



INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA ANTE LA NO FORMALIZACIÓN POR PARTE DEL FISCAL.

Tesina

Rocío Vega Coronel

Valentina Palominos Caro

Profesor: Javier Rojas-Mery

Marzo, 2020

Valparaíso, Chile

TABLA DE CONTENIDOS.

	Página
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES.	
1. Participación histórica de la víctima en el Proceso Penal.....	7
2. Concepto y derechos de la víctima reconocidos en el Código Procesal Penal..	9
CAPÍTULO II: MINISTERIO PUBLICO Y FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION.	
1. Ministerio Publico	
1.1 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Publico.....	10
1.2 Funciones del Ministerio Publico.....	12
1.3 Principios estructurales del sistema que legitiman el rol del Ministerio Publico.....	14
2. Formalización de la investigación en el Proceso Penal Chileno	
2.1 Generalidades.....	16
2.2 Formalización como una facultad unilateral y exclusiva del Ministerio Publico.....	17
2.3 Prerrogativas y cargas penales de la formalización.....	19
2.4 Formalización de la investigación en el derecho comparado.....	21
3. Formalización de la investigación en relación a la víctima	
3.1 Efectos ante la no formalización desde la perspectiva de la víctima.....	23

3.2 Vulneración de garantías constitucionales ante la falta de formalización por parte de la víctima.....	24
---	----

CAPÍTULO III: SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA PRESENTADA

1. Generalidades.....	26
2. Soluciones específicas.....	27

CONCLUSIONES.....	33
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍAS.....	35
--------------------	----

RESUMEN

Esta tesis surge a raíz de la constatación de desmedro en que se encuentra la víctima en el ejercicio de la acción penal frente a la postura del fiscal de no formalizar una investigación, provocando de esta forma una situación de indefensión hacia la víctima, lo que no se condice con el hecho de que su participación en el proceso penal que se encuentra garantizada en nuestra Carta Fundamental y reconocida por el Código Procesal Penal como un interviniente con derecho a ejercer la acción penal en el procedimiento.

Si bien es cierto que existen mecanismos en virtud del cual la víctima queda habilitada para ejercer la acción penal, en este caso concreto no se aplican puesto que ellos proceden una vez que el fiscal ha formalizado la investigación.

PALABRAS CLAVE

Víctima, Indefensión, Formalización, Proceso penal, Ministerio Público.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es evidenciar la problemática que enfrenta la víctima y plantear soluciones ante la decisión del Ministerio Público de no formalizar la investigación.

La formalización de la investigación es “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados” (Artículo 229 Código Procesal Penal). En nuestro proceso penal la decisión de judicializar o no una investigación mediante la formalización de la misma, es una facultad exclusiva del Ministerio Público, lo que nos sitúa a la pregunta siguiente ¿cómo se relaciona esta facultad con la víctima y su indefensión? si el fiscal decide no formalizar la investigación posiciona a la víctima en una situación de indefensión, sin mecanismos efectivos para ejercer la acción penal en contra de quien la ha posicionado como víctima. Los jueces de los tribunales ordinarios consideran como requisito esencial para iniciar un procedimiento penal, la formalización de la investigación, negando la mayoría de las veces a la víctima la posibilidad de invocar el artículo 186 Código Procesal Penal –en adelante CPP- por considerar que ella no cabe en la voz “afectada” señalando como principio fundamental ante tal decisión, el de congruencia procesal. Del cual se desprende que debe existir una conexión y armonía entre el contenido de la formalización, la acusación y la sentencia dictada por el juez.

Entonces, en nuestra opinión pese a la Reforma Procesal Penal introducida mediante la Ley 19.696 del año 2000, en cuya virtud se presenta una mejora hacia la víctima, se reconoce su calidad de interviniente de manera expresa (Artículo 12 CPP) y una serie de derecho más, lo cierto es que éste reconocimiento no garantiza su real intervención en el procedimiento penal de una forma autónoma e independiente del Ministerio Público, lo que trae consigo evidentemente una situación de indefensión para la víctima. Entendiendo para efectos de esta tesis, indefensión como ha sido definido por la Real Academia Española según la cual “Es la situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”

Ante esta situación podríamos considerar que el sistema es así y que está bien o reconocer que estamos frente a una hipótesis de facto que necesita regulación lo cual se adhiere a nuestra línea de pensamiento y por tanto nuestro objetivo es buscar y proponer soluciones para esta problemática, comenzando por un análisis crítico de la formalización en el proceso penal, el rol histórico de la víctima en el proceso.

Para estos efectos dividiremos nuestra tesina en tres capítulos, el primero dirigido a la víctima, haciendo referencia a su participación histórica en el proceso penal para luego indicar sus derechos reconocidos en nuestro sistema. En el capítulo dos denominado “Ministerio Público y formalización de la investigación” pretendemos dar cuenta de la importancia de la reforma constitucional mediante la cual se incorpora el Ministerio Público, sus principales funciones en nuestro sistema procesal penal y los principios estructurales del sistema penal que legitiman el rol de órgano persecutor. Luego, plasmar la indefensión de la víctima ante la decisión de no formalizar y visibilizar la ineffectividad de los mecanismos contemplados en nuestra legislación para salvaguardar dicha situación. Por último, en el tercer capítulo tenemos como finalidad proponer soluciones a la problemática que garanticen de manera efectiva y real, la intervención de la víctima en el proceso penal.

CAPITULO I: ANTECEDENTES GENERALES.

1. PARTICIPACIÓN HISTÓRICA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.

La víctima en su calidad de tal, ha existido desde siempre, en tal sentido se dice que “la existencia de la víctima es tan antigua como la propia humanidad”¹.

Para clarificar la participación de la víctima en el proceso penal conviene distinguir etapas:

En una primera etapa nos encontramos frente a una víctima que resuelve sus conflictos de manera directa con el victimario, vale decir, sin mediar intervención de un tercero. Si esta situación la trajéramos al presente diríamos que sin intervención del Estado.

En este tiempo predominó la venganza privada donde la víctima tomaba la venganza por sus manos, lo que generaba una contra venganza y así, un conflicto sin fin que podía durar generaciones. “En las primeras comunidades europeas fueron ganando terreno mecanismos como la auto tutela entregada a la familia de la víctima y la composición, mediante la cual se reparaba el mal pagando una determinada suma al ofendido a modo de reparación, y solo en el evento que ésta no se alcanzare se acudía al derecho penal propiamente tal, de corte acusatorio”.

Entonces, existió una primera etapa que se caracteriza porque en principio el conflicto tenía un carácter eminentemente privado y luego, específicamente en Roma comienza aparecer un sistema mixto donde el delito es un problema de los privados y puede ser perseguido por las autoridades a través de la querrela correspondiente

Esto trae como consecuencia el hecho de que “cada vez más delitos se fueron convirtiendo en crímenes, hasta que se optó por el monopolio de la acción penal por parte del Estado, con lo que la víctima paso a un plano muy secundario”²

¹HERNANDEZDE LAMOTTE, Diego, La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos, Única edición, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2013. Pag 20 Para explicar esta aseveración el autor nos invita a reflexionar sobre un conflicto bíblico que surge entre Abel y Caín, el cual nos muestra a una de las primeras víctimas de homicidio, Abel, que fue asesinado por Caín. Señala el autor que se trata de una víctima sumisa, que asume su pesar sin sublevarse contra el victimario.

En una segunda etapa el Estado pasaría a tomar el rol del proceso, bajo el supuesto de que la comisión de delitos constituye una infracción en contra de conductas imperativas impuestas por parte del poder soberano y no una ofensa para las personas en contra quienes se ejercen las mismas, con lo cual podemos evidenciar que se produce una relegación de la persona de la víctima.

Así es, como en esta etapa “la víctima comienza su retirada del escenario principal y tenemos como consecuencia la preponderancia que va adquiriendo el sistema inquisitivo de persecución penal en países de Europa, lo cual dio paso a la formación del derecho continental entre los siglos XII y XIII, lo que implicó un retroceso en el rol de la víctima dentro del proceso penal”³. En este contexto es donde surgen instituciones estatales que son determinantes para la investigación de hechos delictivos, por ejemplo: se comienza a formar lo que hoy en día conocemos como el Ministerio Público.

Aquí podemos ver cómo es que en el derecho comparado y en nuestro sistema procesal penal inquisitivo, la víctima tuvo un rol secundario, de manera tal que su reconocimiento normativo era menor y como consecuencia de aquello, la víctima prácticamente no tenía derecho a accionar. En virtud de lo anterior es que se indica que la víctima es neutralizada por el Estado ya que el conflicto dejó de ser entre delincuente y víctima.

Por último y en una tercera etapa que nos sitúa a lo que ocurre en la actualidad, podemos decir que hoy nuestro sistema procesal penal dejó de ser inquisitivo y pasa a ser acusatorio (con sus respectivas mixturas). De manera que con la reforma al CPP se reconocen un conjunto de derechos a favor de la víctima, dentro de los cuales se encuentra el derecho de intervención en el proceso de manera autónoma a través del forzamiento de la acusación, previsto en el artículo 258 del CPP.

²RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología: Estudio de la Víctima*, editorial ponía S.A., México 1990, página 6 y 7

³HERNANDEZDE LAMOTTE, Diego, *La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos*, Única edición, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2013.

2. CONCEPTO Y DERECHOS DE LA VICTIMA RECONOCIDOS EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

El concepto de víctima lo encontramos explícitamente en el artículo 108 del CPP, el cual establece que: “Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”. Considerando por ofendido aquella persona sobre la cual recae el daño o peligro causado por la conducta típica del sujeto activo, titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Luego, el Código en este mismo articulado hace un reconocimiento expreso a quienes, bajo ciertos supuestos se les considera víctima por asimilación, en remplazo del directamente ofendido. De esta forma el inciso segundo señala que: “En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que este no pudiera ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerara víctima: a) al cónyuge o al conviviente civil o a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante. La intervención en el procedimiento de las personas indicadas configura un sistema de prelación, ya que el inciso final del artículo 108 dispone que: “La intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes”.

Luego, cabe destacar que la víctima como interviniente en el proceso tiene una serie de derechos que se encuentran expresamente reconocidos en el artículo 109 del CPP, los cuales se sistematizan de la siguiente manera:

1. Derecho a solicitar medidas de protección, frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suyo o de su familia, tal prerrogativa puede solicitarse no solo de los fiscales y la policía, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del CPP, sino que también del tribunal conforme a lo establece el artículo 308 del mismo código.
2. Derecho a presentar querrela en el procedimiento penal ante el juez competente y mientras esta se encuentre vigente, tienen los derechos y facultades que la ley procesal les acuerda.
3. Derecho a accionar, en virtud del cual se le permite ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible.

4. Derecho a ser oída, “por el fiscal antes de que este pidiera o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, y también por el tribunal, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiese término de la causa”
5. Derecho a impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento. “Esta atribución es la que de mejor manera pone de manifiesto el genuino carácter de interviniente que tiene la víctima en el proceso penal ya que, aun sin deducir querrela, se encuentra habilitada para actuar en el procedimiento impugnando resoluciones judiciales”⁴. En el fondo esta facultad es la que permite sostener que la víctima es un interviniente con atribuciones legales sin que para su ejercicio requiera la interposición de una querrela.

CAPÍTULO II: MINISTERIO PÚBLICO Y FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. MINISTERIO PÚBLICO

1.1 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público

El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, independiente de los demás poderes del estado, el cual fue creado mediante reforma constitucional a través de la ley 19.519 del año 1997. Dicha reforma constitucional es fundamental, pues constituye el inicio del nuevo sistema procesal penal.

Una de las virtudes más destacables del nuevo sistema procesal penal imperante en nuestro país, es que separa las funciones de investigar y juzgar. Para cumplir con su objetivo entrega cada una de estas funciones a órganos distintos. Por una parte, la función de investigar le corresponde al Ministerio Público, y por la otra, la función de juzgar le corresponde a los actuales tribunales de justicia: los Juzgados de Garantía y a los Tribunales de Juicio Oral en lo

⁴ROJAS MERY, ARCOS, Javier, apunte de clases de derecho procesal penal, Universidad de Valparaíso, 2018.

Penal.⁵ Uno de los motivos que impulsa la reforma constitucional mediante la cual se crea el Ministerio Público, en palabras del Ex presidente Eduardo Frei Montalva⁶ es dotar de la imparcialidad al nuevo sistema procesal penal, característica que carecía el antiguo sistema. El mensaje con el que inicia este importante proyecto de reforma constitucional señala lo siguiente *“el actual sistema de procedimiento penal carece de condiciones objetivas de imparcialidad, por cuanto entrega a una misma persona las funciones de investigar, acusar y sentenciar. Esta persona es el juez del crimen que recibe los antecedentes de la investigación, se forma una convicción sobre la base de tales antecedentes, en base a tales datos determina la formulación de la correspondiente acusación para, posteriormente, ser el mismo juez quien dicta la sentencia respectiva”* (Historia de la Ley)⁷. A partir de las palabras del ex presidente antes mencionado, es evidente que, al encontrarse las funciones de investigar y juzgar, radicadas en la misma persona se desvirtúa la imparcialidad pues genera un convencimiento previo por parte del juez con respecto a la culpabilidad o inocencia del imputado al momento de realizar la investigación, no permitiendo una visión clara y objetiva en la resolución del conflicto.

Siendo consecuente con la incesante búsqueda de dotar al ente juzgador de imparcialidad, es que un segundo aspecto de la reforma busca reemplazar el sistema inquisitivo por nuestro actual sistema adversarial y acusatorio⁸. El objetivo principal de contar con un sistema de tales características es lograr la tan anhelada imparcialidad a través de un proceso público y des formalizado en el cual ambas partes, se encuentran en las mismas condiciones.

En tercer lugar, se crea el Ministerio Público como un órgano dotado de independencia con respecto a los demás poderes del Estado⁹. En nuestro país se opta por el sistema de autonomía del Ministerio Público, es decir no forma parte del poder ejecutivo, legislativo ni judicial. La relevancia de la autonomía radica en que es un presupuesto necesario para que el Ministerio Público cumpla sin ningún tipo de influencia por parte de los demás poderes del estado, las funciones y objetivos encomendados por su Ley Orgánica Constitucional.

⁵Consultado en <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6695/>, el 04 de septiembre de 2019

⁶ Cabe tener presente que la reforma constitucional mediante la cual se crea el Ministerio Público, y por lo tanto, se reforma el proceso procesal, se impulsa en el año 1997 con el gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva.

⁷Consultado en <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/6695/>, el 04 de septiembre de 2019

⁸Ídem

⁹ Ídem

En cuarto lugar, la reforma constitucional en comento se centra en las características esenciales del Ministerio Público, cuales son, sus funciones, su dirección, su gobierno y organización¹⁰.

Resulta esencial tener en consideración la finalidad que se buscó con la reforma constitucional para el análisis que nosotras haremos respecto de la formalización, ya que ésta representa cuatro ejes fundamentales en nuestro actual sistema procesal penal.

1.2 Funciones del Ministerio Público

2. Dirección exclusiva de la investigación de los delitos. Artículo 83 Constitución Política de la República – en adelante CPR- y artículo 1 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público – en adelante LOCMP-.

Para la función que le corresponde al Ministerio Público relativa a la dirección exclusiva de la investigación de las causas criminales, se le otorga a este organismo la facultad de dictar órdenes a las policías y otros servicios que tienen por objeto realizar acciones investigativas, como por ejemplo al Servicio Médico Legal o Registro Civil, pudiendo tener estas órdenes el objetivo de esclarecer los hechos denunciados, y también acreditar la participación o inocencia de quien se encuentre en la calidad de imputado¹¹.

3. En su caso, ejercer la acción penal pública¹². Artículo 83 CPR y artículo 1 LOCMP.

Tanto el constituyente como el legislador utilizan la expresión “*en su caso*” lo cual merece ciertos comentarios, pues se infiere que no siempre se ejercerá la acción penal pública, es decir, no siempre se acusará. Para que el Ministerio Público efectivamente ejerza la acción penal pública es necesario que, luego de cerrada la investigación, llegue a la estimación de que efectivamente hay fundamentos plausibles para formular la acusación¹³.

¹⁰ Ídem

¹¹ Consultado en http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/utilitarios/faq_funcionamiento.jspel 04 de septiembre 2019.

¹² Conforme al artículo 53 del CPP la acción penal puede ser *pública* o *privada* según el régimen de persecución penal al que esté sometido el correspondiente delito. El ejercicio de la acción penal pública se encuentra vinculado al principio de legalidad, tema que será desarrollado en el presente capítulo al momento de tratar los principios rectores que rigen la actuación del Ministerio Público.

¹³ Oliver, Guillermo, Apunte de Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017, p. 68

Para saber cuándo la acción penal es pública, debemos recurrir al legislador, el cual otorga un concepto en el artículo 53 inciso 2° del CPP. Según el cual *“La acción penal es pública cuando el delito de que se trate pueda ser perseguido de oficio por el ministerio público, sin perjuicio que pueda ser ejercida, además, por las personas que determine la ley”* (artículo 53 inc. 2° CPP).

Como es posible apreciar, el ejercicio de esta facultad, es decir la facultad de ejercer la acción, se refiere exclusivamente a la acción penal pública, y esto encuentra el siguiente fundamento; los delitos de acción penal pública, protegen intereses generales de la sociedad, es por ello que se justifica plenamente el ejercicio de oficio por parte del órgano persecutor, incluso sin que sea necesario para su ejercicio la manifestación de voluntad de la víctima ni de un tercero, no pudiendo estos disponer del conflicto¹⁴.

3. Protección e información a las víctimas y testigos

La tercera función que le corresponde al órgano persecutor es aquella que se refiere a la protección e información a las víctimas y testigos, la cual encuentra su regulación en el artículo 83 de la Carta Fundamental.

Al ser iniciado el procedimiento penal la víctima puede verse expuesta a distintas amenazas, acoso y hostigamiento, es por esto que es deber del Ministerio Público garantizar y promover un adecuado resguardo. El legislador estableció una serie de normas para lograr dicho objetivo. Ejemplo de aquello lo encontramos en el artículo 6° de la LOCMP¹⁵ que pone de manifiesto la importancia de velar por la protección de la víctima en todas las partes del proceso, otorgando dicha labor no solo a este órgano persecutor, sino que también los tribunales de justicia los cuales deben que velar por la vigencia de los derechos de las víctimas y testigos. Luego, avanzando en la ley nos encontramos con el artículo 78 de dicho cuerpo normativo¹⁶ que garantiza la información y protección a las víctimas durante todo el procedimiento.

¹⁴A diferencia de lo que sucede con los delitos de acción penal privada, los cuales buscan proteger intereses de índole personal del afectado, siendo este el único facultado para ejercer la acción. Por ejemplo, delitos de injurias y calumnias.

¹⁵Ver Artículo 6°.- Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima (...)

¹⁶Ver Artículo 78 LOCMP: Información y protección a las víctimas. Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su

1.3 Principios estructurales del sistema que legitiman el rol del Ministerio Público.

Se encuentran recogidos en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

1. Principio de oficialidad.

Principio ilustrador de la actuación del Ministerio Público, el cual constituye un aspecto fundamental en la organización del proceso penal puesto que en virtud de este principio el Ministerio Público se encuentra obligado a perseguir los delitos que lleguen a su conocimiento, sin consideración de la voluntad del ofendido o de otra persona¹⁷

El principio de oficialidad irradia en dos aspectos fundamentales en el proceso penal de nuestro país, por un lado al inicio del procedimiento pues la investigación de los hechos constitutivos de delito podrá ser iniciada por el Ministerio Público sin necesidad de la voluntad de las partes involucradas¹⁸ y por otro, en la disponibilidad de la pretensión punitiva¹⁹ puesto que, al encontrarnos con un hecho que reviste características de delito, el cual compromete el interés público, no es posible que las partes del proceso dispongan de la pretensión punitiva siendo deber el Ministerio Público continuar el curso de la acción. Sin embargo, es menester señalar que el artículo 166 inc. 2 del CPP nos indica que existirán situaciones excepcionales en cuales el Ministerio Público podrá suspender, interrumpir o hacer cesar su curso²⁰

2. Principio de legalidad de la persecución

A partir de este principio, todo delito que llegue a conocimiento del Ministerio Público debe ser investigado y eventualmente acusado. Esto lo desprendemos del artículo 166 del CPP el cual versa lo siguiente: *“Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de*

intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

¹⁷Consultado en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113299/de-soto_p.pdf?sequence=1. P.142

¹⁸Señalando el artículo 172 CPP en relación a las formas de inicio del procedimiento lo siguiente: “La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela”

¹⁹Oliver, Guillermo, Apunte de Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017, p. 68.

²⁰ Nos encontramos con Acuerdos Preparatorios (141 CPP), Principio de Oportunidad (170 CPP), Suspensión Condicional del Procedimiento (237 CPP) y el Archivo Provisional (167 CPP)

un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”²¹.

3. Principio de objetividad

Los miembros del Ministerio Público deberán velar por la correcta aplicación de la ley siendo indispensable que al ejercer su cargo se encuentren guiados por criterios objetivos. La LOCMP indica en su artículo 3 que se entenderá por principio objetivo “investigar con igual celo, no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que eximan de ella, la extingan o la atenúen”²².

4. Principio de eficiencia²³

Al Ministerio Público se le son otorgados ciertos recursos, mediante los cuales ejercerán las diferentes actividades que son encomendadas por la ley, el principio de eficiencia dice relación con el correcto manejo de los recursos y bienes públicos asignados a los fiscales y funcionarios para ejercer sus funciones.

5. Principio de transparencia y probidad.

Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 6 LOCM en cual indica que los funcionarios del Ministerio Público deberán ejercer sus funciones “con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”²⁴

6. Principio de responsabilidad

La responsabilidad en la cual pueden incurrir los funcionarios del Ministerio Público puede ser disciplinaria, civil y penal dependiendo del caso²⁵. Los fiscales judiciales ejercerán sus cargos con sujeción a la responsabilidad exigida a los funcionarios públicos, los cuales deberán responder por sus actos en el ejercicio de sus cargos. Con respecto a este punto, se indica en la LOCMP lo siguiente “Los fiscales en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación

²¹Ver Artículo 166 CPP

²²Ver Artículo 3 LOCMP

²³Ver Artículo 6 LOCMP

²⁴ Ver Artículo 6 LOCMP

²⁵Ver Artículo 11 LOCMP

y ejercerán la acción penal pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece la ley”²⁶

2. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL CHILENO.

2.1 Generalidades.

El procedimiento penal chileno se divide en tres grandes etapas, la etapa de investigación, la intermedia y la de juicio oral. Dentro de la primera etapa mencionada y objeto de nuestro estudio encontramos la formalización de la investigación, regulada escuetamente entre los artículos 229 al 236 del CPP.

El artículo 229 CPP nos proporciona una definición legal de esta figura, en donde se establece que es “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

Esta definición no ha estado exenta de críticas, principalmente por el empleo de la palabra “delitos”, ya que la doctrina considera que realmente, lo que satisface la formalización es la comunicación de los hechos que se investigan siendo la calificación jurídica solo una consecuencia de lo anterior y no lo determinante. Es más, respecto a esto cabe destacar que en aquellos casos en que, posterior a la formalización de la investigación se produjere una variación en los hechos que constituyen la imputación objeto de la formalización es procedente una “re formalización” o “ampliación de la formalización”, la que no tiene lugar cuando se altera la calificación jurídica porque en el fondo lo esencial y relevante de este acto informativo son los hechos.²⁷

Para que pueda llevarse a efecto la formalización es necesario que el Ministerio Público, siempre y cuando considere oportuno judicializar la investigación, solicite al juez de garantía la

²⁶Ver Artículo 2 LOCMP

²⁷Sin embargo, hay que tener en consideración que la re formalización es discutida, ya que un sector de la doctrina es conteste en considerar que esta figura jurídica puede vulnerar los derechos del imputado en relación a una adecuada defensa.

fijación de una audiencia cumpliendo con las formalidades expresadas en el artículo 231 del CPP.²⁸

Ahora, en cuanto a su finalidad podemos señalar que ésta por una parte cumple con el propósito garantista que se funda nuestro sistema procesal penal, ya que “busca otorgar al imputado un conocimiento cierto y fehaciente de los hechos imputados, requisito indispensable para que este sujeto procesal pueda ejercer, de forma exitosa, su derecho de defensa”.²⁹ Debido a que solo a través del conocimiento de ellos, el imputado puede efectivamente satisfacer su derecho a defensa. Por otra parte, es un acto de imputación que trae consecuencias perniciosas para el imputado y que constituye una manifestación del ejercicio de la acción penal por parte del Estado.

2.2. Formalización como una facultad unilateral y exclusiva del Ministerio Público.

En los primeros años de la reforma, luego de algunas vacilaciones iniciales, se alcanzó un consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de que la potestad de formalizar era privativa del Ministerio Público por mandato constitucional de manera que en la actualidad no existe mayor duda en cuanto a considerar que la formalización es una actuación de carácter unilateral y exclusiva.

Según lo anterior podemos señalar que la formalización se constituye como un acto jurídico unilateral que emana del Estado y se radica en el Ministerio Público, específicamente como una labor ejercida por el fiscal, en este sentido la doctrina señala que “es importante destacar que la formalización de la investigación es una actuación unilateral del Ministerio Público que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez, sin perjuicio de la facultad del imputado para reclamar ante las autoridades del Ministerio Público cuando considere que ella ha sido arbitraria”³⁰

²⁸Esto no opera respecto del imputado que se encuentra en el caso previsto por el artículo 132 CPP.

²⁹ESCOBAR SALAS, J. (2013). La Re formalización de la Investigación: Un Problema Jurídico No Resuelto (tesis magister en derecho penal versión II). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Repositorio Académico Universidad de Chile <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114379/La-reformalizacion-de-la-investigacion.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

³⁰HORVITZ, María Inés y LOPÉZ, Julián. Derecho procesal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación, tomo I., Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile (2003). P. 55. En este sentido también, María Inés Horvitz y Julián López señalan como ejemplo de un caso grave de formalización

Este derecho del imputado está reconocido expresamente en el CPP en el artículo 232 inc. Final que prescribe que “el imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que esta hubiere sido arbitraria” esto con la finalidad de ejercer un control sobre esta actuación, que tendrá lugar solo en aquellos casos en que la formalización sea arbitraria, entendiendo por tal a aquella que se realiza de forma abusiva o con escasos antecedentes. Con todo cabe destacar que este medio de impugnación o control hacia la formalización no es del todo eficiente ya que quien decidirá si dicha formalización fue arbitraria es un funcionario del mismo órgano y además porque opera con un efecto posterior de manera que la formalización pese a ser defectuosa se realiza y en principio produce igualmente sus efectos.

También podemos señalar como una segunda característica y quizás una de las más controvertidas el hecho de que la formalización dentro del proceso penal se consagra como una facultad exclusiva del Ministerio Público, lo que se manifiesta en que el fiscal a cargo de la investigación es el único que la puede realizar y además sólo el determina en que oportunidad, en consecuencia, el fiscal pueda realizar la formalización cuando lo estime conveniente sin que pueda ser obligado por nadie a efectuarla si es que no lo desea, en tal sentido se dice que esta actuación es un acto estratégico para el Ministerio Público. Sin embargo, como toda regla general, existen excepciones que en este caso concreto están representadas por:

1. Situaciones específicas en donde la formalización se constituye como un requisito previo y necesario para la realización de ciertos actos de investigación y por tanto el fiscal se vería en la obligación de formalizar, como, por ejemplo:
 - a. Cuando deba solicitar medidas cautelares, las que deben ser siempre con posterioridad a la formalización de la investigación en donde el imputado ya conoce de los hechos por los cuales se le investiga.

arbitraria la que procede respecto de un imputado que se encuentra gozando de la suspensión condicional del procedimiento, pues en tal situación autoriza al fiscal y a la víctima para solicitar al juez de garantía la revocación de la suspensión.

- b. Cuando requiera la intervención judicial para la recepción de la prueba anticipada, que tiene lugar en aquellos casos sobre los cuales algunas testigos se encuentran imposibilitadas de concurrir a la audiencia de juicio oral.
 - c. Para la práctica de determinadas diligencias investigativas. Sin perjuicio de la facultad que tiene el fiscal para solicitar al juez de garantía llevar a cabo ciertas diligencias sin el conocimiento del afectado.³¹
2. Las facultades de control judicial anterior a la formalización de la investigación, que radican en el juez de garantía en virtud de lo que dispone el artículo 186 del CPP, en donde se establece que cualquier persona que: “en donde se establece que: "Cualquier persona que se considerase afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación” Si bien esto parece ser una excepción de la facultad exclusiva del Ministerio Público en orden a formalizar la investigación, “lo cierto es que al carecer de una sanción específica contemplada para la inobservancia, por parte del órgano persecutor del plazo fijado judicialmente para formalizar la investigación, la norma carece de utilidad práctica y claramente no constituye una obligación de formalizar”.³²Lo que evidencia con mayor énfasis que, quien determinada el momento en que la investigación deja de ser desformalizada es el fiscal a cargo de la investigación.

2.3 Prerrogativas y cargas procesales que nacen con la formalización.

La formalización de la investigación a diferencia de lo que se creyó inicialmente en donde se concebía como una institución de carácter meramente informativa en favor del imputado, no es solo eso, puesto que esta figura cumple otras funciones y satisface los intereses no solo

³¹El juez autorizara a esta solicitud cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia en particular permitan presumir que dicha circunstancia resulte indispensable para su éxito, así se establece expresamente en el artículo 236 del Código Procesal Penal

³²CHAHUÁN, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal, tercera edición actualizada y aumentada, Santiago, Chile.lexis nexis, fecha, pág. 200.

del imputado, sino que también con respecto al órgano persecutor y la parte querellante, otorgándoles una serie de prerrogativas y cargas penales. Para desarrollar la idea recientemente expresada vamos a analizar estas cargas o prerrogativas desde tres perspectivas:

1. Desde la perspectiva del Ministerio Público la formalización de la investigación se constituye como un acto estratégico para el fiscal, “pues debe tomar la decisión de formalizar o no dependiendo de la seguridad que tenga para continuar con eficiencia las actividades de persecución penal”³³ sin embargo una vez que el órgano persecutor judicializa la investigación, se originan los efectos explícitamente expresados en el artículo 233 del CPP, en virtud del cual se establece que como consecuencia de la formalización:
 - a. Se suspende el curso de la prescripción de la acción penal, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 96 del Código Penal –en adelante CP-.
 - b. Comienza a correr el plazo previsto para declarar el cierre de la investigación, regulado en el artículo 247 de nuestro CPP.³⁴
 - c. El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.³⁵
2. Luego, desde la óptica del imputado, no hay duda alguna que la formalización cumple una función garantista, y esto lo podemos observar en dos sentidos, primero porque se constituye como un acto de comunicación de carácter informativo, ya que a través de ella, el imputado toma conocimiento de los hechos por los cuales se le investiga y

³³Apablaza Cheuquepán, C. (2018). El principio de congruencia y la reformalización como afectación al derecho de defensa (tesis final de magister). Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. http://repositorio.udec.cl/bitstream/handle/11594/3227/Tesis_El_principio_de_congruencia_y_la_reformalizacion.Image.Marked.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁴El artículo 247 del código procesal penal establece la obligación que pesa sobre el fiscal en orden a declarar el cierre de la investigación, cuando haya transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en la investigación hubiere sido formalizada, señalando que en los casos en que no cumpla con este deber puede ser compelido a hacerlo por el juez de garantía, previa solicitud del imputado o querellante.

³⁵Esta es una facultad con la que cuenta el ministerio público para suspender la persecución penal.

por tanto queda en condiciones de ejercer adecuadamente su actividad defensiva, satisfaciéndose las garantías que se conciben para el efecto en el artículo 93 letra a, b y c del CPP.³⁶ Y segundo porque en el momento que el Ministerio Público formaliza la investigación pesa sobre esta limitación, que beneficia al imputado en el sentido de que el fiscal queda sujeto a los hechos incluidos en los cargos formulados, no pudiendo ampliarlos sorpresivamente en la acusación ya que según dispone el artículo 259 del CPP:“(…) La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”. Lo cual es una clara expresión del principio de congruencia procesal que funda nuestro sistema procesal penal.

3. Respecto a la víctima, es menester destacar desde ya, que se ha visto en la formalización una concreción del derecho de la víctima para obtener una tutela judicial efectiva ya que, al intervenir el juez de garantía, el Ministerio Público pierde la facultad de no iniciar investigación y de archivar provisionalmente. Además, se estima como una condición necesaria para que el querellante pueda ejercer el forzamiento de la acusación en aquellos casos que se opusiere a la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal a cargo de la investigación, ahora bien, si con la formalización se produce la tutela judicial efectiva³⁷ de la víctima, surge la interrogante de que ocurre cuando el Ministerio Público decide no formalizar la investigación, lo que veremos a profundidad en el capítulo siguiente.

2.4 Formalización de la investigación en el derecho comparado: el sistema italiano y sistema alemán.

En Italia, si bien al igual que nuestro país, cuentan con un sistema acusatorio, aquel es más bien de carácter híbrido o mixto. En este sistema están separadas las funciones de investigar, que le corresponde al Ministerio Público, y juzgar, al igual que en nuestro país. Sin embargo, se

³⁶El artículo 93 del Código procesal penal establece una serie de derechos y garantías que puede hacer valer el imputado durante el proceso penal la referida en este caso son: que se le informe de los hechos que se le imputan, ser asistido por un abogado y solicitar a los fiscales las diligencias que considere necesaria para desvirtuar las imputaciones que se le formulan.

³⁷Entendiendo por tutela judicial efectiva aquella que tiene toda persona para poder ejercer libremente la defensa de sus derechos e intereses legítimos ante la jurisdicción.

diferencia ya que en el comentado país la investigación preliminar que realiza el Ministerio Público es bajo un fuerte control del “*juez de la investigación preliminar*”, figura que podríamos asimilar a lo que corresponde en nuestro sistema al Juez de Garantía. Es en relación a las facultades de este último juez que se denotan las mayores diferencias con nuestro sistema. En el sistema italiano es el juez, y no el Ministerio Público como en nuestro país, el que tiene la facultad de archivar o decretar el sobreseimiento, por lo tanto, es labor del juez tomar la decisión de llevar adelante la acusación o bien desestimarla. Es por esta facultad y también por la posibilidad de tener iniciativa probatoria, identificamos un rol activo en la investigación, clasificando el sistema italiano es un sistema acusatorio híbrido, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema en el cual el juez tiene un rol pasivo en cuanto a la actividad investigativa.³⁸

Por su parte, en Alemania también cuentan con un sistema de rasgo acusatorio, teniendo así la Fiscalía la labor de investigar los hechos que pueden llegar a ser constitutivos de delitos. Una vez finalizada la labor de investigación, y al igual que en nuestro sistema, el Fiscal tiene que decidir si acusar o no. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, el juez en el sistema alemán deberá decidir si realmente procede o no la acusación, y en caso de que considere que sí procede, se da lugar al juicio oral. Es aquí donde podemos destacar las mayores diferencias con nuestro sistema, ya que en Chile el juez tiene un rol pasivo en relación a la acusación, no valorando en una etapa previa la decisión del Ministerio Público en orden a acusar o no, siendo este último órgano el que a su arbitrio decide si continua con la acusación, y llegar de esta forma a las etapas posteriores, sin que el juez de garantía tenga incidencia alguna en esta fase.³⁹ Es por esta importante diferencia que podemos concluir que en Alemania la formalización de la investigación no es una etapa previa, como si ocurre en nuestro sistema.

³⁸ CASO, Giovanni. El sistema procesal penal italiano. Ventajas y dificultades. Revista Dikaion, año 2003/vol 17. Universidad de La Sabana, Colombia.

³⁹GOMEZ, Juan Luis. El sistema procesal penal alemán. Cuadernos de derecho judicial N°4, 2002.

3. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN RELACIÓN A LA VICTIMA.

3.1 Efectos ante la no formalización desde la perspectiva de la victima

3.1.1 No se suspende la prescripción

En lo que respecta al plazo de la prescripción de la acción penal, tenemos por una parte que, como consecuencia de la no formalización de la investigación este plazo no se suspende y por otra parte según dispone de manera expresa el artículo 93 N° 6 del CP la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal. Por lo tanto, una vez transcurrido este plazo, la victima ya no puede ejercer su acción y quedaría en absoluta indefensión.

3.1.2 No se pueden decretar medidas cautelares.

Si bien es cierto, se establece de manera general que para decretar medidas cautelares es necesaria la existencia de formalización previa, consideramos que dicha afirmación no es del todo absoluta y requiere ciertas precisiones a saber:

1. En relación a las medidas cautelares personales, la regla general se extrae del artículo 140 y 155 del CPP, en el cual se establece que para que sean decretadas es necesario que la investigación haya sido formalizada por parte del fiscal a cargo. Sin embargo, lo señalado, existen casos en los cuales no es requerida la formalización, pues en relación con la detención, en el supuesto de flagrancia delictiva (artículo 129 y artículo 130 CPP) y el referido a la orden judicial (artículo 127 CPP) se permite decretarlas sin necesidad de que haya sido formalizada la investigación. Misma situación ocurre ante el caso del imputado que no comparece injustificadamente a una citación judicial, pues en este caso es posible por parte del juez decretar prisión preventiva aun cuando la investigación no haya sido formalizada. Ahondando más en este punto, existen casos excepcionales en leyes especiales en los cuales también es posible decretar medidas cautelares personales, ejemplos de esto son el maltrato habitual constitutivo de

violencia intrafamiliar regulado en el artículo 15 Ley N°20.066 y el tráfico ilícito de drogas regulado en el artículo 27 letra a) Ley N°20.000.⁴⁰

2. En relación con las medidas cautelares reales las normas atinentes a analizar las encontramos por un lado en el artículo 157 CPP, el cual no exige la formalización de la investigación para decretarlas y, por otro lado, el artículo 61 CPP en el cual se llega a la conclusión contraria. Producto de esta contradicción es que resulta discutible afirmar tajantemente la necesidad de formalizar, sin embargo, en la práctica efectivamente ha primado la idea de que es necesaria la formalización para decretar una medida cautelar real.⁴¹

3.2 Vulneración de garantías constitucionales de la víctima ante la falta de formalización por parte de la fiscalía.

Desde nuestra perspectiva constatamos que la no formalización de investigación por parte de la fiscalía trae consigo a menos la vulneración de las siguientes garantías:

1. Derecho a ejercer la acción penal:

Por un lado, es menester tener presente que el justo y racional procedimiento (consagrado en el artículo 19 N° 3 CPR) es aquel que permite el ejercicio de todos los derechos y manifestaciones de voluntad, sin distinción o discriminación. Por otro lado, el artículo 83 CPR es aquel que consagra el derecho a ejercer la acción penal en iguales términos por lo que entendemos que la racionalidad del procedimiento estaría en dicha condición.

El derecho en comento, se encuentra consagrado en el artículo 83 inc. 2 de la CPR, en virtud del cual se establece que: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. A nuestro parecer la clave se encuentra en la voz “igualmente” ya que este debe interpretarse en su único sentido posible, lo que traería

⁴⁰Oliver, Guillermo, Apunte de Derecho Procesal Penal 2, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017, p. 47

⁴¹ *Ibidem*

como obvia consecuencia el hecho de que la acción penal pública puede ser ejercida igualmente por el Ministerio Público, por la víctima que según el CPP es el ofendido por el delito y también por aquellas personas que la ley determine.

2. Derecho a la tutela judicial efectiva:

La CPR en el artículo 19 n° 3 inc. 2 asegura a todas las personas “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” consagrando de esta forma el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definida por la doctrina comparada como - “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” - de manera tal que podemos señalar que se trata de un derecho que tiene por finalidad que las personas puedan acceder como intervinientes al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos.

3. La igualdad ante la ley:

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

Es preciso señalar que a través de esta consagración el legislador lo que de verdad prohíbe no es todo tipo de desigualdad, sino que aquella que encuentra su fundamento en una causa arbitraria. Para efectos entendemos por discriminación arbitraria - “Toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que no tenga justificación racional o razonable”.

A nuestro juicio el hecho de que no se acepte el forzamiento de la acusación sin previa formalización por parte de algunos tribunales siendo que hay otros tribunales⁴² que, si lo permiten, constituye una diferencia de carácter arbitraria⁴³.

⁴³Sentencia n° Rol 815 de Tribunal Constitucional, 19 de agosto de 2008. Sentencia n° Rol 1380 de Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2009 respecto de los artículos 230, inc. 1 y 186 ambos del CPP.

CAPÍTULO III: SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA PRESENTADA

1. GENERALIDADES

Según lo planteado en los dos capítulos anteriores, llegamos a la conclusión de que efectivamente la víctima se sitúa en un estado de indefensión cuando el Ministerio Público no procede a formalizar la investigación, ya que este acto jurídico procesal condiciona el ejercicio de la acción penal por parte del querellante y además la tutela jurídica de la víctima. Ahora bien, según lo que nos señala el artículo 248 del Código Procesal Penal, una vez efectuado el cierre de la investigación, el Fiscal de la causa tiene tres alternativas: 1. Acusar, 2. Sobreseer y 3. Comunicar decisión de no perseverar en la investigación. Estimamos que cuando se decide sobreseer o no perseverar y la investigación no se ha formalizado por el Ministerio Público, es cuando se provoca un estado de desprotección de la víctima ya que en virtud del artículo 258 del Código Procesal Penal, cuando el Fiscal sobresee la causa o comunica su decisión de no perseverar respecto de causas no formalizadas⁴⁴, el querellante sólo podrá acusar particularmente si existe formalización de la investigación.

Si no existió formalización, no procede la acusación particular y, por tanto, la víctima no podrá hacer ejercicio de la acción penal ni ejercicio de sus garantías constitucionales como lo son la tutela judicial.

Complementando lo anteriormente expuesto, en relación con la indefensión del ofendido del delito ante el sobreseimiento de la causa o la decisión de no perseverar en la investigación, respecto del primero debe ser fundamentado por el Fiscal en audiencia fijada para el efecto y queda sujeto a la aprobación del Juez de Garantía competente, caso contrario a lo que sucede con la decisión de no perseverar la cual consiste en una comunicación en audiencia al tribunal. Como se sabe, la decisión de no perseverar es una atribución administrativa exclusiva y discrecional de la cual goza el Ministerio Público al igual que la Facultad de no iniciar investigación, pero ésta a diferencia de la primera debe ser fundamentada

⁴⁴ Si bien el artículo 258 del CPP señala que la decisión de no perseverar dejará sin efecto la formalización de la investigación, actualmente se ha entendido y ha sido acogido por la jurisprudencia que sí se puede aplicar la decisión de no perseverar por el Ministerio Público en aquellas causas en que no ha habido formalización pero en las que si ha existido intervención judicial, como sucede en aquellas causas en que se ha interpuesto querrela y el tribunal la admite a tramitación.

en relación a la acreditación de las condiciones impuestas por la ley quedando sujeta a la aprobación del Juez de Garantía, lo cual no sucede con la decisión de no perseverar.

Según lo señalado, es que planteamos dos soluciones a la problemática: 1º Deber de fundamentación y autorización judicial ante la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación y 2º Obligación del Fiscal de formalizar la investigación cuando se presenten determinadas condiciones.

2. SOLUCIONES PROPUESTAS ANTE LA PROBLEMÁTICA EN SITUACIONES DE INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

2.1. Deber de fundamentación y autorización judicial ante la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación

Antes de la reforma procesal penal, en Chile regía el sistema inquisitivo en la investigación de los delitos, esto quiere decir que el órgano encargado de realizar las diligencias investigativas era el mismo órgano quien luego juzgaría los hechos y determinaría la responsabilidad penal del o los acusados, trayendo como consecuencia una falta de imparcialidad en el sistema procesal penal.

Con la reforma del año 2005, se sustituyó este sistema inquisitivo por un sistema acusatorio, separando las funciones de investigar y juzgar y otorgándoselas a dos órganos distintos: el Ministerio Público a cargo de la investigación de la causa y al órgano judicial encargado de juzgar los hechos de la causa. Si bien es cierto que se separaron las dos funciones mencionadas anteriormente, la verdad es que en la realidad no es tan absoluto como se planteó en la reforma procesal penal ya que, el límite de la actuación del Fiscal de la causa son los derechos del imputado y de los demás intervinientes y por tanto, si existe un conflicto entre ellos, quien entrará a resolver dicha controversia será el Juez de Garantía, extrapolando su función de sólo juzgar a una etapa previa la cual es la de investigar y acusar.

Además, la misma ley señala casos en el que el Juez de Garantía intervendrá en la etapa de investigación propia del Fiscal, como es el caso del sobreseimiento de la causa, la reapertura de la investigación o en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral respecto de la prueba que se rendirá en juicio oral.

El artículo 248 letra c) contempla la facultad discrecional del Ministerio Público de no perseverar en la investigación cuando ésta no ha otorgado fundamentos serios para el enjuiciamiento, decisión que se materializa mediante una comunicación que hace el Fiscal de la causa en audiencia ante el Juez de Garantía y en que la ley no contempla ningún deber de fundamentación por parte del Fiscal del por qué estima que no se han obtenido fundamentos serios, ni se le ha otorgado la posibilidad al Juez de Garantía de aprobar o no dicha decisión; lo cual si se exige para la Facultad de no iniciar investigación y que se encuentra regulada en el artículo 168 del Código Procesal Penal ⁴⁵, siendo al igual que la decisión de no perseverar en la investigación, una atribución administrativa exclusiva y discrecional que goza el Ministerio Público. La gran diferencia entre estas dos atribuciones es que ley contempla dos requisitos para la procedencia de la facultad de no inicio: 1) fundamentar por qué los hechos no son constitutivos de delitos o por qué se estima que se encuentra extinguida la responsabilidad del imputado, y 2) dicha decisión se someterá a la aprobación del Juez de Garantía competente. Como se dijo, la decisión de no perseverar en la investigación y la facultad de no iniciar la investigación son atribuciones administrativas del Ministerio Público como órgano persecutor y que permiten poner fin al proceso penal, pero según nuestra opinión quien debe tomar la decisión de continuar o no en el proceso es el órgano judicial, o sea al Juez de Garantía y no el Fiscal de la causa.

Estimamos que, al otorgarle al juez la tarea de aprobar o no de la decisión tomada por el Ministerio Público de no perseverar, dicha decisión se objetiviza ya que sale de la esfera administrativa del órgano persecutor y entra en conocimiento el órgano jurisdiccional, quien en virtud del principio de bilateralidad de la audiencia⁴⁶, le entregará la oportunidad procesal a los demás intervinientes en el proceso para manifestar conforme a derecho si dicha decisión es pertinente o no, quedando el Juez de Garantía luego de haber escuchado a todos los intervinientes en la posibilidad de dirimir si aprueba o no la decisión de no perseverar.

⁴⁵ Artículo 168 del Código Procesal Penal. “Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía”

⁴⁶ Principio de bilateralidad de la audiencia: o también llamado principio de igualdad procesal, en el sentido de que todas las partes deben tener la oportunidad de ser escuchados en el respectivo procedimiento.

El efecto de poner término al proceso penal mediante un acto discrecional del Ministerio Público, provoca la imposibilidad que la víctima pueda hacer valer su ejercicio de la acción penal y el ejercicio a su tutela judicial en aquellas investigaciones que se llevaron des formalizadamente pero en la cual si existe intervención judicial, ya que al haberse puesto fin a ésta sin una previa formalización y, como se señaló anteriormente, no se cumple con la exigencia del artículo 258 del Código Procesal Penal, la cual señala que sólo procederá el forzamiento de la acusación cuando el Fiscal de la causa haya formalizado la investigación. Algunos autores han planteado que el ejercicio de la acción penal recae exclusivamente por mandato legal⁴⁷ en el Ministerio Público, y que por tanto si éste no ha formalizado la investigación y luego decide no perseverar en ella, el querellante no tiene la legitimidad para poder representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular; pero en un fallo reciente del Tribunal Constitucional,⁴⁸ señala que el ofendido de la causa si puede representar el interés público que conlleva la acción penal y que el ejercicio de dicha acción por persona distinta al Ministerio Público está consagrado en el artículo 83 y 19 n°3 de la Constitución Política de la República. Entonces como conclusión, el querellante a través de la acusación particular no sólo representa sus intereses, sino que también el interés general ante la persecución de aquellos hechos que son constitutivos de delito. Es por eso que planteamos que la solución a dicha indefensión de la víctima ante la decisión de no perseverar en aquellas causas que tienen una investigación desformalizadas es otorgarle la opción a la víctima de formalizar la investigación por su propia cuenta a través de su abogado querellante, para así satisfacer a cabalidad sus intereses que surgen de la causa y no otorgarle dicha obligación al fiscal de la causa, ya que podría generar insatisfacción para los intereses de la víctima.

Otra interrogante que nos surge es qué sucede en aquellos casos en que si bien no se ha formalizado la investigación, si ha existido intervención judicial a través de las solicitudes de medidas intrusivas que realiza el Ministerio Público al Juez de Garantía, como es el caso de la solicitud de fichas clínicas de las víctimas de delitos de negligencias médicas, en que el centro

⁴⁷ Artículo 77 del CPP. “Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley”.

⁴⁸ STC Tribunal Constitucional Rol N° 6718-18-INA

asistencial ha denegado la entrega de dicha información amparándose en el artículo 13 de la ley 20.584⁴⁹ que consagra los derechos y deberes de los pacientes. ¿Debería existir una exigencia de fundamentación en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional ya ha tomado conocimiento de una investigación, y el Ministerio Público decide no perseverar? Nosotras estimamos que si debería existir tal exigencia en razón del siguiente argumento: el Juez de Garantía sabe de la existencia de la investigación y en qué consisten los hechos, y creemos que una comunicación de la decisión de no perseverar sin fundamentación no cumple con las exigencias mínimas de una investigación racional y justa, en la cual se debe explicar al tribunal competente por qué se decide no continuar con la investigación si durante ella solicitó fundadamente diligencias pertinentes para la averiguación de los hechos.

2.2. Obligación del Fiscal de formalizar la investigación cuando se presenten determinadas condiciones.

Otra solución a esta problemática planteada que surge cuando no se ha formalizado la investigación de una causa, lo cual coloca a la víctima en un estado de vulneración de sus derechos consagrados constitucionalmente, en especial su ejercicio a la acción penal, es obligar al Ministerio Público formalizar la investigación cuando se cumplan ciertas condiciones en la

⁴⁹ Ley 20.584 Artículo 13.- La ficha clínica permanecerá por un periodo de al menos quince años en poder del prestador, quien será responsable de la reserva de su contenido.

Un reglamento expedido a través del Ministerio de Salud establecerá la forma y las condiciones bajo las cuales los prestadores almacenaran las fichas, así como las normas necesarias para su administración, adecuada protección y eliminación.

Los terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud de la persona no tendrán acceso a la información contenida en la respectiva ficha clínica. Ello incluye al personal de salud y administrativo del mismo prestador, no vinculado a la atención de la persona.

Sin perjuicio de lo anterior, la información contenida en la ficha, copia de la misma o parte de ella, será entregada, total o parcialmente, a solicitud expresa de las personas y organismos que se indican a continuación, en los casos, forma y condiciones que se señalan:

- a) Al titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos.
- b) A un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario.
- c) A los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- d) A los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.

Las instituciones y personas indicadas precedentemente adoptaran las providencias necesarias para asegurar la reserva de la identidad del titular las fichas clínicas a las que accedan, de los datos médicos, genéticos u otros de carácter sensible contenidos en ellas y para que toda esta información sea utilizada exclusivamente para los fines para los cuales fue requerida.

comisión del delito o en relación al imputado o calidad de la víctima, posibilitando al ofendido continuar con el ejercicio de la acción penal y poder presentar acusación particular cuando el Fiscal decide sobreseer la causa o no perseverar en la investigación.

Además, inferimos que la tutela judicial efectiva de la víctima queda sin efecto si no se formaliza la investigación, quedando indefensa y sin protección. Por ese motivo, es que planteamos que cuando concurren ciertas condiciones durante la investigación (des formalizada en este caso), el Fiscal deberá formalizar la investigación.

1.- Bien jurídico protegido por la ley y vulnerado con la comisión del delito: en los casos en que se vulnere la vida de una persona⁵⁰, la integridad física⁵¹, la libertad sexual o su indemnidad sexual⁵², el Ministerio Público debe formalizar la investigación por la importancia que la ley le otorga a estos bienes jurídicos, los cuales se encuentran consagrados por nuestra Constitución. Además, si analizamos los tipos penales que vulneran dichos bienes jurídicos y el estado posterior que provoca la comisión de dichos hechos, la víctima queda en total indefensión, siendo de vital relevancia que el juez de garantía, a solicitud del fiscal al momento de formalizar, decreta medidas cautelares especialmente para la protección del ofendido.

2.- Cuando concurren agravantes de responsabilidad penal, con especial relevancia las agravantes de reincidencia del artículo 12 n° 14, 15 y 16 del Código Penal: El n° 14 describe el hecho en que el imputado al momento de la comisión del delito se encuentra cumpliendo una condena o, que una vez quebrantado la condena comete un nuevo delito dentro del plazo en que se puede ser castigado por el quebrantamiento; el n°15 contempla la agravante de haber sido condenado anteriormente por un delito que merezca igual o mayor pena; y el n°16 regula la reincidencia específica que consiste en haber sido condenado anteriormente por delito de la misma especie. Sostenemos que este criterio es determinante para obligar al Fiscal a formalizar la investigación en virtud de la peligrosidad del imputado para la víctima y la sociedad, ya que

⁵⁰ Homicidio simple (art. 391 N°2 CP), homicidio calificado (art. 391 N°1 CP), parricidio (art. 390 CP), femicidio (art. 390 inciso 2° CP), infanticidio (art. 393 CP).

⁵¹ Lesiones simplemente graves (art. 397 N°2 CP), lesiones graves gravísimas (art. 397 N°1 CP), mutilación (art. 395 y 396 CP), maltrato (art. 403 bis CP).

⁵² Violación propia (art. 361 CP), violación impropia (art. 362 CP), violación con homicidio (art. 372 bis CP), estupro (art. 363 CP), abusos sexuales (arts. 365 bis a 366 ter CP), corrupción de menores (arts. 365, 366 quater y quinquinas, y 367 CP).

existiendo reiteración en la comisión de delitos o que se encuentre cumpliendo condenas o haya quebrantado una condena y comete el delito, el imputado goza de un índice de riesgo alto en la comisión de delitos futuros y, si se lleva a cabo una investigación des formalizada, es otorgarle a éste toda la libertad para volver a delinquir ya que no existirá ninguna medida cautelar en su contra para evitarlo, vulnerando los bienes jurídicos protegidos de la misma víctima o de cualquier otra persona.

3.- La pena asignada por la ley al delito: cuando los hechos son constitutivos de delito en que la ley le confiere pena superior a presidio mayor en su grado mínimo, o sea aquellos delitos cuya pena parte en 5 años y un día, el Fiscal deberá formalizar la investigación ya que podemos entender que si la ley sanciona la comisión de dichos hechos con dicha penalidad es porque la repercusión jurídica y social del delito es alta; por ejemplo, cuando se vulneran dos o más bienes jurídicos como es el caso de un robo con intimidación⁵³, el cual se entiende que es un delito pluriofensivo⁵⁴ (vulneración no solo al bien jurídico de propiedad sino que también a la integridad física y psíquica de la víctima), o en el caso en que la víctima posea cualidades que hacen presumir su estado de desvalimiento como sucede en el delito de violación propia⁵⁵ e impropia⁵⁶ (el sujeto pasivo sea menor de 14 años, o se encuentra privada de sentido o cuando se aproveche de su incapacidad de oponerse).

⁵³ Artículo 433 del Código Penal. “ El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1º Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación; 2º Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1º; 3º Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2º del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito.”

⁵⁴ Matus y Ramírez (2019).

⁵⁵ Artículo 361 del Código Penal. “La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en algunos de los siguientes casos: 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación, 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse, 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.

⁵⁶ Artículo 362 del Código Penal. “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

CONCLUSIÓN

Durante nuestra tesis explicamos el problema de indefensión de la víctima producto de la no formalización de la investigación por parte del Ministerio Público ante hechos que son constitutivos de delito, quedando imposibilitada de ejercer su acción penal y que se ejercite su tutela judicial efectiva contemplado en los artículo 83 inciso 2° y 19 n°3 de la Constitución Política de la República, a través del forzamiento de la acusación por el querellante ya que en virtud del artículo 258 del Código Procesal Penal, el acto de formalizar una investigación es requisito sine qua non para que el querellante acuse particularmente.

Ante esta situación es que planteamos en el capítulo III dos soluciones a la problemática: 1° deber de fundamentación del Ministerio Público y autorización judicial ante una decisión de no perseverar, que si bien no se relaciona directamente con la formalización si provoca situaciones de indefensión al sujeto pasivo del delito, y 2° la obligación del Ministerio Público de formalizar la investigación de acuerdo a los tres criterios que planteamos. Creemos que, si dichas soluciones se aplicaran en los casos concretos descritos, subsanarían aquellas situaciones de desvalimiento de la víctima frente a una decisión meramente administrativa y exclusiva del órgano persecutor, en que la víctima no tiene la legitimidad de oponerse a ella si no existe una previa formalización de la causa. Es por eso que proponemos estas soluciones ante la carencia de formalización y ante la falta de autorización judicial para las decisiones de no perseverar por parte del órgano jurisdiccional, el Juez de Garantía, que como lo dice su nombre, debe velar por el correcto respeto y cumplimiento de las garantías constitucionales de todos los intervinientes en el proceso penal.

Si bien existen en el artículo 230 del Código Procesal Penal tres situaciones en que el Fiscal está obligado a formalizar la investigación, consideramos que no tienen por objetivo esencial la protección de la víctima, sino que se establecen por la ley para diligencias específicas que surgen en el transcurso del proceso penal como son la solicitud de medidas cautelares (las cuales no siempre tienen por fundamento darle protección a la víctima sino más bien para asegurar el éxito de la investigación, como el caso de peligro de fuga del imputado⁵⁷), para la

⁵⁷ Artículo 140 del CPP.

práctica de determinadas diligencias investigativas (como la incautación de especies⁵⁸, para la entrada y registro de lugares⁵⁹ o para la interceptación telefónicas⁶⁰) y para recibir prueba anticipadamente⁶¹ (como la declaración de testigos por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer por su vida, capacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante).

De lo anteriormente descrito, es que planteamos esta solución de darle la facultad al querellante de formalizar la investigación de aquellas causas en que se ha llevado una investigación desformalizada y el Ministerio Público decide no continuar con ella, para así salvaguardar los intereses del ofendido del delito.

⁵⁸ Artículo 217 del CPP.

⁵⁹ Artículo 204, 205 y 206 del CPP

⁶⁰ Artículo 222 del CPP.

⁶¹ Artículo 191 del CPP.

BIBLIOGRAFIA

HERNANDEZ LAMOTTE DIEGO “La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos”, Única edición, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2013.

HORVITZ MARIA INES Y LOPEZ JULIAN, “Derecho procesal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación”, tomo I., Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile 2003.

CHAHUÁN SABAS, “Manual del nuevo procedimiento penal”, tercera edición actualizada y aumentada, Santiago de Chile, lexis nexis, fecha 2008.

MATUS JEAN PIERRE Y RAMIREZ MARIA CECILIA, “Manual de Derecho Penal Chileno parte especial”, 3ª edición, Tirant Le Blanch, 2019.

PIEDRABUENA, GUILLERMO “La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación en relación a los derechos de la victima querellante” Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, 2011.

RODRIGUEZ LUIS, “Victimología: Estudio de la Víctima”, editorial ponía S.A., México 1990.

Código Penal Chile.

Código Procesal Penal Chile.

Ley Orgánica Constitucional Ministerio Publico.

Apablaza Cheuquepán, C. (2018). El principio de congruencia y la reformalización como afectación al derecho de defensa (tesis final de magister). Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Repositorio Académico de la Universidad de Chile.

Caso, Giovanni (2003): Volumen 17 “*El sistema procesal penal italiano. (Ventajas y dificultades)*”. Revista Dikaion, Colombia. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/720/72001203.pdf>

ESCOBAR SALAS, J. (2013). La Re formalización de la Investigación: Un Problema Jurídico No Resuelto (tesis magister en derecho penal versión II). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Repositorio Académico Universidad de

Chile <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114379/La-reformalizacion-de-la-investigacion.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Gómez Colomer, Juan Luis (2008): *“El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho”*, INACIPE

ROJAS MERY JAVIER, apunte de clases de derecho procesal penal, Universidad de Valparaíso, 2018

OLIVER GUILLERMO (2017): *“Apunte de Derecho Procesal Penal”*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.