
DOCTRINA

**EL ARTÍCULO 186 DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL FRENTE A LA VÍCTIMA, EL MINISTERIO
PÚBLICO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
EL TITULAR DE LA ACCIÓN PENAL**

Marcelo Andrés Acuña Silva*

***Resumen:** En esta micrología se trata de demostrar que el entramado normativo del control judicial anterior a la formalización, que regula el artículo 186 del Código Procesal Penal, es perfectamente compatible con la actual posición central que la víctima ocupa en el proceso penal. De esta forma, se entrecruzarán aquí el derecho del ofendido por el delito a ejercer la acción penal y el cuasi-monopolio que el Ministerio Público tiene de la misma, todo lo cual se desarrolla desde la perspectiva de la víctima y de las múltiples decisiones del Tribunal Constitucional relacionadas con el control de la discrecionalidad del ente persecutor. En este derrotero se resaltan las exigencias de una investigación racional y justa y de la tutela judicial efectiva predicables respecto del ofendido por el delito, transformándose éstas en razones suficientes para convertir al mencionado artículo 186, en una vía idónea para dotar de contenido a la facultad que el constituyente establece en el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, en cuanto permite a la víctima exigir el ejercicio del derecho a la acción, y ello aun en contra de la voluntad del persecutor y pese a no catalogarse dicha facultad como un derecho público subjetivo material a su respecto.*

***Abstract:** This mycology it is demonstrated that the regulatory framework of the previous judicial formalization, which regulates Article 186 of the Criminal Procedure Code, is perfectly compatible with the current central position occupies the victim in criminal proceedings. Thus,*

will cross here, the right of the victim of the crime to bring criminal and quasi-monopoly that the prosecution has of it, all of which are developed from the perspective of the victim and the many decisions the Constitutional Court related to control discretion persecutor entity. In this course, the requirements of a rational and fair investigation and effective remedy respect offended by the crime are highlighted, transforming them sufficient reasons to make the said Article 186, in an appropriate way to give substance to the constituent power established in Article 83, paragraph 2, of the Constitution, as it allows the victim require the exercise of the right to action, and this even against the will of the persecutor; and despite not classified this faculty as a subjective public right materials in its regard.

Palabras clave: *Acción Penal – Código Procesal Penal (Artículo 186) – Control de discrecionalidad del ente persecutor – Formalización – Proceso penal (rol de la víctima) – Tribunal Constitucional (control de discrecionalidad del ente persecutor) – Víctima en el proceso penal*

Introducción

Todo procedimiento lleva implícito un fin determinado, esto es, “lograr conocer cierto comportamiento humano ya sucedido para actuar a su respecto el derecho material en determinado sentido”¹. Entre nosotros,

* **MARCELO ANDRÉS ACUÑA SILVA.** Abogado, Universidad de Concepción. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Procesal Penal, Universidad del Desarrollo. Alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ MAIER, Julio B. J. *La acción, el objeto y los sujetos procesales en el derecho procesal penal argentino y alemán*, en ÉL MISMO, *Antología. El proceso penal contemporáneo* (Lima, Palestra Editores, 2008), pp. 99-128, p. 99. Por cierto, no puede dejar de mencionarse que el fin intrínseco de todo proceso judicial es “descubrir la verdad”. VIAL CAMPOS, Pelayo, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2011), p. 13. Véase también FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana*, en ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, Legal Publishing, 2010), pp. 3-19, pp. 3-4. En

y en cuanto al proceso penal se refiere, la consecución de ese fin encuentra como uno de sus principales destinatarios al Ministerio Público², el cual

el mismo sentido MATURANA BAEZA, Javier, *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2014), pp. 24-25; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Elementos Fundamentales de la actividad probatoria* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2010), p. 19; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana Crítica* (2008, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013), pp. 11-14; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *El juicio oral* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2003), p. 14. Una visión global del asunto puede encontrarse en DE GODOY BUSTAMANTE, Evanilda, *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial* (Madrid, Bubok Publishing S.L., 2013) y en MORESO, Juan José, *La Teoría del derecho de Bentham* (Barcelona, Editorial PPU, 1992).

² En cuanto a los orígenes del ente persecutor, como refiere Maier, éstos se remontan a la edad moderna, aunque debe advertirse que se trataba allí de un empleado (abogado) de la corona que velaba por el interés del monarca, apareciendo, en la misma línea de antecedentes, los *procureurs et advocats du roi*, en Francia, y *das Fiskalat*, en Alemania. Sin embargo, añade el autor, lo que hoy conocemos como Ministerio Público, con funcionarios que realizan la persecución penal de aquellos delitos de acción penal pública, es un producto de la modernidad con carta de ciudadanía francesa y que, en términos políticos, nace con el nuevo orden imperial napoleónico dentro de una inquisición suavizada y cuyo exponente paradigmático es el *code d'instruction criminelle* francés de 1808. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos Procesales* (2003, reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011), II, pp. 294-310. El Ministerio Público es entonces, como indican los profesores Horvitz y López, producto del denominado sistema inquisitivo reformado o mixto, en el cual las labores que este organismo desempeñaba eran mínimas, dada la existencia de un juez de instrucción, el que realmente crea el caso para el fiscal, cuyo modelo existió en Alemania bajo la figura del *Untersuchungsrichter*, o hasta la modificada legislación italiana de 1989, o portuguesa de 1987, manteniéndose aún en la ley de enjuiciamiento criminal española y en el *Code de Procedure* penal francés. A su vez, como estos mismos autores refieren, en el sistema del *common law*, y específicamente en el caso inglés, en 1879 se crea la figura del *Director of Public Prosecutions*, incorporado en el acta sobre *Prosecution of Offences*, el cual desde el año 1908 pasó a tener, junto con las funciones consultivas, algunas procesales. Estas últimas se encuentran más bien vinculadas al *Crown Prosecution Service*, de 1985, el cual no puede iniciar de oficio procedimientos penales, quedando así, y como ha sido la tradición, la policía a cargo del ejercicio de la acción penal. En el caso de Estados Unidos, cada uno de los Estados cuenta con un Ministerio Público (además de existir fiscales federales), resultando ser dos los principios angulares de su funcionamiento desde sus orígenes: el monopolio de la acción penal por parte del Estado, y la discrecionalidad en su ejercicio. HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I, pp. 108 y 112-118. Véase también DUCE, Mauricio. *El Ministerio Público en la reforma procesal penal en*

como órgano autónomo y jerarquizado³, no perteneciente al poder judicial, dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, ejerciendo en su momento, y en la forma prevista por la ley, la acción penal pública⁴. De esta manera, la labor cotidiana será “confirmar

América Latina: visión general acerca del estado de los cambios [en línea] < <http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf> > [consultado el 18 de junio de 2015], pp. 66-68. Como referencia general a la conformación de los principales sistemas penales actuales y sus órganos de persecución, véase PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología* (Granada, Editorial Comares, 2011). También, FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo* (2002, reimp., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), pp. 42-53.

³ Véase a OTERO LATHROP, Miguel. *El Ministerio Público. Reforma Constitucional. Ley Orgánica Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2002), pp. 15-16. También, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público*, en ÉL MISMO (Director), *El Ministerio Público* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1995), pp. 211-216 y MORENO HOLMAN, Leonardo. *Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal*, en DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, et al., *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013), pp. 67-218, p. 70. Sobre la relación de esta autonomía con el principio de juridicidad, véase BOCKSANG HOLA, Gabriel, *El control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público* [en línea], Informe en Derecho, Unidad de estudios Regional Metropolitana Norte, Defensoría Penal Pública 1 (2013) <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7741-2.pdf>> [consultado el 23 de mayo de 2015], pp. 6-8. Sobre la evolución del órgano persecutor, véase MAIER, Julio B. J. *El Ministerio Público, ¿un adolescente?*, en ÉL MISMO (Compilador), *El Ministerio Público en el Proceso Penal* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1993), pp. 15-36.

⁴ Artículo 83, inciso 1, de la Constitución Política (“Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”); artículo 1 de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (“El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”), y

o corroborar la versión de las víctimas y luego realizar actuaciones tendientes a desvirtuar la versión del imputado, ya que la hipótesis de trabajo encuentra su justificación y sentido en aquello”⁵.

Ahora bien, en este transitar, y como sabemos que es el proceso penal el que “se entiende con el hombre real, de carne y hueso”⁶, ya que “el derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo”⁷, generándose

artículo 3 (“Exclusividad de la investigación penal. El Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley”), 77 (“Facultades. Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público”) y 166 (“Ejercicio de la acción penal. Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este título. Inc. 2. Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley. Inc. 3. Tratándose de delitos de acción pública previa instancia particular, no podrá procederse sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al artículo 54, salvo para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito”), todos del Código Procesal Penal.

⁵ MIRANDA MORALES, Lorenzo Ignacio. *El principio de objetividad en la investigación fiscal y el proceso penal. Una reforma urgente*, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* 15 (2010), pp. 35-53, p. 38.

⁶ BELING, Ernst Von, *Derecho Procesal Penal*, citado por MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (1996, reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012), I, p. 260. Señala Schünemann que desde el punto de vista teórico lingüístico, la perspectiva procesal se encuentra en un metanivel que no puede ser confundido con el nivel objeto en que se encuentra el delito (o la sistemática del delito). SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites* (traducción de Carlos Julio Lascano y José Milton Peralta, Buenos Aires, Hammurabi, 2010), p. 42.

⁷ MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*, I, *Ibid.*, p. 260. Pese a lo dicho, lleva la razón Zaffaroni al señalar que “si bien es cierta la afirmación de que el derecho penal no toca al delincuente un solo pelo, no es menos cierto que el derecho procesal, huérfano del penal, daría por resultado larguissimas cabelleras, lo que prueba la recíproca dependencia”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general* (2000, Buenos Aires, Ediar,

incluso penalizaciones intra-proceso⁸, el ente persecutor, pese a su autonomía y discrecionalidad frente al destino del caso, encuentra un límite infranqueable, propio de toda actividad de persecución penal, cual es el respeto por los derechos y garantías fundamentales de los sujetos afectados por la persecución estatal⁹, los que servirán de contrapeso frente a cualquier posible abuso de poder¹⁰.

En cuanto a estos contrapesos, como integrantes del principio de juridicidad al que se encuentran sometidos todos los órganos del Estado¹¹, tanto el constituyente como el legislador han hecho mención expresa¹². Así las cosas, y desde la perspectiva de sus destinatarios, allí donde las garantías individuales imponen a la actividad punitiva del Estado lo que se ha denominado como “bloque constitucional de

2002), p. 165. Esto último concuerda con el punto de vista de la criminología, en donde la afirmación usual es que “el derecho procesal penal es parte del derecho penal *lato sensu* y no puede ser pensado con independencia de éste”. MAIER, Julio B. J. *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*, en ÉL MISMO, *Antología*, cit. (n.1), p. 163. Esta conjunción también puede verse en la cuantificación de costos que genere la política criminal que adopte el ente persecutor en relación con la comisión de delitos en un tiempo y lugar determinado, lo que inevitablemente tendrá consecuencias en la prevención del delito. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *El Ministerio Público y la Política criminal en una sociedad democrática*, en *Revista de Derecho XIX* (2006), 2, pp. 187-203, pp. 192-196.

⁸ PEÑA WASSAF, Silvia. *Ribetes penales de la reforma procesal penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI* (2005), pp. 433-443, p. 434.

⁹ Sobre la temática véase a PASTOR, Daniel R. *Tensiones: derechos fundamentales o persecución penal sin límites* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004). En un ámbito relacionado, véase a ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel. *Los Derechos Fundamentales y la prueba ilícita* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011).

¹⁰ BOFILL GENZSCH, Jorge. *Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento*, en *Revista de estudios de la justicia 6* (2005), pp. 45-61, pp. 48-49.

¹¹ SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996), II, p. 24.

¹² Principalmente los artículos 83, inciso 3, de la Constitución Política de la República, artículo 4 de la ley N° 19.640 y artículo 9 del Código Procesal Penal.

derechos”¹³, la praxis ha olvidado a uno de sus protagonistas innatos: la víctima¹⁴. Ésta última, “del conflicto social que se pretende solucionar mediante el proceso penal, legitima su intervención en la medida en que se ha visto afectado un interés suyo”¹⁵. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para evitar su postergación¹⁶ (indicándose incluso que

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales 2* (2007), pp. 457-466, p. 457.

¹⁴ Sobre la situación de la víctima en el proceso penal, véase HIRSCH, Hans Joachim, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*, traducción de Julio Mayer y Daniel Pastor, en MAIER, Julio (compilador), *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992), p. 116. Sobre la temática véase TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coord.), *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la ley 4/2015* (Valencia, Tirant lo blanch, 2015); GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, *La víctima en las Constituciones* (Valencia, Tirant lo blanch, 2014); GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La víctima en el Derecho penal español* (Valencia, Tirant lo blanch, 2014); SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo blanch, 2008); FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores, *La intervención de la víctima en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo blanch, 2004); GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (Pamplona, Arazandi S.A., 2015); SCHÜNEMANN, Bernd, *et al.*, *La víctima en el sistema penal* (traducción de Luis Reina Alfaro, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006); HERRERO HERRERO, César, *Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal* (Madrid, Dykinson, 2015).

¹⁵ MARAGAÑO MÉNDEZ, Alejandro. *El estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006), p. 41.

¹⁶ Es posible distinguir tres etapas según la intensidad de la participación de la víctima en el proceso penal. En la primera etapa reinaba la venganza o justicia privada, en la cual el enfrentamiento de la víctima con su victimario era directo, con sus propias manos, o la de sus familiares más cercanos, adquiriendo, la mayor parte de las veces, caracteres de crueldad y desproporción difíciles de imaginar en nuestros días, e involucrando a un círculo de sujetos que superaba con creces al victimario. En este escenario, en donde muchas veces el temor o el desinterés confabulaban en contra de la apertura del proceso, tanto el talionismo (Código de Hammurabi) como el ostracismo surgieron como modalidades que trataron de poner freno a los excesos connaturales a la justicia privada. Luego, la línea del tiempo nos lleva a la composición y a la persecución penal vía sistema acusatorio privado, donde encontramos el derecho germánico. En este último se entremezclaban el derecho civil y penal. En sus inicios se autorizaba la guerra como forma de solución de la controversia (denominadas *Faida*), y la infracción del victimario resultaba ser un

atentado comunitario, recurriéndose a instituciones que permitían una reparación económica que posibilitaba imponer la paz quebrantada (*Buße, Sühnevertrag, Friedensgeld*), lográndose, a través de la *Buße*, un reclamo judicial posterior de tipo acusatorio. Por su parte, en el denominado periodo franco aparece la *Rügeverfahren*, como un atisbo de persecución pública, junto a la paz del rey como idea dominante en cuanto fin del proceso penal. Ahora bien, el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media marcó el destino del poder de la víctima a su total debilitamiento, produciéndose su expropiación al fortalecerse los Estados, lo que llevó a una “desprivatización del Derecho Penal”, en un proceso que terminó, dentro del sistema político de las monarquías absolutas, con la Inquisición. Esta última desalojó a la víctima del pedestal en el cual se encontraba, resultando totalmente desplazada por la persecución penal pública, comenzando así el periodo denominado de neutralización de la misma. El sistema inquisitivo dominó Europa continental alrededor de seis siglos (XIII-XVIII) apareciendo incluso antes en la Iglesia, sobre la base de la piedra angular del pecado que debía perseguirse a toda costa, permeando con ello el sistema de persecución penal. De esta forma se produce una “estatalización” del conflicto penal y con ello su criminalización, apareciendo aquí la figura del procurador y tomando forma lo que después conoceremos como Ministerio Público¹⁶. Además, la finalidad del proceso penal es ahora la búsqueda de la verdad histórica y se introduce el sistema de valoración legal de la prueba. En definitiva, en este periodo los protagonistas excluyentes del proceso penal son el juez y el delincuente, siendo la víctima reemplazada por el concepto abstracto de bien jurídico, el que se traduce en una víctima objetivada en el tipo penal. La conclusión entonces es irrefutable: la víctima ha desaparecido. La tercera etapa de esta evolución se configura por la reaparición o redescubrimiento de la víctima. Puede afirmarse aquí que ya con la Ilustración, la víctima, aún tímidamente, comienza a tener una mayor participación en su conflicto. Sin embargo, es el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial el que marca un definitivo retorno de la víctima intra-proceso, el que se vio reforzado por los avances de la victimología y, en forma complementaria, de la criminología en general. HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego Andrés, *La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de los delitos* (Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013), pp. 19-26. Véase también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Sobre la función de la víctima en el Estado de Derecho: víctima, política criminal, criminología y política social*, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia XIV* (1992) 46, pp. 55-81, p. 55; MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro, *La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal*, en *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores I* (2011), pp. 27-42, p. 28; NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (Editores), *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 45 (2011), p. 445; SALINERO E., Sebastián, *La génesis de la víctima en Chile*, en DUCE, Mauricio et al., *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica* [en línea], *Revista Política Criminal* 9 (2014) 18, pp. 739-815 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf> p. 806.> [consultado el 23 de mayo de 2015], p. 806; VALENZUELA ESPINOZA, Wilson, *El rol de la víctima en el nuevo proceso penal chileno* (Talca, Memoria Escuela de

se le ha robado el conflicto¹⁷), tanto frente al imputado, como respecto del Ministerio Público. Con éste último, desde su incorporación a la Constitución por la ley N° 19.519 (16 de septiembre de 1997), ha quedado plasmado un conflicto que hoy en día se encuentra más vigente que nunca, ya que la víctima “irrumpe al interior del proceso”¹⁸ y se le faculta, junto al persecutor, para ejercer igualmente la acción penal¹⁹, lo que puede interpretarse como el establecimiento de un “estatuto normativo de equilibrio entre su ejercicio por el persecutor estatal y por la víctima, quien puede ejercer la acción penal pública, no subordinado o en inferior calidad en el ámbito de la tutela de sus derechos. La voz ‘igualmente’ utilizada en la norma implica ‘también’ (...) por lo que no podría sostenerse que la víctima no goza en este sentido de igualdad de facultades en el ejercicio de la acción penal con el persecutor”²⁰.

Es la excesiva subordinación de la víctima al persecutor, junto a la violación del debido proceso, lo que ella ha reclamado en aquellos casos donde su pretensión frente al Ministerio Público, en lo que al destino de su causa se refiere, resulta antagónica a la solución que para la misma plantea el persecutor. El caso paradigmático de esta situación es aquel en el cual la víctima no puede forzar una acusación, en los términos del

Derecho, Universidad de Talca, 2005), p. 5; ASTE HEVIA, Regina Paz, *La víctima ante la nueva justicia procesal penal* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005), p. 31; BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en ÉL MISMO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998), p. 89.

¹⁷ CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor* (1984, reimp., traducción de Mariluz Caso, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988), p. 126.

¹⁸ MARAGAÑO MÉNDEZ, Alejandro. *El estatuto jurídico de la víctima*, cit. (n. 15), p. 41. Una visión general de la relación entre el persecutor y la víctima en el proceso penal la encontramos en ARANCIBIA ALLENDE, Pablo Andrés. *El Ministerio Público y su relación con la víctima*, en MAIER, Julio B. J. et al., *Seminario Reforma Procesal Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001), pp. 109-114.

¹⁹ El artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política de la República indica: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, podrán ejercer igualmente la acción penal”.

²⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012), I, p. 222.

artículo 258 del Código Procesal Penal, dado que el Ministerio Público no ha formalizado la investigación (incluso ha comunicando su decisión de no perseverar), siendo dicha comunicación, en principio, un requisito previo de la primera²¹. Similar afectación se produce en aquellos casos en donde el fiscal mantiene abierta una investigación sin formalizar, por un tiempo excesivo, lo que perjudica tanto a la víctima que desea continuar, como al imputado que aboga por terminar, y en ambos casos, por la posible dilación indebida del proceso²².

Frente a las situaciones referidas, las respuestas de las víctimas, como era de esperar, se han plasmado en sendos recursos ante el Tribunal Constitucional, resultando recurrentes allí las alegaciones por violación al debido proceso²³ y a la tutela judicial efectiva²⁴, lo que ha generado en dicha magistratura constitucional, una abundante jurisprudencia relacionada²⁵, la cual, en sus líneas generales, evidencia la tensión que se

²¹ El caso ya clásico en esta temática es uno seguido por falsificación de instrumento privado en el Juzgado de Garantía de San Fernando, Rit 179-2005, Ruc 0510001570-8, el cual generó una importante sentencia del Tribunal Constitucional (STC), rol 815-07, de 19 de agosto de 2008. Un análisis de la misma puede encontrarse en GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013), pp. 211-222.

²² Sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal, véase a PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002).

²³ El artículo 19 N° 3, inciso 6, de la Constitución Política señala: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

²⁴ Este derecho emana de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso 1, de la Constitución Política, el cual indica: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: N° 3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

²⁵ STC, roles 815-07 (19.08.2008), 1244-08 (02.06.2009), 1394-09 (13.07.2010), 1404-09 (18.05.2010), 1337-09 (20.08.2009), 1380-09 (20.08.2009), 1467-09 (20.12.2009), 1484-09 (05.10.2010), 1445-09 (29.01.2010), 1341-09 (15.04.2010), 2561-13 (30.12.2013) y 2680-14 (29.01.2015). Todas las sentencias se encuentran, a texto completo, en la página web del Tribunal Constitucional [en línea] <<http://>

impone sobre el persecutor a la hora de fijar los límites de sus facultades discrecionales vinculadas con el ejercicio de la acción penal, en donde el *quid* del asunto lo que deberá revelar, parafraseando a Roxin, en el caso particular, como sismógrafo de la Constitución²⁶, será la modalidad que se utilice para evitar que dicha discrecionalidad se transforme en arbitrariedad²⁷ y termine afectando los mencionados derechos.

Es precisamente en este punto en donde el Tribunal Constitucional ha recurrido, bajo interpretación constitucional, al artículo 186 del Código Procesal Penal²⁸, para presentarlo como válvula de escape, a objeto de imponer la noción de una discrecionalidad no arbitraria²⁹ como modelo estructural regulador del actuar del Ministerio Público, en lo que al ejercicio de la acción penal se refiere³⁰.

www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica> [consultado el 23 de mayo de 2015].

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* 25 (2000, reimpr., traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006), p. 10.

²⁷ Sobre la temática véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* 16 (1974, Madrid, Editorial Civitas-Thomson Reuters, 2013), I, pp. 522-528. También RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, *Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, en *Revista de Derecho* 26 (2013), 1, pp. 181-208 y DUCE, Mauricio, y RIEGO, Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2002), I, pp. 181-211.

²⁸ Artículo 186 CPP: “Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare 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 fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”. Algunos cuestionan la función de control judicial que se atribuye a este artículo, ya que, fuera de aquello que la misma norma permite, no puede el juez de garantía decretar diligencia alguna de investigación. AGUILAR ARANELA, Cristian, *Código Procesal Penal. Comentado y concordado. Breves reseñas jurisprudenciales* (Santiago de Chile, Ediciones Metropolitana, 2001), I, p. 401, y CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal, *El nuevo proceso penal. Explicación alfabetizada y concordada* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica, la ley, 2002), I, p. 197.

²⁹ STC, rol 1341-09, considerandos decimotercero y decimocuarto.

³⁰ En algunos fallos, el Tribunal Constitucional sólo hace menciones al artículo 186 del Código Procesal Penal como uno de los derechos de que dispone la víctima

Nos encontramos en el punto central de esta micrología, que nos llevará al estudio de la posición de la víctima en el proceso penal³¹, para así entender su relación con el ejercicio de la acción penal pública y su derecho a la tutela judicial efectiva, partiendo de una mejor comprensión del contenido y alcance del mencionado artículo 186 del Código Procesal Penal, en la dimensión entregada por la magistratura constitucional.

I. Génesis, contenido y alcance del artículo 186 del Código Procesal Penal

1. Historia legislativa

El artículo 186 del Código Procesal Penal, parafraseando a Stein, se nos presenta en su trámite legislativo bajo parámetros disímiles y a

para controlar al ente persecutor (STC, roles 1394-09, 1404-09, 1445-09 y 1244-09). En otros, lo impugnado es directamente el mencionado artículo 186 (STC, roles 1337-09, 1380-09 y 1484-09). Finalmente, a veces se presenta a dicho artículo, derechamente, como la solución de contrapeso de la víctima frente al Ministerio Público (STC, roles 815-07, 1467-09, 1341-09 y 2680-14).

³¹ Al día de hoy son principalmente tres los ámbitos en los cuales la víctima ha obtenido los mayores avances: a) la mayor intervención en el proceso penal, b) la reparación del daño asociado y c) los derechos que se le han reconocido, aún sin intervenir en el proceso. BOVINO, Alberto, *La participación*, cit. (n. 16), p. 94. Más aún, diversos textos positivos incorporan a la víctima como centro de su preocupación, como sucedió en Inglaterra y Nueva Zelanda (1963 y 1964), México (1969), Austria (1972), Finlandia (1973), Irlanda (1974), Holanda (1975), Noruega (1976) y Francia (1977). PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno*, en Ministerio Público, División de atención a víctimas y testigos, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Editorial Fallos del mes, 2003), p. 16. Lo mismo aconteció, en el caso alemán, con la *Opferschutz* G. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, cit. (n. 22), p. 524. Tampoco América Latina se ha excluido de esta evolución, encontrándonos aquí, como señala Duce a título ejemplar, con los Códigos Procesales Penales de Argentina (art. 79), Colombia (art. 11), Costa Rica (art. 71), Paraguay (art. 68), Perú (art. 95), República Dominicana (art. 84) y Venezuela (art. 120). DUCE, Mauricio, *Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno*, en DUCE, Mauricio et al., *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica* [en línea] *Revista Política Criminal* 9 (2014), 18, pp. 739-815 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf p. 806> [consultado el 23 de mayo de 2015], p. 742, nota n. 8. Véase también BERTOLINO, Pedro J. (Coord.), *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano* (Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003).

veces contradictorios si se considera, dada la importancia de la temática que regula³², que no es mencionado en el anteproyecto ni en el mensaje del código³³, desconociéndose al autor de la indicación y, con ello, sus motivaciones³⁴. De esta forma, su origen se encuentra en la Cámara de Diputados³⁵, específicamente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia³⁶, ya que es en el informe de dicha comisión en donde se deja constancia de la aprobación del artículo 266 del proyecto, antecedente del actual artículo 186, donde se señalaba:

³² STEIN, Alex. *Contra la prueba libre*, en *Revista de Derecho* XXVI (2013) 2, pp. 245-261, p. 246.

³³ CASTRO VARGAS, Carlos. *Resabios inquisitivos en el proceso penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010), p. 220. También HERRERA SEGUEL, Marta, *Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005), pp. 385-405, p. 387; MATURANA MIQUEL, Cristian (coordinador), *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias. Código Procesal Penal. Libro Segundo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II, p. 100.

³⁴ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante*, en *Revista de Derecho* 26 (2011), pp. 109-136, p. 117. En cuanto a las discusiones en la comisión sobre la temática, el profesor Piedrabuena señala que “según referencias verbales del profesor Raúl Tavolari, que asistió permanentemente a las comisiones de Legislación de la Cámara y del Senado, algunos parlamentarios manifestaron la inconveniencia de encontrarse, ellos o algunos personajes políticos, aludidos por la prensa de la existencia de una investigación que los afectara y que para ello había que establecer una manera de aclarar el tema a través del Juez de Garantía”. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal)*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 23 (2010), pp. 9-38, p. 13.

³⁵ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado 2* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 305. También CASTRO VARGAS, Carlos, cit. (n. 28), p. 220 y Herrera Seguel, Marta, cit. (n. 28), p. 387.

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.696. Establece el Código Procesal Penal [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19696&anio=2015> [consultado el 27 de mayo de 2015], p. 347.

“Control judicial anterior a la formalización de la instrucción. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación de un fiscal del ministerio público que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de control de la instrucción que le ordene informar acerca de los hechos objeto de la investigación. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la acusación o cierre la investigación”³⁷.

Ahora bien, más allá de consideraciones puramente lingüísticas, que llevan al legislador a hablar de una instrucción que se formaliza, se alude aquí a la fijación de un plazo por parte del juez para que se formalice la acusación, lo que a todas luces sobrepasa aquello que se regula, esto es, un control anterior a la formalización de la instrucción (y muy anterior a la acusación), con lo cual se produce el efecto contrario al preconizado por Ricoeur, ya que se impone una separación entre la explicación y la comprensión de la norma, dejando de ser dos momentos dialécticamente unidos³⁸. Y que esto es así resulta evidente si se piensa que la formulación de cargos (hoy formalización de la investigación) dista mucho de la presentación de la acusación, y ésta última tiene lugar “tratándose de investigaciones ya judicializadas”³⁹, con lo cual el control referido perdía todo sentido.

Así las cosas, es posible pensar que con esta redacción, el “control judicial tenía por objeto acelerar los trámites de una investigación ya formalizada para que fuera prontamente cerrada y se formalizara la acusación a la brevedad, todo ello en el claro supuesto de que los imputados tenían derecho a un juicio expedito y sin dilaciones arbitrarias o injustificadas del fiscal”⁴⁰. Sin embargo, este artículo 266 sufre algunas transformaciones al encontrarse el proyecto en el Senado, en donde, pese a

³⁷ Ibid.

³⁸ RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido* (traducción de Graciela Monges Nicolau, México, Ediciones Siglo XXI, 1995), pp. 84-86.

³⁹ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 387.

⁴⁰ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 14.

tildarse allí de formal⁴¹, además de regularse ahora la materia en el artículo 216⁴², se varía su contenido, aclarándose que la alusión a la facultad del juez de garantía al fijar un plazo, no se refería a la formalización de la acusación, sino de la investigación, y que una vez que esta última estaba formalizada debían aplicarse las disposiciones respectivas de la duración o cierre de la investigación⁴³. Las modificaciones fueron aprobadas en forma unánime por los miembros de la comisión, los honorables senadores señores Aburto, Larraín y Viera-Gallo⁴⁴. Junto a estas modificaciones, “en el título reemplazó el vocablo instrucción por investigación”⁴⁵, resultando, en definitiva, la ubicación actual del precepto (artículo 186), de “algún momento de la tramitación”⁴⁶, y apareciendo la redacción definitiva en el informe de la comisión mixta⁴⁷.

2. Contenido y alcance del precepto

El artículo 186 del Código Procesal Penal presenta tres aspectos que resultan problemáticos⁴⁸ al momento de definir sus

⁴¹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización*, cit. (n. 34), pp. 117-118. MATURANA MIQUEL, Cristian (coordinador). *Reforma Procesal Penal*, cit. (n. 33), p. 100.

⁴² Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.696, cit. (n. 31), p. 1771.

⁴³ NUÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Introducción al estudio del proceso penal* (México D.F., Editorial Jurídica de las Américas, 2009), II, p. 41. MATURANA MIQUEL, Cristian (coordinador). *Reforma Procesal Penal*, cit. (n. 33), pp. 100-101.

⁴⁴ CASTRO VARGAS, Carlos. *Resabios*, cit. (n. 33), p. 221.

⁴⁵ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, cit. (n. 35), p. 305.

⁴⁶ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 15.

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.696, cit. (n. 36), p. 2082.

⁴⁸ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal 2* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012), II, pp. 641-648; PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), pp. 15-29, y en *La formalización de la investigación*, cit. (n.34), pp. 117-121; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, I, cit. (n. 2), pp. 464-465 y 505; NUÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, cit. (n.43), pp. 40-41; CERDA

alcances⁴⁹. En efecto, su tortuosa configuración sistemática dificulta la definición, en primer lugar, de quienes son los titulares de la facultad que

SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia* 3 (Santiago de Chile, Librotecnia, 2008), pp. 204-208; HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 388; CASTRO VARGAS, Carlos, *Resabios*, cit. (n. 33), pp. 221-223; FERNÁNDEZ SCHIAFFINO, María Cristina, *Formalización de la investigación en el nuevo proceso penal: la llave del Ministerio Público* (Santiago de Chile, Memoria Escuela de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005), p. 43; GANDULFO R., Eduardo, *El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la sobreprotección*, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coordinador), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 771-802, pp. 786-802; BLANCO SUÁREZ, Rafael (Director), *Código Procesal Penal. Sistematizado con jurisprudencia* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, 2011), pp. 186-187; CAMPS ZELLER, José Luis, *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2004), pp. 209-2012; CAROCCA PÉREZ, Alex et al., *Nuevo Proceso Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 2000), pp. 120-121; CORREA SALAMÉ, Jorge Danilo, *Código Procesal Penal. Concordancias, historia de la ley, doctrina, jurisprudencia* (Santiago de Chile, Puntotex S.A., 2007), pp. 475-478; CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal, *Derecho Procesal Penal en preguntas y respuestas* 3 (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana Ltda, 2006), p. 184, y en *El nuevo proceso penal. Explicación*, cit. (n. 28), pp. 196-197; AGUILAR ARANELA, Cristian, *Código Procesal Penal*, cit. (n. 28), p. 401; DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2012), pp. 226-228; Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N° 1 a 25* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001), p. 75-77; SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de procedimiento penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 91; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal* (2010, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013), I, pp. 312-319; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno* 4 (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008), p. 94; CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal* 7 (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012), p. 232; CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno* 2 (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008), pp. 348-349; BLANCO SUÁREZ, Rafael et al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005), p. 41; SALAS ASTRAIN, Jaime, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* 2 (Santiago de Chile, Librotecnia, 2015), pp. 42-63.

⁴⁹ De inmediato debemos aclarar que la facultad que este precepto establece no se encuentra limitada a ser utilizada por una sola vez durante el proceso, ya que, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, “el contenido del artículo 186 examinado no permite colegir que la facultad que él contiene sólo pueda ejercerse por una vez, impidiendo su ejercicio en futuras oportunidades” (STC, rol 1484-09).

allí se establece, dado que la referencia a los afectados se constituye en un claroscuro interpretativo por su imprecisión, lo que lleva a preguntarse si la víctima queda o no comprendida en su significado. A su vez, surgen otras interrogantes, tanto del contenido de la información que debe entregar el fiscal, junto a la eventual sanción frente al incumplimiento de la referida obligación de información, como del plazo que para formalizar fija el juez de garantía.

De inmediato debemos señalar que en los tópicos antes referidos, nuestra interpretación podrá ser calificada de adaptadora para algunos⁵⁰ y de evolutiva⁵¹ o progresiva⁵² para otros, ya que en ella, necesariamente, debe considerarse la importancia que la víctima ha recobrado en el proceso penal (en un proceso también progresivo), frente al robo anterior de su conflicto⁵³, no resultando “defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal”⁵⁴.

Sin duda, esta postura inicial marcará este trabajo.

a) Fundamento del artículo 186 del Código Procesal Penal

En este punto debe partirse de la base de que estamos frente a una norma de excepción, ya que la regla general se encuentra en lo dispuesto en el artículo 230 del Código Procesal Penal, esto es, la oportunidad de la formalización de la investigación es aquella que el fiscal determine, cuando lo estime oportuno. Sin embargo, el artículo 186 del Código

⁵⁰ QUINTANA BRAVO, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 226.

⁵¹ DE BUEN, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932), p. 432.

⁵² COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975), I, p. 113.

⁵³ LARRAURI, Elena, *Victimología*, en MAIER, Julio (compilador), *De los delitos*, cit. (n. 14), pp. 281-316, p. 300.

⁵⁴ MAIER, Julio, *La víctima y el sistema penal*, en ÉL MISMO (compilador), *De los delitos y de las víctimas*, cit. (n. 14), pp. 183-259, p. 214.

Procesal Penal nos presenta una situación que puede parecer anómala, ya que aquí se trata de una obligación para el Fiscal, es decir, del “deber” de formalizar⁵⁵, quedando reservada la facultad para el órgano que ejerce la función cautelar⁵⁶.

Partiendo de la premisa anterior, y tratándose del imputado, el fundamento del precepto es evidentemente garantista⁵⁷, en cuanto se otorga a éste la posibilidad de salvaguardar dos aspectos básicos del debido proceso, esto es, el derecho a la defensa, que se logra, básicamente, con la obligación del persecutor de informar sobre los hechos que investiga⁵⁸, y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable⁵⁹, lo cual se obtiene a través del plazo judicial impuesto al fiscal para que formalice⁶⁰.

⁵⁵ Por todos DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, cit. (n. 48), p. 226.

⁵⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, II, cit. (n. 48), p. 642.

⁵⁷ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 388.

⁵⁸ Algunos indican que el fundamento de este artículo, en cuanto a la obligación de informar que se impone al fiscal, “radica en el carácter público de la misma para el imputado y la defensa. Tanto así que la redacción original del artículo 182 del Código aludido referente al secreto de la investigación (...) debió ser modificada por la ley N° 20.074, de 2005, ante la interpretación restrictiva que los fiscales hacían de ella, en base a la cual sólo se permitía a la defensa del imputado acceder visualmente a la carpeta de investigación, pero no se autorizaba a obtener copia de la misma, como sí se dispone en forma expresa en la actualidad”. SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), p. 44. Nos parece difícil pensar que sea éste el fundamento exclusivo de la norma en cuestión, porque importaría una reiteración innecesaria de aquello que el legislador ya había señalado con claridad en el referido artículo 182.

⁵⁹ Entendemos por un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como lo hace Riba Trepát, “una garantía procesal de carácter institucional que bajo la forma de un derecho fundamental y con la finalidad de proporcionar a los ciudadanos un proceso temporalmente eficaz, contiene un conjunto de obligaciones públicas y unos mecanismos de tutela –que se concretan en las propias normas procesales, así como también en los recursos jurisdiccionales al alcance de los mismos– cuyo presupuesto viene determinado por la demora judicial injustificada que al verificarse provoca, entre otras consecuencias, el devengo de una indemnización a cargo del Estado”. RIBA TREPAT, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas* (Barcelona, J. M. Bosch editor, 1997), pp. 182 y 183.

⁶⁰ Como fundamento de este artículo, Gandulfo propone la protección de la seguridad individual y la certeza jurídica, y junto a ello, de la libertad personal. GANDULFO R., Eduardo, cit. (n. 48), p. 788.

En el caso de la víctima, el artículo 186 del Código Procesal Penal juega un papel fundamental en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva⁶¹ (el cual creemos, forma parte del debido proceso, incluyendo el derecho a obtener una respuesta penal dentro de un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, de la misma manera que sirve al imputado con el mismo objetivo⁶²), y a un procedimiento e investigación racionales y justos, impidiéndose así, como ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, el que la “aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible”⁶³.

Finalmente, tratándose de terceros afectados por una investigación penal, la norma en cuestión tiene un fundamento más general, que apunta al derecho que posee toda persona a desarrollar una vida en condiciones de absoluta normalidad, y más precisamente, a la necesaria seguridad jurídica de éstos frente a posibles menoscabos a cualquiera de sus derechos, como consecuencia derivada de una investigación penal en la cual no son imputados, aunque debe reconocerse que su aplicación práctica puede resultar puramente informativa.

⁶¹ Entendemos por ella “el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de los derechos fundamentales”. GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Estudios Constitucionales 2* (2013), pp. 229-282, p. 244. Véase también MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Lima, Palestra, 2007).

⁶² Esto se confirma, como indica Piedrabuena, si se observa lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hablar del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, y en lo dispuesto en los artículos 234 y 247 del Código Procesal Penal, que pueden ser utilizados por la víctima-querellante y tienen influencia directa en la duración de la investigación. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Constitución*, cit. (n. 31), p. 32.

⁶³ STC, rol N° 1337-09.

b) Los afectados del artículo 186 del Código Procesal Penal

El mencionado artículo alude a “Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación...”, empleándose así un vocablo que, en su contexto y en términos de Hart, resulta de una textura abierta⁶⁴, aunque señalarlo no es ninguna novedad si se piensa en que “las formulaciones normativas que identificamos convencionalmente como jurídicas se expresan mediante el lenguaje, y el lenguaje jurídico, como cualquier lenguaje natural, posee inevitablemente una textura abierta, esto es, una potencial vaguedad de sus términos genéricos”⁶⁵. Y es justamente esto lo que sucede aquí con el término “afectada”, el cual nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que es un “concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma”⁶⁶.

En efecto, algunos sostienen que con esta palabra se alude “única y exclusivamente al sujeto procesal imputado y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor”⁶⁷, y el fundamento de aquello es que nos encontraríamos frente a una “norma de garantía a favor del imputado, que tiene por fin evitar dilaciones indebidas”⁶⁸. En otros términos, se trataría de “dotar al imputado, que es objeto de una investigación desformalizada, del conocimiento de los antecedentes mínimos a fin de poder enfrentar y sortear una persecución que pudiese

⁶⁴ Hart, HERBERT. *El concepto de Derecho* (1961, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963), p. 159.

⁶⁵ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, Comentario. “Herbert Hart entre el noble sueño de la determinación completa del derecho y la pesadilla de su indeterminación radical”, en FIGUEROA RUBIO, Sebastián (Ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporáneo. A 50 años del concepto de derecho* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014), pp. 94-137, p. 95.

⁶⁶ STC, rol n° 815-07, considerando trigesimoquinto, p. 48.

⁶⁷ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 388.

⁶⁸ CASTRO, JOFRÉ, Javier, *Introducción*, cit. (48), p. 366. También HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, I, cit. (2), p. 464-465.

materializarse en el futuro con todo rigor⁶⁹. Incluso, como explica Piedrabuena, esto puede precisarse aún más, encontrándonos frente a un imputado-afectado que sin conocer la investigación se entera de la misma, verbigracia, por cualquier medio de comunicación o por alguna medida intrusiva de la que tome conocimiento, y en este caso, por consideraciones de certeza jurídica, puede acudir al artículo referido⁷⁰, con lo cual “los únicos que tendrían real interés y legitimación para invocar el artículo 186 del C.P.P. serían aquellos que temen que van a ser imputados o aquellos que no saben si están imputados y puede que lo estén”⁷¹. Otros indican, en esta misma línea argumentativa, que el artículo 186 del Código Procesal Penal es la “contrapartida de la posibilidad de solicitar diligencias con anterioridad a la formalización”⁷². También hallamos a quienes afirman que aquí estamos frente a un mecanismo normativo de sobreprotección respecto al imputado (que aparece como el único titular), y que actúa en un nivel superior a la prescripción y al plazo de cierre de la investigación, los cuales se encontrarían en una primera línea de defensa⁷³.

Ahora bien, a nuestro parecer, las interpretaciones señaladas son demasiado restrictivas. Y que esto es así salta a la vista si se revisa el significado de la palabra “afectada”, ya que ésta se define como aquejado o molestado⁷⁴, lo cual resulta ser un concepto amplio, que no excluye a terceros distintos del imputado, incluyendo aquí a la propia víctima. Esto se confirma si se considera que el legislador, en el mismo artículo 186 del Código Procesal Penal, asocia el término a una expresión genérica (*Cualquier persona...*), a lo que se une el que en otros lugares

⁶⁹ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (43), p. 43.

⁷⁰ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial*, cit. (n. 33), p. 20.

⁷¹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización*, cit. (n. 33), p. 121.

⁷² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, cit. (n. 48), p. 227. También FERNÁNDEZ SCHIAFFINO, María Cristina, cit. (n. 48), p. 43 y CAROCCA PÉREZ, Alex et al., *Nuevo Proceso Penal*, cit. (n. 48), pp. 120-121.

⁷³ GANDULFO R., Eduardo, cit (n. 48), pp. 786-802.

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, 22º edición [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/>> [consultado el 31 de mayo de 2015].

(artículo 38 de la ley N° 20.000 y artículo 31 de la ley N° 19.913) se distingue entre terceros ajenos al procedimiento y terceros afectados por una investigación, los que son separados del imputado y los demás intervinientes, quedando así en evidencia que la calidad de afectado no sólo incluye al imputado, sino también a otros sujetos.

De esta forma, junto al imputado quedarían comprendidos aquí también tanto aquellos sujetos que, sin ser intervinientes, se ven privados, perturbados o restringidos en algunos de sus derechos o garantías constitucionales por una investigación no formalizada⁷⁵, como la propia víctima⁷⁶.

En lo referente a esta última, se indica que ella, más que afectada por una investigación, estaría interesada en la misma⁷⁷, sin embargo, esta última, en su etimología, alude a quien “ostenta un interés legítimo en un procedimiento administrativo y, por ello, está legitimada para intervenir en él”⁷⁸, lo que, por disposición legal, sucede con la víctima (verbigracia, los artículos 12, 109 y 111 del Código Procesal Penal, y el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política de la República), reforzando con ello su *status* de afectada por una investigación. Esto es así incluso si se considera que el artículo 186 del Código Procesal Penal pone en la investigación, y no en la formalización, la causa de la afectación de su destinatario, aludiéndose así a que no es la investigación lo que aqueja a

⁷⁵ En el mismo sentido, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 317. El autor mencionado señala, como ejemplo, al “arrendatario de una pieza dentro de una casa con más ocupantes y donde existe un solo teléfono fijo, que es de uso común para todos los moradores, atendido que uno de esos otros arrendatarios está siendo investigado por tráfico de estupefacientes, el JG autoriza, a petición del MP, la interceptación telefónica, que en realidad afectará no sólo al imputado, sino que también a terceros no involucrados en la persecución penal”. *Ibid.* En sentido similar, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Reforma Procesal Penal. Instrucciones generales*, cit. (n. 48), p. 76.

⁷⁶ Con una interpretación similar, véase a MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, II, cit. (n. 48), p. 646-648.

⁷⁷ Por todos HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 388 y PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 21.

⁷⁸ Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, cit. (n. 74).

la víctima, ya que no puede olvidarse que, a texto expreso, el legislador une ambos conceptos al referirse a una persona “afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente”, lo cual no es de extrañar si se piensa, al menos en una primera aproximación, en el forzamiento de la acusación que regula el artículo 258 del Código Procesal Penal y que se vincula con el principio de congruencia del artículo 259, inciso final, del mismo código, resultando así que, desde la perspectiva de la víctima, una investigación sin formalización reduce drásticamente sus posibilidades procesales de actuación. En este punto, nuestra tesis nos llevará, según veremos, a una alternativa que constituya para la víctima un símil de la formalización y le permita, bajo estricto control judicial, el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁹.

Siguiendo con el *status* de afectada de la víctima, la existencia de otras disposiciones del Código Procesal Penal que emplean el mismo vocablo (afectadas), sin tratarse obligatoriamente del imputado, como sucedería con el artículo 236, al hablar de “Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado... Si el fiscal requiriere que ellas se llevaran a cabo sin previa comunicación al afectado...”, confirman la interpretación amplia aquí sustentada. Más aún tratándose de la víctima, ésta puede ser una útil herramienta para el ejercicio de sus derechos: i) a ejercer la acción penal pública igualmente que el Ministerio Público (artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política), ii) a una investigación racional y justa (artículo 19, n° 3, inc. 6, de la Constitución Política) y iii) a la tutela judicial efectiva de los mismos (artículo 19, n° 3, inciso 1 de la Constitución Política). Todo esto considerando aquellos casos en que la desidia del ente persecutor en formalizar la investigación produce una afectación sustancial de éstos⁸⁰, tal como lo ha señalado el Tribunal

⁷⁹ Una tesis similar, aunque con distinto origen, puede encontrarse en RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, *Análisis de la (in) eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, en la etapa preliminar del proceso penal chileno*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 1 (2015), pp. 351-399, pp. 370-381.

⁸⁰ En la misma línea de argumentación encontramos a MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, II, cit. (n. 48), p. 646.

Constitucional en reiteradas ocasiones⁸¹. Esta es, por lo demás, la única interpretación que nos parece acorde con la evolución experimentada por la víctima en el ámbito internacional, en donde se propugna una mayor participación de ésta en el proceso penal⁸².

c) El contenido de la información que debe entregar el fiscal

El artículo 186 del Código Procesal Penal permite a la persona afectada por una investigación penal pedir al juez de garantía, con la debida justificación⁸³, que “ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella”. La pregunta entonces es simple: ¿cuál es el estándar del contenido de la información que debe entregar el fiscal? Al respecto, si bien se trata en la especie de un “derecho de acceso a la información reunida”⁸⁴, no puede adquirir la naturaleza de una formalización de la investigación, dado el momento “preliminar de la investigación y la escasa afección de garantías que en este estado, en general, podría darse”⁸⁵, por lo cual la información que se entregue no debe ser detallada, ni mucho menos acompañarse una “copia de la investigación al juez”⁸⁶, ya que lo único importante es que la información entregada en la audiencia resulte suficiente para cumplir con su cometido⁸⁷, bastando para ello que tenga un “carácter

⁸¹ Por ejemplo, STC roles 1337-09 y 1467-09.

⁸² NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *El ofendido por el delito y la prueba*, en COLOMA CORREA, Rodrigo (coordinador), *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005), p. 103.

⁸³ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 392.

⁸⁴ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), p. 44.

⁸⁵ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 391.

⁸⁶ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 16.

⁸⁷ Se indica por algunos que “la cuestión apuntará a que el Fiscal informe, en primer término, si efectivamente sustancia una investigación penal en la que se atribuye responsabilidad al sujeto. Si la respuesta del Fiscal fuere negativa, me parece que se habrán agotado los derechos del requirente y que, a su respecto, la resolución judicial estará cabalmente cumplida”. CAMPS ZELLER, José Luis, cit. (n. 48), p. 160.

básico”⁸⁸, pues como bien señala Piedrabuena, “si se le exigiera una explicación de sus propósitos investigativos, se estaría afectando una potestad investigativa sobre la cual los jueces no tienen atribuciones”⁸⁹.

*d) La sanción al incumplimiento de informar o de formalizar*⁹⁰

Un cuarto aspecto en el análisis del artículo 186 del Código Procesal Penal son los efectos que se derivan del incumplimiento por parte del fiscal de la orden del Juzgado de Garantía, respecto a informar sobre los hechos que investiga, o formalizar la investigación dentro de un plazo. De inmediato debe señalarse que nos encontramos aquí frente a un abanico de soluciones que generan, como era de suponer, cierto caos interpretativo⁹¹. Sin embargo, esto no debe descolocarnos, ya que sabemos que ni siquiera la naturaleza es lineal, pues “nada es simple, el orden se oculta tras el desorden, lo aleatorio está siempre en acción, lo imprevisible debe ser comprendido”⁹², y en lo que nos interesa sucede lo mismo, y nuestro único objetivo debe ser lograr una interpretación integradora y, por sobre todo, respetuosa de los derechos fundamentales de todos los intervinientes, lo que, por cierto, incluye a la víctima.

⁸⁸ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 391.

⁸⁹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 16.

⁹⁰ Algunos separan las consecuencias derivadas de la falta de información, de aquellas propias de la ausencia de formalización, aunque sin señalar el fundamento de esta diferenciación, ni sus consecuencias. CASTRO JOFRÉ, Javier, Introducción, cit. (n. 48), p. 366. En nuestro caso hemos optado por considerarlas conjuntamente, aunque con ciertos matices, debiendo reconocer que las definiciones que se entreguen de las distintas posturas existentes sobre la temática se refieren, principalmente, al incumplimiento por parte del Fiscal de la obligación de formalizar dentro de plazo, impuesta por el Juzgado de Garantía, lo que, por lo demás, resulta ser la regla en la doctrina nacional.

⁹¹ Esta es una situación, así como muchas otras, que el mismo legislador debió resolver expresamente. CASTRO JOFRÉ, Javier, Introducción, cit. (n. 48), p. 366. También CASTRO VARGAS, Carlos, *Resabios*, cit. (n. 33), p. 222.

⁹² BALANDIER, Georges. *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales* (1988, reimp., traducción de Beatriz López, Barcelona, Gedisa editorial, 2003), p. 9.

Así las cosas, el panorama normativo, derivado del incumplimiento referido por parte del fiscal, puede generar varias respuestas⁹³:

i) No existe sanción para el incumplimiento

El artículo 186 del Código Procesal Penal, a diferencia de lo que sucede con otros artículos de este mismo código (verbigracia, el artículo 247), no contiene una sanción para el caso en que el fiscal se niegue a formalizar la investigación o a informar sobre los hechos que investiga⁹⁴. Tratándose aquí, como antes referimos, de una situación de excepción⁹⁵

⁹³ Existen tres posibilidades anteriores al incumplimiento, que es necesario mencionar: a) que una vez solicitado al juez de garantía que fije un plazo para formalizar, deseche dicha petición, b) que el juez de garantía, entendiendo razonada la solicitud, acceda a ella, estableciendo un plazo para formalizar y c) que habiéndose impuesto al fiscal un plazo para formalizar la investigación, antes de su vencimiento, se solicite una prórroga del mismo. En los mismos términos, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 314 y SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (n. 48), pp. 48-49.

⁹⁴ Como refiere Salas Astrain, el Tribunal Constitucional ha reconocido esta falta de sanción en sentencia rol 815-07. SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), p. 54. En la parte respectiva, señala esta sentencia: “la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales”. En página web del Tribunal Constitucional [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>> [consultado el 7 de junio de 2015].

⁹⁵ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 15. A nuestro parecer, el carácter excepcional de la norma en comento deriva de regularse aquí un deber de formalización. En el mismo sentido, SILVA MONTES, Rodrigo, cit. (n. 48), p. 91; CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal, *Derecho Procesal Penal*, cit. (n. 48), p. 184; CAROCCA PÉREZ, Alex, *Manual*, cit. (n. 48), p. 94; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, I, cit. (n. 2), p. 465; DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, cit. (n. 48), p. 226; NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, cit. (n. 43), p. 41. En este punto, el profesor Leonardo Moreno indica que este deber de formalizar, generado por el artículo 186 del Código Procesal Penal, es la contrapartida del derecho de la defensa y del imputado, de ser informados, el cual, en este caso, debe primar por sobre el criterio de oportunidad que el legislador entrega al fiscal para decidir una formalización. En BLANCO SUÁREZ, Rafael et al., *Litigación*, cit. (n. 48), p. 41, nota 24. En contra, indicando expresamente que no se regula aquí un deber de formalizar, sino de enjuiciar, GANDULFO R., Eduardo, cit. (n. 48), p. 792. En el mismo sentido, en cuanto a que no se genera una obligación de formalizar,

(ya que la oportunidad de la formalización, como cuestión “estratégica para el fiscal”⁹⁶, queda entregado, conforme al artículo 230 del Código Procesal Penal, al momento en que el fiscal lo estime oportuno), no admite extender su sentido literal posible a situaciones no contempladas, ni menos aún crear sanciones. De esta forma, “no sería posible compeler al fiscal a formalizar la investigación”⁹⁷, ni en su caso “impedir al fiscal formalizar”⁹⁸, todo lo cual hace que el precepto en cuestión no tenga aplicación práctica alguna⁹⁹, “transformándose en letra muerta el apercibimiento del Ministerio Público que la ley señala”¹⁰⁰.

Como análisis general de este planteamiento, debe indicarse que sobre la base del principio de vigencia, “el juez no puede negar aplicación a un precepto. Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general ha querido precisamente lo que dice”¹⁰¹, con lo cual debe realizarse un esfuerzo de interpretación sistemática, que fundado en los clásicos argumentos de coherencia y apagógico¹⁰², nos permita entregar una solución razonable y de justicia frente a ésta que transforma este precepto en inútil.

CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, cit. (n. 48), p. 232.

⁹⁶ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*, cit. (n. 48), p. 226.

⁹⁷ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 315.

⁹⁸ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*, cit. (n. 48), p. 227.

⁹⁹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, cit. (n. 48), p. 232.

¹⁰⁰ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (n. 48), p. 57.

¹⁰¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La ley penal y su interpretación* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2012), p. 221.

¹⁰² *Ibid*, p. 237.

ii) *El incumplimiento del plazo judicial acarrea el sobreseimiento definitivo de la causa*¹⁰³

En esta interpretación, que algunos consideran como la menos cuestionable de todas¹⁰⁴ y que evidentemente impedirá al persecutor “llevar adelante la persecución penal”¹⁰⁵, se recurre al artículo 10 del Código Procesal Penal, aplicando por analogía la sanción que establece el artículo 247 del mismo cuerpo legal¹⁰⁶, ya que, desde la perspectiva del imputado, éste no tendría hechos de los cuales defenderse al no haberse formalizado (o no haberse informado aquellos por los cuales se le investiga), con lo que su indefensión resulta evidente, así como también la sanción frente a esto, es decir, el sobreseimiento definitivo.

Esta posición presenta varios problemas. En primer lugar, el sobreseimiento definitivo, en cuanto sanción, debe encontrarse expresamente establecido por la ley, dado que no podemos olvidar que se trata aquí de una norma de excepción (como toda sanción), por lo que ella debe interpretarse en forma restrictiva¹⁰⁷, y no existe en el Código Procesal Penal ninguna sanción frente a la vulneración específica del artículo 186 (por ejemplo, no se encuentra en el artículo 250, que

¹⁰³ En esta alternativa resulta un clásico la sentencia del Juzgado de Garantía de Temuco, rit 3559-2002, cuyo recurso de queja en contra de la resolución de la Ilustrísima Corte de dicha ciudad, fue rechazado por la Excelentísima Corte Suprema, quedando firme el sobreseimiento definitivo decretado, al no formalizarse la investigación en el plazo impuesto por el juez en su función cautelar.

¹⁰⁴ CASTRO JOFRÉ, Javier. *Introducción*, cit. (n. 48), p. 366.

¹⁰⁵ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, cit. (n. 48), p. 227.

¹⁰⁶ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 315. También MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, II, cit. (n. 48), p. 642. Señalan estos últimos autores que “el imputado podrá solicitar a las autoridades superiores al fiscal que se ha negado a formalizar, dentro de un determinado plazo, que al fiscal se le impongan las sanciones respectivas, por haber incumplido con un deber que le impone una resolución judicial, si lo anterior obedece a un acto arbitrario”. *Ibíd.*

¹⁰⁷ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil, Parte General* 4 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 94-95.

regula las causales del sobreseimiento definitivo¹⁰⁸), con lo cual la respuesta resulta evidente: no es posible crear una sanción frente a este incumplimiento. En segundo lugar, la aplicación al caso concreto del artículo 10 del Código Procesal Penal olvida que la sanción que dicha norma establece frente a la afectación de garantías judiciales que protege, no es el sobreseimiento definitivo¹⁰⁹, sino temporal de la causa¹¹⁰. En tercer lugar, la aplicación analógica del artículo 247 del Código Procesal Penal desconoce que, encontrándose dicho artículo bajo el párrafo denominado como “conclusión de la investigación”, resulta difícil pensar que en esta etapa inicial de la misma, el tribunal tenga un conocimiento y convicción tal del asunto, que le permita decidir su término definitivo sin una investigación agotada¹¹¹. En este sentido, la situación no difiere

¹⁰⁸ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), pp. 51-52.

¹⁰⁹ El artículo 10, inciso 2, del Código Procesal Penal señala: “Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo”.

¹¹⁰ El profesor Piedrabuena indica que tratándose de situaciones límites, en donde el fiscal simplemente se niega a informar sobre los hechos que investiga o a formalizar en el plazo fijado por el juez de garantía, sin que exista razón alguna que pueda calificarse como racional y justa, infringiéndose así las garantías de una investigación que cumpla con dichos requisitos y que la Constitución asegura a todas las personas (artículo 19, N° 3, inciso 6), es posible recurrir al artículo 10 del Código Procesal Penal (que vincula, tratándose de las víctimas, al artículo 6, el cual impone al juez de garantía cautelar, conforme a la ley, la vigencia de sus derechos durante el procedimiento), tanto para cautelar los derechos del imputado, que aparece como el destinatario natural de la norma, como de la propia víctima, aunque añade que esto, en caso alguno puede llevar a obstaculizar la labor del fiscal de continuar con la investigación, ni afectarse con ello, declarándose ilícitas, las pruebas que en el intertanto (mientras el fiscal no informe o formalice) se sigan recolectando, ya que ello atentaría contra lo dispuesto en el artículo 83, inciso 1, de la Constitución Política. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), pp. 17-18.

¹¹¹ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), pp. 399-402. También Maturana Miquel, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, II, cit. (n. 48), pp. 588, 589 y 662.

de lo sucedido en el antiguo artículo 413 del Código de Procedimiento Penal¹¹².

iii) Desacato

Varios de los que han optado por esta sanción¹¹³ la asocian, principalmente, al incumplimiento de la obligación de informar sobre los hechos que el fiscal investiga¹¹⁴. Ahora bien, resulta difícil configurar un delito de desacato por parte del fiscal, ya que el Fiscal nada ha quebrantado¹¹⁵, dado que dicho actuar importa “el hecho previo del cumplimiento de una resolución, en el sentido de su ejecución. Sólo los comportamientos que impliquen una contravención a lo ejecutado, alterando el estado de cosas resultante de esa ejecución, pueden ser constitutivos de quebrantamiento”¹¹⁶. Esto se confirma en la historia legislativa de la ley N° 18.705 (que dio la redacción actual al inciso 2, del artículo 240, del Código de Procedimiento Civil), donde en una intervención del senador don Miguel Otero, éste señalaba: “Esto se ha entendido en el sentido de que va intencionalmente contra una situación existente. Por ejemplo, la orden de lanzamiento de una propiedad impone un mandato de hacer, de abandonar el inmueble. Si no se cumple la orden, se procede a cumplir el mandato judicial mediante el auxilio de la fuerza pública. Materializado el mandato, el lanzado vuelve a ocupar

¹¹² Artículo 413: “El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente. (inc. 2) Si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella, no se decretará el sobreseimiento, sino que se esperará la sentencia definitiva”.

¹¹³ El artículo 240, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil señala: “El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

¹¹⁴ CASTRO JOFRÉ, Javier, Introducción, cit. (n. 48), p. 366 y SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), pp. 45 y 63.

¹¹⁵ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), pp. 398-399. También PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 16.

¹¹⁶ Amparo profesional del abogado Matías Balmaceda Mahns [en línea] <<http://www.colegioabogados.cl/>> [consultado el 7 de junio de 2015], punto 4.1.

la propiedad. Esto es quebrantar. Pero si le ordenan pagar y no paga, ¿dónde estaría el quebrantamiento?”¹¹⁷. Por lo demás, como bien expresa Hernández Basualto, “se puede sostener que en general el tipo penal sólo se refiere a sentencias definitivas civiles, pero debe reconocerse que existen excepciones especialmente previstas por la ley”¹¹⁸, no siendo una de ellas nuestro artículo 186 del Código Procesal Penal.

iv) Preclusión

Aquí se parte de la base de que, al fijar el juez de garantía un plazo al fiscal para formalizar la investigación, nos encontramos frente a un plazo de tipo extintivo (dentro de) y su incumplimiento trae aparejado “la pérdida de las facultades procesales por falta de oportunidad”¹¹⁹, resultando aplicable, mediante reenvío del artículo 52 del Código Procesal Penal¹²⁰, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil¹²¹, según el cual, de no realizarse el trámite respectivo en el plazo en cuestión, se tiene por evacuado en su rebeldía, lo que se traduciría para el persecutor, en la pérdida de la oportunidad para formalizar¹²². A su vez, el referido artículo 78 señala que el tribunal debe decretar lo necesario para que el procedimiento continúe, lo que en nuestro caso “viene determinado por las normas sobre congruencia procesal, prontitud del juzgamiento, principio

¹¹⁷ Ibid, punto 7.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar*, en *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2010*, 8 (2011), pp. 5-12, p. 7

¹¹⁹ GANDULFO R., Eduardo, cit (n. 48), p. 792.

¹²⁰ Artículo 52: “Aplicación de normas comunes a todo procedimiento. Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil”.

¹²¹ Artículo 78: “Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario”.

¹²² GANDULFO R., Eduardo, cit (n. 48), pp. 792-793.

de inocencia y economía procesal”¹²³. Finalmente, la sanción concreta para el fiscal es el sobreseimiento definitivo de la causa, constituyendo este caso una nueva causal para dicho sobreseimiento, fuera de aquellas mencionadas en el artículo 250 del Código Procesal Penal¹²⁴.

Así las cosas, es necesario observar en esta tesis que, por una parte, los problemas de la preclusión se presentarán sólo si el fiscal no solicita la prórroga del plazo en tiempo y forma¹²⁵, y por la otra, que resulta difícil pensar en la preclusión de la facultad de formalizar, ya que “ella está reservada constitucional y legalmente al Ministerio Público”¹²⁶, y sólo una asimilación al concepto de carga procesal de la misma podría llevar a dicha consecuencia¹²⁷, lo que parece aventurado.

v) *Otras consecuencias*

También es posible encontrar a quienes, rechazando la preclusión como alternativa de sanción, simplemente indican que la consecuencia puede ser entendida “como una advertencia para el fiscal, en el sentido que no puede permitir la vulneración de derechos de la persona que es investigada, en especial si se requiere autorización judicial para llevar a cabo ciertas diligencias investigativas que pudieran afectar a ese imputado o a terceros”¹²⁸. Otros sostienen que frente a la negativa del fiscal a informar, o a formalizar dentro del plazo impuesto por el tribunal, el efecto sancionatorio adecuado es la ineficacia de la prueba obtenida en el tiempo intermedio (y en general de toda información incorporada en

¹²³ Ibíd, p. 793.

¹²⁴ Ibíd, p. 795. Gandulfo nos señala que esta sanción puede fundarse en varias consideraciones: a) en las dilaciones indebidas del proceso como impedimento procesal, b) en el natural destino del incumplimiento de los plazos judiciales a través de la regla de preclusión procesal y c) en la norma de juicio inmersa en el principio de inocencia. Ibíd.

¹²⁵ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), p. 394.

¹²⁶ BLANCO SUÁREZ, Rafael et al. *Litigación estratégica*, cit. (n. 48), p. 41.

¹²⁷ HERRERA SEGUEL, Marta, cit. (n. 33), pp. 394-395.

¹²⁸ BLANCO SUÁREZ, Rafael et al. *Litigación estratégica*, cit. (n. 48), p. 41.

similar periodo), al obtenerse con infracción de garantías constitucionales, aludiéndose aquí al derecho de defensa material del imputado¹²⁹. A su vez, los profesores Duce y Riego, luego de señalar algunas de las posibles consecuencias del incumplimiento derivado del artículo 186 del Código Procesal Penal, se limitan a indicar que es del todo razonable derivar algún tipo de consecuencia para el persecutor de su incumplimiento de la orden judicial, y junto a ello, que la referida consecuencia, que significará costos para él (mencionando como uno de estos posibles costos la ineficacia de la prueba intermedia), no debe, en caso alguno, obstaculizar su tarea de llevar adelante la persecución penal¹³⁰. Por su parte, Salas Astrain, partiendo de las premisas de la postura anterior, no encuentra fundamento alguno para declarar la ineficacia de la prueba obtenida en el tiempo intermedio, ya que esto equivaldría a declarar el sobreseimiento definitivo¹³¹. De esta forma, señala que la respuesta a la sanción que trae aparejada la infracción al artículo 186 del Código Procesal Penal debe buscarse en las facultades que la ley otorga al juez de garantía y, específicamente, en la tutela jurisdiccional y discrecional que se le atribuyen¹³². Salas Astrain agrega que debe considerarse que es el juez de garantía el que tiene la obligación de mantener los equilibrios procesales, junto con salvaguardar la racionalidad y justicia de la investigación, y si el fundamento del artículo 186 del Código Procesal Penal es evitar diligencias clandestinas, es el juez el llamado a mantener la igualdad de armas, recurriendo para ello, con el parámetro de la intensidad con que se afecten los derechos y el tipo de investigación de que se trate, por ejemplo, a rechazar una orden de detención (artículo 127, inciso 1 del CPP) o diligencias intrusivas antes de la formalización, sin conocimiento del afectado (artículos 9 y 236 del CPP)¹³³.

¹²⁹ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, cit. (n. 48), p. 227. También MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, II, cit. (n. 48), p. 642.

¹³⁰ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, cit. (n. 48), pp. 227-228. Comentando esta alternativa encontramos a CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 315-317, y SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), pp. 59-63.

¹³¹ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), p. 59.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, p. 61.

vi) Nuestra posición

Revisados los principales planteamientos que surgen como alternativas interpretativas posibles del incumplimiento de la orden judicial emanada del artículo 186 del Código Procesal Penal, creemos que cualquier respuesta que se proponga, necesariamente debe partir del ineludible fundamento que debe darse a dicho precepto. En efecto, la respuesta será distinta según se trate del imputado que resulte afectado por la investigación, o bien, la víctima o un tercero distinto de aquellos, debiendo buscarse una simetría en las respuestas que resulte normativamente coherente con la protección de los derechos fundamentales de todos.

De esta manera, tratándose del imputado, como el fundamento del artículo 186 del Código Procesal Penal es evitar que se afecte la garantía constitucional de una investigación racional y justa (es decir, el debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso 6, de la Constitución Política), si el fiscal, en una primera etapa de incumplimiento frente al artículo 186 del Código Procesal Penal (que sabemos contiene la obligación de informar, como primer imperativo, y la fijación de un plazo para formalizar, como segundo aspecto), se niega a indicar los hechos respecto a los cuales investiga, parece evidente la infracción al derecho material de defensa¹³⁴ y, resultando esto una afectación sustancial a este derecho del imputado, la alternativa normativa es una cautela de garantías vía artículo 10 del Código Procesal Penal, debiendo el juez suspender la tramitación del procedimiento, citando a los intervinientes a una audiencia en la cual, de mantenerse la actitud reticente del fiscal a informar, deberá decretar el sobreseimiento temporal de la causa, el cual se mantendrá mientras el persecutor persista en el incumplimiento referido¹³⁵.

¹³⁴ Sobre la inclusión del derecho a defensa en el debido proceso, véase a BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, en *Revista Chilena de Derecho* 38 (2011), 2, pp. 311-337, pp. 320-324. También GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, cit. (n. 61), p. 238.

¹³⁵ Una solución parecida, aunque optando por un posible desacato por parte del fiscal (que nosotros descartamos), encontramos en CASTRO JOFRÉ, Javier, Introducción, cit. (n. 48), p. 366 y SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), p. 62.

Si hablamos del incumplimiento por parte del fiscal del deber de formalizar dentro del plazo impuesto por el tribunal y considerando que, en este aspecto, lo que se trata de evitar son las dilaciones indebidas del proceso penal¹³⁶, lo primero que debe aceptarse es que resulta inadmisibles no considerar algún tipo de consecuencia o costo frente a dicha omisión, ya que “carecería de sentido la facultad entregada a los jueces”¹³⁷. Asimismo, cualquiera que sea la respuesta, no puede eludirse, normativamente hablando, que es el fiscal, como director exclusivo de la investigación, el que decide, salvo contadas excepciones, el momento de la formalización¹³⁸ (artículo 83, inciso 1, de la Constitución Política), de tal forma que, en este escenario, debe buscarse una solución de equilibrio entre lo que se protege y las facultades que se otorgan al persecutor. En este punto, nos parece que la respuesta es de jurisdicción cautelar, y deberá recurrirse a las facultades discrecionales que tienen los jueces de garantía para rechazar medidas intrusivas como contrapeso a la desidia del fiscal a formalizar, sin perjuicio de fijar un plazo mínimo de investigación (o ninguno), si el persecutor decide hacerlo fuera del plazo judicial impuesto¹³⁹. Junto a ello, la opción de recurrir a una cautela de garantías (art. 10) está siempre latente, al afectarse el derecho del

¹³⁶ En el mismo sentido, CASTRO JOFRÉ, Javier, Introducción, cit. (n. 48), p. 366. Exponiendo esta tendencia encontramos a PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La formalización*, cit. (n. 34), p. 118.

¹³⁷ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, cit. (n. 48), p. 227.

¹³⁸ Por todos, VALDÉS HUECHE, Remberto, *Del nuevo Código Procesal Penal*, en OBERG YÁÑEZ, Héctor et al., *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el proceso penal oral* (Concepción, Fondo de publicaciones Universidad de Concepción, 2002), pp. 253-348, p. 282. También, del mismo autor, *La formalización de la investigación*, en PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo et al., *Reforma Procesal Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Concepción, Universidad de Concepción y Ministerio Público, 2002), II, pp. 143-150, p. 145. Por lo demás, si se revisa la historia legislativa del actual artículo 230 del Código Procesal Penal, que regula la oportunidad de la formalización, tanto en el anteproyecto (art. 324), en la Cámara de Diputados (304), como en el Senado (art. 261) siempre se indicó que la oportunidad de dicha actuación quedaba en manos del fiscal. MATURANA MIQUEL, Cristian (coordinador), *Reforma Procesal Penal*, cit. (n. 33), pp. 250-252.

¹³⁹ En el mismo sentido, SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (48), pp. 60-63. Una solución similar encontramos en DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, cit. (n. 48), pp. 227-228.

imputado a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que tendrá que ser evaluado por su defensor como estrategia de defensa¹⁴⁰.

La situación es diametralmente opuesta cuando se trata de la víctima, ya que la solución aquí no puede tener como consecuencia ningún obstáculo para la investigación, dado que si esa fuera la alternativa (por ejemplo, excluyendo la prueba obtenida por el persecutor) carecería de sentido el que la víctima pueda recurrir a un mecanismo que de todas formas le impediría, en los hechos, continuar. Se eludiría así su derecho a la tutela judicial efectiva, producto de la combinación entre el transcurso del plazo de prescripción y la inacción del persecutor¹⁴¹.

Ahora bien, en la búsqueda de soluciones, el artículo 10 del Código Procesal Penal no resulta ser una alternativa adecuada para la víctima, como parecen proponer algunos¹⁴², ya que dicho precepto, como texto expreso, sólo alude al imputado. Por lo demás, la consecuencia de su aceptación sería insatisfactoria con lo pretendido, al paralizarse la investigación.

De esta forma, nos parece que la solución debe partir del artículo 6 del Código Procesal Penal, el que vendría a constituirse en un símil del mencionado artículo 10, pero ahora para el ofendido, y que obliga al tribunal a garantizar a este último sus derechos durante el procedimiento. Y el derecho que aquí debe garantizar, según explicaremos después, es un derecho público subjetivo de tipo procesal que, configurado dentro de la tutela judicial efectiva, permite a la víctima (normalmente unida al querellante) ejercer la acción penal, y la única forma de hacer esto (habiéndose previamente señalado el tipo de afectación concreta al derecho¹⁴³ y partiendo de la premisa de que la formalización es la

¹⁴⁰ Esta parece ser la solución que encontramos en la sentencia rol 409-2010, de 12 de enero de 2011, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta (considerando sexto).

¹⁴¹ MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, II, cit. (n. 48), p. 646.

¹⁴² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), pp. 17-18.

¹⁴³ De la misma forma como algunos tribunales lo exigen para el imputado, verbigracia, causa ruc 0300081807-k, Juzgado de Garantía de Antofagasta. *Ibíd*, p. 29.

regla general del sistema si se quiere imputar) nuevamente recae en las posibilidades discrecionales del juez de garantía, las que en particular, y como situación de excepción, le permiten expresamente autorizar el forzamiento de una acusación aun sin formalización (artículo 258 del Código Procesal Penal), considerando que la congruencia proclamada entre la formalización y la acusación, dispuesta en el artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, sólo alude a los casos en que efectivamente se formalizó, y resulta exigible, en cuanto institución procesal, sólo al persecutor¹⁴⁴.

Ahora bien, la alternativa propuesta parte de un presupuesto fundamental y es que la regla general del sistema instituido en el Código Procesal Penal es que la acusación requiera de una imputación de cargos previa a la misma, esto es, la necesaria formalización de la investigación. Y el que esto sea así no resulta contradictorio con lo señalado ya que, en la operatoria planteada sobre la base del artículo 186 del Código Procesal Penal, lo que normativamente se busca es precisamente obtener esta imputación por parte del persecutor, que permita el desarrollo normal del proceso. Así, es también el mismo sistema del Código Procesal Penal el que entrega a la víctima-querellante la posibilidad de mantener el proceso dentro de sus pautas habituales de tramitación, considerando que en algún momento las finalidades buscadas por el persecutor podrían no concordar con aquellas que la víctima pretende.

Así entonces, el artículo 186 del Código Procesal Penal se presenta para la víctima-querellante como la llave que le permitirá, ahora en forma

¹⁴⁴ La situación práctica llevaría a que el querellante solicite una audiencia para los efectos del control judicial anterior a la formalización, en la cual el juez de garantía puede aceptar o rechazar el que se fije un plazo al Ministerio Público para formalizar la investigación. Si se fija un plazo, y habiendo transcurrido éste sin que el persecutor formalice, el querellante podrá pedir al juez que se sancione al Ministerio Público permitiéndole a él, en su momento, acusar sin previa formalización y teniéndose la querella como imputación comparable a la misma para los efectos de la correlación con la acusación particular que se formule. De esta forma, una vez cerrada la investigación por el fiscal y cualquiera que sea la decisión que éste adopte (y sin perjuicio de los antecedentes que pudieran aparecer en el tiempo intermedio y que pudieran llevar a un cambio de decisión), el querellante podrá ejercer la acción penal en los mismos términos que el persecutor lo haría.

autónoma, acusar particularmente, aunque siempre bajo el más estricto control judicial.

Lo que aquí se plantea es una situación de excepción, que entrega a la víctima una salida normativa frente a la eventual arbitrariedad del persecutor en su rol exclusivo de director de la investigación, permitiéndole recurrir al juez de garantía para obtener de éste un llamado de atención al Ministerio Público, que puede traducirse en la imposición de un plazo para que éste formalice.

Más aún, nos parece que existiendo una alternativa de sistema para una situación como ésta, la víctima debe necesariamente recurrir al mencionado artículo 186 del Código Procesal Penal para acusar sin existir formalización. En otros términos, no existe para el querellante otra posibilidad legal, fuera del artículo 186 del Código Procesal Penal, de tener su querrela, en el momento procesal respectivo, como suficiente imputación de cargos que sustituya a la formalización del persecutor oficial y que le permita sortear airoso el principio de congruencia, permitiéndole acusar en forma autónoma. Sostener lo contrario sin este matiz, como es defendido por algunos¹⁴⁵, es transformar, contra la estructura del sistema del Código, la excepción (acusar sin formalización) en regla general.

Una vez que el juez de garantía ha fijado un plazo al fiscal para formalizar la investigación y transcurrido éste sin haberse realizado dicha actuación por el persecutor, revisados los antecedentes de mérito de la investigación y sin descuidar su función cautelar, podrá autorizar a la víctima a que, en su momento, pueda forzar la acusación prescindiendo de la formalización del ente oficial, con tal de que la querrela pueda sustituirla, lo que básicamente implicará la exigencia de precisión tanto en los hechos que allí se imputan, como en la participación concreta que se atribuye.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. *Principio de Legalidad Penal y Sistema de Justicia Penal Chileno* (Santiago de Chile, Tesis para optar al grado de Doctor, Universidad de Chile, 2013), pp. 115-127.

Entendido esto en su real dimensión, que no es otra que aquella de una excepción que permite a la víctima obtener un pronunciamiento judicial fundado frente a los legítimos intereses que plantea en sede jurisdiccional penal (aun cuando no sean considerados derechos), los argumentos que permiten al querellante formular su acusación, sobre la base de la querrela presentada, son conocidos y han sido desarrollados con precisión por el profesor Rodríguez Vega¹⁴⁶.

En efecto, como señala este autor, esto se relaciona con la discrecionalidad que el persecutor ejerce al no formalizar la investigación¹⁴⁷ (aun con antecedentes suficientes para ello), lo que se manifiesta al finalizar la etapa de investigación¹⁴⁸, ya que será en ese momento, conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal, cuando la víctima-querellante, frente a la solicitud de sobreseimiento o la comunicación de no perseverar del Ministerio Público, instará por forzar la acusación, encontrándose aquí con el obstáculo procesal de la falta de formalización que, según la mayor parte de la doctrina¹⁴⁹, le impide el forzamiento.

La dinámica expuesta impacta de frente con la preconizada facultad otorgada a la víctima por el constituyente, en orden a ejercer “también” la acción penal, relegándola a un plano puramente programático y desconociendo así “el carácter autónomo del querellante conjunto reglado por nuestro CPP, carácter que debiera permitirle acusar aun si el MP no lo hiciera, así como puede recurrir de una resolución aunque el MP no lo haga”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 102-115.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit (n. 79), p. 371. Se encuentran también algunas ideas relacionadas a la temática en RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, *Discrecionalidad del Ministerio Público y objeto del juicio abreviado*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011), pp. 495-529, notas n. 89, 90 y 93, pp. 523-525.

¹⁴⁹ Por todos, OLIVOS MUÑOZ, Carlos, *Sobre el forzamiento de la acusación*, en *Boletín del Ministerio Público* 23 (2005), pp. 199-202.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit (n. 79), p. 371.

En este entendido, como precisan Rodríguez Vega y Pinto Reyes¹⁵¹, la formalización de la investigación, en la praxis, puede ser desnaturalizada, quedándose así sólo con su título de acto de estrategia por parte del persecutor, que espera el momento preciso en que cerrará la investigación para, poco antes, formalizar, impidiendo con ello que el imputado se defienda. Esto permite cambiar la perspectiva de esta institución y dirigir la atención en su finalidad, más que en el ritual con el cual se le nombra y regula. Y si esto es así, el deber de correlación relacionado es un ítem insoslayable para dar una visión de sistema al derecho de la víctima a ejercer la acción penal.

En este punto de la exposición de estos autores, debe agregarse que la formalización de la investigación, en cuanto comunicación del fiscal al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados (artículo 229 del Código Procesal Penal), “cumple una función esencialmente garantista, cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra”¹⁵², comenzando así para el imputado, con el carácter de necesaria, su defensa¹⁵³. Partiendo de esta base añaden, siguiendo una distinción que realiza la doctrina procesal española¹⁵⁴, el que la formalización de la investigación puede ser catalogada como una forma de imputación en sentido lato, esto es, como aquellas en donde se atribuye un hecho punible, en términos más o menos fundados, aun sin seguirse una acusación como corolario de la misma¹⁵⁵. Resulta así que la

¹⁵¹ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit. (n. 79), p. 377.

¹⁵² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, I, cit. (n. 20), pp. 540-541. También MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, II, cit. (n. 48), p. 637 y MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis y DORN GARRIDO, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007), p. 271.

¹⁵³ MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis y DORN GARRIDO, Carlos, cit. (n. 152), p. 271.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit. (n. 79), pp. 377-381.

¹⁵⁵ MONTERO AROCA, J. et al., *Derecho Jurisdiccional* 10 (Valencia, Tirant lo blanch,

formalización de la investigación, conforme al parámetro referido, no es la única actuación que puede ser encasillada como imputación en sentido lato, quedando aquí también, verbigracia, “la admisión de una querrela que contenga indicación precisa del responsable (art. 113 letra d) del CPP)”¹⁵⁶. Y todo esto a diferencia de una imputación en sentido formal, en donde existe una “clara incriminación de participación y responsabilidad en un hecho punible, que consiste en un acto judicial garantizador de que el *ius puniendi* sólo entrará en juego existiendo indicios racionalmente suficientes y que se configura como requisito de procesabilidad, siendo su modalidad más representativa el ‘procesamiento’”¹⁵⁷.

Volviendo a la finalidad de la formalización, en cuanto imputación en sentido lato, agregan que con ella el imputado adquiere el conocimiento necesario para defenderse (aunque con el matiz que otorga el artículo 7 del Código Procesal Penal¹⁵⁸), y además, permite dar “un primer paso en cuanto a la definición del objeto del proceso, tanto en su aspecto material compuesto por los hechos y circunstancias investigados, como en su faceta personal, a través de la determinación de los imputados”¹⁵⁹, de tal forma que si ella debe ser sustituida, a objeto de permitir a la víctima, a través de otro acto de imputación en sentido lato (la querrela) y en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva, continuar con el proceso penal, dicha actuación debe cumplir en forma cabal con el mismo estándar de garantía para el imputado que la formalización.

Tenemos entonces que “una querrela suficientemente precisa en cuanto a los hechos atribuidos así como respecto a la persona contra quien se dirige, debida y fehacientemente notificada a través del tribunal,

2001), III, p. 211. La misma referencia en ARIAS VICENCIO, Cristián, *El control jurisdiccional de la detención*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005), pp. 225-253, p. 241, nota n. 51.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit (n. 79), p. 378. También RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, *Principio de Legalidad Penal*, cit. (n. 145), p. 119.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 380.

¹⁵⁹ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 298.

permitirá al imputado-querellado tomar conocimiento de los hechos que se investigarán, procurarse defensa letrada o solicitar su designación al juez, o en último término, designarla oficiosamente el tribunal un vez proveído el libelo, e igualmente pedir directamente al JG que cite a una audiencia, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación¹⁶⁰, todo lo cual resguardaría el derecho a la defensa.

Señalan también los autores mencionados que entre nosotros existen procedimientos en donde la imputación previa a la acusación es inexistente, como sucede con los procedimientos simplificado y monitorio, lo cual reafirma la idea que se aquí se plantea¹⁶¹.

A los argumentos referidos es posible unir otros:

a.- No resulta ser un impedimento a la interpretación que aquí se propone, la posibilidad establecida en los artículos 32, letra b) y 33 de la ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, en orden a reclamar administrativamente en contra el fiscal adjunto, que en este caso no ha formalizado, dado que dicha posibilidad no impide solicitar al juez de garantía el ejercicio de sus facultades. Se trata entonces de vías alternativas.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit (n.79), p. 378. Se hace incluso alusión a la eliminación del auto de procesamiento en el procedimiento abreviado en España mediante la ley 7/1988, el cual fue suplido por otro tipo de imputación judicial. En RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, *Principio de Legalidad Penal*, cit. (n. 145), pp. 122-123. También, en cuanto a la precisión de la querrela, ORELLANA SOLARI, Nicolás, *Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno*, en *Revista Ars Boni et Aequi* 5 (2009), pp. 52-82, p. 77. En lo referente a la notificación exigida para la querrela, el legislador impone al tribunal la obligación de remitirla al Ministerio Público una vez admitida a tramitación (artículo 112, inciso segundo, del Código Procesal Penal), por lo cual la notificación de la misma al imputado (o el efectivo conocimiento que a éste debe procurarse de la misma) será una preocupación latente de la víctima-querellante frente al control de mérito que en su oportunidad realizará el juzgador.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, *ibíd.*, p. 379.

b.- La propuesta que aquí se realiza, que termina, por vía jurisdiccional, permitiendo al querellante acusar de manera autónoma sin previa formalización y que parece romper el esquema del código, no resulta ser tal, ya que, en términos interpretativos, es el resultado de la atribución que el constituyente otorga a la víctima, de ejercer “también” la acción penal pública¹⁶² (artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política).

En este contexto, nos parece que lo primero que debe dilucidarse es aquello a lo cual la víctima tiene derecho según el mencionado artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política. Y en este punto, al cual luego volveremos, es útil recordar que la norma constitucional nos habla de “acción penal”, que puede ser considerada en un sentido estricto¹⁶³ y otro amplio. En el primero, se refiere a formular la acusación, y en el segundo, a la incoación del proceso penal¹⁶⁴. A su vez, el constituyente, al establecer un orden lógico de los deberes del ente persecutor, esto es, primero dirigir la investigación, y si de ello resultan antecedentes para continuar, ejercer la acción penal pública, parece imponer un concepto de acción penal en términos *strictu sensu*¹⁶⁵, sobre todo si se considera que la acción penal debe ser ejercida por el persecutor, a texto constitucional expreso, “en su caso”. Por su parte, si se observa el Código Procesal Penal, especialmente su artículo 53, inciso segundo¹⁶⁶, parece adoptar

¹⁶² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Las víctimas y su derecho a recurrir a la jurisdicción en relación al proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal y otras leyes, conocido como “la reforma a la reforma”*, en *Revista de Derecho* 29 (2013), pp. 29-40, p. 31.

¹⁶³ Es ésta la regla general en derecho comparado. Véase a GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas* (Barcelona, Bosch, 1985), p. 76.

¹⁶⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, I, cit. (n. 2), p. 147.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 148. También BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVII (2011), pp. 513-545, p. 540, y ÉL MISMO AUTOR, *No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal*, en *Revista de Derecho* XXI (2008) 2, pp. 205-249, p. 248.

¹⁶⁶ Artículo 53, inciso segundo: “La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el

el criterio amplio al referirse al inicio del procedimiento, aunque debe advertirse que “la referencia a la acción penal está en el título 3 del libro I, y el inicio del procedimiento está regulado en el libro II, en el párrafo 2, por lo que la acción penal no se refiere al inicio del procedimiento o al menos exclusivamente”¹⁶⁷. Por cierto, no se trata aquí de un derecho absoluto a que la víctima-querellante acuse, ya que un derecho establecido con tal pretensión, tornaría en inconstitucionales todas las normas que permiten poner término al procedimiento en una etapa previa al juicio oral, como sucede con la suspensión condicional del procedimiento. Se trata entonces de un derecho sujeto a ciertos requisitos y a un exhaustivo análisis de mérito por parte del tribunal.

Así las cosas, si aquello a lo cual el constituyente faculta a la víctima es a “acusar”, es precisamente dicha facultad la que debe compatibilizarse con el pretendido monopolio del Ministerio Público sobre la acción penal, en donde toda interpretación que se realice del contenido de dicha facultad (comenzando por el Código Procesal Penal) debe necesariamente considerar que es la “ley la que debe interpretarse a la luz de la Constitución”¹⁶⁸ y no al revés. Lo que aquí se impone al legislador es establecer las condiciones necesarias para que el ofendido por el delito pueda ejercer la acción penal, pueda acusar, lo cual implica eliminar todo vestigio de arbitrariedad ex-ante en la investigación que en forma exclusiva tiene asignada el Ministerio Público, lo cual se logra, a nuestro juicio, por vía jurisdiccional de control cautelar y de mérito, a través del artículo 186 del Código Procesal Penal. De esta manera, si el fiscal se niega arbitrariamente a formalizar la investigación (impidiendo con ello la posterior acusación), como no es posible forzarlo a ello, el juez de garantía deberá considerar, entre otras cosas, si la actuación del

ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad”.

¹⁶⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *La acción penal*, cit. (n. 165), p. 541, y ÉL MISMO AUTOR, *No hay ejercicio*, cit. (n. 165), p. 218.

¹⁶⁸ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho* 41 (2014), 2, pp. 437-471, p. 437.

persecutor excede lo que el Tribunal Constitucional ha denominado una discrecionalidad no arbitraria¹⁶⁹, pues de ser así, y bajo un estricto estándar de mérito y cautelar, podrá autorizar como imputación la querrela en las condiciones antes referidas, lo que permitirá a la víctima acusar. Aquí nuestro guía debe ser el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, aunque sin olvidarnos del derecho a la defensa del imputado.

c.- Lo que aquí se sostiene no afecta la interpretación restrictiva ni la prohibición de analogía impuesta por el artículo 5 del Código Procesal Penal, ya que su campo de aplicación es distinto, regulándose allí, por una parte, la legalidad de las medidas privativas y restrictivas de libertad, y por la otra, la forma en que deben interpretarse y aplicarse las medidas intrusivas (incluimos aquí las medidas cautelares reales). Es por eso por lo que el inciso segundo de este artículo nos habla de la “restricción de otros derechos del imputado” o de “alguna de sus facultades” (verbigracia, la entrada y registro en lugar cerrado, incautación de especies, retención de correspondencia, entre otros).

d.- Por lo demás, no es un obstáculo para lo que aquí se afirma, el rol procesal protagónico que la querrela asume en forma expresa en el procedimiento de acción penal privada (artículo 400 del Código Procesal Penal en relación con los artículos 113 y 261 del mismo código), en donde más que suplir la formalización, derechamente es el instrumento con el cual se requiere, por lo que evidentemente también comunicará aquello que se imputa, considerando que resultan supletoriamente aplicables las reglas del título I, del libro IV, del Código Procesal Penal, referidas al procedimiento simplificado, tratándose entonces de una situación especial, difícilmente comparable con nuestro caso, ya que en este último la formalización y la acusación están separadas.

e.- Junto a lo anterior, en el derecho comparado encontramos algunos ejemplos equiparables que regulan la conversión de la acción penal

¹⁶⁹ STC, rol 1341-09, considerandos decimotercero y decimocuarto.

pública en privada¹⁷⁰, en los casos de Costa Rica¹⁷¹, Guatemala¹⁷² y El Salvador¹⁷³.

¹⁷⁰ AGUILERA BERTUCCI, Daniela, *La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 2 (2011), pp. 51-72, p. 69.

¹⁷¹ Artículo 20: “Conversión de la acción pública en privada. La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos” [en línea] <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-de-costa-rica.pdf>> [consultado el 10 de agosto de 2015].

¹⁷² Artículo 26: “Conversión. Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad. 2) En cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente. 3) En cualquier delito contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior. Si en un mismo hecho hubiere pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal” [en línea] <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-de-guatemala.pdf>> [consultado el 10 de agosto de 2015].

¹⁷³ Artículo 29: “Las acciones públicas serán transformadas en acciones privadas a petición de la víctima en los casos siguientes: 1) Cuando el fiscal decida archivar la investigación, en el supuesto en que estando individualizado el presunto responsable no existan suficientes elementos de prueba para acusarlo. 2) Cuando se trate de un delito que requiera instancia particular. 3) En cualquier delito relativo al patrimonio, salvo en los casos de robo, robo agravado o extorsión. En este caso, si en un mismo hecho hay pluralidad de víctimas será necesario el consentimiento de todas ellas, aunque sólo una asuma la persecución penal. (inc. 2) El fiscal resolverá sobre la petición de la víctima en un plazo de cinco días hábiles. De no resolverse en ese tiempo, podrá acudir ante el juez competente para que declare la conversión. (inc. 3) Resuelta la conversión, la acción penal caducará si dentro del plazo de tres meses no se presenta la acusación. La regla anterior es aplicable a los casos de conversión como efecto de la aplicación de un criterio de oportunidad” [en línea] <<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-nuevo.pdf>> [consultado el 10 de agosto de 2015].

f.- A esto se une una incipiente jurisprudencia nacional que opta por esta solución¹⁷⁴. Destacamos aquí una resolución de la Excelentísima Corte Suprema, rol 4.909-2013, en donde el voto disidente de los ministros señores Juica y Cisternas, resaltando la finalidad comunicativa y de defensa de la formalización exigida al persecutor, señalan que imponer dicha imputación como requisito para que el ofendido por el delito pueda acusar, se traduce en una exigencia que depende de un tercero, afectándose así la racionalidad y justicia del proceso a su respecto, al dejar a la víctima en una situación desmedrada que escapa a sus facultades, razón por la cual la querrela puede suplir la falta de la referida actuación por parte del órgano persecutor, debiendo ser comparada, para efectos de su congruencia, con la acusación que en su momento se presente¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Ruc 0510016418-5, Rit 32-2006 (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó) y Ruc 0700158730-1, Rit 27-09 (Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago). En ORELLANA SOLARI, Nicolás, cit. (n. 160), p. 76, nota n. 45. Véase también, en la clásica resolución sobre la materia, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, a PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Control judicial*, cit. (n. 34), p. 22, nota n. 11. En el mismo sentido de las resoluciones anteriores encontramos la causa Ruc 0901067517-8, Rit 6562-2009, del Juzgado de Letras y Garantía de Bulnes. También, en resolución rol 1615-2012, de 11 de julio, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, al revocar una resolución del Juzgado de Garantía, indicaba: “2°. Que, en efecto, resultando indiscutible que la formalización queda entregada por entero a la decisión del Ministerio Público, sin que sea posible que órgano alguno controle el correcto ejercicio de este derecho para evitar la arbitrariedad en que pudiera incurrirse con motivo del mismo, esta realidad no puede significar que el derecho a la acción, que constitucionalmente se reconoce a toda persona, pueda verse limitado por la mera voluntad de una persona natural o jurídica. La única manera de armonizar ambos derechos, a la luz de la actual normativa, es entendiendo que, en situaciones como la ocurrida en esta causa, la querellante puede forzar la acusación, debiendo tenerse como hechos que servirán de base a los cargos que formule aquéllos en que sustenta su querrela”.

¹⁷⁵ La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, rol 4.909-2013, en el voto disidente de los ministros señores Juica y Cisternas, señalaba que: “1.- Que, tal como se consigna en la presente sentencia, el artículo 83 de la Constitución Política de la República entrega al ofendido y a las demás personas que determine la ley, el ejercicio de la acción penal, derecho que tiene su respaldo legal en los artículos 53, 111 y 261 del Código Procesal Penal, y que debe poder plasmarse en el proceso con independencia de la actividad del ente persecutor estatal. 2.- Que la formalización es una exigencia impuesta al encargado de la persecución penal para que comunique al imputado la existencia de una investigación en su contra, debiendo precisar determinadamente los hechos atribuidos de la manera que establece el artículo 229 del cuerpo de leyes citado. Tal imperativo encuentra

En este último punto se debe insistir en que la sustitución de la formalización por la querrela en la forma antes referida, no liberará en caso alguno al querellante de cumplir con el deber que pesa sobre el acusador, en cuanto debe respetar “la necesaria correlación entre el componente fáctico (subjetivo) de la formalización de la investigación con aquel señalado en la o las acusaciones”¹⁷⁶, lo que en este caso tendrá lugar entre la querrela y la acusación de este interviniente, realizándose después igual medición con la sentencia del adjudicador¹⁷⁷, al cumplir esta actuación, de la misma manera que con la formalización, una función de garantía, permitiendo al imputado “gozar de las condiciones para hacerse cargo de los hechos que se le imputan, lesionándose si en la acusación se incluyen hechos distintos a los que él tenía razonable conocimiento”¹⁷⁸. Así entonces, y no obstante el tenor literal del artículo

su justificación en el derecho que asiste a toda persona de ser informada de la existencia de un proceso penal a su respecto, con el objeto de cautelar los derechos que la ley le confiere, impidiendo la realización en forma abusiva, por parte del Ministerio Público como encargado de la investigación criminal, de diligencias que puedan lesionar sus derechos fundamentales. 3.- Que, en consecuencia, el que se requiera la existencia de una formalización previa a la decisión del querellante en orden a forzar la acusación implica imponer al afectado la satisfacción de requisitos que escapan de su poder de decisión, lo que se traduce en que se le coloca en una posición desfavorable o desventajosa, afectándose el debido proceso a su respecto, ya que se le priva de la posibilidad de ejercer a cabalidad sus derechos como interviniente, dejando en letra muerta las disposiciones que prevén su intervención en igualdad de condiciones que el Ministerio Público. 4.- Que, a su turno, estos disidentes estiman que la satisfacción de la obligación de congruencia que grava al acusador se soluciona confrontando la querrela y acusación deducida una vez autorizado su forzamiento, actuaciones que permiten hacer efectivos los derechos de información y defensa que la formalización de la investigación cautela, así como los límites fácticos a los que deben sujetarse los juzgadores para emitir la decisión que les ha sido válidamente requerida mediante el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico procesal coloca a disposición del ofendido y de las personas que la ley señala” [en línea] <http://app.vlex.com/#WW/search*/4.909-2013/WW/vid/471907546> [consultado el 16 de junio de 2015].

¹⁷⁶ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del sistema de justicia penal* (2010, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013), II, p. 446.

¹⁷⁷ Artículos 259, inciso final, y 341, ambos del Código Procesal Penal.

¹⁷⁸ MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis y DORN GARRIDO, Carlos, cit. (n. 152), p. 280. También LLANOS SAGRISTÁ, Leopoldo, *Síntesis del nuevo procedimiento penal* (Santiago de Chile, Ediciones jurídicas de Santiago, 2003), p. 95.

259, inciso final, del Código Procesal Penal, que vincula en términos necesarios la acusación con la formalización, coincidimos con aquellos que sostienen que “este tipo de lecturas debe superarse y corregirse por aquellas sistemáticas que se ajustan de mejor manera a un entendimiento global de nuestro proceso, así como de las funciones de cada uno de sus operadores”¹⁷⁹.

Como cuestión adicional, las palabras de Nieva Fenoll resultan un complemento necesario de todo lo dicho: “La víctima muchas veces no se siente reparada si no contribuye a la persecución y al debido castigo de los hechos, y en el estado sociológico de nuestros ciudadanos existe una *communis opinio* en que ello es legítimo. Téngase bien presente que tal actitud le cuesta dinero a la víctima, pero pese a ello decide continuar adelante porque lo cree de justicia. Parece adecuado, en consecuencia, que el juez oiga también su punto de vista en el proceso, y no solamente el del ministerio fiscal... Téngase presente, además, que algunos de los casos en que existe afectación de personas jurídicas son justamente aquellos en los que se ha sospechado en ocasiones que el ministerio fiscal está políticamente mediatizado. Escuchar la voz de la víctima y forzar la acusación puede ser el mejor medio para hacer justicia en estos supuestos”¹⁸⁰.

En definitiva, será el juez de garantía, en ejercicio de su función cautelar y también de mérito, quien deberá exigir, con especial celo, la concurrencia de ciertos requisitos que transformen en comparables la querrela con la formalización. Nos parece que esta es una solución prudente, en donde, como diría D’Ors, se combina “la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible”¹⁸¹.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINTO REYES, Octavio, cit (n.79), p. 380.

¹⁸⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos del Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2012), p. 71.

¹⁸¹ D’ORS, Álvaro. *Nueva introducción al estudio del Derecho* (Madrid, Civitas, 1999), pp. 75-76.

II. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el artículo 186 del Código Procesal Penal. La tensión entre la víctima y el Ministerio Público frente al monopolio de la acción penal

1. Análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 186 del Código Procesal Penal y el ejercicio de la acción penal

En esta temática, y teniendo siempre presente, como señalara Dworkin, que “importa la forma en que los jueces deciden los casos”¹⁸², hay un aspecto que resulta evidente, cual es la tendencia de nuestra magistratura constitucional, en orden a reconocer a la víctima un rol central en el proceso penal. Confirma esto, como bien refiere el profesor Riego¹⁸³, la prevención que tres de sus ministros realizaron en su momento¹⁸⁴ frente al proyecto de modificación del Código Orgánico de Tribunales (ley N° 19.665, del año 2000), en una etapa previa a la aprobación del Código Procesal Penal, en donde llamaban la atención sobre dos aspectos de la modificación: “la víctima debiera encontrarse en una posición de igualdad respecto al imputado. Al mismo tiempo afirma que la víctima tiene derecho a que el delito se investigue y a que se condene a los culpables”¹⁸⁵.

Ahora bien, esto sólo ha sido el punto de partida para una nutrida jurisprudencia constitucional, que ha dejado al descubierto la fricción que existe entre la víctima y el ente persecutor, producto de la desavenencia en la forma como este último ejerce la acción penal pública. Aquí, el nudo central del problema “tiene como denominador común la facultad privativa respecto de la procedencia y oportunidad de la formalización

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia* (1986, traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 2012), p. 15.

¹⁸³ RIEGO, Cristián, *La expansión de las facultades de las víctimas en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella* [en línea], en *Revista Política Criminal* 9 (2014), 18, pp. 668-690 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A11.pdf> [consultado el 14 de junio de 2015, pp. 674-675].

¹⁸⁴ STC, rol 304-03.

¹⁸⁵ RIEGO, Cristián, *La expansión*, cit. (n. 183), p. 675.

de la investigación, que el Código Procesal Penal, en su artículo 230, ha entregado al Ministerio Público”¹⁸⁶. Esta problemática no resulta de menor entidad, ya que, como señalara Díez-Picazo, se afectan aquí tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como la forma de atribución y control del poder en el engranaje estatal¹⁸⁷.

En el análisis que puede efectuarse de la evolución que ha experimentado la doctrina del Tribunal Constitucional, en lo que al titular de la acción pública penal se refiere junto al rol que aquí juega el artículo 186 del Código Procesal Penal, es posible realizar una división cuyo hito esencial es la sentencia rol 815-2007, de 19 de agosto de 2008¹⁸⁸, que a estas alturas se ha transformado en un fallo paradigmático en el tratamiento que debe darse a la tensión por la titularidad de la acción penal entre la víctima y el Ministerio Público, en donde, en esencia, lo que estaba en juego era establecer si la facultad de formalizar atribuida al ente persecutor era o no una potestad¹⁸⁹.

Los fallos posteriores, si bien mantendrán la estructura fundamental del discurso, presentarán variantes que permitirán flexibilizar los criterios allí indicados, según se expondrá a continuación¹⁹⁰.

Centrándonos en este primer caso, que podríamos denominar como la primera doctrina de la magistratura constitucional sobre la temática, los

¹⁸⁶ AGUILERA BERTUCCI, Daniela, cit. (n. 170), p. 53.

¹⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo* (Barcelona, Editorial Ariel, 2000), p. 11.

¹⁸⁸ Tanto esta sentencia como las posteriores que se citen se encuentran, a texto completo, en la página web del Tribunal Constitucional [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>> [consultado el 23 de mayo de 2015].

¹⁸⁹ GÓMEZ BERNALES, Gastón, cit. (n. 21), p. 211.

¹⁹⁰ Sobre la temática véase MUJICA TORRES, Ignacio y MORALES RAMOS, Sebastián. *Derecho de acceso a la justicia de la víctima y proceso penal: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago de Chile, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2011), pp. 59-101.

hechos que dan lugar a este pronunciamiento tienen lugar en el Juzgado de Garantía de San Fernando¹⁹¹, donde existía una querrela criminal por el delito de falsificación de instrumento privado. La dinámica de los hechos consistió en que el fiscal de la causa, habiendo cerrado la investigación, solicitó una audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo de la causa sin previa formalización, lo que fue aceptado por el Juzgado de Garantía, decretando el referido sobreseimiento, el cual fue revocado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, dándose lugar a las diligencias solicitadas por la parte querellante, lo que derivó en la reapertura de la investigación.

Con posterioridad, el querellante solicitó al tribunal audiencia para que el persecutor formalizara los cargos (vía artículo 186 del Código Procesal Penal), lo que finalmente fue desestimado por el Juzgado de Garantía, que estimó que dicho precepto sólo era aplicable al imputado, y ello fue confirmado por la Corte de Apelaciones, procediendo a recurrir de inaplicabilidad en contra de lo dispuesto en el artículo 230, inciso 1, del Código Procesal Penal, en donde precisamente se regula la oportunidad de la formalización de la investigación.

Frente a este requerimiento, que no es otra cosa que el reflejo de una realidad que nos indica “que los querellantes se quejan y acusan una falta de actividad y voluntad investigatoria de parte de la fiscalía que cierra los casos sin practicar las diligencias mínimas de investigación que indica la ley”¹⁹², el sentenciador constitucional reduce la discusión a un núcleo central, cual es establecer si, en concreto, al ejercer (o no hacerlo) el persecutor su facultad de formalizar la investigación, ello cumple o no con el estándar exigido por el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y a una investigación racional y justa (debido proceso), y esto dentro del contexto normativo que impone el artículo 83 de la Constitución Política, el cual coloca frente a frente, la dirección exclusiva de la investigación y el ejercicio de la acción penal pública que corresponde al persecutor, con igual ejercicio de la acción penal que se

¹⁹¹ Ruc 0510001570, Rit 179-2005.

¹⁹² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización*, cit. (n. 34), p. 126.

atribuye al ofendido por el delito y a las demás personas que determine la ley.

De inmediato debemos resaltar que, así planteado el asunto, nuestro Tribunal Constitucional, de la misma forma que el Tribunal Constitucional español (que suma una acción popular), configura un concepto amplio y abstracto del derecho a la tutela judicial efectiva, “entendiendo que el proceso penal es apto para brindar tutela a esos derechos e intereses penales”¹⁹³, cuestión que, como se verá, dista mucho de ser unánime¹⁹⁴.

Derechamente, en el análisis del fallo es posible plasmar algunas ideas del sentenciador que constituyen la doctrina del tribunal en la tensión entre los derechos de la víctima y el persecutor, y sobre la base de la cual acoge el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 230, inciso 1, del Código Procesal Penal (en donde se alude a nuestro artículo 186 del Código Procesal Penal como corolario de solución).

El sustrato de la decisión, que se traduce en la primera doctrina del tribunal sobre la materia y en donde finalmente se opta por dar primacía a los derechos del ofendido por el delito por sobre los del persecutor, es el siguiente:

a) El tribunal adhiere a la tesis que postula que las facultades de investigar y formalizar no son actos discrecionales ni aislados, sino que existe un deber a su respecto al concurrir los requisitos legales (dicotomía del poder-deber)¹⁹⁵.

b) Que el deber de formalizar impuesto al ente persecutor tiene como contrapartida el derecho de la víctima a una investigación racional y justa, lo que, a su vez, se traduce en un deber para el persecutor de

¹⁹³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 515.

¹⁹⁴ Por todos, por la negativa, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *No hay ejercicio*, cit. (n.165).

¹⁹⁵ Considerando tercero, p. 11.

investigar¹⁹⁶ considerando el monopolio que tiene de dicha fase como su director.

c) Desde la perspectiva de la víctima, junto al mencionado derecho a una investigación racional y justa, tiene también derecho de acceder a la jurisdicción (derecho a la acción¹⁹⁷, artículo 19 N° 3, inciso 1, de la Constitución Política), el cual no puede limitarse por decisiones administrativas del ente persecutor, ya que este derecho es precisamente una compensación por el abandono de la autotutela¹⁹⁸. Así entonces, debe descartarse toda interpretación que afecte el derecho de la víctima a ejercer la acción penal, y más aún, debe descartarse todo impedimento que lesione su derecho a acceder a la jurisdicción y que provenga de alguna decisión del Ministerio Público. El tribunal entiende que la acción penal se ejerce “cada vez que se realiza una actividad por parte del sujeto activo, como especialmente ocurre en los casos de formalización y acusación”¹⁹⁹. Esta manera de entender la acción penal (en varios momentos) permite sostener, según veremos, que la víctima sí tiene un derecho fundamental a la acción.

d) En el plano de la discrecionalidad con la cual opera el ente persecutor, si esto se mantiene así y el fiscal decide con plena libertad tanto los hechos que investigará como la oportunidad de la formalización, ello puede producir la afectación del derecho de la víctima al debido proceso (y a que se investiguen allí los hechos), e impedirle acceder a la formalización y posterior continuación del proceso jurisdiccional²⁰⁰.

e) Tratándose de la acción penal, se indica que a través de ella se abre y forma el proceso penal, lo cual sucede antes de poder hablar de debido

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ La sentencia define la acción procesal penal como el “derecho que tienen los sujetos legitimados para impulsar la apertura de un proceso penal”. Considerando decimosexto, p. 24.

¹⁹⁸ Considerando cuarto, p. 12.

¹⁹⁹ Considerando decimoséptimo, p. 26.

²⁰⁰ Considerando quinto, p. 13.

proceso, resultando ser tres las formas que el ejercicio de dicha acción puede tomar: 1.- denuncia directa al persecutor, 2.- ejercer la acción ante el tribunal por el Ministerio público o, 3.- se ejerce ante el tribunal por el ofendido y demás personas legitimadas²⁰¹.

f) Para el Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva de derechos e intereses (que incluye el acceso a la jurisdicción, a obtener una resolución sobre la pretensión deducida, a la ejecución de la resolución, a la proscripción de indefensión y al debido proceso), en cuanto conjunto valórico normativo inserto en la Constitución, a lo cual debe sujetarse el ente persecutor por tratarse de un derecho fundamental, la encontramos en los artículos 1, 5, 6 y 19 N° 2, 3 y 26 de nuestra Constitución Política²⁰².

g) Que el derecho a la tutela judicial efectiva, con expresa mención constitucional en el artículo 19, número 3, inciso 1, de la Constitución Política, presenta una configuración autosuficiente y autoejecutiva, en donde, incluyendo el derecho a la acción, tiene, por una parte, una dimensión adjetiva, en relación con otros derechos e intereses, y por la otra, una dimensión sustantiva, como derecho fundamental, en orden a permitir el acceso al proceso y, con ello, a la resolución de sus conflictos²⁰³.

h) En cuanto a la forma como debe entenderse la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación, el tribunal indica que considerarla como discrecional, esto es, sin posibilidad alguna de interferir en ella (llevando la causa a su término sobre la base de dicha decisión), implica negar el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima (imposibilitando el acceso a la jurisdicción), cambiando con ello el orden del titular de este derecho fundamental, ya que es la víctima la que debe disponer o no del mismo al decidir si acude a la justicia²⁰⁴.

²⁰¹ Considerando sexto, pp. 15-16.

²⁰² Considerando noveno, pp. 17-18.

²⁰³ Considerando décimo, p. 19.

²⁰⁴ Considerando decimosegundo, pp. 20-21.

i) Que la expresión “ofendido por el delito”, que utiliza el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, sólo puede entenderse en su sentido natural, esto es, en alusión a la víctima que ejerce la acción penal “igualmente” que el Ministerio Público²⁰⁵. Y es importante recordar aquí que durante la tramitación de la ley N° 19.519, en el mensaje del proyecto de ley no aparecía la víctima ejerciendo la acción penal, esto sólo fue incorporado en el Senado²⁰⁶.

j) A lo anterior se agrega la circunstancia de que, en la historia legislativa de la reforma constitucional que terminó en el mencionado artículo 83, se daba cuenta de que entre el fiscal y la víctima podían presentarse posiciones disímiles, dejándose constancia de que en ese caso la víctima podría accionar por su cuenta²⁰⁷.

k) En relación con las atribuciones del Ministerio Público, la expresión “dirigirá”, que utiliza el artículo 83 de la Constitución Política, es la que atribuye al persecutor el poder y, a su vez, el deber de dirigir la investigación²⁰⁸.

l) Que si bien el artículo 230 del Código Procesal Penal establece para el órgano persecutor un poder discrecional en cuanto al momento en que formalizará la investigación²⁰⁹, de no hacerlo, existiendo querrela, y sin resolución alguna relacionada a dicha negativa, no es posible controlar, por vía jurisdiccional, su actuación²¹⁰ y con ello se impide al querellante llegar a una etapa de investigación y de juicio oral²¹¹.

²⁰⁵ Considerando decimoctavo, p. 27.

²⁰⁶ Considerando vigésimo, p. 29.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 30 y 32. Véase también considerando vigésimo tercero, pp. 34-35.

²⁰⁸ Considerando vigesimosexto, p. 37.

²⁰⁹ Considerando trigesimosegundo, p. 44.

²¹⁰ Considerando trigesimocuarto, p. 47.

²¹¹ Considerando trigesimoquinto, p. 47.

LI) En cuanto a la forma como la víctima-querellante puede encontrar un contrapeso frente a este actuar del persecutor, indica el tribunal que la solución normativa debería encontrarse en el artículo 186 del Código Procesal Penal, aunque advirtiendo de las falencias de dicho precepto (no se indica el titular, es facultativo para el juez y no contiene sanción), lo que en definitiva lleva a aceptar el requerimiento²¹².

Es importante considerar que en la sentencia no se hace referencia alguna a una posible consecuencia en caso de incumplimiento por parte del fiscal del plazo que el juez de garantía pudiera fijarle sobre la base del mencionado artículo para proceder a la formalización de la investigación; sólo se indica que no se asocia en el precepto sanción alguna en dicho caso. Por lo demás, el tribunal expresamente sostiene que siempre es necesaria la formalización como acto procesal previo a una acusación posterior, cuestión de la cual, como señalamos, discrepamos.

De esta manera, es posible concluir que el Tribunal Constitucional considera respecto de la víctima, un derecho amplio a la tutela judicial efectiva, al menos sobre la base de los intereses penales que ésta puede tener en este tipo de procesos, y que en la tensión producida entre la disyuntiva de la discrecionalidad del fiscal para formalizar y el derecho

²¹² Ídem. A texto expreso, aquí se indica: “En este sentido, la norma del Código que debiera ser entendida como el contrapeso a dicha situación fáctica es el artículo 186 del mismo, en tanto expresa que ‘Cualquier persona que se considerare 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 fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación’; sin embargo, la norma no aclara si se refiere sólo al imputado o también al querellante, lo que es discutido por la doctrina. De la misma forma que una lectura detenida permite ver que se ‘faculta’ al juez, es decir, al usar la expresión ‘podrá’, parece ser que el juez no está obligado a fijar plazo para formalizar ni tampoco a solicitar la información, con lo cual si cree que no hay mérito para ello podría resolver sencillamente ‘no ha lugar’. Por otra parte, el qué ha de entenderse por ‘afectada por una investigación’ no aparece definido, y es un concepto bastante vago al no referirse de forma clara al objeto de la afectación ni al titular de la misma. Además de ello, la norma en comento no contiene sanciones específicas para el caso del incumplimiento del plazo que eventualmente fije el juez, especialmente teniendo en cuenta que la regla de la preclusión del artículo 17 del Código se establece para los plazos legales establecidos dentro de dicho cuerpo legal, mas no para los plazos judiciales”.

a la acción (y a la tutela judicial efectiva), prima este último aspecto, considerando que si bien el legislador habría previsto una salida normativa expresa para una situación como ésta a través del artículo 186 del Código Procesal Penal, la ambigüedad de su redacción ha impedido que cumpla con dicho objetivo, acogiendo de esta forma el requerimiento, ya que “el tribunal considera inconstitucional que se aplique el artículo 230 como una facultad que le permita al fiscal no resolver la causa y dejar así a la víctima en la imposibilidad de ejercer sus facultades”²¹³.

Queda así entonces latente una posible interpretación práctica del mencionado artículo 186, que lo transforme en la llave que permita a la víctima-querellante, o la formalización del persecutor (de cumplirse dicha actuación en el plazo fijado), u obtener la necesaria autorización para acusar en forma autónoma (de no cumplirse), como aquí sostenemos. Por lo demás, una manera tal de interpretar el precepto en cuestión permite cerrar el círculo de lo general a lo excepcional en la dinámica del sistema del Código Procesal Penal, ya que posibilitaría, primero, tratar de obtener la necesaria formalización del fiscal, sobre la base de la ritualidad normal del proceso, y en caso de no lograrse, y existir antecedentes serios que sirvan de sustrato a los hechos plasmados en la querrela, la cual debe contener la precisión propia de la formalización, el que se autorice a continuar sin ella sobre la base de una congruencia que, llegado a este punto, se debatirá entre la querrela y la acusación particular.

Asu vez, quedándonos en la misma causa rol 815-07, ella tiene un voto de prevención²¹⁴ que razona sobre la base de una armónica interpretación entre, por una parte, la dirección exclusiva de la investigación que el constituyente entrega al Ministerio Público y, por la otra, los derechos a la acción, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (los que son un límite para el Estado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política). En este punto, este voto, luego de reiterar algunos conceptos de la mayoría (sobre el contenido del derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva), precisa que, siendo la potestad de formalizar que se confiere al Ministerio Público una de tipo “público”,

²¹³ RIEGO, Cristián. *La expansión*, cit. (n.183), p. 676.

²¹⁴ Ministros señores Raúl Bertelsen, Jorge Correa y Francisco Fernández, pp. 53 y sgts.

queda sujeta, entre otros límites, a la prohibición de ejercerla de manera arbitraria (que implique una discriminación de tal carácter) y que con ella se afecten derechos fundamentales de las personas (en este caso, el derecho a la acción penal y a su tutela judicial efectiva). Para evitar esto último es que se cuenta con el derecho al debido proceso.

Agregan que, en este contexto, los conflictos de interés que surjan entre el persecutor y la víctima deben encontrar un adecuado equilibrio entre los derechos y dirección antes señalados, y aquí siempre debe tenerse presente que el legislador, frente a distintas actuaciones procesales del persecutor, permite a la víctima impetrar por la continuación del procedimiento, como sucede con el archivo provisional o la facultad de no iniciar la investigación²¹⁵, que pueden ser dejados sin efecto a través de la interposición de la querrela declarada admisible por el tribunal (art. 169 del Código Procesal Penal).

Sin embargo, indican que esto no sucede en el caso del artículo 230 del Código Procesal Penal, aunque dicho artículo no es realmente el problema de fondo que debe resolverse en la tensión que presenta el caso²¹⁶, sino la inexistencia de un tercero que pueda resolver el conflicto de intereses que aquí se plantea entre la víctima y el persecutor.

Ahora bien, lo importante para la tesis que aquí se plantea es que el voto disidente trae a colación el artículo 186 del Código Procesal Penal, el cual, en lo que indican sería su correcta interpretación en relación con su titular (y que nosotros compartimos), entregaría, tanto al imputado como a la víctima, la posibilidad de solicitar al juez de garantía que fije al fiscal un plazo para formalizar, sin embargo, se cuestiona el que la acción de inaplicabilidad no fuera dirigida en contra de dicho precepto.

²¹⁵ Lo mismo sucede con el principio de oportunidad, frente al interés manifestado por la víctima en iniciar o continuar con la persecución penal (art. 170 del Código Procesal Penal), o con el forzamiento de la acusación establecido en el artículo 258 del mismo código.

²¹⁶ Pese a ello, se indica que el artículo 230 del Código Procesal Penal no habla de formalizar “si” se estima oportuno, sino “cuando” se estime así, con lo cual se excluye toda postergación arbitraria de la formalización. Considerando trigesimocuarto del voto de prevención, pp. 70-71.

En definitiva, es posible afirmar que no pueden confundirse, por una parte, la dirección de la investigación, que indudablemente es resorte exclusivo del ente persecutor, y el ejercicio de la acción penal pública, la cual, nos parece, se desmonopoliza en favor de las víctimas²¹⁷, lo que traerá consecuencias en materia de tutela judicial efectiva de las mismas.

Siguiendo con nuestro análisis, la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, si bien, en opinión de mayoría, no ha vuelto a declarar inaplicable en el caso concreto el artículo 230, inciso 1, del Código Procesal Penal, ni alguno de los artículos relacionados con la facultad de formalizar la investigación, ha aludido al artículo 186 del mismo código como vía alternativa de solución (única o complementaria a otras) para la víctima, cuando ésta intenta obligar al persecutor a formalizar la investigación (y de ahí el rechazo de algunos requerimientos), lo que, como era de esperar, se entiende quedará supeditado a una decisión cautelar del sentenciador. A su vez, en los votos de minoría es posible observar que en su análisis se habla de la insuficiencia del mencionado artículo 186, dadas las debilidades antes enunciadas, lo que debería traducirse en acoger los requerimientos respectivos.

En esta evolución, el Tribunal Constitucional ha flexibilizado su postura inicial y pese a reconocer una amplia participación de la víctima en el proceso penal, lo que asocia al control judicial de ciertas actuaciones del ente persecutor, ha adoptado una posición de reconocimiento de la discrecionalidad del Ministerio Público en conformidad a la ley²¹⁸, llegando a imponer el término de “discrecionalidad no arbitraria”, a objeto de establecer una solución de equilibrio frente a la tensión que puede producirse entre los intereses de la víctima y el persecutor.

En específico, la primera sentencia que sigue esta nueva línea jurisprudencial la encontramos en la causa rol 1244-08, de 2 de junio

²¹⁷ En el mismo sentido, PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización*, cit. (n. 34), p. 115.

²¹⁸ MUJICA TORRES, Ignacio y MORALES RAMOS, Sebastián. *Derecho de acceso a la justicia de la víctima*, cit. (n. 190), p. 60. También AGUILERA BERTUCCI, Daniela, cit. (n.170), p. 54.

de 2009 (Ruc 0710010844-k, Rit 4428-2007, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago), en donde la acción de inaplicabilidad, que fue rechazada, se interpuso respecto de los artículos 229, 230, inciso 1 y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal. Aquí el Tribunal Constitucional afirma que la formalización de la investigación es una facultad privativa del persecutor, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política, y que no es posible recurrir de inaplicabilidad en relación con la forma como se ejerce una potestad privativa. Sin embargo, y pese a dicho carácter, la actuación debe respetar los derechos fundamentales que la Constitución establece, así como aquellos que encontramos en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y todo ello dentro del marco de una investigación racional y justa (art. 19, n° 3, inciso 6, de la Constitución Política), en la cual la víctima-querellante dispone de diversos medios para garantizar dicho estándar y participar en el proceso controlando al persecutor por vía jurisdiccional, y uno de esos medios es recurrir al control judicial anterior a la formalización (artículo 186 del Código Procesal Penal), a objeto de pedir al juez de garantía que fije al fiscal un plazo para formalizar²¹⁹. Aparece entonces el mencionado artículo 186, bajo una interpretación amplia de su titular (que incluye a la víctima), como la llave que faltaba para generar el control judicial de una formalización omitida.

Aquí es importante señalar que la sentencia vuelve a reiterar un argumento de la causa rol 815-07, en cuanto indica que la formalización de la investigación, pese a ser una facultad, no es discrecional, en cuanto pueda afectar los derechos del imputado o la víctima, y si el persecutor no formaliza, no existe forma de controlar por vía judicial esta actuación²²⁰.

En esta sentencia existe también un voto en contra de los ministros sres. Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios, que estuvo por acoger el requerimiento, y en donde, reiterando los argumentos de la sentencia rol 815-07, señalan que el ejercicio de la acción penal por parte del persecutor no es de tipo

²¹⁹ Considerandos decimoquinto y decimosexto, pp. 24-26.

²²⁰ Considerando vigesimoséptimo, p. 31.

monopólico, sino preferente, y que a la víctima le corresponde el mismo derecho, que tiene un carácter autónomo, y que importa para el ofendido el acceso a un proceso y a una decisión por parte de un tribunal²²¹, conforme lo exige su derecho a la tutela judicial efectiva²²², en donde resultan esenciales para ésta, el derecho a la acción por un lado, y por el otro, el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso²²³. Esto, en el caso concreto, se vio afectado por una formalización parcial del fiscal, que dejó al querellante sin una debida investigación y proceso.

Agrega este voto que el señalar al artículo 186 del Código Procesal Penal como una posible vía de solución, en cuanto control jurisdiccional, resulta ser sólo una cuestión teórica, ya que la norma indicada, como antes señalamos, es vaga en sus términos al no precisar su titular, ser facultativa y no contemplar sanción²²⁴, no resultando así un medio adecuado para otorgar la protección requerida de la tutela judicial que el ofendido requiere.

Los fallos posteriores, roles 1337-09, de 20 de agosto de 2009 (Ruc 0710007486-3, Rit 1997-2007, del Juzgado de Garantía de Graneros), 1380-09, de 3 de noviembre de 2009 (Ruc 0800880916-0, Rit 8752-2008, del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago), 1467-09, de 29 de diciembre de 2009 (Ruc 0810001973-7, Rit 471-2008, del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago) y 1445-09, de 29 de enero de 2010 (Ruc 0900447112-9, Rit 6118-2009, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago), han mantenido la misma línea argumental de la causa rol 1244-08 (también para los votos en contra), insistiéndose en el hecho de existir (voto de mayoría), respecto del artículo 186 del Código Procesal Penal, una interpretación que resulta constitucionalmente correcta, que incluye a la víctima como afectado y que impide aceptar el requerimiento, no obstante reconocerse una jurisprudencia ordinaria mayoritaria que excluye como titular de dicho artículo a la víctima. Junto a ello, la

²²¹ Considerando noveno del voto en contra, p. 43.

²²² Considerando décimo, p. 44.

²²³ Considerando decimotercero, p. 46.

²²⁴ Considerando decimoctavo, pp. 50-51.

flexibilidad planteada por el tribunal, frente al pronunciamiento inicial (rol 815-07), se expresa en que “la víctima tiene un derecho a la tutela judicial penal, pero ello no conlleva necesariamente a que se tenga un derecho absoluto a que el Ministerio Público investigue y formalice”²²⁵.

En la causa rol 1337-09, en la cual se impugnaban los artículos 230, inciso 1, y 186 del Código Procesal Penal, derechamente el tribunal analiza el mecanismo que el legislador establece para hacer frente a la discrecionalidad que reconoce al fiscal en cuanto al momento en que formalizará la investigación. En efecto, sostiene aquí la magistratura constitucional que, no obstante tratarse la formalización de una prerrogativa del fiscal, éste debe justificar en sede jurisdiccional el no haber efectuado dicha actuación. En este punto, el tribunal recurre nuevamente en su argumentación al artículo 186 del Código Procesal Penal como la única fórmula legal que permite a la víctima-querellante evitar que la decisión del fiscal, en orden a no formalizar, “carezca de fundamento plausible”²²⁶. Añade el sentenciador que dicho artículo, en su verdadera interpretación constitucional, incluye, dentro del círculo de los afectados por una investigación no formalizada, a la víctima-querellante, y que en su aplicación a dicho interviniente, no sólo el juez puede ordenar al fiscal sobre los hechos, sino también fijarle un plazo para formalizar la investigación. Más aún, en el voto de prevención de los ministros señores José Luis Cea Egaña, Enrique Navarro Beltrán y la señora Marisol Peña Torres, expresamente se indica que el artículo 186 del Código Procesal Penal (que relacionan al artículo 6 del Código Procesal Penal) tiene como objeto que el tribunal cautele durante el proceso el derecho de la víctima a ejercer la acción penal²²⁷, cuestión que compartimos²²⁸.

²²⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 537.

²²⁶ Considerando séptimo, p. 10.

²²⁷ Voto de prevención, pp. 12-14.

²²⁸ A su vez, el voto en contra del Ministro Sr. Juan Colombo Campbell, quien estaba por aceptar el requerimiento, indica que el artículo 186 del Código Procesal Penal resulta insuficiente para proteger el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, considerando para ello las enormes falencias que, más allá de la teoría, presenta su interpretación, siendo una de ellas el no contener sanciones para el caso de incumplimiento (pp. 26-27). Por su parte, el segundo voto en contra del

A su vez, en la sentencia rol 1380-09, en la cual se impugnaban nuevamente los artículos 230, inciso 1, y 186 del Código Procesal Penal, el tribunal confirma su doctrina según la cual el legislador entregó al juez de garantía, a través del artículo 186 del Código Procesal Penal, el control de la discrecionalidad del fiscal en orden a no formalizar una investigación, reiterando que la víctima-querellante es una persona afectada por la investigación y que en dicha expresión no es lícito al intérprete distinguir si la ley no lo ha hecho, por lo cual la víctima no puede ser excluida. Por lo demás, agrega que sería esta la fórmula de hacer efectivo el derecho que el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política establece para la víctima²²⁹.

Se indica también aquí que el mencionado artículo 83 establece un derecho a la acción para la víctima y la sitúa, para estos efectos, en un plano de igualdad con el persecutor^{230 231}.

Siguiendo en nuestro derrotero, en la sentencia rol 1467-09, en donde se solicitaba la inaplicabilidad del artículo 230 del Código Procesal Penal, se reitera por el tribunal su doctrina asentada en las resoluciones anteriores, esto es, la discrecionalidad del fiscal en cuanto a la oportunidad de proceder a la formalización, como de su control jurisdiccional vía artículo 186 del Código Procesal Penal^{232 233}.

Ministro Sr. Marcelo Venegas Palacios, que estuvo por acoger el requerimiento, acepta los argumentos de la resolución 815-07.

²²⁹ Considerandos noveno a decimosegundo, pp. 12-13, y considerandos decimoséptimo a decimooctavo, p. 15.

²³⁰ Considerando decimocuarto.

²³¹ Nuevamente encontramos el voto en contra del Ministro Sr. Juan Colombo Campbell, quien estaba por aceptar el requerimiento utilizando los mismos argumentos de la causa rol 1337-09.

²³² Principalmente, considerandos noveno a decimoprimeros, pp. 10-11.

²³³ El voto en contra del Ministro Sr. Marcelo Venegas Palacios, para aceptar el requerimiento, se funda en los mismos argumentos de la resolución 815-07. A su vez, el Ministro Sr. Juan Colombo Campbell reitera su voto en contra por los mismos fundamentos de las resoluciones roles 1337-09 y 1380-09.

Lo mismo sucede en la causa rol 1445-09, en donde la acción de inaplicabilidad se dirige en contra de los artículos 230, 231, incisos 1, 2, 3 letra a), 4, 5, 6 y 8, 237 y 240, inciso 2, del Código Procesal Penal, volviendo a reconocerse aquí que al persecutor, pese a tener prerrogativas legales discrecionales, le está prohibido actuar en forma arbitraria²³⁴, lo que se une, dentro de los parámetros de un proceso racional y justo, al control de sus actuaciones mediante la intervención judicial y la participación del querellante en el proceso, resaltando aquí el control judicial anterior a la formalización, regulado en el artículo 186 del Código Procesal Penal^{235 236}.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la temática sufre una variación en la causa rol 1341-09, de 15 de abril de 2010 (Ruc 0810018505-k, Rit 982-2008, del Juzgado de Garantía de Pucón), en la cual se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 248 del Código Procesal Penal (facultad de no perseverar en la investigación).

En efecto, en este fallo el tribunal, luego de referirse al persecutor como el director de la investigación y, conforme a ello, facultado para ejercer discrecionalmente ciertas actuaciones, indica que se trata de una “discrecionalidad no arbitraria”, ya que el límite impuesto al Ministerio Público, considerando que no existen las potestades discrecionales absolutas, es precisamente la no arbitrariedad de sus actuaciones (discrecionalidad no es arbitrariedad)²³⁷. Se indica también que la exclusividad asignada al persecutor en la dirección de la investigación implica que “ninguna persona ni órgano puede asumir ni interferir en su dirección”²³⁸, y es en el ejercicio de la misma que el fiscal ejercerá

²³⁴ Considerando decimoquinto, p. 28.

²³⁵ Considerando vigésimo, pp. 31-32.

²³⁶ El voto en contra, por acoger el recurso, es del Ministro Sr. Juan Colombo Campbell, en donde, como en otros casos, alude a las conclusiones del fallo 815-07, las que adopta con las mismas prevenciones que hiciera respecto al artículo 186 del Código Procesal Penal, en voto de minoría en sentencia rol 1244-08.

²³⁷ Considerandos decimotercero y decimocuarto, pp. 18-20.

²³⁸ Considerando trigesimoquinto, pp. 33-34.

sus facultades, que se establecen como potestades con elementos discrecionales, verbigracia, aplicar una decisión de no perseverar.

Precisa el tribunal que la víctima no tiene un derecho subjetivo a que el persecutor investigue (aun cuando el fiscal, arbitrariamente, no quisiera continuar la investigación, lo que se traduciría en una infracción normativa), ni los intereses de la misma vinculan al juez ni al fiscal, y esto aun concediéndole una serie de derechos²³⁹.

Ahora bien, los argumentos del tribunal no se quedan en consideraciones genéricas, sino que precisan el alcance que debe darse al artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, que concede, a texto expreso al ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, el ejercicio de la acción penal. A este respecto sostiene que el constituyente impone al legislador la obligación de considerar a la querrela como una de las formas de iniciar la persecución penal, otorgándole además la posibilidad de acusar particularmente, si se llega a dicho estado del proceso, descartando de plano el que se trate de un poder para deducir una pretensión con el propósito de obtener una sentencia del tribunal, lo que caracteriza a un sistema de corte acusatorio puro, incompatible con un persecutor público obligado en forma exclusiva a investigar y, en su caso, acusar. Más aún, existiendo el referido persecutor público, indica el fallo que la víctima (que ejerce facultades equiparables al persecutor) no puede ocupar el lugar ni ejercer el rol del Ministerio Público (que ejerce potestades públicas)²⁴⁰.

Pese a esto, el tribunal señala que la víctima no puede quedar entregada a eventuales arbitrariedades del fiscal, por lo cual se le entregan alternativas tanto judiciales como administrativas que le permiten reclamar una eventual actuación del fiscal con esas características, verbigracia, a través del artículo 186 del Código Procesal Penal, respecto al cual reitera

²³⁹ Considerandos sexagesimooctavo y septuagésimo, pp. 51-52, y septuagesimosegundo, p. 53.

²⁴⁰ Considerando septuagesimocuarto, pp. 54-56.

lo que entiende como su correcta interpretación, permitiendo incluir como afectada a la parte querellante²⁴¹.

Este último punto se vuelve a retomar en la sentencia rol 1404-09, de 18 de mayo de 2010 (Ruc 0810017721-9, Rit 10781-2008, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago), en donde se impugna el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, indicando que, dentro de una investigación racional y justa, se ha establecido la posibilidad de que la víctima-querellante pueda plantear sus peticiones al fiscal, sobre todo en los casos en que no ha formalizado, y ello, en una de sus alternativas, puede realizarse a través del artículo 186 del Código Procesal Penal²⁴². Los mismos argumentos son reiterados en la sentencia rol 1394-09, de 13 de julio de 2010 (Ruc 0710016174-k, Rit 10.020-2007, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago).

En este análisis debe señalarse que en la sentencia rol 1484-09, de 5 de octubre de 2010 (Ruc 0810015859-1, Rit 12710-2008, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago), lo cuestionado era derechamente el artículo 186 del Código Procesal Penal, indicando el tribunal, que terminó rechazando el requerimiento en un detallado análisis del mencionado artículo²⁴³, que la única interpretación compatible del artículo 186, con los artículos 5, 19 N° 3, inciso 1 y 83, inciso 2, todos de la Constitución Política, es aquella que incluye dentro de los afectados a que alude el artículo 186, a la víctima-querellante²⁴⁴, desapareciendo, a su vez, toda diferencia entre la acción penal que ejerce el persecutor y aquella que ejerce la víctima²⁴⁵, y reafirmandose, como en los mejores momentos de

²⁴¹ Existe voto en contra de los ministros sres. Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza, en orden a acoger el requerimiento, sin alusión al artículo 186 del Código Procesal Penal.

²⁴² Considerando vigesimoséptimo, pp. 30-31. El voto en contra de los ministros sres. Marcelo Venegas Palacios, José Luis Cea Egaña y Raúl Bertelsen Repetto, no menciona el artículo 186 del Código Procesal Penal en sus argumentos.

²⁴³ Considerandos decimotercero a vigésimo, pp. 17-23.

²⁴⁴ Considerando vigesimosegundo, p. 24.

²⁴⁵ Considerando vigésimo, p. 22. Existe voto en contra de los ministros sres. Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza e Iván Aróstica

la causa rol 815-07, que una interpretación que supedite el ejercicio de la acción penal pública por el ofendido a la formalización que previamente deba efectuar el fiscal no se aviene con la ley suprema y con las garantías de los derechos de todos.

Finalmente, en sentencia rol 2561-13, de 30 de diciembre de 2013 (Ruc 1200343214-7, Rit 594-2012, del Juzgado de Garantía de Coyhaique), en donde se requiere la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, la cual también es rechazada (en empate de votos), se usan las mismas consideraciones empleadas en las resoluciones roles 1341/2009, 1404/2009 y 1394/2009. En tanto quienes estuvieron por acoger el requerimiento señalaron varios aspectos que deben destacarse²⁴⁶:

i) el hecho de existir un interés público involucrado no implica excluir la participación de sujetos privados;

ii) resultan ser cosas disímiles el afirmar que la parte querellante tiene derecho a que el fiscal investigue (lo que no comparten), a indicar que la facultad del persecutor de no perseverar no tiene control alguno;

iii) si bien se concuerda en que la víctima no tiene un derecho subjetivo público que signifique para el persecutor una obligación respecto al ofendido, éste último sí puede exigir al legislador, vía artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, las condiciones necesarias para llevar adelante la persecución penal, siempre sujeto al debido control jurisdiccional;

Maldonado, quienes estuvieron por acoger la inaplicabilidad fundándose en la aplicación práctica que los tribunales ordinarios han dado al artículo 186 del Código Procesal Penal, en cuya interpretación se ha excluido a la víctima y al querellante (pp. 27-31).

²⁴⁶ Pp. 39-59. Ministros sres. Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, y la sra. María Luisa Brahm Barril.

iv) si bien el querellante-víctima no tiene un derecho a la condena del culpable, lo que sí tiene es un derecho a ejercer la acción penal, siendo el resultado que de ello se derive una cuestión sistemáticamente indiferente;

v) cualquier decisión del persecutor que no importe un verdadero control judicial no puede, en caso alguno, afectar el ejercicio de la acción penal en forma autónoma por parte del ofendido, sin afectar con ello, y privar de todo sentido, a la igualdad que el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política otorga a este último en el ejercicio de la acción penal respecto al persecutor. Se agrega en este punto que no es suficiente otorgar mecanismos para acusar, sino que se requiere del control judicial;

vi) un aspecto clave en esta problemática, y que parte de la base de considerar al querellante en una posición central del proceso, es preguntarse cuál es el límite que tiene el legislador para no considerar la relevancia de dicha posición, otorgando, a través de reglas, una posición privilegiada al Ministerio Público;

vii) finalmente, afirman que dentro de los insuficientes resguardos del derecho a la acción del ofendido, se encuentra el artículo 186 del Código Procesal Penal²⁴⁷.

²⁴⁷ Dos sentencias más, que utilizan los mismos argumentos, son: a) sentencia rol 2680-14, de 29 de enero de 2015 (Ruc 1310033465-2, Rit 1061-2013, del Juzgado de Garantía de Curacaví), en donde se vuelve a intentar que se declare inaplicable el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, rechazándose el requerimiento por los mismos fundamentos expresados en resoluciones 1341/2009, 1404/2009, 1394/2009 y 2561/2013. Se reitera por el tribunal que la víctima no tiene un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue, es decir, no existe, en un procedimiento regido por el principio de oficialidad, un derecho de acción, ya que este último sólo es admisible cuando están en juego intereses privados (considerando vigesimotercero, p. 17). A su vez, se vuelve a señalar como mecanismo idóneo de reclamo de la víctima, el artículo 186 del Código Procesal Penal, aunque correctamente interpretado. El voto en contra, sostenido por los ministros sres. Iván Aróstica, Juan José Romero Guzmán y la Sra. María Luisa Brahm Barril, y que estuvo por acoger el requerimiento, reiteró las mismas ideas del voto en contra de la causa rol 2561-13 y, b) sentencia rol 2702-14, de 11 de junio de 2015 (Ruc 1310011194-7, Rit 1665-2013, del Juzgado de Garantía de Quilpué), en donde se solicita la inaplicabilidad del artículo 393, inciso 2, del Código Procesal Penal, después de señalar que el fiscal debe justificar el no ejercicio de la facultad de formalizar la investigación, indicando que la vía idónea para ello es el artículo

De la evolución jurisprudencial vista en los párrafos anteriores resulta patente que nuestro Tribunal Constitucional ha tratado de dar solución a un conflicto habitual en la praxis, que se produce porque “los querellantes tratan de forzar la acusación y se encuentran con el inconveniente de que la investigación no está formalizada”²⁴⁸, lo cual se une a que “habrá casos en los que algún fiscal caprichoso se niegue a formalizar la investigación por tener animadversión a la víctima”²⁴⁹, y que, aunque menores en su número, sin duda afectan a aquel ofendido por el delito en su derecho a la tutela judicial efectiva que reclama.

En este transitar, y como ha podido comprobarse, la magistratura constitucional asume frontalmente la problemática del “cuasi monopolio del MP sobre la acción penal pública”²⁵⁰, señalando inicialmente, y en lo que podríamos llamar una primera etapa de su doctrina sobre la acción penal y la participación de la víctima en el proceso, a través de la resolución rol 815-07, que el interés de la víctima y del querellante, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, primaba por sobre el del persecutor y que “cualquier razonamiento que

186 del Código Procesal Penal, y esto dado que dicho precepto legal tiene por objeto impedir un monopolio arbitrario del ejercicio de la facultad discrecional de formalizar atribuida al persecutor (considerando decimocuarto, p. 15). Se agrega en este mismo considerando que “el inciso segundo del artículo 83 constitucional, al señalar que el ofendido por el delito podrá ejercer igualmente la acción penal, sitúa a este sujeto en un plano de igualdad con el Ministerio Público y además consagra el derecho a la acción penal como un verdadero derecho (considerando 14, STC Rol N° 1380). El derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye tanto el derecho a la acción como el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, se extiende a los actos preparatorios al acceso al tribunal oral en lo penal (considerando 20°, STC Rol N° 1535). El que la Constitución haya otorgado a la víctima la posibilidad de actuar en el proceso penal implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales (considerandos veintiséis y treinta y ocho, STC Rol N° 1535)”, p. 16.

²⁴⁸ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal*, en *Revista de Derecho* 21 (2009), pp. 69-94, p. 85.

²⁴⁹ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego Andrés. *La participación de la víctima*, cit. (n. 16), p. 110.

²⁵⁰ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Jurisprudencia*, cit. (n. 248), p. 86.

conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal... por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartado”²⁵¹, de lo que “se debe colegir que se tiene un derecho a que el Ministerio Público formalice la investigación para así poder llegar al juicio penal, lo que corresponde como contenido del derecho fundamental de la víctima al proceso o a la tutela judicial”²⁵². Se trata entonces del “deber” de formalizar.

En este contexto, el tribunal alude al artículo 186 del Código Procesal Penal para el solo efecto de señalar que, pese a establecerse como posible contrapeso en la tensión entre la víctima y el persecutor frente a sus intereses contrapuestos, la vaguedad de su redacción, en donde no se indica con precisión su titular, junto con establecerse con carácter facultativo y sin sanción expresa, impiden que opere en la práctica.

Con posterioridad, y en lo que puede denominarse una segunda etapa de su evolución jurisprudencial sobre la temática, el Tribunal Constitucional ha limitado el alcance de su interpretación, manteniendo en su base el derecho de toda víctima querellante a la tutela judicial efectiva²⁵³, aunque estableciendo como cortapisa el control jurisdiccional de aquella facultad que antes preconizaba como absoluta, es decir, se relativiza su derecho a que el persecutor investigue y formalice, y en este último caso, la imposición de este deber, su ejecución práctica, sólo podrá ser determinada por el juez de garantía²⁵⁴. Más precisamente aún, “afirmando que las potestades discrecionales del Ministerio Público son correlato de un mandato constitucional, por lo que son *prima facie* compatibles con la carta fundamental; sin perjuicio de ello, se reconoce que éstas pueden entrar en conflicto con los derechos fundamentales de la víctima; en dicho caso, la forma de resolver el conflicto consiste en determinar si ésta contó o no con instancias de control sobre el ejercicio eventualmente arbitrario de dichas facultades y con posibilidades de ser

²⁵¹ STC rol 815-07, considerando cuarto.

²⁵² BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 537.

²⁵³ RIEGO, Cristián. *La expansión*, cit. (n.183), p. 676.

²⁵⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 537.

oído en su oposición al uso de las mismas”²⁵⁵. La víctima entonces “no puede obligar al Ministerio Público a que formalice la investigación, sino que ello podrá determinarlo el juez de garantía”²⁵⁶.

En este punto, el Tribunal Constitucional resalta una serie de mecanismos establecidos en el Código Procesal Penal, que sirven a la víctima de contrapeso frente a las facultades del ente persecutor, incluida aquella que le permite formalizar cuando lo estime oportuno, resguardándose así sus intereses²⁵⁷.

Entre estos mecanismos, el artículo 186 del Código Procesal Penal es, precisamente, aquel que menciona como el destinado a contrapesar, en sede cautelar, cualquier atisbo de abuso por parte del fiscal de su facultad de formalizar (o no) la investigación, y ello bajo un concepto amplio del “afectado” a que dicho precepto alude, comprensivo tanto del imputado, como de la víctima y querellante (e incluso de otros terceros), apareciendo esta interpretación como la única que permite dar aplicabilidad a lo dispuesto en el artículo 83, inciso 2, en relación con lo indicado en los artículos 5 y 19 N° 3, inciso 1 y 6, todos de la Constitución Política, y el artículo 6 del Código Procesal Penal. Es también éste el alcance que hemos dado a nuestra interpretación del mencionado artículo 186 del Código Procesal Penal.

Finalmente, en lo que podría ser una tercera etapa de esta evolución, el tribunal ha precisado, para el actuar del persecutor, el concepto de “discrecionalidad no arbitraria”, y esto dentro del diseño del Código Procesal Penal que permite a la víctima, como antes referimos, de la misma forma que respecto de cada uno de dichos actos, el debido control, encontrándose aquí, y para el caso de la falta de formalización, nuevamente con el artículo 186 del Código Procesal Penal. Ahora bien, en esta etapa, la magistratura constitucional ha negado la existencia

²⁵⁵ MUJICA TORRES, Ignacio y MORALES RAMOS, Sebastián. *Derecho de acceso a la justicia de la víctima*, cit. (n. 190), p. 100.

²⁵⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 537.

²⁵⁷ AGUILERA BERTUCCI, Daniela, cit. (n.170), p. 54.

para la víctima de un derecho subjetivo a que el persecutor formalice, en donde ella no puede ocupar ni el rol ni el lugar del ente público. Sin embargo, ello no implica que el ofendido por el delito quede desprotegido frente a un actuar arbitrario del fiscal, ya que se establece un sistema de “aseguramiento de derechos” de la misma (ej., el art. 186 del CPP frente a la falta arbitraria de formalización), todo lo cual, en su conjunto, permitiría afirmar que, si bien no existe una sustitución del persecutor por parte de la víctima sobre la base de dichos derechos, al menos aparece una equivalencia entre ella y el Ministerio Público.

2. De la acción penal pública y su titular: su relación con el debido proceso y la tutela judicial efectiva. El artículo 186 del Código Procesal Penal en prospectiva

El artículo 186 del Código Procesal Penal nos deja, aparentemente, en un callejón sin salida, dado que, en la interpretación de las consecuencias de su incumplimiento por parte del Fiscal, en beneficio de la víctima (según hemos señalado), o en los efectos que el Tribunal Constitucional le atribuye, su problemática se traduce en una pregunta crucial: ¿tiene el persecutor un monopolio en el ejercicio de la acción penal pública que le permite excluir a la víctima? Junto a esta interrogante, otras preguntas estarán enfocadas a determinar si en realidad, de lo que aquí se trata, es de un cuasi-monopolio de la acción penal y sobre cuál es el sentido que el mencionado ejercicio de la misma tiene para el constituyente y el legislador.

En este derrotero, lo primero es precisar lo que se entiende por acción.

Como consideración general, debe señalarse que el concepto de acción nace dentro del proceso civil²⁵⁸ y, más específicamente, “durante el siglo XIX en Alemania, con la teorización de los derechos subjetivos y la exaltación del individuo y la soberana libertad dimanante de su

²⁵⁸ DE LA OLIVA, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos* (Barcelona, Bosch, 1980), p. 108.

voluntad²⁵⁹, y pone de relieve un problema fundamental en la relación individuo-Estado, el cual apunta a establecer el tipo de poder que en esta concomitancia tiene el sujeto para dar vigencia al sistema normativo²⁶⁰. Es entonces posible definir la acción, en perspectiva civil, como el “derecho subjetivo público (cívico) que pertenece a la parte, no frente a su adversario, sino frente al juez, y al cual corresponde el deber del juez de hacer cuanto es necesario para pronunciar sobre la demanda que se le propone, una sentencia justa²⁶¹, lo cual tendría, entre nosotros, como parte del derecho a la tutela judicial, consagración constitucional en el artículo 19 N° 3, inciso 1, de la Constitución Política, tal como lo ha reconocido en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional²⁶².

Ahora bien, el *quid* del asunto es si esta conceptualización es aplicable también a la acción penal, y este es justamente el origen de los problemas, ya que se indica por algunos, que en la acción civil se busca el amparo de una situación jurídica subjetiva que el ordenamiento jurídico reconoce, en cambio, en la acción penal dicha situación subjetiva no existe²⁶³. En otros términos, aquel que se “querrela no está pidiendo tutela para un interés propio, sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del *ius*

²⁵⁹ PÉREZ GIL, D. Julio. *La acusación popular* (Valladolid, Memoria para la obtención del grado de Doctor, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1997), p. 227.

²⁶⁰ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal 2* (1993, reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002), p. 210.

²⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal* (1947, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), II, p. 10. También es posible entenderla como “un instituto jurídico procesal autónomo, por medio del cual se materializa el derecho de peticionar ante la autoridad judicial (concretada en un órgano jurisdiccional), la actividad pública necesaria para conocer y juzgar respecto de una pretensión jurídica por ella presentada”. MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal. Juicio Oral y Público Penal Nacional* (Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2004), p. 89.

²⁶² Verbigracia, STC, rol 1467-09, considerando decimosegundo.

²⁶³ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 523.

*puniendi*²⁶⁴, de tal forma que su corolario es que no puede existir un “derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la acción penal, ni siquiera para la víctima”²⁶⁵.

Este planteamiento aparece como contrario a la interpretación que, como antes señalamos, el Tribunal Constitucional realizó de esta temática en la conocida sentencia dictada en la causa rol 815-07, ya que allí se aludía a que “la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos –acción directa”²⁶⁶, con lo cual, “la acción procesal penal es el derecho que tienen los sujetos legitimados para impulsar la apertura de un proceso penal. Este derecho básico en un Estado democrático implica la compensación constitucional de la prohibición y sanción de la autotutela o fuerza bruta en la solución de los conflictos penales”²⁶⁷, para finalmente señalar que “la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso”²⁶⁸.

De esta forma, la magistratura constitucional ha reconocido expresamente, en el ejercicio de la acción penal, la existencia de “derechos e intereses penales”²⁶⁹.

²⁶⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *No hay ejercicio*, cit. (n.165), p. 247. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal* (Navarra, Thomson Civitas, 2008), p. 251.

²⁶⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *No hay ejercicio*, *ibid*, p. 247.

²⁶⁶ STC 815-07, considerando sexto.

²⁶⁷ *Ibid*, considerando decimosexto.

²⁶⁸ *Ibid*, considerando cuadragésimoprimer.

²⁶⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 524. Se encuentran argumentos en favor de esta postura en ASENSIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, editorial Trivium, 1991), pp. 34-40.

Pese a ello, en sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional ha sostenido, en tesis de mayoría, una interpretación que se ajusta a la imposibilidad planteada entre el concepto de acción (como líneas atrás lo delineamos en cuanto primera aproximación) y su aplicación en el ámbito penal, señalando expresamente la inexistencia de un derecho público subjetivo de la víctima a la acción penal, lo cual se ha traducido en que no exista un derecho a que el Ministerio Público investigue²⁷⁰, ni someta a juicio penal a otro ciudadano²⁷¹, aunque esto debe entenderse sin perjuicio de las facultades legales que la víctima tiene para enfrentar las decisiones arbitrarias que pueda adoptar el fiscal y que el mismo Tribunal Constitucional ha considerado como “equiparables” a las del persecutor²⁷², resaltando entre éstas aquella contenida en el artículo 186 del Código Procesal Penal. En buena medida, este último artículo ha sido uno de los principales argumentos del Tribunal Constitucional para rechazar los requerimientos que entienden infringida la mencionada tutela judicial efectiva sobre la base del ejercicio del derecho a la acción penal, en cuanto discrecionalidad arbitraria del fiscal, al extender su aplicación a la víctima-querellante, ya que, en lo que entiende como su correcta interpretación, éste resulta para el ofendido la única forma de contrapeso frente al director de la investigación, logrando así, por decisión de la judicatura, la imposición al Estado persecutor de la obligación de continuar (formalizar)²⁷³.

En este punto, sin duda vital para nuestra tesis, es necesario realizar un análisis más amplio del concepto de acción, que permita un justo equilibrio entre las facultades del persecutor y los legítimos derechos e intereses de las víctimas.

²⁷⁰ Por ejemplo, STC rol 1341-09, pp. 51-54, rol 2561-13, pp. 31-33 y rol 2680-14, pp. 17-19.

²⁷¹ STC, rol 2561-13, p. 33.

²⁷² STC, rol 1341-09, p. 56.

²⁷³ STC, rol 2561-13, p. 38, y rol 2680-14, p. 32. En el mismo sentido, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), p. 538.

Nadie duda, como ya hemos referido, que el concepto de acción, con origen en el derecho civil, ha encontrado enormes dificultades en su traspaso al proceso penal²⁷⁴.

En el medio nacional es el profesor Bordalí Salamanca quien ha tratado con mayor detalle, en sendos artículos²⁷⁵, la problemática del concepto de acción y su traslado al proceso penal, básicamente vinculado a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al resolver sobre las facultades de la víctima en el proceso penal y su presunto derecho al ejercicio de la acción penal, que el autor niega y el mencionado Tribunal ha recogido en sus últimos pronunciamientos a texto expreso²⁷⁶. Es conveniente aquí recordar algunas de sus ideas.

Señala Bordalí Salamanca que no es posible disociar, en términos absolutos, la acción con la tutela judicial de una posición jurídica subjetiva, de manera de entenderla sólo como un derecho a poner en movimiento el aparato judicial. Así las cosas, la acción siempre se vincula a la existencia de derechos que se reclaman o intereses (legítimos) que se quieren proteger, apareciendo aquí el concepto de legitimación, de índole procesal y del cual indica debe ser controlado al iniciar el proceso. Esto lleva al autor a hablar de una acción más o menos abstracta, en la cual no se ampara a cualquier sujeto²⁷⁷. Agrega que en el proceso penal los derechos o intereses que existen son de tipo civil o constitucional, pero en caso alguno penal, y las vías para satisfacerlos son de tipo civil en sentido amplio. Más aún, sostiene que la satisfacción referida no puede encontrarse tampoco en los fines de la pena, normalmente orientados a quien quebranta la norma y a la comunidad, pero no a la víctima. Señala también que no resultan aquí equiparables, en su entidad, la tutela que se solicita para el derecho de propiedad, con intereses como el de la justicia, o el establecimiento de la verdad, y que en caso alguno el Estado puede

²⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, cit. (n. 261), p. 14.

²⁷⁵ Principalmente en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), “No hay ejercicio”, cit. (n.165), “Análisis crítico”, cit. (n. 134).

²⁷⁶ Verbigracia, STC rol N° 2680-14, pp. 17-18.

²⁷⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), pp. 517-520.

satisfacer a la víctima en el interés que ésta tiene en que se sancione al imputado, lo cual también relaciona con cierta prevención de la arbitrariedad y de intereses retributivos individuales presentes en ella²⁷⁸.

Frente a estos planteamientos, es necesario precisar algunos conceptos.

Cuando se habla de una necesaria e inseparable conjunción entre la acción y el derecho (o interés) que se reclama (aun en mínima medida), no podemos dejar de mirar hacia sus orígenes. En efecto, sabemos que en una etapa embrionaria, “acción y derecho subjetivo eran una misma cosa”²⁷⁹, e incluso se indicaba que la acción “era el derecho con casco y espada”²⁸⁰. Sin embargo, hacia 1856, a través de Windscheid (y en el contexto de la discusión de la *actio* romana y la *Anspruch* alemana²⁸¹), se produce una “desconexión de la acción del derecho subjetivo”²⁸², apareciendo aquella como una entidad autónoma que permitió la separación del derecho procesal del derecho civil.

En este punto debe tenerse presente un aspecto relevante para lo que aquí se trata de explicar, y es que en base a esta ruptura, en materia de acción civil, resultan patentes dos aspectos que deben distinguirse: la naturaleza privada del derecho subjetivo material dirigido contra el particular y la naturaleza pública del derecho de acción que apunta al Estado²⁸³. Esto debe vincularse al carácter concreto u abstracto de la tutela judicial que la acción pone en movimiento, ya que en el primero, se trata del derecho a obtener una sentencia favorable, en cambio en el

²⁷⁸ Ibíd, pp. 524-528.

²⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, cit. (n. 264), p. 244.

²⁸⁰ MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal*, cit. (n. 261), p. 90.

²⁸¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil 4* (Buenos Aires, B de F, 2014), p. 52.

²⁸² MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal*, cit. (n. 261), p. 90.

²⁸³ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, cit. (n. 264), p. 245.

segundo se pone en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, cualquiera sea la resolución que se adopte en la sentencia de fondo²⁸⁴.

Aquí también, como señala Couture, es necesario traer a colación el que hoy en día la acción, en términos procesales, importa al menos tres acepciones: a) en sinonimia de “derecho”, b) como pretensión y, c) como facultad de provocar la actividad de la jurisdicción (poder jurídico para recurrir al juez)²⁸⁵. Este último aspecto puede ser considerado como un antecedente que permite, tratándose de la acción penal, conformar, ahora en dicho ámbito, “no ya un derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales”²⁸⁶. De esta manera, va tomando forma una concepción de la acción civil que puede trasladarse a la acción penal y llevarnos a comprender que el querellante puede ser titular de un derecho a la acción penal, ya que, en una concepción general, “la acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él, con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta”²⁸⁷.

Más aún, como bien precisa Montero Aroca, en materia penal no es posible imaginar una tutela judicial concreta del que recurre a la jurisdicción, por la simple razón de que no existe un derecho subjetivo material a imponer una pena al acusado, de la misma forma que no es posible imaginar a la acción penal en el sentido abstracto antes mencionado, esto es, como un derecho a obtener una sentencia como acto final del proceso, ya que aquí lo importante es obtener una resolución motivada, que no necesariamente debe ser la sentencia final²⁸⁸.

²⁸⁴ Ibíd, pp. 245-248.

²⁸⁵ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos”, cit. (n. 281), pp. 49-50.

²⁸⁶ Ibíd, p. 50.

²⁸⁷ Ibíd, p. 56.

²⁸⁸ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*, cit. (n. 264), pp. 251-254.

La acción penal entonces puede ser concebida como un derecho, aunque no para el persecutor, en donde adquiere los ribetes de un deber, sino para la víctima-querellante, y esto es así si se piensa en dicha acción como poder para acudir a la jurisdicción penal, lo que “exige un impulso constante hasta llegar a ese pronunciamiento sobre el fondo. La acción se ejercita así en la querrela... se mantiene a lo largo de la instrucción y es determinante a la hora de formular la acción. El derecho de acción, pues, no puede confundirse con un acto”²⁸⁹.

Así concebida la acción, nos parece perfectamente posible que en este transitar en el proceso, a este derecho a la acción se unan (y lo fortalezcan) legítimos intereses penales de la víctima, como lo son el interés por la justicia o por la verdad.

Relacionado a esto, y frente a los prejuicios que algunos han manifestado sobre el ejercicio de un derecho a la acción penal por parte de la víctima²⁹⁰, es posible agrupar dichas razones en tres aspectos: a) el sesgo que importa la venganza implícita que conlleva la actuación de la víctima²⁹¹, b) la posición de desigualdad en la cual queda el imputado con su incorporación y, c) la separación del derecho penal del derecho civil. En cuanto a lo primero, como bien señala Maier, el prototipo de la víctima vengativa o “no existe o existe en sus justos límites”²⁹², es decir, “dicha sed no pareciera darse en la mayoría de los casos, al menos excluyendo los delitos de mayor gravedad”²⁹³. Además, no existe demostración empírica alguna que lo sustente²⁹⁴. Al contrario, en un estudio realizado por Bottoms sobre las penas que solicitan quienes han sido víctimas de algún

²⁸⁹ Ibid, p. 256.

²⁹⁰ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n. 165), pp. 524-28.

²⁹¹ PÉREZ GIL, Julio. *La acusación*, cit. (n. 259), pp. 357-359.

²⁹² MAIER, Julio, *La víctima y el sistema penal*, en ÉL MISMO (compilador), *De los delitos*, cit. (n.14), pp. 214-215.

²⁹³ División de atención a víctimas y testigos del Ministerio Público, *La víctima en el nuevo proceso penal*, en ÉL MISMO, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, cit. (n. 31), p. 48.

²⁹⁴ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte general*, II, cit. (n. 2), p. 606.

delito, el resultado es que sus respuestas se encuentran dentro del mismo parámetro de las penas efectivamente impuestas por la judicatura²⁹⁵. En cuanto a la desigualdad que la intervención de la víctima genera, lo cierto es que el argumento es inverso, es decir, la desigualdad no aparece por la intervención del ofendido, sino, precisamente, por la intervención pública estatal²⁹⁶. Por último, en lo relativo a la separación del derecho penal con el derecho civil, hoy en día, resulta ser una opinión *nemine discrepante* el que se debe establecer “cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño”²⁹⁷⁻²⁹⁸.

Así las cosas, llegado a este punto debemos resolver una cuestión crucial que hemos dejado pendiente: ¿qué significa la expresión “acción penal” en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución Política?

Nos parece que aquí, como cuestión previa a la determinación de su contenido, debe partirse por una mirada en retrospectiva de la participación de la víctima en el proceso penal chileno. Así, en el antiguo

²⁹⁵ BOTTOMS, Anthony, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, en CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (Oxford, Clarendon Press, 1995), pp. 24-25.

²⁹⁶ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Parte general*, II, cit. (n. 2), p. 608. También, MORALES VELOSO, Irene Victoria, *¿Quién es la víctima en el nuevo proceso penal? Desde una perspectiva procesal victimológica* (Concepción, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 2002), p. 109.

²⁹⁷ MAIER, Julio. *La víctima y el sistema penal*, en ÉL MISMO (compilador), *De los delitos*, cit. (n.14), p. 216.

²⁹⁸ El profesor Duce señala tres tipos de razones para justificar el nuevo rol de la víctima en el proceso penal: a) las razones de derechos, en tanto que distintos grupos han sensibilizado a la sociedad en cuanto a que el ofendido tiene una serie de derechos inalienables, incluidos aquí los que le permiten participar en el proceso penal, b) razones pragmáticas, dado que sin una víctima que denuncie o esté dispuesta a seguir con el proceso penal, las posibilidades que el persecutor tiene de continuar con probabilidades de éxito son mínimas, y c) razones de pacificación social, ya que si se quiere lograr, antes que la aplicación pura de coerción, la pacificación del conflicto, es necesario contar con la víctima. DUCE, Mauricio, *Algunas reflexiones*, cit. (n. 31), pp. 742-743.

Código de Procedimiento Penal (que comenzó a regir el 1 de marzo de 1907), si bien se aludía a la víctima unas doce veces, ella no era definida, ni se destinaba algún apartado a sus derechos, más allá de situaciones puntuales²⁹⁹. En otros términos, “el código antiguo no consagraba estatuto alguno de derechos de las víctimas”³⁰⁰, lo que resultaba tan elocuente que ni siquiera tratándose de una inspección personal del tribunal, la víctima era citada, a diferencia del imputado³⁰¹. Sin embargo, con el nuevo Código Procesal Penal (2000)³⁰² (que dejó a Chile dentro de los países del *civil law* con sistema acusatorio³⁰³) se estableció una regulación de los derechos del ofendido “más generosa que la que había existido tradicionalmente en Chile”³⁰⁴, señalándose de manera precisa sus derechos (art. 109), sin perjuicio de otros que se recogen en distintas partes del Código³⁰⁵. Incluso en este contexto es posible señalar, a modo general, que la propia Constitución Política estableció las bases de los derechos reconocidos a las víctimas, a saber, “el derecho a ejercer la acción penal pública, el derecho a recibir protección de parte de las autoridades y el recientemente incorporado derecho a recibir asistencia

²⁹⁹ SALINERO E., Sebastián, cit. (n.16), p. 807.

³⁰⁰ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 288.

³⁰¹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno*, en BERTOLINO, Pedro J. et al., *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay* (Buenos Aires, Depalma, 1997), p. 169.

³⁰² Un análisis general del cambio experimentado con este Código desde el sistema inquisitivo al adversarial, puede verse en DE LA BARRA, Rodrigo, *Sistema inquisitivo versus sistema adversarial. Cultura legal y perspectivas de la reforma procesal en Chile*, en *Ius et praxis* 5 (1999), 2, pp. 139-191.

³⁰³ AMBOS, Kai, *Estatus, función y responsabilidad del Fiscal desde el punto de vista del derecho comparado*, en ÉL MISMO AUTOR, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del derecho alemán y comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 302.

³⁰⁴ RIEGO, Cristián. *La expansión*, cit. (n. 183), p. 668.

³⁰⁵ Véase a TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones*, cit. (n. 300), pp. 301-314.

jurídica³⁰⁶. A esto se une la ingente influencia que el derecho internacional ha tenido en la difusión de los derechos de participación de la víctima en el proceso penal, en donde, en un extremo, se ha llegado a señalar que ésta tiene derecho a la persecución y sanción del culpable, incluso en casos distintos del bloque de graves violaciones a los derechos humanos (a los que normalmente estaba reservado dicho privilegio), como sucedió en el caso Bulacio³⁰⁷.

Volviendo a nuestra pregunta, el contexto recién referido nos entregará una guía interpretativa al decidir su definición, pero, en términos normativos, debe considerarse que nuestro sistema procesal penal se encuentra formado por dos principios fundamentales: el de oficialidad, según el cual “la persecución penal es promovida por los órganos del Estado”³⁰⁸, y el de legalidad (u obligatoriedad), en donde el persecutor, como regla general, no puede “discrecionalmente decidir cuándo o en qué casos inicia la promoción, ni teniendo capacidad para hacer cesar voluntariamente el desarrollo de la causa”³⁰⁹, es decir, deberá

³⁰⁶ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego Andrés, cit. (n.16), pp. 99-100.

³⁰⁷ La sentencia completa puede verse en la web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en línea]: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>> [consultado el 17 de junio de 2015].

³⁰⁸ BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos* (1979, traducción de Conrado Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1986), p. 42. También, entre una abundante bibliografía, ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, cit. (n. 26), p. 82, AGUILERA BERTUCCI, Daniela, cit. (n.170), p. 58, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, cit. (n. 2), p. 38, y SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (traducción de José Manuel Núñez, Córdoba, Lerner Editorial SRL, 2008), pp. 197-198. Por lo demás, este principio se encuentra establecido en la Constitución, en su artículo 83, inciso primero. Debe señalarse que este principio prevalece también en el derecho comparado, como sucede en Alemania e Italia. En el caso español, se presenta un sistema combinado, en donde la acción penal pública la ejercen el ofendido, el Ministerio Fiscal y el juez cuando resulta procedente. LETELIER LOYOLA, Enrique, *Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 2 (2009), pp. 195-228, pp. 201-202.

³⁰⁹ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal. Conceptos Generales. La realización penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004), I, p. 358.

“sostener y perseverar en la persecución penal de todo delito del cual tome conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su discreción”³¹⁰, lo cual, entre nosotros, tiene regla expresa en el artículo 166, inciso segundo, del Código Procesal Penal³¹¹, y no es sino una consecuencia de la sujeción de todo organismo público a la legalidad, conforme lo disponen los artículos 5 y 6 de la Constitución Política³¹².

Tenemos entonces que estos principios parecen llevarnos irremediablemente al monopolio de la acción penal por parte del Estado y en este caso a través del Ministerio Público, lo que tiene perfecta coherencia con la dirección de la investigación que el persecutor tiene asignada como su director³¹³, manteniendo con ella “la responsabilidad última de definir una estrategia de persecución penal e investigación del caso”³¹⁴. Pero, como bien expresa Piedrabuena Richard, “no es lo mismo dirigir exclusivamente la investigación que tener la exclusividad de la acción penal pública”³¹⁵, y esto es precisamente lo que trata de señalarnos el constituyente en el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política.

En efecto, el mencionado inciso permite al ofendido el ejercicio de la acción penal pública tal como lo hace el órgano persecutor, aunque sin decantar su contenido exacto. Nos parece que en este punto debe tomarse

³¹⁰ RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. *Principios*, cit. (n. 27), p. 183.

³¹¹ Artículo 166, inciso segundo: “Cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

³¹² CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual*, cit. (n. 48), p. 17.

³¹³ No podemos olvidar que la exclusividad de la investigación atribuida al persecutor implica que “ninguna otra persona u órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Poder Judicial. Ministerio Público 2* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 217.

³¹⁴ DUCE, Mauricio, y RIEGO, Cristián. *Introducción*, cit. (n. 22), p. 132.

³¹⁵ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización de la investigación*, cit. (n. 34), p. 115.

como hito de partida, como antes referimos, la desconexión de la acción de Windscheid³¹⁶, y que en caso alguno puede equipararse el derecho a la acción de la víctima “con la simple facultad de denunciar... porque la facultad de denunciar la tiene todo ciudadano”³¹⁷. Este es el piso mínimo de la discusión.

Es importante reiterar un aspecto al que ya hemos hecho referencia, en orden a qué se entiende por acción penal para estos efectos. Aquí debe considerarse que el constituyente, al establecer un orden lógico de los deberes del ente persecutor en el artículo 83 de la Constitución Política, primero establece aquél de dirigir la investigación y luego, si de ello resultan antecedentes para continuar, el de ejercer la acción penal pública, con lo cual parece imponer un concepto de acción penal en términos *strictu sensu*³¹⁸, sobre todo si se considera que la acción penal debe ser ejercida por el persecutor, “en su caso”.

Si la víctima también puede acusar, la solución no puede ser otra que reconocer un cuasi-monopolio de la acción penal, en donde la víctima tiene, junto al poder-deber del fiscal, derecho a ejercer la acción penal como parte, a su vez, de su derecho a la acción, en cuanto tutela judicial efectiva. Y que esto es así resulta una consecuencia necesaria de una interpretación que se realiza desde la Constitución, ya que “los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes”³¹⁹. Y sabemos que “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en

³¹⁶ MORAS MOM, Jorge R., cit. (n. 261), p. 90.

³¹⁷ BINDER, Alberto. *Introducción*, cit. (n. 260), p. 214.

³¹⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, I, cit. (n. 2), p. 148. También BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *La acción penal*, cit. (n. 165), p. 540, y ÉL MISMO AUTOR, *No hay ejercicio*, cit. (n. 165), p. 248.

³¹⁹ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 31 (2006), p. 15.

cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución³²⁰, lo que en este caso se traduce en el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3, inciso primero, de la Constitución Política), el que debe ser interpretado, para su pleno respeto, con una amplitud que permita a este interviniente su adecuado ejercicio por sobre el posible abuso o arbitrariedad en la que pueda incurrir el persecutor (y sabemos que los derechos fundamentales se imponen verticalmente sobre el Estado³²¹). En otros términos, “no puede haber impedimentos en el derecho o en los hechos de parte de ningún organismo para limitar los derechos de quienes ejercen la acción penal pública, particularmente las víctimas de los delitos”³²². La llave para su ejercicio, ahora en el plano legal, es el mencionado artículo 186 del Código Procesal Penal, el que en la interpretación por la que aquí abogamos, bajo la autorización cautelar y juicio de mérito del tribunal, que podrá controlar así el monopolio del persecutor sobre el avance del proceso penal³²³ (a objeto de no generar riesgos en las garantías del imputado), permitirá a la víctima el pleno ejercicio de su derecho y de la acción penal que subyace en él, aun sin formalización por parte del fiscal, como consecuencia de su incumplimiento, según como ya antes se ha explicado.

En otros términos, es posible compatibilizar el concepto de acción penal entendido como “acusar” que emplea el constituyente, con la noción de la acción penal que antes hemos expuesto, en donde dicha acción, a la que tiene derecho la víctima, es la facultad que le permite llegar a la jurisdicción penal, querellarse y acusar en su caso, ya que la acción se ejercita en varios momentos dentro del proceso y desde su origen, bajo estricto control jurisdiccional, dejando de manifiesto así su naturaleza de un derecho de tipo procesal que, en términos constitucionales, toma parte

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, 2006), p. 26.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el legislador, el juez y las partes*, en PRIORI POSADA, Giovanni (Ed.), *Proceso y Constitución* (Lima, Ara Editores, 2011), p. 125.

³²² PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Cómo proteger mejor los intereses de las víctimas y de esta manera contribuir a la disminución de la delincuencia*, en *Revista Chilena de Derecho* 36 (2009), 3, pp. 671-677, p. 674.

³²³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos, cit. (n. 16), p. 456.

del monopolio de la acción penal que estaba radicado en el persecutor y lo traslada al ofendido. De esta manera, el ejercicio de la acción penal que el constituyente entiende como “acusar” formaría parte de este concepto amplio de acción al que nos hemos referido, el que finalmente está dirigido a obtener una resolución motivada, incluso en etapas tempranas del proceso.

No es posible entonces sostener que la víctima puede acusar, como facultad otorgada por el constituyente, y afirmar su condicionamiento a un “estado tal que esa acusación sea pertinente”³²⁴, en donde “lo único que la Constitución le exige al legislador es que contemple modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal”³²⁵.

Así planteado el asunto, la pregunta que aparece es de una simplicidad hiriente: ¿cómo establecer modalidades que permitan a la víctima acusar sin entregarle garantías de que su derecho no se verá afectado por la arbitrariedad del persecutor? La única respuesta posible es que dichas modalidades, necesariamente, deberán considerar controles jurisdiccionales del ente persecutor que impidan que éste obstaculice la facultad de acusar otorgada al ofendido por el delito, lo cual implica una revisión de las etapas anteriores a la acusación, y básicamente de la formalización (o mejor dicho, de la falta de ella), ya que este acto es, por regla general, el que permitirá la acusación autónoma del querellante. Y es en este orden de ideas que surge el artículo 186 del Código Procesal Penal como una modalidad de control del ofendido por el delito, para plantear en sede jurisdiccional el obstáculo procesal que lo priva arbitrariamente de una imputación de cargos, afectando con ello su derecho a acusar.

Las modalidades referidas entonces, deben incluir el control de la arbitrariedad del Ministerio Público en el no ejercicio de su poder de formalizar. De esta manera, si bien no parece correcto hablar en este ámbito de un derecho público subjetivo de la víctima de contenido material a la acción penal, es posible que su vertiente procesal sí se presente como tal, en los términos antes mencionados.

³²⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal*, cit. (n.165), pp. 542.

³²⁵ Ídem, pp. 542-543.

Si bien lo que aquí se afirma puede resultar traumático, hay ciertos aspectos, no menos importantes, que permiten reafirmar esta postura.

Así, no podemos olvidar que, frente a aquellos que indican que la norma del artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, nos señala que la víctima tiene derechos distintos a los fiscales (ya que de otra forma, no tendría sentido que se aludiera a que puede ejercer la acción penal en términos igualitarios al persecutor³²⁶), es posible afirmar que lo único que el constituyente hizo fue reiterar aquello que el tenor literal expresa, es decir, que la víctima, en lo que al ejercicio de la acción pública se refiere, se encuentra en un plano de igualdad con el persecutor, y esta reiteración no resulta extraña si se piensa que “el proceso penal chileno ha ido en esto más lejos que los países con las tradiciones jurídicas más importantes... Así, por ejemplo, en el sistema de los E.E.U.U. no existe la posibilidad de que la víctima participe de ningún modo en la persecución... en el caso de Alemania, la víctima tiene la posibilidad de participar en el juicio, pero siempre subordinada a la acusación del fiscal, y no se le reconoce la facultad de presentar una acusación propia”³²⁷.

Otro aspecto que apoya esta idea es que si bien no es posible hablar de un derecho público subjetivo a la acción penal por parte de la víctima (no desde el punto de vista material), no puede olvidarse, como antes señalamos, que ésta sí puede tener intereses de tipo penal dignos de ser salvaguardados, como lo son el derecho a que se establezca la verdad y el derecho a la justicia, cuestión a la que se ha aludido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aunque de manera aislada), como antes mencionamos al referirnos al caso Bulacio³²⁸.

En este mismo punto, como bien señala Cafferata Nores, incluso al hablar del derecho del ofendido a la aplicación de la pena legal,

³²⁶ *Ibíd.* También AGUILERA BERTUCCI, Daniela, cit. (n.170), p. 65.

³²⁷ RIEGO, Cristián. *La expansión*, cit. (n.183), pp. 672-673. En el caso español, su Tribunal Constitucional ha entendido “que el derecho de acción constitucionalmente reconocido (art. 24.1 CE) incluye la acción penal”. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *No hay ejercicio*, cit. (n.165), p. 247.

³²⁸ *Supra*, p. 39.

producida la transgresión de un bien jurídico abstracto, hay en juego no sólo un interés de la sociedad, sino también uno concreto de la víctima, y este último es el más palpable y no puede ser obviado³²⁹.

La historia legislativa de la ley N° 19.519, que creó el Ministerio Público, entrega pautas de la interpretación que aquí sustentamos, ya que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se indica que “El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine. En esta parte hay una diferencia importante entre el mensaje y el texto que se comenta. El primero reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. El segundo, en cambio, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal³³⁰. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal. La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3°, del artículo 19, de la Carta Fundamental”³³¹.

³²⁹ CAFFERATA NORES, José. *¿La pena al culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?*, en ÉL MISMO AUTOR, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal 3* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000), pp. 66-67.

³³⁰ Como señala Cisternas, “el legislador dotó a los fiscales del Ministerio Público de herramientas desconocidas entre nosotros hasta la entrada en vigencia de la reforma, como son el principio de oportunidad, el archivo provisional de los antecedentes y la facultad de no perseverar en la investigación. Así las cosas, sólo era cuestión de tiempo para que las prioridades de los fiscales del Ministerio Público no fueran las mismas que las de las víctimas de los delitos y éstas se sintieran afectadas por la decisión del órgano persecutor de no perseguir la responsabilidad criminal de un determinado caso”. CISTERNAS VELIS, Giovanni, *El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad* (2006-2010), en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 44 (2011), pp. 137-138.

³³¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Segundo

Por último, reiterando lo señalado por Nieva Fenoll, “La víctima muchas veces no se siente reparada si no contribuye a la persecución y al debido castigo de los hechos, y en el estado sociológico de nuestros ciudadanos existe una *communis opinio* en que ello es legítimo. Téngase bien presente que tal actitud le cuesta dinero a la víctima, pero pese a ello decide continuar adelante, porque lo cree de justicia. Parece adecuado, en consecuencia, que el juez oiga también su punto de vista en el proceso y no solamente el del ministerio fiscal...”³³².

Lo que aquí se sustenta sólo difiere en el plano de su aplicación práctica, de aquello que han planteado los votos de minoría en el Tribunal Constitucional en sus últimos fallos relacionados con la temática. Estos fallos contienen interesantes consideraciones que resaltaremos tomando como modelo el último de ellos, rol 2680-14³³³, a saber: a) “el interés público involucrado en la persecución penal no es incompatible con el reconocimiento de la participación de privados (por ejemplo, la víctima) en la misma, lo cual no significa la consagración de la autotutela privada, ni menos una renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado, expresado a través del *ius puniendi*”³³⁴; b) “el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, como en el artículo 83, inciso segundo”³³⁵; c) “No puede desconocerse que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Sin embargo, tampoco puede desconocerse, como se explicará más adelante, que la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre

trámite constitucional. Cámara de Diputados. Historia de la ley 19.519 [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=&anio=1997> [consultado el 28 de junio de 2015], pp. 257-258.

³³² NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos*, cit. (n. 180), p. 71.

³³³ Encontramos también los mismos argumentos en la STC, rol 2561-13.

³³⁴ STC, rol 2680-14, p. 38.

³³⁵ *Ibid*, p. 39.

un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. Por tanto, es distinto plantear que el querellante tiene derecho, a través del Ministerio Público, a que se investigue (lo que no compartimos), que afirmar que una decisión de no perseverar en la investigación, la cual trae aparejada la imposibilidad de ejercer el derecho del querellante a acusar, no está sometida a control judicial”³³⁶; d) “Nuestra posición no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso en términos de la condena del supuesto culpable. El derecho del querellante ofendido es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En efecto, nuestro planteamiento considera que el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva (por la vía de la acusación adhesiva o autónoma) con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público, sin perjuicio, en último término, de las determinaciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales de justicia”³³⁷; e) “si el adverbio ‘igualmente’ utilizado por la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 ha de tener algún sentido, debe concluirse que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma (y, desde luego, también en forma adhesiva) no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente”³³⁸; f) “la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia –aunque sea parcial– de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva”³³⁹.

De esta forma, sobre la base de estas consideraciones, el voto de minoría acoge los requerimientos de inconstitucionalidad, al concluir que los mecanismos que el Código Procesal Penal contempla son insuficientes para salvaguardar el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y, con ello, a la acción, mencionándose (como hemos indicado reiteradamente) el artículo 186 del Código Procesal Penal como uno de esos instrumentos

³³⁶ Ibid, p. 40.

³³⁷ Ibid, pp. 41-42.

³³⁸ Ibid, p. 42.

³³⁹ Ibid, p. 43.

que no permiten salvaguardar el referido derecho. Sin embargo, a nuestro parecer, en una solución que sólo en este aspecto se asemeja más a los votos de mayoría, se insta por la interpretación allí sostenida de dicho artículo, aunque con una solución más pragmática, en orden a permitir, incluso sin formalización y como consecuencia de su incumplimiento, el que la víctima-querellante continúe en forma autónoma, siempre que en sede jurisdiccional se resguarden los derechos del imputado, y esto aun a costa de trastocarse en alguna medida el sistema del código³⁴⁰. Así entonces, lo que realmente debería preocuparnos es que “la pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea asegurar la posición relevante del Ministerio Público”³⁴¹.

Todo lo que hemos dicho hasta aquí se relaciona con dos conceptos fundamentales que constituyen la base, a nuestro parecer, del derecho que tiene la víctima, bajo ciertos parámetros jurisdiccionales, a continuar con la persecución penal, aun contra la voluntad del órgano persecutor, y que, a su vez, permiten interpretar el artículo 186 del Código Procesal Penal, precisamente, como la llave del ofendido para poner en movimiento esta facultad: el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Cuando hablamos de debido proceso nos remontamos al derecho anglosajón, a través del *due process of law*³⁴², y más precisamente a

³⁴⁰ Este eventual quiebre del sistema del código ha sido advertido por nuestra Excelentísima Corte Suprema al informar el proyecto de ley 22-2009, boletín 6436-07 [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>> [consultado el 28 de junio de 2015].

³⁴¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Los principios generales del nuevo procedimiento penal* (Santiago de Chile, Apuntes mecanografiados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000), p. 10.

³⁴² BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIII (2009), pp. 263-302, p. 265.

la Carta Magna de 1215³⁴³, con su *law of the land*³⁴⁴, ingresando así al derecho constitucional de Estados Unidos vía quinta enmienda³⁴⁵, siendo definido como un “derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos”³⁴⁶. En otros términos, se trata, como señala Cerda San Martín, de otorgar a los que intervienen en el proceso las condiciones necesarias y oportunas que les permitan, en sede jurisdiccional, solucionar el conflicto penal de la mejor manera posible³⁴⁷.

Entre nosotros, la Constitución recoge este derecho en el artículo 19 N° 3, inciso 6, al señalar que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación”³⁴⁸

³⁴³ VARGAS DELGADO, Iris, *La garantía del justo y racional procedimiento en la jurisdicción tributaria*, en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998), 3, pp. 549-563, p. 549.

³⁴⁴ OTEIZA, Eduardo, *Realidad y debido proceso. El debido proceso (Evolución de la garantía y autismo procesal)*, en ARAZI, Roland, et al., *Debido proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003), pp. 3-54, p. 6.

³⁴⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Santiago de Chile, Puntotex, 2010), I, pp. 1-72, p. 8.

³⁴⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo* (Lima, Ara Editores, 2001), p. 251. Sobre el debido proceso en general, véase a BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005), y ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del debido proceso* (Barcelona, Bosch, 1995).

³⁴⁷ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, I, cit. (n. 48), p. 38. El profesor Zapata Larraín nos indica que el debido proceso es un “principio constitucional, es decir, un conjunto de ideas de índole jurídico-política cuya finalidad es darle operatividad a los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad”. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 568.

³⁴⁸ La referencia a la investigación fue incluida para reafirmar que “no hay carta blanca para cualquier discrecionalidad del Fiscal...”. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo,

racionales y justos”, evitando así utilizar la expresión debido proceso, que habría obligado a la doctrina y jurisprudencia nacional a operar al estilo anglosajón³⁴⁹, resultando esta fórmula (racional y justo) la mejor manera de establecer parámetros sobre la base de nuestra realidad, en una cláusula abierta³⁵⁰ y en donde “la racionalidad está referida al procedimiento, y lo justo a lo sustantivo”³⁵¹⁻³⁵².

En otro aspecto relacionado, cuando hablamos de tutela judicial efectiva se alude a “la facultad que asiste a toda persona a tener acceso al sistema judicial, solicitando amparo jurisdiccional frente a una vulneración de derechos”³⁵³ o intereses, de tal forma que aquí se protegen no sólo derechos, sino también legítimos intereses, lo cual es suficiente para recurrir al órgano jurisdiccional a solicitar protección³⁵⁴.

Introducción a la reforma procesal penal (Santiago de Chile, Editorial Fallos del mes, 2000), p. 64.

³⁴⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *El derecho fundamental*, cit. (n. 342), p. 265.

³⁵⁰ CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno 2* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), II, p. 170.

³⁵¹ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I, p. 222. También VARGAS DELGADO, ibíd, cit. (n. 342), p. 552. Algunos indican que es “racional, en cuanto debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto, que permita al juez sentenciar conforme a derecho, y justo, en el sentido que el proceso debe ordenarse a su finalidad que es la justicia, pero también en el sentido de ser justo en cada uno de sus trámites”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *La nueva justicia penal frente a la Constitución* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006), p. 73.

³⁵² Dentro del debido proceso es posible distinguir entre el debido procedimiento procesal y el debido procedimiento sustantivo, pudiendo sostenerse que nuestra Constitución, al hablar de racional y justo, considera ambos supuestos. MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales 1* (2011), pp. 199-226, p. 215. También NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2007), p. 27.

³⁵³ SOLÉ RIERA, Jaumé. *La tutela de la víctima en el proceso penal* (Barcelona, Bosch, 1997), p. 47.

³⁵⁴ CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la defensa procesal* (Barcelona, Bosch, 1998), p. 134.

A este respecto, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “El contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 C.E., consiste en obtener una resolución de fondo, pero ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental”³⁵⁵.

Este derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra implícitamente reconocido en nuestro texto constitucional, en los artículos 19 N° 3³⁵⁶ y 76, lo que se reafirma con lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁵⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado que este derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, ya que, por una parte, se proyecta respecto de otros derechos (dimensión adjetiva) y, por la otra, es un derecho autónomo, que permite a las personas solucionar sus conflictos por vía jurisdiccional (dimensión sustantiva)³⁵⁸. Agrega el tribunal que “en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo de la víctima de un hecho punible a la jurisdicción, que se manifiesta en la exigibilidad de una investigación, la apertura y la posterior sustanciación del proceso. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción en el marco de la pretensión planteada por el actor, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada

³⁵⁵ Tribunal Constitucional español, sentencia 40/1994, de 15 de febrero de 1994 [en línea] <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2557>> [consulta: 6 de enero de 2016].

³⁵⁶ STC, rol 1380-09, considerando decimosegundo.

³⁵⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2008), II, p. 265.

³⁵⁸ STC, rol 1380-09, considerando decimosegundo, p. 25.

privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que debieran satisfacer los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia”³⁵⁹.

Como visión general de la temática, si relacionamos ambos conceptos, es posible concluir que nuestro Tribunal Constitucional denomina a la tutela judicial efectiva, como bien resalta Bordalí Salamanca, bajo múltiples expresiones: derecho de acceder al órgano jurisdiccional, derecho a la acción, derecho fundamental al proceso, o simplemente, derecho a la tutela judicial³⁶⁰. Incluso, es posible advertir, como agrega el mismo autor, varias interpretaciones sobre los tipos de derechos que se incluyen en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, en donde encontramos: a) un derecho global (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), que incorpora la tutela judicial efectiva y el debido proceso, b) el debido proceso incorporado en la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho global, o viceversa y, c) tanto la igual protección de la ley como el debido proceso como derechos globales³⁶¹. En este derrotero, nos parece que entre la tutela judicial efectiva y el debido proceso, “si hay un punto de frontera (...) es justamente aquel que permite distinguir todos los factores externos al proceso y que lo predeterminan. El debido proceso comienza con acciones que se impetran, pero que requieren que el acceso a él esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos, y que lo solicitado tenga garantías de cumplimiento según la naturaleza del procedimiento”³⁶². De esta forma, es precisamente la combinación de estos derechos, incluido aquí el derecho de acceso a la jurisdicción, lo que permite a la víctima transformarse en sujeto de garantías, de la misma forma que el imputado, en orden a perseguir no sólo la reparación del mal que se le ha causado, sino también el castigo de los culpables³⁶³.

³⁵⁹ Ibid, considerando decimotercero.

³⁶⁰ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *Análisis crítico*, cit. (n. 134), p. 312.

³⁶¹ Ibid, pp. 319-320.

³⁶² GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, cit. (n. 61), pp. 244-245.

³⁶³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la*

Tenemos entonces que el ofendido por el delito (que sabemos tiene derecho a la acción penal e intereses legítimos de tipo penal que proteger), no sólo tiene derecho al debido proceso³⁶⁴, sino también a la tutela judicial efectiva³⁶⁵, ambos de origen constitucional. En este punto debe recordarse que “todas las disposiciones de carácter procesal deben necesariamente ser interpretadas en clave de derechos humanos, debiendo ser interpretadas antiformalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos e intereses legítimos”³⁶⁶. Y si esto es así, el artículo 186 del Código Procesal Penal resulta ser la mejor expresión de la más eficiente interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva (que se satisface con una resolución judicial motivada³⁶⁷), y con ello, del debido proceso, ya que en su correcta hermenéutica (inseparable del valor de la dignidad de la persona³⁶⁸) permite al ofendido por el delito, en palabras del Tribunal Constitucional, “la apertura y la posterior sustanciación del proceso”³⁶⁹, e incluso, bajo tutela jurisdiccional, ejercer la acción penal con la oposición del ente persecutor. Esto confirma la interpretación que hemos realizado del mencionado artículo 186, en cuanto instrumento de control del fiscal por parte de la víctima para la prosecución del proceso y, en su caso, para el ejercicio de la acción penal pública, incluso en reemplazo del persecutor, si judicialmente así se dispusiere.

inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237 y 240 del Código Procesal Penal, en *Estudios Constitucionales 2* (2010), pp. 709-744, p. 726.

³⁶⁴ ARAYA ESPINOZA, Gabriela y PORTUGAL CUEVAS, Karina. *Los derechos de la víctima en el nuevo Código Procesal Penal chileno y en el derecho comparado* (Santiago, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2005), p. 110.

³⁶⁵ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La Constitución*, cit. (n. 31), pp. 32-33.

³⁶⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución*, cit. (n. 352), p. 35.

³⁶⁷ GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución española* (Madrid, Tesis para optar al grado de Doctor, Universidad Autónoma de Madrid, 2012), p. 162.

³⁶⁸ STC, rol 1484-09, considerando vigesimoquinto, p. 26.

³⁶⁹ STC, rol 1380-09, considerando decimotercero, p. 26.

III. Conclusiones

1.- De lo señalado en líneas anteriores, ha quedado meridianamente claro que la víctima, al día de hoy, irrumpe en el proceso penal como un actor de trascendencia, junto al imputado y al órgano persecutor, y que en esta relación viene a disputar al Ministerio Público el monopolio en el ejercicio de la acción penal, y ello sobre la base de dos pilares fundamentales a los que tiene derecho, a saber, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, ambos con reconocimiento constitucional.

2.- En este contexto, toda interpretación que se realice de las normas subordinadas a la carta fundamental debe considerar los alcances de estos derechos fundamentales de las víctimas, bajo el parámetro de un criterio amplio que favorezca su ejercicio.

3.- Al alero de este imperativo, el artículo 186 del Código Procesal Penal se debe transformar en un instrumento que permita al ofendido por el delito ejercer la acción penal en términos *strictu sensu*, tal como lo faculta el artículo 83, inciso 2, de la Constitución Política, y servir a la vez, como dispositivo de contrapeso y control del posible abuso por parte del fiscal de sus facultades discrecionales y, principalmente, de la oportunidad en la cual el fiscal formaliza la investigación, considerando que dicha actuación del Ministerio Público se presenta, dentro del marco normativo que lo rige, como un poder-deber.

En este punto deben dejarse de lado aquellas interpretaciones que ven en el ejercicio de la acción penal una amalgama inseparable de aspectos materiales (tutela de posiciones jurídicas subjetivas) y procesales, ya que es perfectamente posible entender el concepto de acción de manera autónoma, en cuanto derecho para acudir a la jurisdicción penal sobre la base de una serie de actos que permitan llegar a una sentencia de fondo, aun cuando ésta no sea obtenida al final del proceso, y en donde resulta fundamental el momento en que se formula la acusación, ya que esto último es, entre nosotros, un derecho que el constituyente otorga a texto expreso al ofendido por el delito. Más aún, es posible sostener la existencia, al menos, de intereses penales del ofendido por el delito en el ejercicio de la acción penal, los que se traducen en la obtención

de la verdad y la justicia propias de la aceptación institucionalizada del abandono de la autotutela.

4.- En esta misma senda, el Tribunal Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha aludido al artículo 186 del Código Procesal Penal como una de las principales vías a las que la víctima, en cuanto afectado por la norma, puede recurrir para instar por la persecución penal, provocando con ello el control jurisdiccional de la discrecionalidad del fiscal que se niega a formalizar, resaltando aquí que en opinión de dicha magistratura constitucional, la constitucionalidad de dicho artículo se sustenta en que es posible una adecuada interpretación del mismo conforme a la Constitución, lo que resulta suficiente para confirmarlo en dicha sede. Ahora bien, la interpretación que de dicho artículo se propone permite, por una parte, mantener el curso normal del proceso al tratar de obtener una imputación de cargos que el persecutor arbitrariamente niega (fijando el juez un plazo para ello) y, por la otra y como subsidiaria de la primera, solucionar la tensión entre la víctima y el fiscal, frente al ejercicio arbitrario del poder de formalización atribuido a éste último, y esto de la única forma posible que permite respetar el derecho de la víctima a la acción penal, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva: que bajo un juicio de mérito y también cautelar, se le autorice en sede jurisdiccional el pleno ejercicio de su derecho a acusar, aun sin formalización, quedando como sustrato del ejercicio de la acción penal (acusación), la querrela que antes se habrá presentado en base a hechos precisos y una participación delimitada. Así también, los derechos del imputado resultan resguardados.

5.- En otro aspecto, el Tribunal Constitucional, si bien ha negado en los últimos fallos a la víctima un derecho subjetivo público que vincule al persecutor y lo obligue a investigar, no desconoce su derecho a ejercer la acción penal, y esto bajo condiciones necesarias para su ejercicio y con características muy parecidas al derecho subjetivo que se niega.

6.- En materia de acción, nos parece que ella debe ser entendida como un poder de provocar la jurisdicción y luego continuar, no en un solo momento sino que por etapas, hasta obtener una sentencia motivada.

En esta misma línea argumental no se observa inconveniente para permitir, más allá de un excesivo formalismo y siempre con estricta sujeción al control jurisdiccional (cautelar y de mérito), el ejercicio autónomo de la acción penal por parte de la víctima, más aún si existen otros actos que, como han señalado algunos, pudiendo cumplir las mismas funciones de la formalización, en cuanto imputación en sentido lato, como la querrela, permiten dar contenido al ejercicio de la acción penal que el artículo 83 de la Constitución Política reserva para el ofendido junto al persecutor, con lo cual se hace efectiva su posibilidad de acusar como parte de su derecho a la tutela judicial efectiva.

7.- En definitiva, el largo proceso que ha llevado a la víctima a reaparecer en el proceso penal, unido a la consagración constitucional de su derecho a ejercer la acción penal, junto al reconocimiento de su derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, no pueden sino llevar a interpretar el artículo 186 del Código Procesal Penal, por una parte, incorporando a la víctima como afectada, y por la otra, permitiendo al juez de garantía limitar el actuar del persecutor al fijarle un plazo para que formalice, lo que a su vez se traducirá tanto en que la víctima continúe sin el Ministerio Público, aunque ejerciendo como él la acción penal, como en la constatación de un proceso irreversible, cual es el que la víctima ha llegado para quedarse.

Bibliografía

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. *Comentario. Herbert Hart entre el noble sueño de la determinación completa del derecho y la pesadilla de su indeterminación radical*. En FIGUEROA RUBIO, Sebastián (Ed.). *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años del concepto de derecho* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014).

AGUILAR ARANELA, Cristian. *Código Procesal Penal. Comentado y concordado. Breves reseñas jurisprudenciales* (Santiago de Chile, Ediciones Metropolitana, 2001), I.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la*

inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237 y 240 del Código Procesal Penal.
En *Estudios Constitucionales* 2 (2010).

AGUILERA BERTUCCI, Daniela. *La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.*
En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 2 (2011), pp. 51-72.

AMBOS, Kai. *Estatus, función y responsabilidad del Fiscal desde el punto de vista del derecho comparado.* en ÉL MISMO AUTOR. *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del derecho alemán y comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

ARANCIBIA ALLENDE, Pablo Andrés. *El Ministerio Público y su relación con la víctima.* En MAIER, Julio B.J. et al., *Seminario de Reforma Procesal Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001).

ARAYA ESPINOZA, Gabriela y PORTUGAL CUEVAS, Karina. *Los derechos de la víctima en el nuevo Código Procesal Penal chileno y en el derecho comparado* (Santiago, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2005).

ARIAS VICENCIO, Cristián. *El control jurisdiccional de la detención.* En *Revista de Estudios de la Justicia* 6 (2005), pp. 225-253.

ASENCIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, editorial Trivium, 1991).

ASTE HEVIA, Regina Paz. *La víctima ante la nueva justicia procesal penal* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005).

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2005).

BALANDIER, Georges. *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales* (1988, reimp., traducción de Beatriz López, Barcelona, Gedisa editorial, 2003).

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Los principios generales del nuevo procedimiento penal* (Santiago de Chile, Apuntes mecanografiados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000).
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos* (1979, traducción de Conrado Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1986).
- BERTOLINO, Pedro J. (Coord.). *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano* (Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003).
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal* (1993, reimp., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002).
- BLANCO SUÁREZ, Rafael (Director). *Código Procesal Penal. Sistematizado con jurisprudencia* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, 2011).
- BLANCO SUÁREZ, Rafael *et al.* *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005).
- BOCKSANG HOLA, Gabriel. *El control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público* [en línea]. Informe en Derecho, Unidad de estudios Regional Metropolitana Norte, Defensoría Penal Pública 1 (2013) <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/7741-2.pdf>> [consultado el 23 de mayo de 2015].
- BOFILL GENZSCH, Jorge. *Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento*. En *Revista de estudios de la justicia* 6 (2005), pp. 45-61.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. En *Revista Chilena de Derecho* 38 (2011) 2, pp. 311-337.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La acción penal y la víctima en el derecho chileno*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVII (2011), pp. 513-545.

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal*. En *Revista de Derecho XXI* (2008), 2, pp. 205-249.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII* (2009), pp. 263-302.
- BOTTOMS, Anthony. *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*. En CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (Eds.). *The Politics of Sentencing Reform* (Oxford, Clarendon Press, 1995).
- BOVINO, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En ÉL MISMO AUTOR. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998).
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo* (Lima, Ara Editores, 2001).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público*. En ÉL MISMO (Director). *El Ministerio Público* (Santiago de Chile, editorial jurídica Cono Sur Ltda, 1995), pp. 211-216.
- CAFFERATA NORES, José. *¿La pena al culpable es un derecho de la víctima por ser parte de su reparación?* En ÉL MISMO AUTOR. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000).
- CAMPS ZELLER, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2004).
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal* (1947, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), II.

- CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la defensa procesal* (Barcelona, Bosch, 1998).
- CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008).
- CAROCCA PÉREZ, Alex *et al.* *Nuevo Proceso Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 2000).
- CASTRO JOFRÉ, Javier. *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008).
- CASTRO VARGAS, Carlos. *Resabios inquisitivos en el proceso penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2010).
- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), II.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del sistema de justicia penal* (2010, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013), I.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Manual del sistema de justicia penal* (2010, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013), II.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Elementos fundamentales de la actividad probatoria* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2010).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *El juicio oral* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2003).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. *Valoración de la prueba. Sana crítica* (2008, reimp., Santiago de Chile, Librotecnia, 2013).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2008).

- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del nuevo procedimiento penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012).
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor* (1984, reimp., traducción de Mariluz Caso, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1988).
- CISTERNAS VELIS, Giovanni. *El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)*. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 44 (2011).
- CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal. *El nuevo proceso penal. Explicación alfabetizada y concordada* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica La Ley, 2002), I.
- CORNEJO MANRÍQUEZ, Aníbal. *Derecho Procesal Penal en preguntas y respuestas* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana Ltda, 2006).
- CORREA SALAMÉ, Jorge Danilo. *Código Procesal Penal. Concordancias, historia de la ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago de Chile, Puntotex S.A., 2007).
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975), I.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, B de F, 2014).
- DE BUEN, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932).
- DE GODOY BUSTAMANTE, Evanilda. *Decidir sobre los hechos: un estudio sobre la valoración racional de la prueba judicial* (Madrid, Bubok Publishing S.L., 2013).
- DE LA BARRA, Rodrigo. *Sistema inquisitivo versus sistema adversarial. Cultura legal y perspectivas de la reforma procesal en Chile*. En *Ius et praxis* 5 (1999), 2, pp. 139-191.
- DE LA OLIVA, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos* (Barcelona, Bosch, 1980).

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo* (Barcelona, Editorial Ariel, 2000).

División de atención a víctimas y testigos del Ministerio Público. *La víctima en el nuevo proceso penal*. En ÉL MISMO AUTOR. *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Editorial Fallos del mes, 2003).

D'ORS, Álvaro. *Nueva introducción al estudio del Derecho* (Madrid, Civitas, 1999).

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil, Parte General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005).

DUCE, Mauricio. *El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios* [en línea] <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/463.pdf>> [consultado el 18 de junio de 2015].

DUCE, Mauricio. *Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno*. En DUCE, Mauricio et al. *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica* [en línea]. *Revista Política Criminal* 9 (2014), 18, pp. 739-815 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf> p. 806 [consultado el 23 de mayo de 2015].

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al nuevo sistema procesal penal* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2002), I.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2012).

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia* (1986, traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa, 2012).

ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel. *Los Derechos Fundamentales y la prueba ilícita* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2011).

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del debido proceso* (Barcelona, Bosch, 1995).

FERNÁNDEZ FUSTES, María Dolores. *La intervención de la víctima en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo blanch, 2004).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *La nueva justicia penal frente a la Constitución* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2006).

FERNÁNDEZ SCHIAFFINO, María Cristina. *Formalización de la investigación en el nuevo proceso penal: la llave del Ministerio Público* (Santiago de Chile, Memoria Escuela de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2005).

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, 2006).

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana*. En ACCATINO, Daniela (Coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010).

Fiscalía Nacional del Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N° 1 a 25* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001).

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo* (2002, reimp., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).

GANDULFOR., Eduardo. *El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la sobreprotección*. En RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coordinador). *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008).

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La víctima en el Derecho penal español* (Valencia, Tirant lo blanch, 2014).

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. *La víctima en las Constituciones* (Valencia, Tirant lo blanch, 2014)

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo* (1974, Madrid, editorial Civitas-Thomson Reuters, 2013), I.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Sobre la función de la víctima en el Estado de Derecho: víctima, política criminal, criminología y política social*. En *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia XIV* (1992), 46, pp. 55-81.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales 2* (2013), pp. 229-282.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (Coord.). *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Santiago de Chile, Puntotext, 2010), I.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón. *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago de Chile, ediciones Universidad Diego Portales, 2013).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas* (Barcelona, Bosch, 1985).
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (Pamplona, Arazandi S.A., 2015).
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia. *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española* (Madrid, Tesis para optar al grado de Doctor, Universidad Autónoma de Madrid, 2012).
- HERBERT, Hart. *El concepto de Derecho* (1961, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963).

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar*. En *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2010*, 8 (2011), pp. 5-12.
- HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, Diego Andrés. *La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de los delitos* (Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013).
- HERRERA SEGUEL, Marta. *Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI* (2005), pp. 385-405.
- HERRERO HERRERO, César. *Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal* (Madrid, Dykinson, 2015).
- HIRSCH, Hans Joachim. *Acercas de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales*. Traducción de Julio Mayer y Daniel Pastor. En MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I.
- LARRAURI, Elena. *Victimología*. En MAIER, Julio (compilador). *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992).
- LETELIER LOYOLA, Enrique. *Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 2* (2009), pp. 195-228.
- LLANOS SAGRISTÁ, Leopoldo. *Síntesis del nuevo procedimiento penal* (Santiago de Chile, Ediciones jurídicas de Santiago, 2003).

- MAIER, Julio B. J. *La acción, el objeto y los sujetos procesales en el Derecho procesal penal argentino y alemán*. En ÉL MISMO AUTOR. *Antología. El proceso penal contemporáneo* (Lima, Palestra Editores, 2008).
- MAIER, Julio. *La víctima y el sistema penal*. En ÉL MISMO AUTOR. *Antología. El proceso penal contemporáneo* (Lima, Palestra Editores, 2008).
- MAIER, Julio B. J. *Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal*. En ÉL MISMO AUTOR. *Antología. El proceso penal contemporáneo* (Lima, Palestra Editores, 2008).
- MAIER, Julio B. J. *El Ministerio Público ¿Un adolescente?* En ÉL MISMO AUTOR (Compilador). *El Ministerio Público en el Proceso Penal* (Buenos Aires, Editorial AD-Hoc, 1993).
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos* (1996, reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012), I.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Parte general. Sujetos procesales* (2003, reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011), II.
- MAIER, Julio. *La víctima y el sistema penal*. En ÉL MISMO AUTOR (compilador). *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992).
- MARAGAÑO MÉNDEZ, Alejandro. *El estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006).
- MARINONI, Luiz Guilherme. *La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el legislador, el juez y las partes*. En PRIORI POSADA, Giovanni (Ed.). *Proceso y Constitución* (Lima, Ara Editores, 2011).
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Lima, Palestra, 2007).

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. *La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal*. En *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores* I (2011), pp. 27-42.

MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Estudios Constitucionales* 1 (2011).

MATURANA BAEZA, Javier. *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2014).

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012), I.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2012), II.

MATURANA MIQUEL, Cristian (coordinador). *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias. Código Procesal Penal. Libro Segundo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003), II.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *El Ministerio Público y la Política criminal en una sociedad democrática*. En *Revista de Derecho* XIX (2006), 2, pp. 187-203.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación* (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2012).

MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis y DORN GARRIDO, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007).

MIRANDA MORALES, Lorenzo Ignacio. *El principio de objetividad en la investigación fiscal y el proceso penal. Una reforma urgente*. En *Revista de Derecho y Ciencias Penales* 15 (Santiago de Chile, 2010).

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal* (Navarra, Thomson Civitas, 2008).

- MONTERO AROCA, Juan et al. *Derecho Jurisdiccional* (Valencia, Tirant lo blanch, 2001), III.
- MORALES VELOSO, Irene Victoria. *¿Quién es la víctima en el nuevo proceso penal? Desde una perspectiva procesal victimológica* (Concepción, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 2002).
- MORAS MOM, Jorge R. *Manual de derecho procesal penal. Juicio Oral y Público Penal Nacional* (Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2004).
- MORENO HOLMAN, Leonardo. *Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal*. En DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio et al. *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013).
- MORESO, Juan José. *La Teoría del derecho de Bentham* (Barcelona, Editorial PPU, 1992).
- MUJICA TORRES, Ignacio y MORALES RAMOS, Sebastián. *Derecho de acceso a la justicia de la víctima y proceso penal: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago de Chile, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2011).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (Editores). *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 45 (2011).
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos del Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2012).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*. En *Estudios Constitucionales* 2 (2007), pp. 457-466.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2008), II.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2007).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *El ofendido por el delito y la prueba*. En COLOMA CORREA, Rodrigo (coordinador). *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005).
- NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Introducción al estudio del proceso penal* (México, D.F., Editorial Jurídica de las Américas, 2009), II.
- OLIVOS MUÑOZ, Carlos. *Sobre el forzamiento de la acusación*. En *Boletín del Ministerio Público* 23 (2005), pp. 199-202.
- ORELLANA SOLARI, Nicolás. *Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno*. En *Revista Ars Boni et Aequi* 5 (2009), pp. 52-82.
- OTEIZA, Eduardo. *Realidad y debido proceso. El debido proceso (Evolución de la garantía y autismo procesal)*. En ARAZI, Roland, et al. *Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003), pp. 3-54.
- OTERO LATHROP, Miguel. *El Ministerio Público. Reforma Constitucional. Ley Orgánica Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2002).
- PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002).
- PASTOR, Daniel R. *Tensiones: derechos fundamentales o persecución penal sin límites* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004).

- PEÑA WASSAF, Silvia. *Ribetes penales de la reforma procesal penal*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005), pp. 433-443.
- PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología* (Granada, Editorial Comares, 2011).
- PÉREZ GIL, D. Julio. *La acusación popular* (Valladolid, Memoria para la obtención del grado de Doctor, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1997).
- PÉREZ GIL, Julio. *La acusación popular* (Granada, Editorial Comares, 1998).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La formalización de la investigación, la decisión de no perseverar y el forzamiento de la acusación, en relación a los derechos de la víctima querellante*. En *Revista de Derecho* 26 (2011), pp. 109-136.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Las víctimas y su derecho a recurrir a la jurisdicción en relación al proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal y otras leyes, conocido como "la reforma a la reforma"*. En *Revista de Derecho* 29 (2013), pp. 29-40.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo *et al.* *Reforma Procesal Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Concepción, Universidad de Concepción y Ministerio Público, 2002), II.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Cómo proteger mejor los intereses de las víctimas y de esta manera contribuir a la disminución de la delincuencia*. En *Revista Chilena de Derecho* 36 (2009), 3, pp. 671-677.
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal*. En *Revista de Derecho* 21 (2009), pp. 69-94.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Introducción a la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Editorial Fallos del mes, 2000).

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal)*. En *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 23 (2010), pp. 9-38.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *La Constitución y los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal chileno*. En Ministerio Público, División de atención a víctimas y testigos, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal* (Santiago de Chile, Editorial Fallos del mes, 2003).

QUINTANA BRAVO, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas* (Barcelona, J. M. Bosch editor, 1997).

RICOEUR, Paul. *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido* (traducción de Graciela Monges Nicolau, México, Ediciones Siglo XXI, 1995).

RIEGO, Cristián. *La expansión de las facultades de las víctimas en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella* [en línea]. En *Revista Política Criminal* 9 (2014), 18, pp. 668-690 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A11.pdf> [consultado el 14 de junio de 2015].

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. *Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*. En *Revista de Derecho* 26 (2013), 1, pp. 181-208.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINO REYES, Octavio. *Análisis de la (in) eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, en la etapa preliminar del proceso penal chileno*. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 1 (2015), pp. 351-399.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. *Principio de Legalidad Penal y Sistema de Justicia Penal Chileno* (Santiago de Chile, Tesis para optar al grado de Doctor, Universidad de Chile, 2013).

- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. *Discrecionalidad del Ministerio Público y objeto del juicio abreviado*. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011), pp. 495-529.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (2000, reimp., traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006).
- ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007).
- SALAS ASTRAIN, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2015).
- SALINERO E., Sebastián. *La génesis de la víctima en Chile*. En DUCE, Mauricio *et al. La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica* [en línea]. *Revista Política Criminal* 9 (2014), 18, pp. 739-815 <http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf p. 806.> [consultado el 23 de mayo de 2015].
- SANZ HERMIDA, Ágata. *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo blanch, 2008).
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (traducción de José Manuel Núñez, Córdoba, Lerner Editorial SRL, 2008).
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites* (traducción de Carlos Julio Lascano y José Milton Peralta, Buenos Aires, Hammurabi, 2010).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *et al. La víctima en el sistema penal* (traducción de Luis Reina Alfaro, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Poder Judicial. Ministerio Público* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. *La dimensión legal de la interpretación constitucional*. En *Revista Chilena de Derecho* 41 (2014), 2, pp. 437-471.

SILVA MONTES, Rodrigo. *Manual de procedimiento penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Civitas, 2001).

SOLÉ RIERA, Jaumé. *La tutela de la víctima en el proceso penal* (Barcelona, Bosch, 1997).

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996), II.

STEIN, Alex. *Contra la prueba libre*. En *Revista de Derecho* XXVI (2013), 2, pp. 245-261.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. (coord.). *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la ley 4/2015* (Valencia, Tirant lo blanch, 2015).

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005).

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno*. En BERTOLINO, Pedro J. et al. *La víctima en el proceso penal. Su régimen legal en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay* (Buenos Aires, Depalma, 1997).

VALDÉS HUECHE, Remberto. *Del nuevo Código Procesal Penal*. En OBERG YÁÑEZ, Héctor et al. *Apuntes de Derecho Procesal Penal. El Ministerio Público y el proceso penal oral* (Concepción, Fondo de publicaciones de la Universidad de Concepción, 2002).

VALDÉS HUECHE, Remberto. *La formalización de la investigación*. En PIEDRABUENARICHARD, Guillermo et al. *Reforma Procesal Penal. Doctrina*

y *Jurisprudencia* (Concepción, Universidad de Concepción y Ministerio Público, 2002), II, pp. 143-150.

VALENZUELA ESPINOZA, Wilson. *El rol de la víctima en el nuevo proceso penal chileno* (Talca, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Talca, 2005).

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 31 (2006).

VARGAS DELGADO, Iris. *La garantía del justo y racional procedimiento en la jurisdicción tributaria*. En *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998), 3, pp. 549-563.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal. Conceptos generales. La realización penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004), I.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I.

VIAL CAMPOS, Pelayo. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno* (Santiago de Chile, Librotecnia, 2011).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general* (2000, Buenos Aires, Ediar, 2002).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008).