiscal deberá seguir adelante con la persecución penal (Art. 170 Incs. 3° y 5° CPP)⁵⁹.

Este doble control fue introducido en la normativa del código para evitar la arbitrariedad o negligencia de algún fiscal adjunto que haya realizado una investigación poco acuciosa o deliberadamente poco exhaustiva, para asegurar una correcta aplicación de este principio. Es más, dos diputados consideraron a esta atribución demasiado amplia y peligrosa para que los fiscales decidieran no investigar determinados actos, incluso cuando estuvieran en el absoluto convencimiento que existe un delito que afecta a la sociedad, por lo que solicitaron la eliminación de este artículo⁶⁰.

Si bien esta indicación en la Cámara de Diputados fue rechazada, sirvió para que el legislador tuviera en vista al momento de aprobar el principio de oportunidad, los estrictos requisitos y doble controles mencionados, haciendo inverosímil a nuestro juicio pensar que se pueda por vía analógica intentar dar aplicación a esta principio a través de la comunicación de no perseverar en el procedimiento, pues si no se dan los requisitos establecidos en el Art. 170 CPP, es evidente que el legislador ha querido que el fiscal adjunto continúe con la persecución de la responsabilidad penal del imputado.

1.2. PREVIO CIERRE DE LA INVESTIGACION

1.2.1. Cierre Oportuno de la Investigación

La ley procesal penal prescribe que “Practicadas todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices y encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación” (Art. 248 Inc. 1° CPP).

⁵⁸ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 488.

⁵⁹ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., pp. 314-316.

⁶⁰ Cfr. PFEFFER, Emilio, ob. cit., p. 285.

En otros términos, el Ministerio Público, una vez que haya reunido los medios de prueba que estime necesarios para el esclarecimiento del hecho investigado, deberá proceder a declarar cerrada la investigación.

La ley deja al fiscal estimar discrecionalmente si ha recabado los antecedentes necesarios para aclarar los hechos y le impone, en ese momento, la obligación de declarar cerrada la fase de investigación, pues el artículo transcrito ordena que una vez practicadas todas las diligencias necesarias para elucidar los hechos, el Ministerio Público *declarará* cerrada la misma.

Sin perjuicio de lo expuesto, el legislador a querido limitar el tiempo que se tome el órgano persecutor para recoger tales antecedentes, separándose definitivamente de una de las características típicas del sistema inquisitorial que consideraba investigaciones que podían extenderse por una bastedad indeterminada de años y que, incluso, se podían cerrar provisoriamente a través del sobreseimiento temporal, con la consabida falta de certeza para el imputado, la víctima y la sociedad en su conjunto, situación tan alejada de la seguridad jurídica y el respeto a las garantías individuales⁶¹.

Para alcanzar este objetivo, la ley ordena que la investigación se realice dentro del plazo máximo de dos años contados desde la formalización de la investigación (Art. 247 Inc. 1° CPP)⁶². Cabe agregar en este punto que esta norma es concordante con los efectos que produce la formalización de la investigación sancionados en el Art. 233 letra b) CPP⁶³.

La caducidad de este término legal, que según lo prevenido por el Art. 16 CPP es fatal e improrrogable⁶⁴, produce el importante efecto de imponerle la carga al Ministerio Público, bajo apercibimiento que el Juez de Garantía decrete el sobreseimiento definitivo de la causa, previa solicitud del imputado o el querellante y la citación a una audiencia, de declarar cerrada la investigación (Art. 247 Inc.s 2° y 3° CPP)⁶⁵.

Por su parte, el código establece que el Juez de Garantía, en la audiencia de formalización podrá decretar un plazo diferente para el cierre de la investigación, ya sea a solicitud de alguno de los intervinientes o de oficio y, en ambos casos, oyendo al Ministerio Público, siempre que las características de la misma lo permitieren, para cautelar las garantías de los intervinientes en el proceso (Art. 234 CPP).

La ley no es clara respecto a que dicho término judicial pueda ser mayor que el plazo legal de dos años, mas nosotros compartimos la opinión de Castro quien plantea que “si se tiene presente que la limitación del plazo es una garantía para el imputado de que la investigación no pueda estar eternamente abierta, no parece posible una respuesta afirmativa”⁶⁶.

⁶¹ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 147.

⁶² Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 349.

⁶³ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 577.

⁶⁴ *Ibidem*, p.312.

⁶⁵ *Ibidem*., p. 577.

⁶⁶ CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 350.

A mayor abundamiento, si seguimos la argumentación de la Cámara de Diputados durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal, que fue la que en definitiva se consagró en el texto referente al término máximo de investigación, se vulneraría la intención de los legisladores de evitar que el Estado someta indefinidamente a una persona a la perturbación de sus derechos si el plazo judicial para investigar fuere superior al establecido por el Art. 247 CPP⁶⁷.

Refuerza nuestra tesis el hecho que respecto de los efectos generales de los plazos judiciales, el Código Procesal Penal no los regula, haciéndose pertinente aplicar las normas del Art. 67 CPC (Art. 52 CPP), lo que implica que estos pueden ser prorrogados, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: a) que se pida antes del vencimiento del término; y, b) que se alegue justa causa, la que será apreciada prudencialmente por el tribunal⁶⁸.

Pero estas prórrogas tienen una limitación consagrada en el Art. 68 del mismo cuerpo legal, la que consiste en que éstas no podrán ampliar el término más allá de los días asignados por la ley, lo que en la especie se traduce en que el Juez de Garantía no podrá asignar un plazo superior a dos años que ordena el código para que el fiscal realice su investigación.

Ahora bien, estas normas generales no son suficientes para apreciar los efectos del término judicial que estudiamos, pues al vencimiento de este plazo se producen los mismos efectos previstos por la ley en el Art. 247 CPP (Art. 234 CPP), es decir, al expirar el término decretado por el juez, el fiscal debe declarar cerrada la investigación, en idénticas circunstancias que si se tratara de la caducidad del plazo legal de dos años.

En consecuencia, si el Ministerio Público no declara cerrada la investigación al expirar este plazo o sus prórrogas, si las hubo conforme a las reglas generales, podrá ser apercibido con decretarse sobreseimiento definitivo de la causa para que el fiscal cierre la investigación.

Resumiendo, el Ministerio Público deberá declarar cerrada la etapa investigativa, de manera oportuna, al momento que considere que ha recopilado los antecedentes suficientes para esclarecer los hechos o realizado todas las diligencias necesarias para tal efecto, o bien, al vencimiento del término legal de dos años o del judicial y sus eventuales prórrogas, en su caso, que no podrá ser superior al referido plazo del Art. 247 CPP.

Una vez cerrada la investigación, el Ministerio Público cuenta con tres vías para la continuación del proceso de entre las que deberá optar dentro de los diez días siguientes al cierre. Estas vías son solicitar el sobreseimiento de la causa, ya sea definitivo o temporal, formular la acusación o *comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para formular acusación* (Art. 248 CPP)⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. PFEFFER, Emilio, ob. cit., pp. 391-392.

⁶⁸ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 312.

⁶⁹ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 152.

1.2.2. Forzamiento del Cierre de la Investigación

Puede suceder que la investigación no rinda los resultados de una manera anticipada como lo vimos en el número anterior, o bien que el Ministerio Público considere que no cuenta con antecedentes suficientes para esclarecer los hechos indagados.

En este caso, el fiscal agotará la mayor cantidad de diligencias que estime pertinentes, las que se diferirán en el tiempo llevando al procedimiento a extenderse indefinidamente, provocando serios inconvenientes al imputado.

Para evitar esta situación, el legislador procesal ha querido limitar el plazo con que cuenta el fiscal para dirigir la investigación. De hecho, la existencia de este plazo es el que permite al juez cautelar el respecto a las garantías constitucionales⁷⁰, especialmente el principio de un juzgamiento en un plazo racional y justo.

Por ello, en el caso que el órgano persecutor no declare cerrada la investigación, el imputado o el querellante pueden solicitar al Juez de Garantía apercibir al fiscal para que se pronuncie en tal sentido una vez expirado alguno de los plazos indicados, según corresponda, para cuyo efecto el juez deberá citar a una audiencia. Si el fiscal no comparece o, si haciéndolo, se niega a cerrar la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo, resolución que es apelable (Art. 247 Incisos 2° y 3° CPP)⁷¹.

En caso de allanamiento del fiscal a la solicitud de cierre, deberá formular declaración en tal sentido y dentro de décimo día deberá *deducir acusación*; si no cumple con esta carga, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, citará a una audiencia y procederá a decretar el sobreseimiento definitivo (Art. 247 Inciso 4° CPP)⁷².

Nótese lo drástico que ha sido el legislador ante la negativa del fiscal a declarar cerrada la investigación una vez caducado el término legal o el judicial y sus eventuales prórrogas, según sea pertinente (plazo que reviste la característica de ser fatal para el Ministerio Público), apercibiéndolo con decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, además de restringir considerablemente el campo de acción de éste una vez declarado el cierre, que se reduce exclusivamente a acusar al imputado.

Pensamos que este es un claro ejemplo de la intención del redactor del Código Procesal Penal de evitar las indebidas dilaciones del procedimiento que afecten el principio del juzgamiento en un plazo racional y justo.

Para Castro esta interpretación atenta contra el sentido de la reforma procesal penal, la que atribuye al fiscal plena autonomía para investigar y ponderar el mérito de los antecedentes recopilados en ésta y, en consecuencia, acusar, solicitar el sobreseimiento o comunicar su decisión de no perseverar⁷³.

Pero el mismo autor reconoce que algunos tribunales han acogido esta interpretación atendido al tenor literal de la ley en el mencionado Art. 247 CPP, que en su Inc. 4° prescribe que en caso de allanamiento del fiscal *presentará acusación* dentro de

⁷⁰ Cfr. PFEFFER, Emilio, ob. cit., p. 391.

⁷¹ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 577.

⁷² *Idem*.

⁷³ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 352.

décimo día y el Inc. 5° agrega que si no cumple con esta carga *deduciendo la acusación*, el juez dictará sobreseimiento definitivo de la causa⁷⁴.

Por su parte, el Ministerio Público ha recogido también esta interpretación al instruir el Fiscal Nacional sobre la necesidad de que los fiscales procedan al cierre de las investigaciones dentro del plazo legal o del plazo judicial que les sea fijado de acuerdo a lo previsto en el Art. 234 CPP, en atención a que la Corte de Concepción, ante un recurso de apelación interpuesto por la defensa contra sentencia de un Juez de Garantía que tuvo presente una comunicación de no perseverar planteada por la fiscal a cargo del caso una vez apercibida al cierre de la investigación, “resolvió que el Juez debe citar a la audiencia prevista en el artículo 249 del Código Procesal Penal, junto con declarar que esa citación debe hacerse *‘para los efectos previstos en la parte final del Inc. quinto del sobredicho artículo 247’*”, esto es, decretar el sobreseimiento definitivo de la causa en caso que el fiscal no haya *acusado* dentro de los diez días⁷⁵.

1.2.3. Actuaciones del Fiscal una vez Cerrada la Investigación sin Apercebimiento

Cerrada que sea la investigación sin que haya sido apercibido, el Ministerio Público cuenta con tres vías para la continuación del proceso de entre las que deberá optar dentro de los diez días siguientes al cierre. Estas vías son solicitar el sobreseimiento de la causa, ya sea definitivo o temporal, formular la acusación o, por último, comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para formular acusación (Art. 248 CPP)⁷⁶.

a) Solicitar Sobreseimiento

El sobreseimiento, ya sea definitivo o temporal, deberá ser solicitado al Juez de Garantía que haya estado conociendo del asunto, y éste lo decretará en la audiencia convocada al afecto (Art. 249 CPP), fundándolo en alguna de las causales señaladas por la ley en los artículos 250 y 252 respectivamente, ambos del Código Procesal Penal.

El sobreseimiento definitivo tiene su fundamento, en términos generales, en el surgimiento de circunstancias fehacientes que demuestran la no ocurrencia del hecho punible, la inocencia del sujeto imputado, o la extinción de la responsabilidad penal⁷⁷. Provocará el efecto de poner término al procedimiento con autoridad de cosa juzgada (Art. 251 CPP).

Por su parte, el sobreseimiento temporal se fundamenta en la concurrencia de situaciones que impiden la prosecución del procedimiento⁷⁸. Tiene el efecto de suspender la persecución penal mientras se mantenga la causal que lo haya motivado, pudiendo solicitarse la reapertura del procedimiento, ya sea por el fiscal o cualquiera de los intervinientes, en la medida que hayan cesado las circunstancias que lo originaron (Art. 254 CPP).

⁷⁴ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., pp. 351-352.

⁷⁵ Cfr. FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO, *Oficio N° 213 de Abril 26 de 2005*, p. 1.

⁷⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 577-578.

⁷⁷ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., pp. 203-204.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 204.

b) Formular Acusación

El fiscal formulará acusación en el caso de estimar que cuenta con antecedentes suficientes producto de la investigación que le proporcionen fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado (Art. 248 letra b) CPP).

La acusación es un acto escrito por el cual el Ministerio Público acusa a una persona de haber cometido un delito en calidad de autor, cómplice o encubridor. A través de ella se ejerce la acción penal pública y se pone en movimiento el órgano jurisdiccional para el juzgamiento del acusado, manifestándose así el carácter acusatorio de nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento penal⁷⁹.

c) No Perseverar en el Procedimiento

En tercer lugar, el Código Procesal Penal en su Art. 248 letra c) prescribe que el fiscal podrá “Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para formular una acusación”, como actitud que puede adoptar el órgano de persecución penal ante el cierre de la investigación.

Para estos efectos, en conformidad a lo prescrito por el Art. 249 CPP, el fiscal deberá formular su requerimiento al Juez de Garantía para que cite a una audiencia en la que comunicará a los demás intervinientes en el proceso su determinación.

2. PRESUPUESTO DE HECHO: FALTA DE ANTECEDENTES PRODUCTO DE LA INVESTIGACION

La comunicación de no perseverar, regulada por el Art. 248 literal c) CPP, corresponde a una facultad que le otorga la ley al Ministerio Público para que se desista de seguir adelante un procedimiento en cuya etapa de instrucción no ha recabado antecedentes para fundar una acusación.

En efecto, la mencionada norma prescribe que el fiscal comunicará “la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, *por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes* para fundar una acusación”.

Debemos agregar, conjuntamente, y realizando una interpretación armónica de las normas, que tampoco se han logrado recabar durante la misma antecedentes que permitan al fiscal demostrar la inocencia del imputado, pues de lo contrario, sería procedente que éste solicitara al Juez de Garantía que decrete el sobreseimiento definitivo de la causa según lo normado por el Art. 250 letra b) CPP⁸⁰⁻⁸¹.

Lo dicho lo sostenemos toda vez que el fiscal del Ministerio Público se encuentra obligado a investigar los hechos que revisten carácter de delito de manera objetiva, velando tanto por acreditar dicho delito y sus responsables, como aquellas

⁷⁹ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 414.

⁸⁰ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., pp. 205-206.

⁸¹ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 358.

circunstancias que atenúen o eximan al imputado de su responsabilidad penal, o bien que acrediten su inocencia (Arts. 83 CPR; 77 CPP y 1 LOCMP)⁸².

Refuerza nuestra tesis que el legislador haya prevenido la posibilidad que el fiscal del Ministerio Público, o el abogado asistente del fiscal en su caso, faltaren al principio de objetividad en la investigación ocultando, alterando o destruyendo antecedentes a sabiendas que permitan establecer la existencia o *inexistencia* del hecho punible, la participación en él del imputado o su *inocencia*, o para la determinación de la pena, al sancionarlo en el Art. 269 ter CP como autor del delito de obstrucción a la investigación.

En otros términos, estamos en presencia de una causal genérica que opera ante la ineficacia del sistema indagatorio, pues no obstante el fiscal haber realizado todas las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, no ha logrado recabar antecedentes de cargo ni de descargo suficientes, tanto para acusar al imputado como para que sea sobreseído definitivamente⁸³.

Por tanto, esta causal supone que el Ministerio Público no actuará arbitrariamente, sino que fundado en el mérito de los antecedentes recabados durante la investigación de manera estricta. En otros términos, el ejercicio del no perseverar debe tener un importante respaldo en la labor indagatoria del fiscal que, realizada de manera prolija, no ha llegado a rendir resultados por razones ajenas a su voluntad⁸⁴.

Por esto no estamos de acuerdo con la opinión del Fiscal Nacional en el sentido que por el sólo hecho de reconocer el Ministerio Público que esta causal se materializa ante investigaciones que no presentan buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal, no estaríamos ante una ineficacia del sistema⁸⁵.

Entendemos que con este argumento se pretende defender la labor del Ministerio Público que podría verse eventualmente cuestionada, reprochándosele inactividad. Pero pensamos que carece de sentido, toda vez que la ineficacia del sistema se manifiesta en que, a pesar de haberse desplegado todas las actividades necesarias y conducentes al esclarecimiento del hecho punible, no ha llegado a buen término la investigación, independiente de la eficiencia con que haya actuado el fiscal; además de parecernos sesgada, en el sentido que sólo hace alusión a la posibilidad de sostener una fundada acusación, sin reparar en la posibilidad de haberse recogido antecedentes que permitan demostrar la inocencia del imputado, oponiéndose con ello al principio de objetividad que debe orientar la labor indagatoria.

⁸² Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 152-154.

⁸³ *Ibidem*, pp. 585-586.

⁸⁴ Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, ob. cit., p.14.

⁸⁵ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., p. 210.

3. EJERCICIO DE LA DECLARACION DE NO PERSEVERAR

3.1. REQUISITOS Y MATERIALIZACION PROCESAL

Habiendo analizado ya la oportunidad en que el fiscal puede comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento y la causa o presupuesto de hecho por la cual la ley lo autoriza a ejercer esta atribución, corresponde que estudiemos cómo se materializa procesalmente esta institución.

3.1.1. Requisitos

El código no enumera los requisitos que se deben cumplir de manera expresa, lo que no obsta a que después del análisis que hemos hecho de las normas que regulan esta facultad del Ministerio Público, los podamos deducir sistemáticamente⁸⁶:

- 1) Que el fiscal haya declarado cerrada la investigación en su oportunidad sin que debiera ser apercibido por el Juez de Garantía con decretar sobreseimiento definitivo previa solicitud del imputado o el querellante particular (Art. 248 letra c) en concordancia con el Art. 247, ambos del CPP)⁸⁷;
- 2) Que el fiscal haya tomado su decisión en base a la inexistencia de antecedentes suficientes producto de la investigación, tanto aquellos de cargo que permitan acusar fundadamente al imputado, como aquellos de descargo que permitan acreditar su inocencia y proceder al sobreseimiento definitivo de la causa conforme al Art. 250 letra b) CPP⁸⁸;y,
- 3) Que el fiscal haya requerido al Juez de Garantía una audiencia para comunicar su decisión (Art. 249 CPP)⁸⁹.

Carocca considera como requisito de procedencia que no haya habido oposición de la parte querellante o, si la hubo, ésta haya sido denegada por el Juez de Garantía conforme a lo previsto en el Art. 258 Inc. 4 CPP⁹⁰, opinión que no compartimos por cuanto el artículo citado prescribe que el querellante sostendrá la acusación en los mismos términos que el Ministerio Público, dejando éste de ser parte en lo sucesivo, lo que demuestra que la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento por no reunir antecedentes suficientes durante la investigación ha sido acogida por el juez⁹¹.

3.1.2. Procedimiento

Una vez que el fiscal ha declarado cerrada la investigación en conformidad a lo prevenido por los Arts. 234; 247 Inc. 1 y 248 Inc. 1, todos del CPP, y dentro de los diez días siguientes, podrá solicitar al Juez de Garantía que decrete sobreseimiento, ya sea definitivo o temporal, formular su acusación o, en tercer lugar, comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento⁹².

⁸⁶ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 206.

⁸⁷ Véase II; 1.; 1.2.; 1.2.2.; a) superior.

⁸⁸ Véase II; 2. superior.

⁸⁹ Véase II; 3.; 3.1.; 3.1.2. inferior.

⁹⁰ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 206.

⁹¹ Véase II; 3.; 3.3. inferior.

⁹² Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 352.

Si el fiscal adjunto decide por esta última opción, deberá requerir al Juez de Garantía dentro del término señalado para que cite a los demás intervinientes a una audiencia, en la cual el Ministerio Público les comunicará la decisión que ha adoptado de desistirse de la persecución penal, por cuanto no ha reunido durante la investigación antecedentes suficientes para sostener la acusación ni, como ya lo señalamos, para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (Art. 249 CPP)⁹³.

Habiéndose comunicado a los demás intervinientes en el proceso la decisión del Ministerio Público, corresponde que el Juez de Garantía se pronuncie en cuanto a la forma en que se ha adoptado ésta, verificando que el fiscal haya cumplido con los requisitos formales exigidos por la ley⁹⁴.

El pronunciamiento del Juez de Garantía respecto de la comunicación que ha realizado el fiscal adjunto es apelable, por cuanto corresponde a una resolución que pone fin al procedimiento, en conformidad al Art. 370 CPP, aunque sólo sea para efecto de verificar sus aspectos formales, v. g. se haya declarado cerrada la investigación previamente o se haya requerido la audiencia dentro del término legal⁹⁵.

Pensamos que el hecho que se haya apelado la resolución del Juez de Garantía que admite la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento porque el apelante estimara que no se cumplieron con sus requisitos formales, no obsta a que subsista el derecho que consagra el Art. 258 Inc. 4 CPP para que el querellante sostenga la acusación de manera privada⁹⁶.

No obstante lo dicho en este apartado, si nos detenemos en la audiencia que requirió el fiscal para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento y atendiendo su tratamiento en la ley, nos lleva a la conclusión que estamos en presencia de un incidente especial, en el que una vez resuelta por el juez la procedencia de la decisión fiscal, se establecen deberes y derechos permanentes para las partes, lo que nos permite concluir que esta última resolución corresponde a una sentencia interlocutoria de primer grado según lo prevenido por el Art. 158 Inc. 3 CPC.

3.2. REAPERTURA DE LA INVESTIGACION

El Código Procesal Penal consagra la posibilidad de reabrir la investigación en la forma y motivos que se indican en su Art. 257, norma que si bien no se refiere directamente a la facultad que estudiamos en esta memoria, sí tiene repercusiones en su ejercicio, por lo que se hace necesario su estudio.

La reapertura de la investigación corresponde a norma excepcional que, junto con la reapertura del procedimiento en caso de cesación de la causal de sobreseimiento temporal (Art. 254 CPP), permite al órgano persecutor la realización diligencias indagatorias una vez cerrada la investigación original; hecho que demuestra claramente la intención del legislador procesal en orden a defender el principio del juzgamiento en un

⁹³ Véase II; 2. superior.

⁹⁴ Véase I; 3.; 3.2.; 3.2.2. superior.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Revista Procesal Penal N° 27 Enero 2005, Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 145-2004, Considerando 1°, pp. 66-67.

plazo racional y justo, pues es contrario a que la persecución penal se prolongue más allá de la etapa de investigación preparatoria⁹⁷.

Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, cualquiera de los intervinientes en el proceso, distinto al fiscal, podrá impetrar al Juez de Garantía que ordene al Ministerio Público realizar diligencias precisas de investigación si se dan los siguientes requisitos: a) que hayan sido oportunamente requeridas al fiscal dentro del término de investigación, legal o judicial en su caso; y b) que dichas diligencias fuesen rechazadas por el fiscal o respecto de las cuales éste no se hubiera pronunciado (Art. 257 Inc. 1 CPP).

Hecho este requerimiento, el juez debe examinar la solicitud en orden a determinar si se cumple con estos requisitos y, en caso de acogerla, deberá *ordenar* al fiscal a que reabra la investigación y que realice dichas diligencias, fijando un plazo al Ministerio Público para su ejecución, dando la ley a éste la facultad de solicitar al juez en una única oportunidad una ampliación del mencionado término (Art. 257 Inc. 1 CPP).

Nótese que esta es la única norma en que la ley autoriza al Juez de Garantía a ordenar al Ministerio Público la realización de gestiones que corresponden a su exclusiva competencia, con la limitante que no puede ordenar otras diligencias que aquellas solicitadas por los intervinientes, careciendo de iniciativa probatoria para decretar gestiones indagatorias de oficio⁹⁸.

El juez en ningún caso podrá acoger la solicitud de diligencias si estas a) hubieron sido pedidas oportunamente por alguno de los intervinientes y no se hubieren realizado por negligencia imputable a alguno de los mismos; b) fueren manifiestamente improcedentes; c) tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; y, d) hubieren sido solicitadas sólo con fines dilatorios (Art. 257 Inc. 3 CPP).

Una vez vencido el término decretado por el Juez de Garantía o su ampliación, en su caso, o bien se hayan cumplido las diligencias antes del vencimiento de éstos según corresponda, el fiscal deberá cerrar nuevamente la investigación y tendrá nuevamente que proceder en conformidad a lo prescrito por el Art. 248 CPP (Art. 257 Inc. final).

En conclusión, esta norma excepcionalísima provoca una reapertura de la investigación tendiente a cautelar que el Ministerio Público cumpla cabalmente con el principio de objetividad, obligándolo a indagar todos aquellos antecedentes alegados por las partes, salvaguardando así el derecho fundamental a una debida defensa y equilibrio procesal⁹⁹.

Tanto es así que, v. g., el fiscal pudo haber decidido al cierre de la investigación comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento porque no había sido productiva la etapa indagatoria y aún no la había comunicado a las partes, pero con los nuevos antecedentes recopilados en estas gestiones, cambió de parecer en orden a que éstos le permiten acopiar antecedentes de convicción que acreditan la inocencia del imputado o bien de su responsabilidad en los hechos, solicitando sobreseimiento definitivo o formulando acusación respectivamente.

⁹⁷ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 578.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 579.

3.3. FORZAMIENTO DE LA ACUSACION

La ley contempla la posibilidad que el querellante particular no se conforme con la solicitud de sobreseimiento que haya formulado el Ministerio Público o con su decisión de no perseverar en el procedimiento por lo que ha previsto esta facultad para el querellante, quien podrá acusar privadamente al imputado, sosteniendo en lo sucesivo la acusación en los mismos términos que lo haría el fiscal como litigante en el proceso (Art. 258 CPP)¹⁰⁰.

Con esta institución se protege el interés de la víctima que puede verse afectado con la decisión del fiscal, a quién el legislador reconoce el derecho de ir controlando el desempeño del Ministerio Público, encontrando su punto más alto en esta institución¹⁰¹.

El código contempla dos procedimientos dependiendo si se ha solicitado el sobreseimiento de la causa o se ha comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento, los que difieren esencialmente en la remisión de antecedentes que debe hacer el Juez de Garantía al fiscal regional respectivo para el primer caso, sin que exista dicha obligación en el segundo, de los que estudiaremos sólo este último por corresponder al tema que nos ocupa en esta memoria.

Si el fiscal ha comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento, el querellante puede manifestar su oposición ante el Juez de Garantía y solicitarle que lo autorice para formular la acusación y sostenerla en lo sucesivo en los mismos términos que el código contempla para el Ministerio Público (Art. 258 Incs. 3 y 4 CPP).

Si el juez acoge esta solicitud, se produce una verdadera privatización de la acción penal pública, pues será un particular quien accionará en contra del imputado para perseguir la responsabilidad penal que le pueda corresponder en los hechos¹⁰². Es más, la norma prescribe que continuará en los mismos términos que habría correspondido al Ministerio Público; lo que importa, a nuestro concepto, que el acusador particular podrá ejercer las mismas facultades procesales con que cuenta este órgano en la sustanciación del juicio oral y podrá valerse de las pruebas recabadas por el fiscal durante la investigación, pero que en ningún caso podrá hacer uso de las facultades con que cuenta el fiscal para investigar los hechos, como ordenar directamente a las policías, toda vez que la etapa indagatoria ya se encuentra cerrada y pensar lo contrario, estimamos, carece de sentido toda vez que la función de dirigir la investigación es de su exclusiva competencia.

Si bien el código no lo precisa, pensamos que la oportunidad en que el querellante particular podrá hacer uso del forzamiento de la acusación, será en la audiencia que ha citado el Juez de Garantía a requerimiento del fiscal para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, toda vez que es ahí donde se produce la notificación de la misma y es aprobada previamente por el juez si cumple con los requisitos formales de procedencia.

Lo dicho previamente nos permite concluir que en este caso, el juez al autorizar el forzamiento de la acusación no afecta la resolución que tuvo por aprobada la

¹⁰⁰ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 588.

¹⁰¹ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Álex, ob. cit., p. 196.

¹⁰² Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 588.

comunicación de no perseverar en el procedimiento, pues esta es previa a la referida autorización al querellante particular. En otros términos, el Ministerio Público ya ha dejado de ser parte en el procedimiento antes de que sea forzada la acusación.

En el caso que el juez deniegue la solicitud al querellante particular, la ley prescribe que éste deberá decretar el sobreseimiento correspondiente (Art. 258 Inc. 3 parte final). Pensamos que en este caso esta norma no es aplicable, toda vez que hace referencia al caso en que el forzamiento de la acusación tuvo su origen en la oposición del querellante a la solicitud de alguno de los sobreseimientos por parte del fiscal, y no para el caso que ésta se haya originado en la comunicación de no perseverar, circunstancia en la cual no cabe que el juez decrete sobreseimiento; en efecto, la comunicación produce efectos desde que el juez constata que cumple formalmente con los requisitos legales y así lo resuelve.

Por último, debemos señalar que la resolución que deniega esta posibilidad es inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de las resoluciones que ponen término al procedimiento (Art. 258 Inc. final CPP).

Por lo tanto será apelable, en sentido contrario, la resolución que acoge esta solicitud, siendo a nuestro juicio el agraviado con ella el imputado y, consecuentemente, el legitimado para recurrir de apelación¹⁰³.

¹⁰³ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 363.

III. EFECTOS JURIDICOS

Habiendo precisado los aspectos generales de la comunicación de no perseverar en el procedimiento, como son su concepto y naturaleza jurídica, y determinado el ámbito de aplicación en el cual se puede hacer uso de ella por parte del Ministerio Público, es necesario continuar desarrollando esta memoria en su punto final: esclarecer cuáles son los efectos que se producen en el proceso como consecuencia de su ejercicio.

El Código contempla expresamente tres efectos que se producen con su ejecución, pero pensamos que no son suficientes para esclarecer cuáles son las consecuencias que trae aparejadas la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, por lo que se requiere un estudio que va más allá de esos efectos consagrados en el Art. 248 CPP.

1. OPORTUNIDAD PROCESAL EN QUE SE PRODUCEN

Para Carocca los efectos se producen inmediatamente se ha comunicado por el fiscal a los demás intervinientes en el proceso su decisión de no perseverar, porque no ha reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, atendiendo a que se trata de una decisión unilateral del fiscal a cargo del caso¹⁰⁴.

Diferimos de su interpretación atendido, como ya lo señalamos al momento de estudiar la naturaleza jurídica de la facultad de no perseverar¹⁰⁵, que la *comunicación* es un acto procesal y es menester previo que haya un pronunciamiento del Juez de Garantía en el sentido visto, esto es, que haga un estudio formal y determine la procedencia de dicha atribución del Ministerio Público al cumplir con todos los requisitos pertinentes.

Es decir, los efectos de la comunicación de no perseverar se producirán luego de la resolución judicial en la que se dé por comunicada la decisión del fiscal a los demás intervinientes al cumplir ésta con sus requisitos de procedencia.

2. EFECTOS PRESCRITOS POR EL ART. 248 CPP

En el Inc. final del Art. 248 CPP el legislador ha señalado que una vez ejercida la atribución del fiscal de no perseverar en el procedimiento, se "... dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido".

Como se ve, la redacción de la norma es aparentemente clara, pero se ha prestado para diversos e importantes problemas interpretativos; así, por ejemplo: a) se podría entender que al dejarse sin efecto la formalización cabría plantearse una nueva por

¹⁰⁴ Cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, ob. cit., p. 207.

¹⁰⁵ Véase I; 3; 3.2.; 3.2.2. superior.

los mismos hechos, lo que no contempla expresamente la ley; b) no ha corrido el plazo legal de investigación por el delito, procediendo un nuevo término de dos años; y, c) podrá suspenderse nuevamente el término de prescripción de la acción penal si no hubiera alcanzado a transcurrir antes de la nueva formalización¹⁰⁶.

Planteadas las cosas así, el Ministerio Público podría utilizar esta facultad para abrir reiteradamente el proceso y realizar una nueva investigación, sin dar al imputado la posibilidad de oponerse en resguardo de sus derechos y burlando el término fatal de investigación que introdujo el legislador en afán de un debido proceso, entendiendo por tal lo siguiente: “No hay [debido] proceso si no se sustancia ante un tribunal independiente e imparcial; si en el mismo no se permite a todo interesado, imputado o parte, formular y probar sus alegaciones, exposiciones o defensas, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*”¹⁰⁷.

Por esta razón, se hace necesario estudiar particular y exhaustivamente cada uno de estos efectos, para luego conectarlos con las demás consecuencias que produce la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento que no se encuentran expresamente determinadas en el Código Procesal Penal.

2.1. PRIVACION DE EFECTOS A LA FORMALIZACIÓN

2.1.1. Alcance de la Expresión

¿Qué ha querido significar el legislador procesal con el hecho de privar de efectos a la formalización de la investigación? Pensamos que nada más allá de lo literal que se extrae de dicha expresión y, en ningún caso, algo diverso como considerar que se la llegue a tener por inexistente, es decir, que debamos hacer el ejercicio mental de idear que nunca se formalizó al imputado.

En efecto, de seguir esta línea de interpretación, como lo hace la Fiscalía Nacional¹⁰⁸⁻¹⁰⁹, cabría entender la posibilidad de entablarse una nueva formalización por los mismos hechos y contra la misma persona y, consecuentemente, entender que nunca transcurrió el plazo de investigación teniendo el Ministerio Público un nuevo término por otros dos años para indagar el mismo delito, además de verse nuevamente suspendida la prescripción de la acción penal¹¹⁰.

Es decir, bajo esta forma de entender este efecto no cabe sino concluir que el fiscal adjunto podría utilizar este mecanismo más de una vez mientras no haya transcurrido el término de prescripción de la acción penal, manteniendo con ello abierta la etapa indagatoria por un período muy superior al previsto por la ley y atentando contra el principio de un juicio en un plazo razonable¹¹¹.

Esta postura, que entendemos idealiza una situación en la cual jamás la persona objeto de investigación penal adquirió la calidad de imputado y las cargas con ella

¹⁰⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 586.

¹⁰⁷ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p 18. (El destacado es nuestro).

¹⁰⁸ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., pp. 210-212.

¹⁰⁹ Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, ob. cit., p. 19.

¹¹⁰ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 586.

¹¹¹ *Idem*.

aparejadas, atenta contra el principio orientador del sistema acusatorio, cual es la presunción de inocencia consagrada en el Art. 4 CPP, sobretodo en el caso que se haya aplicado como cautelar la prisión preventiva¹¹².

En efecto, ¿cómo los operadores jurídicos le explicamos a esta persona que le privamos de su libertad personal y seguridad individual porque lo considerábamos, por ejemplo, una amenaza para la sociedad y, luego de comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento, le decimos que jamás existió la formalización que permitió la procedencia de su prisión preventiva?, y más difícil aún, ¿cómo le hacemos entender que podrá nuevamente ser privado de sus derechos tras ser formalizado por las mismas circunstancias, siendo que lo presumimos inocente?

Contrariando la interpretación del Fiscal Nacional, Carocca argumenta que no sería posible formalizar nuevamente al imputado pues, si así se hiciera, se atentaría contra el principio de única persecución consagrado en el Art. 1 CPP. En efecto, continuando con su pensamiento, si una vez agotada una investigación previamente formalizada el fiscal concluye que no cuenta con antecedentes suficientes siquiera para llevar al imputado a un juicio oral, a pesar que no requiere éste acreditar previamente la calidad de la prueba, debe primar la presunción de inocencia del Art. 4 CPP, no pudiendo ser nuevamente objeto de investigación¹¹³.

No compartimos del todo esta última postura, pues el Art. 1 Inc. 2° CPP prescribe que nadie puede ser perseguido nuevamente por los mismos hechos en el caso que ya ha sido condenado, absuelto o sobreseído por una sentencia ejecutoriada, requisito que no se da en la especie, por cuanto la resolución con la que termina la audiencia y tiene por comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento es una sentencia interlocutoria de primer grado que, si bien pone término al juicio, no declara absuelto ni sobreseído al imputado, ni mucho menos condenado.

Para nosotros, lo que se debe entender siempre es que los efectos que nacieron a la vida del derecho con la formalización de la investigación dejan de producirse. Es decir, debemos determinar cuáles son los efectos que se producen con ésta y de ellos, cuáles aún subsisten a la hora de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, para entender la consecuencia de privarla de los mismos.

Por lo tanto, dejar sin efecto la formalización de la investigación no significa decretar su inexistencia, sino que se le priva a este acto de los efectos jurídicos que la ley le atribuye (Arts.140; 155; y 233 CPP); cuales son, a saber: a) suspende la prescripción de la acción penal en conformidad al Art. 96 CP; b) comienza a correr el término de dos años para efectuar la investigación; c) pierde el Ministerio Público la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento; d) el juez adquiere la facultad, de oficio o a petición de parte, de decretar un plazo inferior que estime razonable para efectuar la investigación; y, e) el fiscal puede impetrar las medidas cautelares que requieren de formalización previa (prisión preventiva y las cautelares del Art. 155 CPP).

¹¹² Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, ob. cit., p. 21.

¹¹³ Cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, ob. cit., p. 207.

2.1.2. Análisis Particular

Habiendo ya visto los efectos de la formalización de la investigación y el momento procesal en que la comunicación de no perseverar en el procedimiento la priva de efectos, es menester analizar ahora cuáles, de la nómina de consecuencias que produce, son los que quedan sin efecto.

Así como la formalización suspende el cómputo del plazo de prescripción, privarla de este efecto significa que sigue corriendo. Esto nos conecta con el tercer efecto que produce la comunicación de no perseverar, que trataremos más en detalle posteriormente¹¹⁴.

En la oportunidad que el Ministerio Público comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento, el plazo de investigación, sea el legal de dos años o el judicial, ya se han extinguido, por lo que es imposible privar de este efecto a la formalización. De hecho, como ya lo señalamos previamente, para que el fiscal pueda comunicar su decisión de no perseverar a los demás intervinientes, es requisito de procedencia que haya declarado cerrada la investigación en su oportunidad sin haber sido apercebido a ello, hecho que en principio sucederá al expirar el plazo legal o judicial, según corresponda¹¹⁵.

A idéntica conclusión llegamos en el caso del archivo provisional, toda vez que es un efecto instantáneo que se produce al momento mismo de la formalización, es decir, el fiscal ya había perdido esa facultad, por lo que es imposible volver a privarlo de dicha atribución¹¹⁶.

Es lógico que el fiscal ya no pueda impetrar al juez que decrete medidas cautelares, toda vez que como hemos señalado, al decidir no perseverar en el procedimiento y comunicarlo a las partes, se desiste de la persecución de la responsabilidad penal del imputado, perdiendo éste, como consecuencia, esta calidad; y además, es concordante con el efecto segundo de la comunicación de no perseverar que consiste en que el juez decrete el alzamiento de las cautelares de haya ordenado.

2.2. OBLIGACION DEL JUEZ DE GARANTIA DE ALZAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

El legislador prescribe en el Art. 248 Inc. 2° CPP que una vez comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento a los demás intervinientes en el proceso, por no haber reunido durante la investigación antecedentes para fundar una acusación, “dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado”.

Si bien el Código no lo señala expresamente, entendemos que es obligación del Juez de Garantía decretar el alzamiento de las medidas cautelares que se hubieren invocado. Es así pues, como ya lo señalamos, la resolución que tiene por comunicada la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento pone término al juicio, perdiendo el imputado tal calidad y siendo improcedente que se le restrinjan sus derechos si ya no se dirige procedimiento alguno en su contra.

¹¹⁴ Véase III; 2.; 2.3. inferior.

¹¹⁵ Véase II, 1.; 1.2.; 1.2.3., superior.

¹¹⁶ Véase II; 1.; 1.1.; 1.1.2.; d); 1°; superior.

Según lo prevenido por el Art. 122 Inc. 2° CPP, las medidas cautelares personales deberán siempre ser decretadas por medio de resolución judicial, lo que también se infiere de la redacción de los Arts. 157 y 158 del mismo cuerpo legal en lo relativo a las medidas cautelares reales.

En otros términos, las medidas cautelares sólo las puede imponer el juez a través de una resolución judicial, por lo tanto, es él quien, a través de otra resolución judicial, deberá decretar su alzamiento¹¹⁷.

2.3. REANUDACION DEL COMPUTO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

El último y más controversial efecto que produce la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento es que continúa corriendo el plazo de prescripción como si nunca se hubiere suspendido, siendo la ley redundante al consagrar este tercer efecto en el Art. 248 Inc. 2° CPP, pues ya lo había declarado al privar de efectos a la formalización. Esto es concordante con lo prescrito por la ley sustantiva en el Art. 96 CP¹¹⁸.

Justamente, si se priva de efectos a la formalización de la investigación, y uno de éstos es suspender el cómputo del plazo de prescripción, es lógico y corresponde a un acierto de la ley razonar que si se deja de producir, dicho término continúe corriendo como si nunca se hubiere suspendido.

Es necesario hacer notar que el legislador del Código Penal emplea al final del citado Art. 96 la expresión “como si nunca se hubiere *interrumpido*”, al igual que el del Código Procesal Penal en el Art. 248 Inc. 2°. Pensamos, coincidiendo con Garrido¹¹⁹, Politoff¹²⁰ y Yuseff¹²¹, que el empleo de este último término corresponde a un error del redactor del respectivo precepto, sin alterar, en definitiva, la interpretación de la norma.

De hecho, con la formalización de la investigación, y sólo con ella¹²², se produce la suspensión del cómputo del plazo para que prescriba la acción penal según lo prescrito por el Art. 233 letra a) CPP, precisando la norma del Código Penal que exige se dirija procedimiento en contra del imputado (Art. 96 CP). Ello demuestra que, en la parte final del citado Art. 96 CP debió decir *suspendido* y no como en la redacción de la norma aparece el vocablo *interrumpido*.

¹¹⁷ Cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, ob. cit., p. 207.

¹¹⁸ “Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si nunca se hubiere interrumpido”.

¹¹⁹ Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo I, p. 380.

¹²⁰ Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y otros, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I, p. 476.

¹²¹ Cfr. YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, *La Prescripción Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1995, p. 94.

¹²² Cfr. GANDULFO, Eduardo, “El Inicio de la Suspensión de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: un Nuevo Modelo”, en *Revista Procesal Penal N° 49 Julio - 2006*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 7-37.

En efecto, la interrupción del término de prescripción de la acción penal sucede cuando el imputado comete nuevamente crimen o simple delito, y no cuando se dirige el procedimiento penal en contra de su persona, renovándose el cómputo del plazo de prescripción en este caso y perdiéndose el que haya alcanzado a transcurrir, desde el momento que se perpetró el nuevo ilícito y no desde que se paraliza el proceso que persigue la responsabilidad penal por el hecho primitivo¹²³.

Por otro lado, el Art. 96 CP prescribe que la reanudación del término de prescripción una vez suspendido se producirá desde que se paralice el procedimiento por más de tres años o se termine el juicio sin condenarle. Procede entonces determinar cuándo estamos en una u otra situación.

Si el procedimiento se paraliza entendemos que la norma no se refiere a situaciones en que se suspenda la sustanciación del juicio por mandato legal, sino a situaciones de hecho por las cuales no se continúa adelante con la persecución de la responsabilidad penal; si no, ¿cuál es el sentido de fijar un plazo de tres años si la causal legal es cierta? Es decir, la ley atribuye a un hecho consecuencias jurídicas¹²⁴. Así por ejemplo, “se entiende por *paralización* toda suspensión efectiva de la tramitación del proceso por el lapso indicado, sea por motivo de su extravío, por negligencia del tribunal o de los intervinientes”¹²⁵.

Que el proceso termine sin condena para el imputado sólo puede suceder en el caso de la existencia de un sobreseimiento temporal, que no es propiamente una forma de terminación, sino una suspensión mientras se espera que cese la causal que dio fundamento a su dictación, especialmente cuando no se tienen antecedentes para condenar al imputado, que correspondía en la época de dictación del Código Penal a la absolución de la instancia¹²⁶.

De la misma forma lo entendió en su oportunidad la Corte Suprema en el siguiente tenor: “la situación a que alude el artículo 96 del Código Penal –terminación del proceso sin condenar– queda comprendida dentro del sobreseimiento temporal, que es la única forma que acepta nuestra legislación como medio de terminar un procedimiento sin dictar sentencia definitiva o auto de sobreseimiento definitivo”¹²⁷.

En la especie, con la comunicación de no perseverar en el procedimiento, en el sentido que la entendemos, no estamos ante una causal de suspensión del juicio y no sería, en consecuencia, aplicable aquello de la paralización. Tampoco sería aplicable al caso la hipótesis de terminación del procedimiento sin condena, pues como ya lo dijimos, ésta hace referencia a que se haya dictado un sobreseimiento temporal, equivalente a la antigua absolución de la instancia.

Pensamos que el legislador, en virtud a que la causal genérica por la que procede el actual no perseverar en el procedimiento correspondía a una causal de sobreseimiento, tanto definitivo como temporal (que después de un breve lapso se

¹²³ Cfr. YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, ob. cit., pp. 81-105.

¹²⁴ *Ibidem* pp. 102-103.

¹²⁵ Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., pp. 380-381.

¹²⁶ Cfr. YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, ob. cit., pp. 103-104.

¹²⁷ RFM N° 125, Mayo 1969, p.61.

transformaba en definitivo), en el antiguo sistema de enjuiciamiento inquisitivo del Código de Procedimiento Penal, e incluso en el Proyecto de Código Procesal Penal hasta su tramitación en el Senado, incurrió en un error al consagrar la reanudación del cómputo de prescripción de la acción penal.

En efecto, tanto la paralización por más de tres años por un hecho que impida la prosecución del juicio como el que se le ponga término sin condena, aluden a situaciones transitorias que se alejan de la intención del legislador de reducir el tiempo por el cual la persona esté sometida a la carga de la imputación de un ilícito y que se oponen, derechamente, al principio del juzgamiento en un plazo racional y justo, traduciéndose en la especie en una dilación indebida del procedimiento.

3. CLAUSURA DEFINITIVA DEL PROCEDIMIENTO

Del estudio de los efectos expresamente consagrados en el Art. 248 Inc. 2° CPP para el ejercicio de la facultad del Ministerio Público de comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, podemos concluir que la ley no resuelve en dicha norma acerca de la suerte que corre el proceso en lo futuro: no establece si realmente es una forma de suspensión o bien, por el contrario, una forma de terminación temprana del mismo.

Ante esta incertidumbre, que acarrea disímiles consecuencias para el imputado dependiendo de considerar a esta facultad en un sentido u otro, se ha intentado dar una respuesta doctrinal que supere este problema y fijar este último efecto, no faltando las opiniones que abogan por la suspensión del procedimiento o aquellas que entienden terminada la persecución de la responsabilidad penal.

No obstante lo dicho, nuestra opinión es que la misma ley nos da la posibilidad de determinar la clausura definitiva del proceso una vez ejercido el no perseverar por aplicación de las disposiciones supletorias contenidas en las normas comunes a todo procedimiento, completamente aplicables al proceso penal por mandato de la ley, y específicamente las del desistimiento de la demanda.

3.1. DIVERSAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES: DISCREPANCIAS

3.1.1. Tesis que Admiten una Nueva Formalización

Como ya lo hemos señalado en esta memoria, este tercer efecto que consagra el Art. 248 Inc. 2° CPP para la comunicación de no perseverar en el procedimiento es el que ha traído la mayor divergencia de opiniones dentro de la doctrina y, consecuentemente, la que ha acarreado las mayores críticas a esta institución¹²⁸.

En efecto, que la prescripción continúe corriendo como si nunca se hubiese suspendido permite a parte de la doctrina, en especial aquella que sigue la interpretación de la Fiscalía Nacional, sostener que el procedimiento no termina definitivamente con la utilización de esta facultad, sino que se podrá nuevamente formalizar al imputado por los mismos hechos que fueron ya investigados, teniendo el Ministerio Público la posibilidad de contar con un nuevo plazo legal de investigación por otros dos años, y así sucesivamente

¹²⁸ Cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, ob. cit., p. 207.

mientras no prescriba la acción penal, pues no existe impedimento legal alguno para que se dé esta posibilidad¹²⁹.

Otra corriente recoge esta interpretación, pero con matices, en el sentido que si bien puede nuevamente el fiscal formalizar al imputado por los mismos hechos, ya no contaría con el mismo término de investigación, sino sólo con el que haya podido restar una vez cerrada la investigación de manera primitiva, salvaguardando con ello los dos años de plazo originales. En otros términos, el fiscal sólo podrá formalizar nuevamente por los mismos hechos en el evento que no haya transcurrido el término legal de investigación, evitando así que un fiscal pueda mantener artificialmente la indagatoria por el tiempo que arbitrariamente estime necesario¹³⁰.

3.1.2. Tesis que Niegan una Nueva Formalización

Se opone a las interpretaciones vistas aquella que sostiene, en vista a la drástica idea que impera en el Código Procesal Penal de terminar lo más pronto posible con la persecución penal, en especial en los casos de inactividad e ineficacia del Ministerio Público, apercibiendo a éste con que el Juez de Garantía decreta el sobreseimiento definitivo de la causa. Para esta línea de pensamiento, no podría plantearse nuevamente una formalización por los mismos hechos y contra el mismo imputado y no quedaría más camino a éste, irremediamente, que esperar hasta que transcurra el término de prescripción de la acción penal y solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa según lo prevenido por el Art. 250 letra d) CPP en concordancia con los Arts. 94 y 96 CP¹³¹.

Existe una cuarta forma de interpretación que señala que no podría abrirse una nueva investigación debido al principio de única persecución consagrado en el Art. 1 CPP, pues si una vez agotada una investigación previamente formalizada el fiscal concluye que no cuenta con antecedentes suficientes siquiera para llevar al imputado a un juicio oral, a pesar que no requiere éste acreditar previamente la calidad de la prueba, debe primar la presunción de inocencia del Art. 4 CPP, no pudiendo ser nuevamente objeto de investigación¹³².

3.2. CRITICAS A ESTAS INTERPRETACIONES

A nuestro parecer, todas las interpretaciones reseñadas pueden ser objeto de crítica y no satisfacen el objetivo que tuvo en vista el legislador de evitar procedimientos que atentaran contra los principios de un juzgamiento en un plazo racional y justo y el de economía procesal, presentes ya en el Mensaje del Código Procesal Penal.

3.2.1. Soslayar Errores de Técnica Legislativa

Son criticables, en primer término, por cuanto ninguna de estas opiniones repara en el hecho que el legislador fue redundante al consagrar la reanudación del cómputo de prescripción de la acción penal, además de impreciso en el empleo de los términos, especialmente al usar la palabra *interrumpido* en lugar de *suspendido*.

¹²⁹ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., pp. 209-213.

¹³⁰ Cfr. NOVOA ZEGERS, Pablo, ob. cit., p. 19.

¹³¹ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 586.

¹³² Cfr. CAROCCA PEREZ, Alex, ob. cit., p. 207.

Fue redundante por cuanto al privar de efectos a la formalización ya había dejado corriendo el término de prescripción como si nunca se hubiera suspendido¹³³; e impreciso, debido a que con la dirección del procedimiento en contra de la persona del imputado y cuya materialización corresponde hoy a la formalización, lo que se produce según la ley sustantiva y procesal es la suspensión del cómputo de prescripción de la acción penal y no su interrupción, la que sólo se produce en el evento que el imputado haya cometido nuevamente crimen o simple delito¹³⁴.

Pero mayormente criticables son por no reparar en que este efecto consagrado el al Art. 248 Inc. final CPP corresponde a un error del legislador producto de resabios inquisitivos y que no puede ser aplicado en la especie, como ya lo determinamos¹³⁵.

3.2.2. Atentar Contra Principios Orientadores del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento

Si una vez agotados todos los medios por los cuales el Estado, con todo su poder, no ha logrado recabar antecedentes que le permitan sostener fundadamente una acusación en contra del imputado, se suspende el procedimiento para esperar la aparición de nuevos medios de prueba, como sucede con las teorías que admiten una nueva formalización en el caso de comunicada la decisión de no perseverar, no nos caben dudas que se atenta contra los principios de presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, de objetividad y de juzgamiento en un plazo racional y al juicio.

a) Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia importa que el peso de la prueba corresponda al Estado y que el imputado debe ser tratado como inocente en toda la prosecución del juicio hasta que recaiga en su contra sentencia condenatoria¹³⁶.

En este sentido, si se suspende la persecución penal indefinidamente a la espera del apareamiento de nuevos antecedentes que permitan al Ministerio Público formular una acusación, con la única limitante del transcurso del término de prescripción de la acción penal —el que se puede burlar a través de una nueva formalización—, obliga al imputado, con el fin de lograr la seguridad de que no volverá a ser perseguido por los mismos hechos, a aportar medios de prueba al proceso que permitan acreditar su inocencia, invirtiendo ilegalmente el peso probatorio y dejando de ser tratado como inocente, pues se le impone una consecuencia penal que va más allá del sólo hecho de imputársele la comisión de un delito¹³⁷; es decir, importa un prejuzgamiento que se opone directamente a la esencia del sistema acusatorio instaurado en el país por la Reforma Procesal Penal.

b) In Dubio Pro Reo

En el tema que nos ocupa, el principio *in dubio pro reo* se encuentra íntimamente ligado a la presunción de inocencia, si bien no cabe confundirlos. Este principio, importa que la culpabilidad del imputado deba ser probada más allá de toda duda

¹³³ Véase III; 2.; 2.1.; 2.1.2. superior.

¹³⁴ Véase III; 2.; 2.3. superior.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 80-86.

¹³⁷ Cfr. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Vol. B, pp. 253-254.

razonable, según el estándar de nuestro Código (Art. 340 Inc. 1 CPP)¹³⁸ y, si no es así, se debe resolver a favor del imputado absolviéndolo.

El legislador procesal penal encarga al Ministerio Público ponderar si los antecedentes recabados son suficientes para fundar una acusación; o sea, entrega a un órgano administrativo la calificación de los hechos y determinar si con esas pruebas logrará convencer al juzgador de la comisión del delito y la participación que el imputado haya tenido en el mismo, que es lo que obsta la dictación de una sentencia definitiva que lo absuelva. Pero en nuestro entender, la entrega de la decisión al Ministerio Público no significa mantener el proceso abierto, sino que termina porque el Estado no persevera en éste, lo que lleva implícita la idea de permanencia.

A mayor abundamiento, “la vigencia del principio se reafirma continuamente por nuestros más altos tribunales, los que lo entienden proyectado incluso al ámbito de la interpretación de la ley, como se comprueba con el fallo de la Corte Suprema que sostiene que a propósito de dos vías de interpretación [aun] ‘suponiendo dudosa la conclusión, debe primar la interpretación *pro reo...*’¹³⁹, criterio según el cual la interpretación del Fiscal Nacional y aquellas que la acogen con reservas deben ceder a favor de las interpretaciones que tienen por terminado el juicio, independiente de los reparos que les podamos hacer.

c) Principio de Objetividad

El art. 3 LOCMP obliga a los fiscales del Ministerio Público a adecuar sus actuaciones de manera estricta a un criterio objetivo, *velando únicamente por la correcta aplicación de la ley*; en otros términos, deberán no sólo investigar con igual celo los antecedentes que permitan condenar al imputado como aquellos que permitan absolverlo o que modifiquen su responsabilidad penal, sino que además deberán ejercer sus funciones de tal manera que no importe un prejuizamiento del sujeto imputado¹⁴⁰.

Recordemos que por mandato constitucional el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales (Art. 83 CPR), mandato que aplicado al principio de objetividad, no cabe sino concluir que si el fiscal ha concluido que no cuenta con los antecedentes suficientes para fundar una acusación, no puede prejuizar que el imputado es culpable de los hechos que investiga y pretender suspender el procedimiento hasta que aparezcan nuevos antecedentes.

Como se puede apreciar, este principio se encuentra relacionado con los dos anteriores estudiados y no es posible su comprensión de manera aislada pues, a nuestro juicio, la objetividad es una manifestación de la presunción de inocencia y, si se llega a determinar que los medios de prueba recogidos son insuficientes para sostener una acusación viable al acusado, se debe abortar el procedimiento y terminar a favor suyo, extinguiendo la responsabilidad que pudo tener por el ilícito que se le imputó en su momento.

¹³⁸ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 71.

¹³⁹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p 333. (Cita sentencia de la Corte Suprema, junio 22 de 1998, Rol N° 1468.98, contra Yankele Enrique Álvarez Morales y otros, que no estuvo a la vista para este memorista).

¹⁴⁰ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 152-153.

d) Juzgamiento Dentro de un Plazo Racional como Elemento del Debido Proceso

El principio a ser juzgado dentro de un plazo razonable se encuentra indisolublemente ligado al derecho a un debido proceso, el que alcanza su más alta concreción en nuestro sistema en el derecho a ser juzgado en un juicio oral y público legalmente tramitado.

Si bien no se encuentra establecido el derecho a ser juzgado en un plazo razonable a nivel de principios en nuestro código, sí contempla normas que son tributarias de éste y manifiestan claramente que la intención del legislador es acotar la extensión temporal del proceso. Así se establece el plazo máximo de investigación de dos años, que puede ser reducido judicialmente, desde la formalización; antes de ésta, si bien no existe limitante temporal, existe la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar al Juez de Garantía que le fije un plazo al fiscal para que lo formalice si se siente afectada por una investigación criminal; las audiencias de preparación de juicio oral y la de juicio propiamente tal, están sometidas a breves plazos para la realización del juicio y la dictación de la sentencia definitiva, apercibiéndose con la nulidad si no se comunica de manera inmediata la sentencia condenatoria o absolutoria y la redacción del fallo, salvo excepcionalmente prolongar la deliberación por 24 horas y la redacción por siete días¹⁴¹.

No obstante lo dicho, no significa que este principio sea ajeno a nuestro derecho positivo, sino muy por el contrario, las normas vistas son la materialización del principio que se encuentra recogido en convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes que, según el Art 5 Inc. 2 CPR, se encuentran incorporados al bloque de constitucionalidad. Así, en los Arts. 7.5. y 8.1. CADH se consagra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, y en el Art. 14.2.c PIDCP a ser juzgado si dilaciones indebidas¹⁴².

En este contexto, si el Ministerio Público comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento para aguardar la aparición de nuevos antecedentes y formular una nueva formalización a objeto de suspender el término de prescripción de la acción penal, estaría infringiendo el imperativo jurídico de someter su actuación al acatamiento de la preceptiva constitucional, que le impone el deber de respetar el principio a un juzgamiento en un plazo razonable¹⁴³.

3.2.3. Imposibilidad de Declarar Sobreseimiento Ante un Proceso Cerrado

Como hemos venido sosteniendo a lo largo de esta memoria, consideramos que una vez comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, se termina la persecución de la acción penal.

Ante esta circunstancia, nos parece que sostener que el único camino que queda al imputado es esperar hasta que transcurra el término de prescripción para solicitar el sobreseimiento de la causa carece de sentido, toda vez que no existe un proceso pendiente en cual solicitar se declare la prescripción de la acción penal¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 75-76.

¹⁴² *Ibidem*, p. 72.

¹⁴³ Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p. 324.

¹⁴⁴ Cfr. DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, ob. cit., p. 211.

3.3. DESESTIMIENTO DE LA ACCION PENAL: FINALIZACION DEL PROCEDIMIENTO

Hemos definido a la comunicación de no perseverar en el procedimiento como el *acto procesal* a través del cual el Ministerio Público ejerce la atribución legal de desistirse de la persecución penal por carecer de antecedentes incriminatorios en contra del imputado una vez cerrada la investigación¹⁴⁵.

Este acto procesal que el fiscal realiza en la audiencia impetrada para tal efecto al Juez de Garantía, reviste caracteres especiales que lo transforman en una institución novedosa dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, mas no resulta del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, pensamos que coincide en múltiples aspectos con el desistimiento de la demanda que realiza el actor civil, consagrado y regulado en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, dentro de las disposiciones comunes a todo procedimiento, cuyo principal efecto de extinguir la acción deducida con fuerza de cosa juzgada es aplicable a la institución en estudio, lo que pasaremos a desarrollar en lo sucesivo.

3.3.1. Ministerio Público: Sujeto Activo en el Procedimiento Penal

El Art. 83 CPR, al momento de establecer la existencia del Ministerio Público, confiere a éste tres facultades principales: a) dirigir de manera exclusiva la investigación penal; b) ejercer la acción penal pública en conformidad a la ley; y, c) adoptar medidas de protección a las víctimas y testigos¹⁴⁶.

En este contexto, el constituyente distingue las facultades de dirigir la investigación y de ejercer la acción penal. En la primera, como órgano investigador de los hechos constitutivos de delito, tiene la atribución exclusiva para el esclarecimiento de los hechos y *dirigir* a las policías, como auxiliares de éste y funcionalmente subordinados a él, para que ejecuten materialmente las diligencias necesarias para tal efecto, impartiendo directamente órdenes sin que puedan cuestionar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición previa de la autorización judicial cuando corresponda¹⁴⁷.

La segunda, consecuencia lógica de la facultad de dirigir la investigación, consiste en que el Ministerio Público ejercerá, en su caso, la acción penal pública promoviendo la persecución penal sin que pueda hacer cesar su curso, salvo las excepciones legales (Art. 166 CPP). En este sentido, nos inclinamos por pensar que el legislador entiende la acción penal en sentido lato, es decir, que incluye dentro de su ejercicio la etapa indagatoria y no sólo formular la acusación, como sería entenderla en sentido estricto propiamente tal¹⁴⁸.

Precisando más en el tema, pensamos que la primera manifestación de la acción penal ejercida por el Ministerio Público se produce con la formalización de la investigación, primera actuación procesal en que queda trabada la *litis* entre las principales

¹⁴⁵ Véase I, 2.; 2.2. superior.

¹⁴⁶ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 143.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 146.

¹⁴⁸ Cfr. CASTRO JOFRE, Javier, ob. cit., p. 137-138.

partes intervinientes en el proceso: el fiscal (sujeto activo de la relación procesal) y el imputado (sujeto pasivo de la misma); y el objeto del procedimiento: establecer la participación y eventual responsabilidad penal de este último en los hechos que se indagan y que revisten caracteres de delito, con el fin de obtener su sanción en el caso de ser considerado culpable por el órgano juzgador en una sentencia condenatoria firme.

En este sentido, el Ministerio Público se incorpora o comparece al procedimiento como *parte* al ejercer a nombre propio la acción penal pública de que es titular por mandato de la Constitución. Así, desde esta perspectiva procedimental, “el Ministerio Público es, en general, un interviniente, y para estos efectos, un *litigante*”¹⁴⁹.

Tanto es así que planteada la interrogante si el Ministerio Público puede o no recurrir de nulidad por la causal consagrada en el Art. 373 letra a) CPP, se ha concluido que como a él le corresponde por mandato constitucional y legal el ejercicio de la acción penal, es decir, sustentar ante los tribunales de justicia la pretensión penal del Estado, la sentencia definitiva deberá ser producto de la tramitación de un proceso justo y racional que la Constitución establece como derecho fundamental del litigante e impone como deber al juzgador, por lo que es procedente que el Ministerio Público recurra de nulidad por inobservancia del debido proceso¹⁵⁰.

De hecho, el sistema de enjuiciamiento introducido por la denominada Reforma Procesal Penal Chilena, separándose del referente histórico europeísta, se aproxima considerablemente al sistema anglosajón de juzgamiento denominado *adversarial*, que se caracteriza principalmente por generar un marco igualitario de deberes y derechos a los litigantes frente a un tribunal que carece de facultades impulsoras e iniciativa probatoria, como sucede con nuestro juicio oral que, salvo la excepcional norma del Art. 337 CPP¹⁵¹, no existe iniciativa probatoria alguna pues las nuevas pruebas solicitadas conforme a lo previsto por el Art. 336 del mismo cuerpo legal se limitan a solicitudes efectuadas por los litigantes que el tribunal resuelve si accede a ellas o no¹⁵².

Como es dable concluir, en nuestro sistema adversarial se enfrentan ante el Tribunal de Juicio Oral, en la generalidad de los casos, dos contendores en igualdad de derechos a la espera de obtener una sentencia favorable a su pretensión. Idéntica situación que se produce con los litigantes en el proceso civil en que al demandante –por lo general– y al demandado recae la carga de impulsar el procedimiento y por sobretodo la iniciativa probatoria.

En este escenario, es completamente lógico que el legislador procesal penal reconozca al actor, o sea al Ministerio Público, la facultad de desistirse del ejercicio de la acción penal cuando considere que la pretensión que sostiene no tiene fundamento para resultar victoriosa en el debate procesal, en idénticos términos que lo hace el legislador procesal civil al consagrar el desistimiento de la demanda a favor del demandante.

¹⁴⁹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p. 239. (El destacado es nuestro).

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 268-269.

¹⁵¹ Constitución del tribunal en lugar distinto de la sala de audiencias.

¹⁵² Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., pp. 265 y 268.

3.3.2. Desistimiento de la Demanda y Comunicación de No Perseverar en el Procedimiento: Similitud Conceptual

Por medio del desistimiento de la demanda, el actor manifiesta su intención de no seguir ejerciendo la acción civil en contra del demandado una vez que se ha perfeccionado la relación procesal, es decir, desde que se le ha notificado la demanda. Está autorizado por la ley el demandante, como titular de la acción civil y que en principio está obligado a continuar con el procedimiento hasta la dictación de la sentencia definitiva una vez que se haya trabado la *litis*, para que “en el curso de la instancia vuelva sobre sus pasos, y manifieste su voluntad en el sentido de *no perseverar* en ella”¹⁵³.

En la institución que nos ocupa, es el fiscal adjunto quien, atendiendo al mérito de los antecedentes que haya recabado durante la investigación en ejercicio de sus atribuciones indagatorias, se encuentra facultado para desistirse de la acción penal de la que es titular por mandato de la Constitución, si considera que no cuenta con los medios de prueba suficientes para formular una acusación en contra del imputado.

Recordemos que “la acción penal expresa una pretensión al esclarecimiento de un hecho que constituye *prima facie* un delito y a la determinación de su autor, para la imposición de una pena a quien la sentencia declare responsable del mismo”¹⁵⁴. Por su parte, la acción civil expresa la pretensión de que se reconozca o se declare la existencia de un derecho¹⁵⁵. Es decir, en ambos casos la acción es la facultad que se tiene para poner en movimiento al órgano jurisdiccional y obtener, en definitiva, una sentencia que dirima el asunto sometido a su conocimiento.

Tanto en el caso del desistimiento de la demanda como en la comunicación de no perseverar en el procedimiento, el titular de la respectiva acción destinada a poner en movimiento al órgano juzgador, civil o penal respectivamente, considera que no cuenta con los medios que permitan prosperar a la pretensión que sostiene y obtener, en definitiva, una sentencia favorable a la misma.

3.3.3. Tramitación: Incidente Especial

Tanto la tramitación del desistimiento de la demanda como la comunicación de no perseverar en el procedimiento han sido reguladas por la ley procesal respectiva de manera particular: como incidentes especiales. Recordemos que los incidentes, en general, son “toda cuestión accesoria del juicio y que requiere un pronunciamiento especial del tribunal”¹⁵⁶. El incidente es especial si está regulado por una norma particular en la ley.

En el primer caso, una vez manifestada la decisión del actor de desistirse de la demanda deducida ante el tribunal que conozca del asunto (Art. 148 CPC), se tramitará conforme a las reglas de los incidentes en el caso de que sea la acción principal la desistida; o bien, podrá dar lugar a un incidente que se podrá reservar el fallo para la sentencia definitiva, si la desistida es la acción reconvenzional y ha habido oposición del demandado

¹⁵³ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición Actualizada, Santiago, 2005, Reimpresión de 2007, Tomo III, p. 175. (El destacado es nuestro).

¹⁵⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., p. 333.

¹⁵⁵ Cf. CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., p. 57.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 147.

reconvencional, si no existe esta oposición, el juez la fallará de plano (Arts. 148 y 151 CPC).

En todo caso, si el demandado no se opone al desistimiento de la demanda manifestado por el actor, no quedará más camino al juez que tener por desistida la demanda¹⁵⁷, misma circunstancia que enfrenta el Juez de Garantía en caso que se haya cumplido con los requisitos de procedencia del no perseverar y no haya habido forzamiento de la acusación o bien ésta haya sido desestimada.

En el caso de la comunicación de no perseverar en el procedimiento, el fiscal deberá requerir una audiencia al Juez de Garantía dentro de décimo día de cerrada la investigación especialmente destinada para que el fiscal participe su decisión a los demás intervinientes. En otros términos, la ley contempla una forma especial de practicar la comunicación en una audiencia especialmente requerida para ello, en la que el juez deberá emitir una resolución que ponga fin a dicha audiencia.

El legislador no contempla la posibilidad que el imputado se oponga a la decisión del fiscal, como ocurre con el demandado en el desistimiento de la demanda, lo que a nuestro juicio se explica por razones de economía procesal, pues con la comunicación que le hace el actor penal de que ya no perseverará en la persecución de su eventual responsabilidad penal, se liberará definitivamente del procedimiento seguido en su contra por el Ministerio Público; y, además, en ningún caso será conveniente para él arriesgarse a continuar el procedimiento hasta la dictación de la sentencia definitiva, pues no es menos cierta la posibilidad que el tribunal tenga un criterio dispar al del Ministerio Público para ponderar la calidad de la prueba reunida por éste y dictar una sentencia condenatoria, renunciando así a su derecho a un juicio oral y público obteniendo la finalización del proceso por la vía más expedita.

Como ya lo señalamos, una vez comunicada su decisión por el fiscal y hecho el examen formal que corresponde al juez de la causa, procede que éste dicte una providencia en la que tendrá por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento¹⁵⁸.

Quien sí tiene derecho a pronunciarse en dicha audiencia en sentido contrario a la finalización del procedimiento por esta vía es el querellante particular, quien podrá solicitar al Juez de Garantía le permita en lo sucesivo sostener la acción en los mismos términos que corresponderían al fiscal como litigante acusando particularmente¹⁵⁹.

En el caso que no exista querellante particular o que haya sido desestimada su solicitud de forzamiento de la acusación por el Juez de Garantía, quedará firme la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar y se pondrá término al procedimiento.

3.3.4. Efecto Jurídico del Desistimiento: Extinción de la Acción

El Art. 150 CPC prescribe que “La sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes

¹⁵⁷ Cfr. CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., p.177.

¹⁵⁸ Véase II; 3.; 3.1.; 3.1.2. superior.

¹⁵⁹ Véase II; 3.; 3.3. superior.

litigantes y a todas las personas a que habría afectado la sentencia del juicio al que se pone fin”.

Es decir, los efectos del desistimiento dicen relación con el proceso mismo en cual se ha planteado y con los futuros, o sea, no estamos ante la pérdida de lo obrado hasta el momento, sino que lisa y llanamente se extingue la acción hecha valer en la demanda y, consecuencialmente, la pretensión que dicha acción amparaba¹⁶⁰.

La resolución que tiene por desistida la demanda corresponde según la nomenclatura del código a una sentencia interlocutoria que falla un incidente, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, conocida en doctrina como sentencia interlocutoria de primer grado. Equivale en la especie a la sentencia desestimatoria de la demanda y, como tal, produce cosa juzgada¹⁶¹.

A mayor abundamiento, si el actor pretendiere renovar la acción deducida en el mismo procedimiento o en otro diverso, el demandado podrá oponer la excepción de cosa juzgada, misma excepción que podrá hacer valer en el caso de aquellas personas a que habría afectado la sentencia definitiva del proceso al que se le puso fin por medio del desistimiento pretendieran renovar la acción. Hablamos, en definitiva, de la cosa juzgada absoluta¹⁶².

3.3.5. Efecto del Desistimiento de la Demanda como Norma Supletoria de la Comunicación de no Perseverar en el Procedimiento Penal

El legislador procesal prescribe en el Art. 52 CPP que “Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil”.

Con ello el legislador ha hecho aplicables al proceso penal las normas relativas a notificaciones, actuaciones judiciales, incidentes, resoluciones judiciales, plazos, entre otras, siempre que no exista una disposición particular en el código o en leyes especiales, como sucede, v. g., con los plazos, comunicaciones y citaciones del Ministerio Público y registro de las actuaciones judiciales reguladas bajo el rótulo de actividad procesal¹⁶³.

No obstante lo anterior, en los casos en que las normas del código o de las leyes especiales no fueren suficientes, en virtud de este Art. 52 CPP, tendremos que recurrir nuevamente a las normas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, como sucede en el caso del término judicial de investigación y sus ampliaciones ya analizado en esta memoria¹⁶⁴.

El desistimiento de la demanda se encuentra regulado como un incidente especial, específicamente en el Título XV del Libro I desde el Art. 148 al 151 CPC, siendo por mandato legal completamente aplicable al procedimiento establecido por la Reforma Procesal Penal.

¹⁶⁰ Cfr. CASARINO VITERBO, Mario, ob. cit., pp. 177-178.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 178.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés y otro, ob. cit., pp. 311-312.

¹⁶⁴ Véase II; 1.; 1.2.; 1.2.1. superior.

En este contexto, como una vez que el fiscal ha comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento no está claro en la ley, ni la doctrina está conteste en la suerte que corre el procedimiento en definitiva, corresponde aplicar las normas de hermenéutica legal consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, teniendo en vista que el fiscal ha considerado que no cuenta con los antecedentes necesarios para fundar una acusación y, en definitiva que su pretensión como litigante no prosperará en el juicio oral, la ley contempla la posibilidad que se desista de la acción penal deducida en contra del imputado al momento de formalizar la investigación en su contra, de la misma forma que lo contempla para el actor civil en caso de carecer de los medios de prueba suficientes para que prospere su pretensión en el procedimiento.

En consecuencia, para resolver el problema de entender qué sucede con el procedimiento, se deben aplicar los efectos del desistimiento de la demanda a los efectos que produce la comunicación de no perseverar y concluir, por lo tanto, que una vez ejercida esta atribución y recaída sobre ella la sentencia interlocutoria que la tiene por comunicada, se termina el procedimiento con efecto de cosa juzgada.

Es decir, tanto el Ministerio Público como el querellante particular, en su caso, no podrán renovar la acción a través de una nueva formalización en el mismo o en procedimiento diverso, pudiendo defenderse el imputado con la excepción de cosa juzgada.

Así, con esta interpretación se soluciona el problema que se ha planteado en la discusión doctrinal al momento de aplicar esta atribución del Ministerio Público, sin incurrir en alterar la voluntad drástica del legislador a acotar temporalmente la persecución penal ni violentar ni atentar contra el principio constitucional del debido proceso.

CONCLUSION

1. La comunicación de no perseverar en el procedimiento es *el acto procesal a través del cual el Ministerio Público ejerce la atribución legal de desistirse de la persecución penal por carecer de antecedentes incriminatorios en contra del imputado una vez cerrada la investigación.*
2. La ley estatuye que el Ministerio Público *comunicará* su *decisión* de no perseverar en el procedimiento (Art. 248 letra c) CPP), redacción de la norma que nos permite concluir que en ella se contienen dos actuaciones: a) la *decisión* que adopta el fiscal de no continuar ejerciendo la acción penal por la falta de antecedentes para sostener una acusación, y b) la *comunicación* que hace el mismo fiscal a los demás intervinientes de la decisión que ha adoptado de desistirse del procedimiento en la audiencia citada al efecto.
3. La primera corresponde a una decisión administrativa que el ministerio Público adopta en ejercicio de sus atribuciones como órgano del Estado, ponderando discrecionalmente, dentro de los parámetros fijados por la ley, si los antecedentes que haya reunido durante la investigación no son suficientes para sostener una acusación y, por tanto, ejercer esta atribución.
4. La *comunicación* que hace el Ministerio Público de no perseverar corresponde a un acto procesal de uno de los litigantes en el proceso, por intermedio del cual informa a los demás intervinientes su determinación de no seguir adelante con el procedimiento, equivalente a la actuación que promueve el actor civil al desistirse de la demanda.
5. En consecuencia, se produce una judicialización de la institución, que si bien en principio corresponde sólo a un acto administrativo mientras el fiscal pondera los antecedentes y decide no perseverar, se transforma, posteriormente, en un acto procesal (que se tramita como incidente especial) sobre el cual recaerá una resolución judicial una vez comunicada a los demás intervinientes.
6. Esta resolución judicial sólo atenderá a la forma de la decisión del Ministerio Público y no sobre el fondo de la misma, y corresponde a una sentencia interlocutoria de primer grado, que falla el incidente promovido por el fiscal y que establece derechos permanentes para las partes. Además, por ser una sentencia que pone término al juicio en conformidad a lo estatuido por el Art. 370 letra a) CPP, esta es apelable.
7. El momento oportuno para que el Ministerio Público ejerza esta atribución es después que haya declarado cerrada la etapa indagatoria sin que haya sido forzado al cierre y, consecuentemente, sólo sería procedente en una investigación previamente formalizada.
8. En virtud del principio de legalidad, el fiscal está obligado a investigar todo hecho que revistiere caracteres de delito, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar la investigación, salvo los casos previstos por el Código. Como contrapartida a esta norma, se contemplan en la ley mecanismos de selección que puede emplear el Ministerio Público para hacer más eficiente su trabajo, los que son de carácter excepcional y corresponden al archivo provisional, facultad para no iniciar investigación y principio de oportunidad. Lo

que es válido no sólo para aplicar las instituciones reseñadas a situaciones diversas que pudieren surgir en el proceso, sino que también para el posible empleo de atribuciones destinadas a otros fines, v. g., la comunicación de no perseverar en el procedimiento, para interrumpir la investigación.

9. Afirmar que esta atribución puede ejercerse antes de declarar cerrada la investigación, en contravención al sentido de la norma, carece de sustento legal, más aún si una de sus consecuencias es privar de sus efectos a la formalización (Art. 247 Inc. 2°). Es más, la misma ley lo exige literalmente al precisar que el fiscal no haya “reunido *durante la investigación* antecedentes suficientes para fundar una acusación” (Art. 247 letra c) CPP).

10. Este cierre de la investigación deberá realizarlo el fiscal al momento de haber recabado los antecedentes suficientes para esclarecer los hechos o agotado todas las diligencias necesarias para tal efecto, o bien, al vencimiento del término legal de dos años desde la formalización de la investigación o del judicial y sus eventuales prórrogas, en su caso, que no podrá ser superior al referido plazo del Art. 247 CPP.

11. El presupuesto de hecho por el que se hace procedente la institución estudiada, según el Art. 248 letra c), es que no se hayan reunido durante la investigación los antecedentes para fundar una acusación, a lo que debemos agregar que tampoco se han recabado durante la misma antecedentes que permitan al fiscal demostrar la inocencia del imputado, pues de lo contrario, será procedente que éste solicitara al Juez de Garantía que decrete el sobreseimiento definitivo de la causa según lo normado por el Art. 250 letra b) CPP, en virtud a que el Ministerio Público en su labor indagatoria se encuentra sujeto por orden constitucional al principio de objetividad de la investigación.

12. Este presupuesto fáctico, en resumen, corresponde a una causal genérica que opera ante la ineficacia del sistema indagatorio, pues no obstante el fiscal haber realizado todas las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, no ha logrado recabar antecedentes de cargo ni de descargo suficientes, tanto para acusar al imputado como para que sea sobreseído definitivamente.

13. Podrá el fiscal comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento siempre que haya declarado cerrada la investigación en su oportunidad, sin que haya sido apercebido; para lo cual deberá requerir al Juez de Garantía, dentro de los diez días siguientes a declarado dicho cierre, que cite a una audiencia especial para que el Ministerio Público ejercite procesalmente su prerrogativa.

14. Atendida esta audiencia y el tratamiento que le da la ley, se concluye que estamos en presencia de un incidente especial, en el que una vez resuelto por el juez la procedencia de la decisión fiscal, se establecen derechos y deberes permanentes para las partes y, por lo tanto, la resolución que tiene por comunicada la facultad de no perseverar es una sentencia interlocutoria de primer grado según lo prevenido por el Art. 158 Inc. 3 CPP.

15. Concordante con la anterior, concluimos que los efectos jurídicos de esta institución se producen una vez que el Juez de Garantía haya dictado dicha resolución que tiene por comunicada a los intervinientes la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento.

16. El primer efecto que se produce con su ejercicio es privar de efectos a la formalización, es decir, las consecuencias que nacen con la formalización y siguen

produciéndose al momento de comunicarse la decisión de no perseverar, se dejan de producir.

17. El Juez de Garantía deberá decretar, a través de una resolución, el alzamiento de las medidas cautelares que se hubieren invocado, ya que el procedimiento ha llegado a su fin y la persona ha dejado de tener la calidad de imputado.

18. Que el término de prescripción continúe corriendo como si nunca se hubiere suspendido corresponde a un error del legislador, inspirado en una reminiscencia del sistema inquisitivo que hacía alusión a situaciones de paralización transitorias no aplicables al proceso del Código Procesal Penal.

19. Una vez tenida por comunicada la decisión del ministerio Público no se tiene norma expresa que señale si termina definitivamente la persecución penal o sólo se suspende, salvo el caso que habiendo existido querellante particular éste haya impetrado al Juez de Garantía acusar de manera particular al imputado y así lo haya decretado el juez.

20. Abogar por la suspensión del procedimiento carece de sustento legal y atenta contra principios orientadores del sistema instaurado por la Reforma Procesal Penal, que siempre deben tenerse en consideración a la hora hacer la interpretación de las normas procesales, como son la presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, objetividad de la investigación y juzgamiento dentro de un plazo racional y justo (todos los que forman en conjunto parte del derecho constitucional a un debido proceso).

21. Que este vacío legal se subsana por aplicación de las normas aplicables a todo procedimiento, especialmente las del desistimiento de la demanda, pues estas disposiciones son supletorias del proceso penal por expresa disposición del legislador.

22. Así, vemos que la comunicación de no perseverar en el procedimiento coincide en múltiples aspectos con el desistimiento de la demanda que realiza el actor civil, regulado por el Libro I del Código de procedimiento Civil, dentro de las disposiciones comunes a todo procedimiento, el que autoriza al demandante a volver sobre sus pasos durante el curso de la instancia, manifestando su intención en no perseverar en ella abandonando su pretensión.

23. Por su parte, en la comunicación de no perseverar es el fiscal quien, atendido el mérito de los antecedentes que haya recabado durante la investigación en ejercicio de sus atribuciones indagatorias, se encuentra facultado para desistirse la acción penal de la que es titular por mandato de la Constitución y en su calidad de litigante, si considera que no cuenta con los medios de prueba suficientes para formular una acusación en contra del imputado.

24. Tanto en el caso del desistimiento de la demanda como en la comunicación de no perseverar en el procedimiento, el titular de la respectiva acción destinada a poner en movimiento al órgano juzgador, civil o penal respectivamente, considera que no cuenta con los medios que permitan prosperar a la pretensión que sostiene y obtener, en definitiva, una sentencia favorable a la misma.

25. Así, el efecto de extinguir las acciones a que el desistimiento se refiere, en relación tanto a las partes litigantes como a quienes habría afectado la sentencia definitiva del juicio al que se pone fin anticipadamente, procede aplicarlo a la comunicación de no perseverar en el procedimiento, resolviendo la suerte definitiva de éste sin atentar contra los

principios de inocencia y de juzgamiento en un plazo racional y justo. Es decir, el Ministerio Público no podrá renovar la acción a través de una nueva formalización en el mismo o en procedimiento diverso, pudiendo defenderse el imputado con la excepción de cosa juzgada.

BIBLIOGRAFIA

- BALBONTIN RETAMAL, Alberto, “El ministerio Público Chileno. Organización, Funciones y ¿Discrecionalidad?”, en *Revista Procesal Penal* N° 34 Abril-2005, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 19.696 Establece Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 2000.
- CAROCCA PEREZ, Álex, *Manual El nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial Lexis Nexis, Tercera Edición, Santiago, 2005.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición Actualizada, Santiago, 2005, Reimpresión de 2007, Tomo III.
- CASTRO JOFRE, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
- CHAHUAN SARRAS, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento Penal*, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, Reimpresión de 2005, Santiago, 2002.
- DIVISION DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PUBLICO, “Oficio N° 556, noviembre 18 de 2003, sobre Facultad de los Fiscales de no Perseverar en el Procedimiento, una vez Cerrada la Investigación”, *Boletín del Ministerio Público* N° 17 Diciembre de 2003, Ministerio Público, Santiago, 2003.
- FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO, “Instructivo N° 52 Sobre Audiencias Posteriores al Cierre de la Investigación, Oficio N° 106, marzo 20 de 2001”, *Reforma Procesal Penal Instrucciones Generales Nos 51 a 75*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- GANDULFO, Eduardo, “El Inicio de la Suspensión de la Acción Penal en el Nuevo Ordenamiento para el Proceso Penal: un Nuevo Modelo”, en *Revista Procesal Penal* N° 49 Julio - 2006, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo I.
- HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA, *Diario de Sesiones del senado*, “Sesión 5°, Anexo Documentos”, “Segundo Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”, Biblioteca del Congreso Nacional, Valparaíso, 2000.
- HORVITZ LENNON, María Inés y otro, *Derecho Procesal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo I.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Vol. B.

- NOVOA ZEGERS, Pablo, *Revista Procesal Penal N° 27 Noviembre-2004*, “Análisis de la Facultad del ministerio Público de No Perseverar en la Investigación”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2006.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y otros, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Tomo I.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Segunda Edición, Madrid, 2001, Reimpresión Especial 2001, Tomo II.
- Revista Procesal Penal N° 27 Enero -2005.*
- RFM, N° 125, Mayo 1969.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del Nuevo Proceso Penal Cuestiones y Casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO, *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada, Concordancias*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2003, Tomo II.
- YUSEFF SOTOMAYOR, Gonzalo, *La Prescripción Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1995.

INDICE

AGRADECIMIENTOS.....	2
ABREVIATURAS	3
INTRODUCCION.....	4
I. COMUNICACION DE NO PERSEVERAR: ANTECEDENTES GENERALES	5
1. MARCO LEGAL.....	5
2. CONCEPTO DE COMUNICACION DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO.....	6
2.1. ACERCAMIENTO AL PROBLEMA DEL CONCEPTO	6
2.1.1. ¿Procedimiento o Investigación?.....	7
2.1.2. ¿Cuál es el Significado de No Perseverar?.....	8
2.2. CONCEPTO DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO	8
3. NATURALEZA JURIDICA: ACTO JURIDICO COMPLEJO.....	9
3.1. ACTO ADMINISTRATIVO	10
3.1.1. Naturaleza Administrativa de la Decisión.....	10
3.1.2. Decisión Discrecional Reglada del Ministerio Público	10
3.2. ACTUACION PROCESAL.....	12
3.2.1. Comunicación a los Demás Intervinientes en el Proceso	12
3.2.2. Judicialización del Acto Administrativo	13
II. AMBITO DE APLICACION	15
1. OPORTUNIDAD PARA DECLARAR LA DECISION DE NO PERSEVERAR	15
1.1. SIN FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION.....	15
1.1.1. Tesis que Admite la Comunicación de no Perseverar sin Formalización	16
1.1.2. Improcedencia de la Comunicación de no Perseverar sin Formalización	17
a) Exigencia Legal de Cierre Previo.....	17
b) Principio de Legalidad de la Investigación	19
c) Excepcionalidad de la Oportunidad.....	19
d) Concreciones del Principio de Oportunidad y Limitaciones a su Ejercicio	21
1°. Archivo Provisional	21
2°. Facultad para no Iniciar Investigación	22
3°. Principio de Oportunidad	22
1.2. PREVIO CIERRE DE LA INVESTIGACION	23
1.2.1. Cierre Oportuno de la Investigación.....	23
1.2.2. Forzamiento del Cierre de la Investigación.....	26
1.2.3. Actuaciones del Fiscal una vez Cerrada la Investigación sin Apercebimiento	27
a) Solicitar Sobreseimiento.....	27
b) Formular Acusación	28
c) No Perseverar en el Procedimiento.....	28

2. PRESUPUESTO DE HECHO: FALTA DE ANTECEDENTES PRODUCTO DE LA INVESTIGACION	28
3. EJERCICIO DE LA DECLARACION DE NO PERSEVERAR.....	30
3.1. REQUISITOS Y MATERIALIZACION PROCESAL	30
3.1.1. Requisitos	30
3.1.2. Procedimiento.....	30
3.2. REAPERTURA DE LA INVESTIGACION	31
3.3. FORZAMIENTO DE LA ACUSACION	33
III. EFECTOS JURIDICOS	35
1. OPORTUNIDAD PROCESAL EN QUE SE PRODUCEN	35
2. EFECTOS PRESCRITOS POR EL ART. 248 CPP.....	35
2.1. PRIVACION DE EFECTOS A LA FORMALIZACIÓN	36
2.1.1. Alcance de la Expresión	36
2.1.2. Análisis Particular	38
2.2. OBLIGACION DEL JUEZ DE GARANTIA DE ALZAR LAS MEDIDAS CAUTELARES	38
2.3. REANUDACION DEL COMPUTO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL	39
3. CLAUSURA DEFINITIVA DEL PROCEDIMIENTO.....	41
3.1. DIVERSAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES: DISCREPANCIAS	41
3.1.1. Tesis que Admiten una Nueva Formalización.....	41
3.1.2. Tesis que Niegan una Nueva Formalización	42
3.2. CRITICAS A ESTAS INTERPRETACIONES.....	42
3.2.1. Soslayar Errores de Técnica Legislativa	42
3.2.2. Atentar Contra Principios Orientadores del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento	43
a) Presunción de Inocencia	43
b) In Dubio Pro Reo.....	43
c) Principio de Objetividad	44
d) Juzgamiento Dentro de un Plazo Racional como Elemento del Debido Proceso	45
3.2.3. Imposibilidad de Declarar Sobreseimiento Ante un Proceso Cerrado	45
3.3. DESESTIMIENTO DE LA ACCION PENAL: FINALIZACION DEL PROCEDIMIENTO	46
3.3.1. Ministerio Público: Sujeto Activo en el Procedimiento Penal	46
3.3.2. Desistimiento de la Demanda y Comunicación de No Perseverar en el Procedimiento: Similitud Conceptual.....	48
3.3.3. Tramitación: Incidente Especial	48
3.3.4. Efecto Jurídico del Desistimiento: Extinción de la Acción.....	49
3.3.5. Efecto del Desistimiento de la Demanda como Norma Supletoria de la Comunicación de no Perseverar en el Procedimiento Penal	50
CONCLUSION	52
BIBLIOGRAFIA	56

INDICE..... 58