

Oficio N° 118

INFORME PROYECTO LEY 18-2008

Antecedente: Boletín N° 5959-07

Santiago, 14 de agosto de 2008

Por Oficio N° 862, de 8 de julio de 2008, el Presidente del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 de la ley N° 18.918 y 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 5959-07, que modifica el Código Procesal Penal en materia de interposición de la querrela y de formalización de la investigación.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 8 de agosto del presente presidida por el titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urrea, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones, señor Carlos Künsemüller Loebenfelder y el suplente señor Julio Torres Allú, acordó informar desfavorablemente el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SENADOR DON  
ADOLFO ZALDÍVAR LARRAÍN  
PRESIDENTE  
H. SENADO  
VALPARAÍSO**

## I. Contenido del proyecto

El proyecto contiene dos rubros distintos de modificaciones que se promueven respecto del Código Procesal Penal, los que en realidad vienen a sustituir o reemplazar disposiciones relativas a la querrela y a la audiencia de formalización de la investigación.

### A. En relación a la querrela

Se inicia la solicitud de informe manifestándose, que conforme al texto del artículo 111 del Código Procesal Penal, la querrela sólo podrá ser deducida por la víctima, por su representante legal, por sus herederos testamentarios y por cualquier persona capaz de parecer en juicio, domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma provincia que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.

Se hace referencia a la modificación que el artículo 111 en su inciso 2º experimentó en virtud de la Ley Nº 20.074, publicada en el Diario Oficial de 14 de Noviembre de 2005, que lo reemplazó por el siguiente: *“Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”*, agregando el requerimiento que la intención del legislador al introducir esta modificación sustitutiva fue limitar y constreñir el ejercicio de la acción penal pública a las personas, de manera de “monopolizar” en el Ministerio Público y en la víctima la persecución del delito, quedando sólo las conductas terroristas y los delitos contra la probidad pública como acciones penales punibles en que puede accionar en calidad de querellante cualquier persona capaz de parecer en juicio en las condiciones que se expresan en la norma en referencia.

Añade, que tanto la estructura establecida para el ejercicio de la acción penal pública como para la actuación del querellante, constituyen una limitación a toda persona que teniendo capacidad para comparecer en juicio quiere querellarse, porque si no es víctima, sólo puede hacerlo por hechos que constituyan delitos terroristas y por delitos contra la probidad pública en que intervengan como sujetos activos personas que sean funcionarios públicos, situación, agrega, que claramente vulnera el artículo 1º de la

Constitución Política de la República que asegura a las personas su participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Hace referencia especial al Código de Procedimiento Penal, del que se dice "*sí era sabio y prudente*", porque de acuerdo con sus disposiciones en esta materia, se podía ejercer la acción penal pública con mucha amplitud ya como parte principal o como coadyuvante de los funcionarios encargados de acusar en nombre de la sociedad. Se trataba de llegar a la persecución del mayor número de delitos, sistema que contemplaba como resguardo necesario para impedir que fuese instrumento de odios y venganzas, el otorgamiento de la fianza de calumnia, que consistía en una suma de dinero que el querellante debía consignar.

Las modificaciones propuestas pretenden que cualquier persona capaz de comparecer en juicio pueda ejercer la acción penal pública en los términos del artículo 53 del Código Procesal Penal, adoptándose las precauciones necesarias, para que ese ejercicio no se convierta en un instrumento de persecución personal.

Se propone sustituir en el artículo 111 en referencia, la expresión "testamentario" por "herederos", para concordarlo con el artículo 108 del mismo Código, y modificar también el artículo 113 en el sentido de agregar a los requisitos de la querrela el ofrecimiento de fianza de calumnia.

#### B.- En relación a la formalización.

En el proyecto, manifiesta su autor que la formalización de la investigación, cuyo concepto se establece en el artículo 229 del Código Procesal Penal, requiere de una audiencia ante el juez de garantía, actuación judicial que regula el artículo 232 del citado texto, en la cual el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare contra el imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente. A continuación, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen. Esta audiencia así reglamentada, en la práctica, se ha ido extendiendo a la discusión sobre la formalización propiamente tal excediéndose los términos que establece la ley, de manera que es necesario recoger esa realidad procesal penal, para establecerla en la ley.

Añade el autor de la moción, que la verdad es que no obstante los alcances de la audiencia de formalización y su contenido legal, está ocurriendo lo siguiente: *“en la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal lee la formalización que contiene los hechos por los cuales se está siendo formalizado y el delito que a juicio del ente persecutor se ajusta los hechos que ha referido. El Juez de Garantía da la palabra al defensor del imputado, quien refuta, tanto en el hecho como en el derecho, lo reseñado por el Ministerio Público y la tipicidad de la conducta del sujeto activo, configurándose una verdadera controversia teórica frente al Juez de Garantía, el cual es un mero espectador atendido lo establecido en el párrafo V del Libro I del Código Procesal Penal, lo cual a esta altura del desarrollo del nuevo proceso penal resulta del todo conveniente conferirle participación activa al Juez de Garantía, y es más, debe darse, en virtud del principio de la doble instancia facultades jurisdiccionales respecto a esta actuación procesal a las respectivas Cortes de Apelaciones, lo cual no infringe de modo alguno el principio de mediación que sustenta el actual sistema procesal penal de nuestro país”*.

Agrega, el autor: *“Se debe aplicar el aforismo jurídico, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, toda vez que las medidas cautelares personales decretadas o denegadas por el Juez de Garantía son susceptibles del recurso de apelación, igualmente lo debiera ser el delito, su participación en el desarrollo del delito, por el cual queda formalizado un imputado”*.

#### C.- El Proyecto de Ley.

Los artículos de la iniciativa legal son los siguientes:

Artículo Uno: Se modifica el artículo 111 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

*“Artículo 111.- Querellante. La querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o sus herederos.*

*También se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio por sí misma, ejercitando la acción penal pública de que trata el artículo 53 de este Código.*

*En este último caso, el querellante deberá ofrecer fianza de calumnia para responder por las responsabilidades eventuales que pudieran originarse en el caso de que la querrela resultare calumniosa.*

*El Juez de Garantía calificará la fianza ofrecida por el querellante y fijará su cuantía, tomando en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias que lo hagan verosímil.*

*La fianza se extenderá en un acta suscrita ante el administrador del tribunal y se presentará al juez para que proceda a pronunciarse respecto de la admisibilidad de la querrela.*

*Estarán exentos de la fianza de calumnia, el Consejo de Defensa del Estado, las municipalidades, la Contraloría General de la República y los órganos y servicios públicos en las querrelas que interpusieren en el carácter de tales”.*

Artículo Dos: Agrégase en el artículo 113 del Código Procesal Penal, como letra e) lo siguiente:

*“e) Ofrecimiento de fianza de calumnia, si el querellante no estuviere exento de ella”.*

*“Pasen las letras e) y f) del artículo 113 del Código Procesal Penal a ser letras f) y g) respectivamente”.*

Artículo Tres: Se modifica el artículo 232 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

*“Artículo 232.- Audiencia de formalización de la investigación. En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, abrirá debate respecto a la calificación jurídica, el grado de desarrollo del delito y la participación en los hechos del imputado y sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen.*

*Una vez concluido el debate, el juez determinará el o los delitos por el cual el imputado quedará formalizado, el desarrollo de los mismos y la participación del imputado y resolverá las otras peticiones.*

*Contra la resolución que califica jurídicamente los hechos de la formalización, el grado de desarrollo y la participación del imputado, los intervinientes podrán interponer recurso de apelación.*

*El imputado podrá, siempre que lo haga fundadamente, reclamar de la formalización de la investigación realizada en su contra, en la misma audiencia a que se refiere este artículo, cuando considerare que ésta es arbitraria.*

*El Juez podrá, en auto motivado, acoger el reclamo del imputado, contra cuya resolución procederá apelación”.*

## II. Comentarios

1°.- El nuevo sistema procesal penal pretende solucionar la amplia gama de problemas que presentaba el anterior procedimiento, de manera de responder en mejor forma a las actuales necesidades de justicia penal de la sociedad chilena.

Para ello se crean procedimientos que comienzan en las actuaciones del Ministerio Público a través de sus fiscales adjuntos, a quienes corresponde decidir si se iniciará la investigación, y no lo hará si se encuentra claramente extinguida la responsabilidad penal, o resolverá el archivo provisional si los antecedentes no permiten continuar la investigación o recurrirá al principio de oportunidad, si se trata de hechos que no comprometen gravemente el interés público.

Iniciada la investigación y realizado el trámite de formalización podrán recurrir a las salidas alternativas, a la suspensión condicional del procedimiento y a los acuerdos reparatorios. Se podrá recurrir también a los procedimientos abreviado ante el Juez de Garantía, simplificado y monitorio, al juicio oral ante el Juez de Garantía cuando procediere o bien al juicio oral ante el Tribunal Penal Oral.

2°.- El procedimiento procesal penal en referencia contempla la presencia del querellante y su actuación como tal, la oportunidad para intervenir, las exigencias que debe cumplir y demás regulaciones acerca de su participación como se establece en el párrafo 7º, del Título IV, del Libro I del Código Procesal Penal, y corresponde al querellante que en doctrina se denomina “querellante conjunto adhesivo”.

Su intervención es la de un colaborador y un ente de control del Ministerio Público y se establece en el rango o función de coadyuvante, de un interviniente que contribuye, asiste y coopera a la acción del organismo que realiza la investigación criminal, que sostiene la acción penal pública y que acusa, manteniendo en el transcurso del procedimiento una actuación accesoria de la persecución penal, y además, ejerciendo en el curso del mismo, en su calidad de coadyuvante, una función de control de las acciones del Ministerio Público en cuanto a la legalidad de sus actuaciones como acusador.

Tiene este querellante un conjunto adhesivo de facultades que le permiten adherir a la acusación del fiscal; presentar una por su parte; ofrecer y presentar pruebas, y deducir recursos, entre otras que contempla el artículo 261 del Código Procesal Penal. Una muy particular e importante atribución que tiene este querellante coadyuvante, es la de llevar al imputado a juicio oral a pesar de la negativa del Fiscal y obtener la autorización del Juez para presentar una acusación particular que posibilite continuar el juicio (forzamiento de la acusación).

Estas atribuciones las tiene este querellante en el caso de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, que requieren para el inicio del procedimiento la denuncia del ofendido a la Justicia, al Ministerio Público o a la Policía, que se citan en el artículo 54 del Código Procesal Penal. (En los delitos de acción privada que enumera el artículo 55 del código del ramo, no interviene el Ministerio Público, y es en consecuencia, el querellante quien tiene a su cargo la persecución penal).

El sistema así diseñado, responde al principio o fundamento del nuevo procedimiento procesal penal, de distribución estricta de las funciones principales de la persecución en distintos órganos públicos, en que el Estado el titular de la obligación de la persecución penal pública, siendo la formula del querellante conjunto adhesivo el único que resulta compatible con el sistema

en examen, estimándose que estas formas permiten una mejor relación entre el persecutor de la acción penal pública y el querellante. Es preciso recordar que uno de los fines fundamentales que se persiguen y que informan el nuevo procedimiento procesal penal, es la protección y respeto de los derechos de las personas a través de garantías que dan legitimidad a la aplicación de la sanción penal. La Constitución, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y el Código Procesal Penal, establecen que las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirá de autorización judicial.

En doctrina se ha afirmado que: *“La admisión de un querellante conjunto con plena autonomía respecto del acusador público significa convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en uno semejante al de la acción privada, lo que implica contravenir la previa decisión legislativa de que corresponde la persecución penal al Estado. El diseño institucional del procedimiento debe hacerse cargo de las cuestiones planteadas de modo coherente”*. (Maier (J) “La víctima y el sistema penal”).

Asimismo, se ha sostenido: *“Por otra parte y mientras se mantenga la persecución penal pública, la intervención de un querellante conjunto autónomo (como se pretende) impide superar los inconvenientes y objeciones que plantea la existencia de dos acusadores en el procedimiento penal, especialmente cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad”*. (Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, María Inés Horvitz L. y Julián López Masle. Editorial Jurídica de Chile. Pagina 307).

El principio de objetividad a que se refiere la cita precedente, dice relación con la facultad otorgada al Ministerio Público por la propia Constitución Política, que en el artículo 83 dispone:

*“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”*.

Este principio se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (artículo 3°) y en el Código Procesal Penal (artículo 77).

3°.- En cuanto a la institución de la formalización, ella responde al concepto que contiene el artículo 229 del Código Procesal Penal, en la forma de la comunicación que el Fiscal efectúa al imputado en presencia del Juez de Garantía, en cuanto desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Cumple esta actuación una función esencialmente garantista mediante la cual el Fiscal informa al imputado en presencia del Juez de Garantía que lleva a cabo una investigación, especificando claramente los hechos que se le atribuyen y dando cuenta de su calificación jurídica.

En el procedimiento procesal penal anterior no existía esta forma de comunicación al inculcado, sino una resolución del tribunal que se asocia a la formalización, que era el auto de procesamiento, la que además de ser de carácter jurisdiccional producía importantes y graves efectos en los derechos del procesado como la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, las anotaciones prontuariales, etc.

En la formalización la situación es diferente, no requiere una decisión del tribunal y la privación de libertad y restricción de otros derechos, deben ser solicitados al Juez de Garantía en audiencia y previo debate y discusión de las partes y siempre después de realizada la formalización.

En la práctica de los Juzgados de Garantía, la actuación de la formalización se lleva a efecto generalmente, salvo algunos matices menores diferentes, como sigue:

Es un acto de comunicación que realiza el Ministerio Público al imputado, en presencia del Juez de Garantía, donde señala los hechos que se le atribuyen y la calificación jurídica de los mismos.

En cautela del derecho de información de todo imputado, el Juez de Garantía, le consulta (como práctica judicial) si entendió,

pudiendo, en su caso, efectuarse las precisiones que correspondan, para que el acto de comunicación sea eficiente.

No se trata de un traslado, ni corresponde dictar resolución alguna, pues la formalización es un acto del Fiscal, exclusivo y excluyente”.

El sentido y alcance de la formalización no es otro que el expuesto, como normalmente sucede en los Juzgados de Garantía, no siendo admisible la extensión que suponen los autores del Proyecto. Abonan la tesis de este informe, lo expuesto por los autores Horvitz y Masle en la obra citada, en la página 543 del Tomo I, en los siguientes términos: *“En cuanto esta actuación supone informar al imputado sobre el contenido de los cargos que se le atribuyen, es posible que él mismo o su defensor pidan al fiscal aclaración sobre ellos a fin de poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa con posterioridad. En caso alguno esta intervención puede significar controvertir o responder a los cargos imputados; tampoco puede implicar el interrogatorio judicial del imputado ni la recepción de pruebas”*.

Esta Corte Suprema, aclarando el sentido y alcance de esta actuación administrativa, por Acuerdo de 10 de Enero de 2001, impartió las siguientes instrucciones sobre la audiencia de formalización:

*“Es útil precisar algunos aspectos de esa audiencia. Es judicial porque requiere la presencia del juez de garantía, pero como consiste en “la comunicación (verbal) que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra...” (Artículo 229 del Código Procesal Penal), este magistrado no tiene ni debe emitir pronunciamiento sobre ella.*

*El juez debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado por los incisos 1º y 2º del artículo 232 del Código Procesal Penal y no le corresponde pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización. Si el imputado considera arbitraria la formalización, puede reclamar en contra de ella ante las autoridades del Ministerio Público, pero no ante el juez de garantía.*

*En la referida audiencia no procede que el juez interroge al imputado, a la víctima ni a otras personas.*

*No corresponde la recepción de pruebas del fiscal, de la víctima, ni del imputado en esa audiencia, cuyo objetivo preciso es el señalado por el artículo 232 del Código Procesal Penal*". (cita en obra de Jorge D. Correa S. Tomo I, página 545).

### III. Conclusiones

1°. La incorporación en el nuevo sistema procesal penal, de un querellante en los términos que lo diseña el proyecto en comento, a través del reemplazo o sustitución del artículo 111 del Código Procesal Penal y agregación del apartado e) al artículo 113 de ese Código, significa introducir un elemento disociador del procedimiento, afectando seriamente el principio y fundamento de objetividad que determina que es el Estado el titular de la obligación de la persecución penal pública, establecido con rango constitucional, de ley orgánica constitucional y legal, y que, además de requerir probablemente de una modificación de dichos textos, especialmente de la Constitución Política de la República, daría lugar a la admisión de un interviniente en carácter de querellante conjunto con plena autonomía, que convertiría la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en uno semejante al de la acción privada, quebrantándose gravemente el principio que la persecución penal corresponde al Estado. Habría dos acusadores en un procedimiento que no está regulado o establecido para admitir esa intromisión.

2.- La formalización de la investigación se encuentra claramente establecida como un acto administrativo del Ministerio Público a través de sus fiscales, de "comunicación", en presencia del juez de garantía al imputado de que se realiza una investigación en su contra y se le imputan determinados hechos cuya calificación jurídica también se le hace saber, en que al tribunal -como lo expresa la Corte Suprema en acuerdo anteriormente citado- no le corresponde más intervención que solemnizar el acto, dirigirlo y asegurarse que el imputado entendió los cargos que la fiscalía le imputa y nada le corresponde decir ni decidir jurisdiccionalmente. Ahora, con las modificaciones que se pretende introducir, lo convertirían en un acto de carácter jurisdiccional, haciéndose un símil con el auto de procesamiento del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. De esta forma se trastocaría el sistema, dado que la formalización es una atribución exclusiva del Ministerio Público, por lo que su realización dependerá de las consideraciones estratégicas del fiscal a cargo de la

investigación, sin perjuicio que son otras las oportunidades que le caben al imputado para planear y preparar su defensa.

Está instituida la formalización como una garantía del imputado, mediante la cual se encausa y delimita la persecución penal, la que debe ser precisa y determinada, fijando el ámbito de la acusación que no puede exceder los términos de la comunicación en referencia.

Esta Corte, en virtud de lo expuesto, es del parecer que debe informarse desfavorablemente el proyecto que se propone.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar.

Saluda atentamente a V.S.

Urbano Marín Vallejo  
Presidente

Carola Herrera Brümmer  
Secretaria Subrogante