

LAS ATRIBUCIONES DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

María Inés Horvitz Lennon

I. CONOCIMIENTO DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (CDE) DE LOS HECHOS QUE LE PERMITEN INTERVENIR EN EL NUEVO PROCESO PENAL Y OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN PARA PRESENTAR QUERRELLA

El actual texto del artículo 41 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (en adelante, LOCDE), modificada por la Ley 19.806, de 31 de mayo de 2002, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, señala que el “Ministerio Público informará al Consejo de Defensa del Estado, a la brevedad posible, los antecedentes relacionados con delitos que pudieren dar lugar a su intervención”.

Se ha detectado la existencia de graves problemas en el cumplimiento de esta norma, pues los fiscales del Ministerio Público (en adelante, MP), en muchos casos, demoran excesivamente (hasta más de seis meses) la comunicación de investigaciones en que el CDE debe o puede intervenir o, llanamente, no informan de ellas por desconocimiento del nuevo ámbito de atribuciones de este último. Existe un Instructivo del Fiscal Nacional sobre el punto, pero que repite la frase “a la brevedad posible”. Por ello, debiera establecerse un plazo máximo

* MARÍA INÉS HORVITZ LENNON. Abogada Consejera del Consejo de Defensa del Estado y Profesora de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

de comunicación (idealmente 15 días) que, en todo caso, jamás fuera posterior a la formalización de la investigación respectiva. En nuestra opinión, los fiscales muchas veces retrasan la entrega de la información porque estiman que la intervención del CDE en los procesos penales constituye un obstáculo, no resulta útil o les impone deberes excesivos (entrega permanente de información).

Por su parte el inciso 2º del artículo 41 de la LOCDE establece que: “[e]n todo caso, el Consejo podrá solicitar los antecedentes que estime necesarios para determinar si deduce o no querella”. Por consiguiente, si el CDE tiene conocimiento –por cualquier medio, sea el Ministerio Público, la prensa o sus funcionarios– de la existencia de una investigación penal en que pudiera caber su intervención, podría solicitar al MP dichos antecedentes para el solo efecto de decidir si interpone denuncia o querella; ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45 de la LOCDE que plantea que la intervención del CDE en los procedimientos penales sólo podrá tener lugar mediante la interposición de la correspondiente querella.

La norma contemplada en el artículo 41 es similar a la existente en el artículo 46 de la LOCDE antes de la reforma producida por la Ley 19.806, de 2002. Es importante destacar que se han producido problemas interpretativos en los procedimientos antiguos, pues algunos jueces del crimen entienden que el antiguo artículo 46 de la LOCDE se encuentra derogado y que el nuevo artículo 41 de la LOCDE sólo rige para los nuevos procedimientos penales, no obstante que el artículo transitorio de la Ley 19.806 exceptúa de la entrada en vigencia de sus normas, entre otras, a aquéllas relativas “al ejercicio de la acción penal pública (...) y a la ley procesal aplicable (...)”, y no cabe duda, por consiguiente, que en dicha excepción se halla ella, entre otras, la facultad contenida en el artículo 46 (antigua redacción) de la LOCDE. En efecto, la posibilidad de obtener información del contenido de la investigación criminal es una facultad procesal que siempre se ha conferido al CDE, pues es la única forma de tener conocimiento de los hechos y de su legitimación activa en el proceso penal. Como es evidente, el CDE no interviene en el proceso penal en su calidad de víctima personal, sino en razón de un deber legal y en representación de los intereses del Estado: sin esta facultad no podría actuar en el ámbito estricto de atribuciones que le confiere la ley, lo que constituye un imperativo del principio de legalidad de los órganos públicos.

Sin embargo, la actuación de ciertos tribunales del crimen del sistema antiguo, en la práctica, están impidiendo el cumplimiento

de este deber legal. En procesos que, por expresa disposición de los artículos 4º transitorio de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, 483 y 484 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), deben regirse por el sistema procesal penal antiguo (Código de Procedimiento Penal), pues se trata de la persecución penal de hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, estos tribunales estiman –como se ha dicho– que las disposiciones antes mencionadas, entre otras, se encontrarían derogadas. Es así como se ha negado al CDE la facultad de imponerse del sumario para el solo efecto de hacerse parte o interponer querrela porque, por un lado, entienden que el artículo 46 antiguo se encuentra derogado y, por el otro, porque que el actual inciso 2º del artículo 41 LOCDE es aplicable solamente a los nuevos procesos penales. Asimismo, y por la misma razón, se ha entendido que no corresponde notificar por cédula, al Presidente del Consejo o a los respectivos abogados procuradores fiscales, las resoluciones a que se refiere el artículo 58 de la antigua Ley, dejando en la mayor inseguridad jurídica al CDE en cuanto al cómputo de los plazos.

En nuestra opinión, la interpretación que se viene denunciando es errónea. En efecto, el artículo transitorio de la Ley 19.806, ya mencionado, establece que “[l]as normas de la presente ley entrarán en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial. Se exceptúan aquellas normas relativas al ejercicio de la acción penal pública, la dirección de la investigación y la protección de las víctimas y testigos; a la competencia en materia penal y a la ley procesal penal aplicable, todas las cuales entrarán en vigencia gradualmente para las Regiones I, XI, XII, V, VI, VIII, X y Metropolitana de Santiago, de conformidad al calendario establecido en el artículo 4º transitorio de la Ley 19.640”. De la lectura de la disposición citada, y de los artículos 483 y 484 del CPP, aparece claro que las disposiciones del último cuerpo legal citado “sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”. La misma regla establece la Ley 19.806 respecto de las normas procesales modificadas en los distintos cuerpos legales de que trata dicha ley. De allí que las normas procesales del antiguo sistema procesal penal (por consiguiente, también las previstas en la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado) siguen rigiendo de manera ultractiva mientras subsista la persecución penal de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de los citados cuerpos legales.

Ante la negativa de algunos tribunales de permitir al CDE el ejercicio de la facultad que concede el artículo 46 (antiguo) de su Ley Orgánica, las únicas alternativas que restan son el recurso de reposición, apelando en subsidio; el recurso de hecho si se deniega la apelación o, en su caso, la interposición de una queja disciplinaria.

El inciso 3° del artículo 41 LOCDE señala, finalmente, que: “[s]i no se le proporcionare la información, podrá ocurrir ante el juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada”.

Esta facultad no ha sido todavía utilizada por el CDE, por lo menos hasta la elaboración del presente trabajo. La norma parece discurrir en torno a dos hipótesis igualmente plausibles:

- el CDE tiene conocimiento informal de la existencia de una investigación penal que podría determinar su intervención procesal: solicita los antecedentes y el fiscal del caso se opone o no contesta; y
- el CDE recibe la información por parte del Ministerio Público de la existencia de una investigación penal que podría determinar su intervención: solicita los antecedentes respectivos y el fiscal del caso se opone o no contesta.

En tales casos cabría, en primer lugar, el recurso a las autoridades superiores del Ministerio Público para revisar la decisión del fiscal a cargo del caso. En segundo lugar, y fallando el primer camino planteado, debe ocurrirse ante el juez de garantía competente a fin de que decida la cuestión mediante resolución fundada.

II. INTERPOSICIÓN DE QUERELLA, ADMISIBILIDAD Y EFECTOS

En el marco regulativo del nuevo proceso penal, el CDE sólo puede intervenir a través de la interposición de una querella, con todas sus formalidades, actuación que le confiere los mismos derechos procesales que la ley reconoce a las víctimas y al querellante (artículo 45 LOCDE). Por ello, es importante que el CDE deduzca querella tan pronto tenga conocimiento de los hechos que revisten caracteres de delito y ameriten su intervención, pues este es el único modo de impedir o evitar que los fiscales del ministerio público, en forma arbitraria o incontrolada, archiven provisional o definitivamente un caso, decidan

no perseverar en una investigación o soliciten el sobreseimiento de aquellas investigaciones que pudieran dar origen a la intervención del CDE, especialmente cuando existen funcionarios públicos o perjuicio fiscal comprometido. Tal fue, además, una de las razones tenidas en consideración por el legislador para atribuir legitimación activa al CDE en delitos que no causan perjuicio fiscal pero que comprometen la probidad funcionaria (negociaciones incompatibles, cohecho, soborno, etc.). Conviene destacar que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 6 LOCDE, el CDE sólo podrá interponer querrela respecto de hechos constitutivos de delitos en que las leyes requieren denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, cuando así lo solicite este Servicio.

En nuestra opinión, la querrela no requiere la satisfacción de un estándar altamente exigente respecto de las menciones que debe contener en conformidad al artículo 113 del CPP, pero es evidente que plantea una mayor elaboración que los antiguos escritos en que el CDE se hacía parte en el respectivo proceso. De allí que la decisión de presentar una querrela con escasos antecedentes probatorios dependerá de la gravedad del caso, su trascendencia pública y la necesidad de intervenir para controlar la investigación del fiscal o coadyuvar en su tarea. Un importante criterio orientador se encuentra en el artículo 113 del CPP, que establece los requisitos de la querrela y que permite omitir ciertas determinaciones del querrellado (letra c) así como ciertas circunstancias del hecho, si no se supieren (letra d).

Para ser declarada admisible por el juez de garantía, la querrela deberá contemplar, entre otros requisitos, una relación circunstanciada del hecho, la que regularmente debiera contenerse en la formalización de la investigación. Antes de ese hito procesal, que depende exclusivamente del Ministerio Público, el CDE debe necesariamente obtenerla a través de la revisión de la carpeta del fiscal o de la policía, haciéndose indispensable el uso de la facultad del artículo 41 de la (nueva) LOCDE. Aquí se aprecia la importancia de una buena relación y comunicación con el Ministerio Público, las que deben promoverse a través de las jefaturas de ambos organismos.

La interposición de la querrela por parte del CDE es importante, por consiguiente, para los siguientes efectos, entre muchos otros:

- examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial, pues todas las actuaciones de la investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía son públicas para los

- intervinientes, salvo en los casos de reserva que dispone la ley, con las limitaciones que señala el artículo 182 del CPP;
- impedir que el Ministerio Público archive provisional (artículo 167 del CPP) o definitivamente un caso (artículo 168 del CPP) a través del mecanismo previsto en el artículo 169 del CPP, o que aplique el principio de oportunidad (artículo 170 del CPP), el que se encuentra vedado para los casos en que se trate de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esta posibilidad será infrecuente si el Ministerio Público no informa de estos casos al CDE o éste no toma conocimiento de ellos por otras vías, pues el Ministerio Público sólo está obligado a comunicar su decisión de archivo a la víctima, si la hubiere, y el CDE no es considerada víctima sino a través de la interposición de una querella, que una vez presentada inhibe el archivo de la causa: el círculo vicioso es evidente;
 - intervenir en la formalización de la investigación y solicitar medidas cautelares personales y reales;
 - plantear una calificación jurídica distinta de los hechos a la efectuada por el Ministerio Público, orientando la actuación de los fiscales en delitos complejos y en los que demuestren carecer de experiencia; siempre guardando respeto por el principio de correlación entre imputación y fallo (artículo 259 inciso final del CPP), especialmente a la hora de formular acusación particular;
 - asistir a las diligencias de investigación que decreta el Ministerio Público (artículo 184 del CPP);
 - pedir diligencias de investigación y solicitar la reapertura de la investigación, si el fiscal hubiere rechazado las diligencias solicitadas o ellas no se hubieren cumplido por su negligencia (artículo 257 CPP);
 - ser oído cuando se acuerde la suspensión condicional del procedimiento entre fiscal e imputado (artículo 237 y ss. del CPP), entre cuyas posibles condiciones se halla la de “pagar una determinada suma de dinero, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima”;
 - convenir acuerdos reparatorios con el o los imputados una vez formalizada la investigación y hasta la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 7° de la LOCDE, 241 y 245 del CPP); en estos casos, la suma que se convenga deberá ser previamente

- sometida a la aprobación del Consejo del CDE, ya se trate de una transacción o de facilidades de pago;
- ser oído, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria e impugnar tales resoluciones;
 - promover el forzamiento de la acusación (artículo 258 CPP), si el CDE no comparte el criterio del fiscal del caso en orden a sobreseer la causa o comunicar su decisión de no perseverar; ello podría significar que el o los abogados del CDE deban sostener la acusación en el juicio oral, subrogando al Ministerio Público en todas sus facultades.

Por último, es importante consignar que, al interponer querella, el CDE impide o excluye la intervención, en el procedimiento penal respectivo, de otros órganos a quienes también pudiere corresponder el ejercicio de la acción penal por los mismos hechos, siempre que tales órganos fueren distintos del Ministerio Público (artículo 6, inciso 3°, LOCDE). De esta manera, si el Ministerio Público informa al CDE de hechos delictivos cuya persecución penal pudiere corresponder a otro órgano público, primero debe verificar si ese órgano ya ha intervenido en el procedimiento penal y, en su caso, ponderar las ventajas y desventajas de excluir su participación en él.

III. SEPARACIÓN Y AGRUPACIÓN DE INVESTIGACIONES

Si el CDE se querella por diversos hechos constitutivos de delito respecto de uno o más imputados y, con posterioridad, el fiscal a cargo del caso decide separar las investigaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 del CPP, es importante tomar los recaudos procesales que corresponda, ya sea pidiendo que se compulse copia autorizada de la querella y se adjunte a las nuevas investigaciones o, directamente, presentando nuevas querellas en las investigaciones separadas en las que no consten las ya presentadas por el CDE. Por otro lado, si el CDE advierte que la separación de investigaciones del fiscal perjudica su estrategia procesal o el éxito del caso, debería solicitar al fiscal adjunto que las agrupe nuevamente, a lo menos, antes de cerrar la investigación.

IV. CONTROLES RESPECTO DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. REFORMALIZACIÓN Y NUEVA FORMALIZACIÓN

Efectuada la formalización por parte del Ministerio Público, es importante verificar si los hechos que el CDE considera punibles (y que poseen soporte probatorio) están abarcados en la formalización de la investigación; de lo contrario, deberá instarse por una reformatización o una nueva formalización que incluya todos los hechos que se atribuyen al imputado¹. El principio de congruencia entre formalización, acusación y fallo –cuya infracción constituye motivo absoluto de nulidad en la letra f) del artículo 374 del CPP– obliga a ser extremadamente prolijos en este aspecto, pues de nada servirá nuestra acusación particular si los hechos que en ella recaen no fueron objeto de la formalización respectiva.

Si el fiscal adjunto no comparte nuestro criterio y decide no reformatizar o efectuar una nueva formalización de la investigación en contra de un mismo imputado o imputados, siempre queda la posibilidad de ocurrir ante el Fiscal Regional respectivo y efectuar la correspondiente reclamación (artículo 33 en relación al artículo 32 letra b) de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público). En todo caso, debe existir el suficiente soporte probatorio para acreditar los nuevos hechos que pretenden ser objeto de nuestra acusación, el que deberá producirse a través de las correspondientes diligencias solicitadas al fiscal o que se genere autónomamente durante la etapa de investigación.

V. ACCIÓN CIVIL Y MEDIDAS CAUTELARES REALES

Con relación a las medidas cautelares reales, el artículo 61 del CPP establece que “[c]on posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda (...)”. Más adelante añade:

¹ Llamaremos “reformatización” a aquella formalización en que se amplían los hechos que fueron objeto de una primera formalización, modificándose con ello su calificación jurídica; y “nueva formalización” a hechos desvinculados (prima facie) de aquellos que dieron origen a la primera formalización y que pueden constituir un concurso real o ideal de delitos respecto de una misma persona o personas.

“[a]simismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el artículo 157”. Por su parte, este último precepto legal establece que “durante la investigación, el Ministerio Público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete, respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) (...). El inciso 2° del mismo artículo señala que “[d]el mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas”.

De lo anterior, es posible obtener las siguientes conclusiones:

- a) las medidas cautelares reales (medidas precautorias) sólo podrían solicitarse con posterioridad a la formalización de la investigación (cfr., además, artículo 230 inciso 2° CPP, que habla genéricamente de “medidas cautelares”), situación que parece razonable, pues sólo a partir de ella quedan establecidos los hechos imputados y los antecedentes de la investigación que la fundan, dando con ello satisfacción al requisito del artículo 298 CPC, esto es, la existencia de “comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”². Estos antecedentes probatorios deben ser invocados por el querellante (CDE) al solicitar la medida en audiencia o por escrito, especialmente, si se trata de obtenerla en segunda instancia, por la vía de un recurso de apelación³.
- b) jurisprudencia reciente hace aplicables al proceso penal todos los requisitos exigidos por el CPC para conceder algunas de las medidas precautorias contempladas en el Título V del Libro II del CPC; así, respecto de la prohibición de celebrar actos y contratos que recaiga sobre bienes que no son materia del juicio se ha exigido probar un hecho negativo, esto es, que las facultades

² No obstante, el Comité Penal, a instancia de don Guillermo Ruiz Pulido, ha admitido la posibilidad de solicitar dichas medidas con anterioridad a la formalización –en calidad de medidas prejudiciales– teniendo presente el tenor del inciso 1° del artículo 157 CPP, que sólo parece requerir que ella se solicite durante la etapa de investigación, sin precisar requisitos adicionales. Ellos, a nuestro juicio, surgen de una interpretación sistemática de este precepto legal con el artículo 61 del mismo cuerpo legal.

³ Vid. *infra* nota 3, en que se cita una resolución recaída en la causa c/Pedro Velásquez y otra, la que no concedió la medida precautoria solicitada por estimar que la querellante no acompañó comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, ofreciendo sólo “los avalúos fiscales de propiedad del demandado”.

del imputado “no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio” (artículo 296 inciso 1° del CPC). En tal sentido, pareciera suficiente acreditar la ausencia general de solvencia del afectado (informes DICOM, embargos o hipotecas sobre todos sus bienes; escasez de bienes en relación al monto del perjuicio, etc.)

- c) algunos tribunales no aceptan que la solicitud de medidas cautelares reales se efectúe en una audiencia; requieren que se plantee “por escrito” (siguiendo el tenor literal del texto del artículo 157 del CPP) y, por consiguiente, fuera de audiencia;
- d) pareciera, además, por los términos del artículo 157 del CPP, que las medidas cautelares reales sólo se pueden solicitar durante la etapa de investigación o de preparación del juicio oral, en la oportunidad que señala la letra d) del artículo 261 del CPP, precluyendo tal posibilidad en la audiencia de preparación del juicio, con la dictación del auto de apertura del juicio oral. Abonaría esta interpretación el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales (después de la modificación operada por la Ley N° 19.665, de 2000), que confiere a los tribunales de juicio oral en lo penal la facultad, entre otras, de: “b) resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición”; esto es, excluye de su competencia las solicitudes en relación a cualquier otra medida cautelar personal y no se refiere a las cautelares reales. No obstante, en un caso judicial reciente del CDE, un tribunal de juicio oral en lo penal rechazó una solicitud de medida precautoria efectuada por este organismo después de dictado el auto de apertura y antes del juicio oral, fundamentalmente por razones de fondo, aunque también señaló que la solicitud era extemporánea⁴. Por su parte, si la sentencia definitiva acogiere la demanda civil del Fisco, no se hubieren solicitado oportunamente medidas cautelares reales y existiere algún recurso de nulidad pendiente de vista,

⁴ c/ Alcalde Pedro Velásquez y otros, RIT N° 143-2006; RUC N° 0400442318-1, resolución de la 2ª Sala del TOP de La Serena, de 21 de noviembre de 2006. La resolución es del siguiente tenor: “Atendido que de los antecedentes invocados no se desprende por sí solo que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado de la acción, lo que era necesario establecer siquiera someramente en razón de pretender afectarse con la medida precautoria bienes que no son objeto de dicha acción, y que tampoco se han acompañado antecedentes que puedan estimarse comprobantes de a lo menos una presunción grave del derecho reclamado, desde que los acompañados por un otrosí sólo dan cuenta de los avalúos fiscales”.

el único camino disponible para evitar la insolvencia dolosa del condenado sería interponer una medida prejudicial precautoria en sede civil o, derechamente, demandar civilmente y solicitar una medida precautoria sobre los bienes del imputado.

Debe recordarse que tratándose del procedimiento abreviado, la acción civil deberá necesariamente interponerse o proseguirse su ejercicio ante los tribunales civiles (artículo 68 y 412 inciso final del CPP); por consiguiente, si antes de acordarse el procedimiento abreviado se hubieren decretado medidas cautelares reales, “éstas se mantendrán vigentes por el plazo indicado en el inciso primero, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere” (artículo 68 inciso 3° del CPP).

Finalmente, la disposición del inciso final del artículo 68 CPP corrobora la independencia entre la acción penal y la civil derivada del hecho constitutivo de delito, pues establece que “si, comenzado el juicio oral, se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones de este Código, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil”. Evidentemente, esta disposición presupone que se haya interpuesto demanda civil en la oportunidad procesal correspondiente y que ella no haya sido excluida del procedimiento penal por vicios formales en su presentación (artículo 270 CPP). De allí, entonces, que el tribunal de juicio oral en lo penal será, en tales circunstancias, competente para conocer sólo de la acción civil válidamente interpuesta en el proceso penal, aplicando las reglas probatorias correspondientes (artículo 324 CPP).

VI. SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Y TEMPORAL. DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO. CONTROL DEL CDE

Es una práctica habitual de los fiscales, prohibida por el CPP pero aceptada por los tribunales, la de solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo de una causa que no ha sido previamente objeto de formalización de la investigación. En efecto, el inciso 1° del artículo 247 del CPP establece que. “[t]ranscurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla”. Esta norma es concordante con lo dispuesto en la letra b) del artículo 233 del CPP; por consiguiente, mientras no formalice la investigación, el Ministerio Público carece de plazo

para cerrarla. Por su parte, el artículo 248 CPP establece que una vez cerrada la investigación, el fiscal del caso podrá realizar cualquiera de las actuaciones que dicha disposición señala, entre ellas, la de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa.

Lo mismo ocurre con la comunicación del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, cuando no se hubieren reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Por consiguiente, es importante que el CDE presente que-rella tan pronto tenga conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito y que den lugar a su intervención, pues es la única forma de verificar los presupuestos fácticos de tales formas de terminación del procedimiento y evitar el uso abusivo de estas facultades cuando no exista otro interesado que el Fisco o el Estado en la persecución penal del respectivo delito, especialmente cuando afecte la probidad pública o comprometa funcionarios públicos. Debe destacarse, por otra parte, que si no está de acuerdo con la solicitud o decisión del fiscal del caso y considera que existe mérito para acusar a uno o más imputados, el CDE dispone del forzamiento de la acusación (artículo 258 del CPP), el que puede dar lugar a un pronunciamiento positivo del fiscal regional respectivo o al sostenimiento de la acusación por el CDE en lo sucesivo, cuando el juez así lo dispusiere.

VII. FACULTADES DEL CDE CON POSTERIORIDAD AL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN

Es muy importante la intervención activa del CDE en la etapa intermedia y, especialmente, en la audiencia de preparación del juicio oral, pues en ella se fija definitivamente el objeto del juicio, sin que posteriormente pueda hacerse una ampliación de hechos imputados u ofrecerse prueba nueva, excepto en el contexto muy restringido a que se refiere el artículo 336 del CPP. En esta audiencia preliminar, el CDE podría ofrecer prueba distinta a la propuesta por el Ministerio Público, apartándose de su estrategia por mantener una posición diferente respecto a los hechos y su calificación jurídica, la forma de participación de los imputados, el grado de desarrollo del delito, las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, entre otras. En los casos observados hasta el momento en el Comité Penal, los abogados del CDE suelen limitarse a adherir a los planteamientos de los fiscales, no ofrecen prueba autónomamente ni plantean, en general, incidencias.

Esta situación coadyuva a la imagen de que nuestra intervención es prescindible, especialmente en el caso de absoluciones por falta de suficiente prueba de cargo o mala orientación estratégica del juicio.

En particular, es importante tener presente que, en esta etapa, el CDE debe:

- adherir o acusar particularmente, y demandar civilmente y realizar las actuaciones que señala el artículo 261 del CPP; si no las realiza, se produce el abandono de la querella (artículo 120 letra a) del CPP);
- debe recordarse que si se acusa particularmente, los hechos sobre los cuales recae nuestra acusación deben haber sido objeto de una formalización o de una reformalización por el fiscal del caso; asimismo, debe ofrecerse prueba sobre tales hechos si se considera que el Ministerio Público no la ha ofrecido o no lo ha hecho en forma suficiente para desvirtuar el alto estándar probatorio del CPP (cfr. artículo 340). De lo contrario, la defensa puede oponernos la causal absoluta de nulidad contemplada en la letra f) del artículo 374 del CPP o puede absolverse por falta de convicción del tribunal;
- asistir a la audiencia de preparación del juicio oral, so pena de declararse abandonada la querella (artículo 120 letra b) del CPP); en ella, el CDE podría conciliar sobre las acciones civiles, celebrar convenciones probatorias y plantear exclusiones de prueba;
- hasta la audiencia de preparación del juicio, el Consejo podría oponerse al procedimiento abreviado que solicite el fiscal, pero sólo cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes a las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada exceda de 5 años de presidio menor en su grado máximo (artículo 408 del CPP). Esta opción será relevante cuando las indemnizaciones civiles que se persigan sean elevadas, pues el procedimiento abreviado obliga a proseguir la acción civil derivada del hecho punible en sede civil (artículo 68 del CPP);
- si el CDE ofrece prueba pericial en forma autónoma al Ministerio Público –por haberla financiado con fondos propios–, debe tener presente que el informe respectivo debe presentarse por escrito y ser declarado admisible por el juez de garantía antes de que

- se dicte auto de apertura del juicio oral (artículos 314 y ss. del CPP).
- cualquier gasto procesal es de cargo de quien incurra en él, pero podrá pedir su reembolso a la parte que sea condenada en costas. Si fuere necesario hacer una consignación anticipada, el tribunal estimará prudencialmente su monto (artículos 45 y ss. del CPP).

VIII. EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Se ha detectado que los fiscales del Ministerio Público no informan los hechos en que pudiera caber la intervención del CDE y que dan lugar al procedimiento simplificado (artículo 388 del CPP), el que admite la actuación del querellante como se desprende de los artículos 394 inciso 1º, 396 inciso 1º, 399, todos del Código Procesal Penal. Por consiguiente, el CDE podrá intervenir desde que interponga la correspondiente querella.

Especialmente relevante es el caso de simples delitos cuya persecución penal comience directamente por requerimiento del Ministerio Público o por la vía del procedimiento ordinario, pero que durante su tramitación el fiscal decida continuarlo de acuerdo con las reglas del simplificado. En efecto, de conformidad con el inciso 1º del artículo 390 CPP, modificado por la Ley 20.074, el fiscal del caso podrá, hasta antes de la formulación de la acusación, dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado y proceder conforme a las reglas del procedimiento simplificado, siempre que concurran sus presupuestos. Por consiguiente, se hace indispensable una comunicación con el Ministerio Público sobre el particular y la adopción de las instrucciones correspondientes respecto a su tramitación.

En principio, el CDE no podría oponerse a la aplicación de este procedimiento cuando se da alguna de las hipótesis a que se refiere el artículo 388 del CPP. No obstante, si el fiscal realiza su requerimiento planteando una calificación jurídica del hecho o circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que no se ajustan al mérito de los antecedentes de la investigación y, de esta forma, requiere una pena que se ajusta a la prevista en el inciso 2º del artículo 388 del CPP para poder dar al caso la tramitación del procedimiento simplificado, sería posible que el CDE se opusiera a su aplicación y solicitar la tramitación ordinaria del mismo. En nuestra opinión, las normas que regulan

la aplicación de un determinado procedimiento son de orden público y no son disponibles por las partes, salvo —en alguna medida— en los casos excepcionadísimos del procedimiento abreviado y el previsto en el artículo 395 del CPP⁵, en que, por expresa disposición de la ley, se autoriza al Ministerio Público para **solicitar** al juez de garantía la resolución inmediata del caso, esto es, sin juicio oral, solicitud que podría ser rechazada por el juez cuando no concurran sus presupuestos⁶. La circunstancia que la aplicación del procedimiento simplificado dependa, en el caso de los simples delitos, de la pena solicitada por el fiscal en su requerimiento no altera en nada lo dicho precedentemente, pues éste no puede simular o disimular la existencia de hechos o circunstancias respecto de los asentados en los antecedentes de la investigación ni plantear una calificación jurídica de los mismos con prescindencia de tales antecedentes⁷, de manera que aunque la pena requerida se ajuste a los límites del simplificado, el juez de garantía podría rechazar su aplicación y ordenar la prosecución del mismo conforme al procedimiento ordinario por crimen o simple delito.

Con relación a este procedimiento, es importante tener presente que:

⁵ En rigor, no se trata de “procedimientos” especiales, pues ambos mecanismos —el abreviado y el previsto en el artículo 395 CPP— se insertan dentro de los dos grandes procedimientos del nuevo sistema procesal penal: el ordinario, para los delitos más graves, y el simplificado, para los de menor gravedad. El denominado “procedimiento” abreviado, en rigor es una forma de terminación del procedimiento ordinario sin juicio oral (etapa central del nuevo sistema), para los casos en que es posible llegar a un acuerdo con el imputado sobre la pena a cambio de la admisión de los hechos imputados. Lo mismo ocurre con el mecanismo procesal previsto en el artículo 395 CPP, respecto del simplificado (sobre esta figura en otras legislaciones, vid. Horvitz, M.I.: “Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado”, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XL N° 2, 1990, pp. 27 y ss.).

⁶ Existe una discusión en torno al control que debe hacer el juez sobre los presupuestos de estos mecanismos procesales, pero no cabe duda que ellos no dependen del mero arbitrio de las partes; así, en el abreviado, el juez debe verificar que los antecedentes de la investigación sean suficientes para permitir la tramitación del caso conforme a dicho procedimiento (artículo 410 CPP), lo que implica que el juez podría rechazarlo, aunque hubiera acuerdo entre los intervinientes, si tales antecedentes no respaldan en forma suficiente cada uno de los cargos formulados en contra del imputado. Vid. en general, sobre este tema: Horvitz, M.I./López, J.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2004, Capítulo XII.B.

⁷ Lo prohíbe el principio de legalidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico (a diferencia, por ejemplo, del norteamericano que admite generalmente el principio contrario, el de oportunidad): en efecto, el fundamento de legitimación de la pena es la comprobación judicial, en un debido proceso, de los presupuestos fácticos y normativos previstos en la ley que autorizan la imposición de la misma. No cabe, por consiguiente, la pena por mero acuerdo de las partes (vid. bibliografía citada en nota anterior).

- a) es posible terminar el procedimiento mediante acuerdo reparatorio o suspensión condicional del procedimiento (artículo 394 del CPP); por tanto, el CDE debe ser informado oportunamente para poder promover o intervenir en tales salidas alternativas, si así lo estimare conveniente;
- b) no procede la interposición de demandas civiles, salvo aquella que tuviere por objeto la restitución de la cosa o su valor (artículo 393 inciso 2° del CPP); por consiguiente, la información de estos hechos es imprescindible cuando existiendo perjuicio fiscal deban perseguirse las responsabilidades civiles correspondientes ante los tribunales civiles;
- c) si el imputado admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, el tribunal debe dictar sentencia inmediatamente no pudiendo imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento (original o modificado *ad hoc*) (artículo 395 del CPP). El querellante no podría oponerse a esta forma de terminación del procedimiento simplificado y forzar el juicio oral, aunque en su querella hiciera una calificación de los hechos y solicitara una pena superior a la que autoriza la aplicación de este procedimiento; ello, porque una situación análoga se regula en el procedimiento abreviado (artículo 408 del CPP) y sus reglas no se aplican supletoriamente a éste (vid. 389 del CPP);
- d) la inasistencia del querellante al juicio simplificado determina el abandono de la querella (artículo 120 letra c) del CPP) y no impide, en caso alguno, la realización del mismo (artículo 396 inciso 2° del CPP); sólo podrá solicitarse, previamente, la suspensión de la audiencia en el caso contemplado en el inciso 3° del artículo 396 del CPP;
- e) lo anterior es importante para el caso en que el CDE desee interponer recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, pues sólo podrá hacerlo si hubiere concurrido al juicio (artículo 399 del CPP).

IX. EL RECURSO DE NULIDAD⁸

El recurso de nulidad es de compleja elaboración y suele ser habitual que sea declarado inadmisibile o rechazado. El plazo de interposición es muy breve (10 días fatales); por ello, será necesario que tan pronto se observe un vicio de nulidad, el abogado de la causa redacte un proyecto de recurso de nulidad y lo remita a la instancia interna correspondiente.

Con relación a este recurso es importante poner suma atención a los siguientes temas:

A. Requisitos de admisibilidad del recurso

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido sumamente exigente en el cumplimiento de los mismos, yendo en muchos casos más allá de lo que estrictamente exige la ley.

Así, ha declarado inadmisibles recursos de nulidad por los siguientes motivos:

- “por no desarrollar la argumentación individual para cada causal” (artículo 378 inciso 2° del CPP)⁹; dentro de la cual deben contenerse tanto los fundamentos de hecho como de derecho (artículo 383 inciso 2° del CPP);
- “por no especificar expresamente si las causales se interponen conjunta o subsidiariamente” (artículo 378 inciso 2° del CPP)¹⁰;
- “por falta de peticiones concretas”¹¹ (artículos 378, inciso 1°, y 383 inciso 2° del CPP), exigiendo, además de la solicitud de nulidad del juicio y de la sentencia o sólo de la sentencia, como peticiones concretas, el planteamiento de otras solicitudes que,

⁸ Deseo agradecer la colaboración de Cristián Arias V., quien me proporcionó un trabajo efectuado por él en la Defensoría Penal Pública sobre la admisibilidad y competencia de los recursos de nulidad en la Corte Suprema.

⁹ SCS Roles N° 3108-02 (01.10.02); N° 2252-05 (22.06.05); N° 5203-05 (03.11.05); N° 34-06 (18.01.06).

¹⁰ SCS Roles N° 3108-02 (01.10.02); N° 5065-04 (06.12.04); N° 5448-04 (22.12.04); N° 4998-05 (31.10.05); N° 5203-05 (03.11.05); N° 5853-05 (14.12.05); N° 5889-05 (19.12.05); N° 6596-05 (09.01.06); N° 95-06 (12.01.06).

¹¹ La jurisprudencia se refiere invariablemente a la fórmula siguiente para declarar lo inadmisibile: (el recurso) “no plantea petición alguna posible de juzgar para el caso de accederse a las anteriores” (SCS Rol N° 1287-05 (18.04.05); N° 591-05 (14.04.05); N° 1296-04 (11.95.04); N° 636-05 (29.03.05); N° 6438-05 (09.01.06)).

en rigor, competen al tribunal del juicio no inhabilitado y no ante el tribunal de nulidad. Así, habría que solicitar circunstanciadamente, además de la nulidad del juicio oral y la sentencia recaída en él, la determinación del estado en que quedará el procedimiento (indicándolo expresamente); la remisión de los autos a tribunal no inhabilitado y la realización de un nuevo juicio oral. Considerando, además, la reciente redacción de la letra a) del artículo 373 del CPP, cuando se solicite la nulidad del juicio y la sentencia por infracción de garantías en etapas preliminares del juicio será necesario expresar concretamente de qué manera se restablece la vigencia de la garantía quebrantada, sea dejando sin efecto una determinada actuación de la etapa de investigación, sea modificando el auto de apertura del juicio oral u otra posible petición “posible de juzgar” una vez que se haya anulado la sentencia, o ésta y el juicio. Si lo que se busca es la anulación de la sentencia y la dictación de una de reemplazo, hay que seguir la pauta que plantea el artículo 385 del CPP solicitándolo expresamente y formulando peticiones concretas que puedan ser materia del reemplazo;

- “por peticiones concretas incompatibles con la causal invocada” (artículos 378, inciso 1º, y 383, inciso 2º, del CPP)¹²: se plantea cuando la Corte estima que la petición concreta del recurso no se aviene o resulta incompatible con el objetivo de la causal invocada. Así ocurre, por ejemplo, cuando se solicita sólo la anulación de la sentencia en circunstancia que la Corte estima que debió haberse solicitado, además, la anulación del juicio ;
- “por falta de fundamentos” (artículo 383, inciso 2º; del CPP)¹³: se plantea cuando se invoca genéricamente la infracción de una garantía constitucional (presunción de inocencia, debido proceso, etc.), sin especificar de qué manera no ha sido respetada o la conexión entre la misma y la norma legal que la recoge; asimismo, cuando no se expresa fundadamente la forma en que se produce la errónea aplicación de derecho en la sentencia y su influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, cuestiones que deben tratarse precisa y claramente;

¹² SCS Roles N° 3319-03 (01.09.03); N° 810-05 (18.04.05); N° 1297-04 (11.05.04); N° 5268-05 (14.11.05); N° 6244-05 (02.01.06); N° 6457-05 (10.01.06).

¹³ SCS Roles N° 6521-05 (09.01.06).

- “por falta de preparación” (artículo 377 del CPP)¹⁴: este motivo de inadmisibilidad es especialmente delicado, pues requiere discernir aquellos casos en que la infracción de garantías constitucionales (artículo 373, letra a) del CPP) incide en la infracción de una ley que regula el procedimiento y su identificación concreta, pues en tales casos el recurrente ha debido, en forma previa y oportuna, reclamar del respectivo vicio o defecto; por ejemplo, solicitando la nulidad judicial de la actuación defectuosa (artículo 165 inciso final del CPP). Hay que recordar que los motivos absolutos de nulidad, que por regla general también implican la infracción de una ley que regula el procedimiento, no requieren de preparación (artículo 377 inciso 2° del CPP); por consiguiente, habrá que tener mucha cautela al optar por interponer un recurso por infracción de una garantía constitucional (que confiere competencia a la Corte Suprema) en vez de recurrir a algún motivo absoluto de nulidad, si correspondiere, pues no sólo hay que haber preparado el recurso, sino que, eventualmente, deberá probarse tal circunstancia en la respectiva audiencia conforme lo dispuesto en el artículo 359 del CPP.

B. Remisión del recurso a la Corte de Apelaciones respectiva

La Corte Suprema ha señalado que para tener competencia para la vista de un recurso de nulidad en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 376 del CPP y existan sentencias contradictorias sobre un punto de derecho, se requiere que esos fallos recaigan en asuntos que fueron conocidos por tribunales del nuevo sistema procesal penal¹⁵. De este modo, y sin fundamento legal alguno, la Corte Suprema ha restringido arbitrariamente su competencia en un ámbito que le corresponde natural y especialmente en orden a garantizar la seguridad jurídica: efectuar una interpretación uniforme del derecho a través de su jurisprudencia, la que evidentemente no sólo ha recaído sobre cuestiones de carácter procesal, sino también penal, regulación que no ha sufrido modificaciones sustanciales después de la implementación de la reforma procesal penal. Así, si han existido fallos contradictorios sobre los elementos típicos de la apropiación indebida con anterioridad

¹⁴ SCS Rol N° 4727-04 (09.11.04); N° 1270-05 (18.04.05); N° 6502-05 (09.01.06); N° 5868-04 (10.01.05).

¹⁵ SCS Rol N° 3155-01 (11.09.01); N° 3903-01 (30.10.01); N° 6197-05 (02.01.06).

a la reforma y después de la misma, no se ve la razón de exigir –para tener competencia– que ellos deban haber recaído en asuntos conocidos por los nuevos tribunales.

También conviene advertir que existen diversos fallos de la Corte Suprema en que habiéndose interpuesto recurso de nulidad por la causal prevista en la letra a) del artículo 373 CPP lo ha remitido a la respectiva Corte de Apelaciones de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 376 del CPP, por considerar que se trataba de una infracción de garantías constitutivo de alguno de los motivos absolutos de nulidad contemplados en el artículo 374 del CPP¹⁶.

C. Forma de ofrecimiento y rendición de prueba de las causales del recurso

Si se quiere producir prueba sobre las circunstancias que constituyen la causal de nulidad invocada, ella debe ofrecerse necesariamente en el escrito de interposición del recurso, esto es, ante el tribunal *a quo*. La prueba se rinde en la audiencia del recurso ante el tribunal *ad quem* conforme a las reglas que rigen su recepción en el juicio oral. Debe tenerse presente que la circunstancia de que no pueda rendirse la prueba en caso alguno dará lugar a la suspensión de la audiencia (artículo 359 del CPP).

D. Actuaciones del CDE ante la presentación de un recurso de nulidad por el Ministerio Público o la defensa

Si la contraparte presenta recurso de nulidad solamente por el Ministerio Público o por la defensa, existen las siguientes facultades para el CDE-querellante, las que deberán ejercerse dentro del plazo de 5 días desde que ingrese el recurso a la Corte: a) solicitar que el recurso (de la defensa) se declare inadmisibile; b) adherirse al recurso (del Ministerio Público); y/o formular observaciones al recurso por escrito. Es importante tener presente que el escrito de adhesión debe contener todos los requisitos necesarios para interponer un recurso de nulidad y que su admisibilidad se resuelve de plano por la Corte (artículo 382 del CPP).

¹⁶ SCS Roles N° 4332-03 (28.10.03); N° 1128-05 (18.04.05); N° 6597-05 (09.01.06).