

OFICIO FN N° 060/2014

ANT.: Oficio FN N°133/2010.

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal.

SANTIAGO, 23 de Enero de 2014

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

La facultad del Fiscal Nacional de dictar criterios de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución Política de la República y las leyes encomiendan al Ministerio Público, conforme al art. 17 letra a) de la Ley N°. 19.640, constituye una necesidad fundamental para el correcto, efectivo, coherente y coordinado desempeño de la función de persecución pública y contribuye, asimismo, a la indispensable unidad de acción al interior de la institución.

Ahora bien, en aras, precisamente, del óptimo cumplimiento de nuestras funciones, resulta indispensable que dichos criterios se encuentren correcta y oportunamente actualizados conforme a la realidad vigente, con el objeto de recoger las modificaciones legislativas, las tendencias jurisprudenciales y el contexto social, entre otros factores que justifican la revisión de las Instrucciones Generales vigentes a la fecha.

Conforme a ello, y propendiendo al efectivo cumplimiento de las instrucciones generales, se imparten los criterios de actuación en aquellos delitos que no pertenezcan al ámbito de regulación de alguna de las unidades especializadas del Ministerio Público, de modo que, en este **texto único** se contiene la **Instrucción General que imparte criterios de actuación que, a partir de esta fecha, rigen para actividades que tengan lugar, principalmente, durante la Etapa de Investigación en el proceso penal**,¹ quedando sin efecto el anterior, contenido en Oficio citado en el ANT.

Se insta, finalmente, al íntegro y cabal cumplimiento de la presente Instrucción General, recordando que constituye normativa interna del Ministerio Público,

¹ Se hace presente que no se incluye en el presente documento aquello que dice relación con las salidas anticipadas o términos facultativos (archivo provisional, facultad de no iniciar la investigación y principio de oportunidad), por contar éstos con una regulación aparte, ampliamente relacionada con materias de gestión (TCMC).

de modo de lograr concretar una función pública de calidad y excelencia por parte de nuestra institución.

Para los efectos anteriores, con el objeto de obtener una mejor sistematización, se han dividido las actividades que pueden tener lugar, principalmente, en esta etapa, en cuatro acápite que corresponden a los siguientes:

- A. Actividades de la etapa de investigación, en general.
- B. Medidas cautelares.
- C. Salidas alternativas.
- D. Cierre de la investigación y actuaciones posteriores a la misma.

Respecto de aquellas actividades que puedan, además, tener lugar dentro de las otras etapas del procedimiento penal, deberán aplicarse los criterios de actuación contenidos en el presente oficio, salvo expreso señalamiento en contrario.

Se hace presente que, respecto de la Instrucción General anterior, contenida en el Oficio citado en el ANT., las principales modificaciones apuntan a:

- i. **Plazo para pronunciarse respecto de las diligencias de investigación solicitadas por los intervinientes.**
- ii. **Formalidades en relación a la toma de declaración de los imputados.**
- iii. **Retención de la licencia de conducir como medida cautelar personal.**
- iv. **Íntegra regulación de la medida de interceptación de comunicaciones telefónicas.**
- v. **Criterios en Suspensión Condicional del Procedimiento en delitos de conducción en estado de ebriedad.**
- vi. **Comunicación del cierre de la investigación.**

A. ACTIVIDADES DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, EN GENERAL.

I. ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

1. Formas de inicio del procedimiento.

1.1. De oficio por el Ministerio Público: Conforme el imperativo legal prescrito en el artículo 172 del Código Procesal Penal, los fiscales del Ministerio Público deberán dar inicio formalmente a una indagación criminal cada vez que, de cualquier modo, llegue a ellos noticia de algún hecho que pudiese revestir caracteres de delito y respecto del cual no se hubiere iniciado una investigación penal. Además, deberán efectuar las diligencias de averiguación pertinentes, conforme lo establecido en el artículo 180 del mismo cuerpo legal, creando a la brevedad un número de RUC y dejando registro de toda actuación en la causa.

1.1.a. Hechos puestos en conocimiento del Ministerio Público: Cuando un tercero, de cualquier modo y cualquiera sea su intención, pusiere en conocimiento del Ministerio Público un hecho que pudiese ser constitutivo de

delito de acción penal pública, será considerado como denuncia y los fiscales deberán iniciar su indagación.

1.1.b. Hechos inferidos de una indagación: Cuando, con ocasión de una investigación, aparecieren hechos que pudieren ser constitutivos de aquellos delitos que el Ministerio Público debe indagar de oficio, serán investigados de inmediato, dentro de la misma causa en que se revelaron, o en una diversa que se iniciará al efecto, según sea el caso.

1.1.c. Hechos de los que toma conocimiento un fiscal en el desempeño de sus funciones: cuando, sin estar vinculados directamente a una indagación actual, los fiscales tomaren conocimiento, con ocasión del desempeño de sus funciones, de un ilícito, deberán denunciarlo ante la autoridad correspondiente o iniciar la indagación pertinente, conforme la respectiva distribución administrativa de funciones.

A su vez, si en dichos hechos el fiscal pudiere tener la calidad de testigo, se inhibirá de iniciar y de dirigir su indagación, dando aviso a su respectivo superior jerárquico.

1.2. Por denuncia: cada vez que se reciba una denuncia por delitos de acción penal pública, los fiscales iniciarán su indagación, tomarán la decisión contenida en el artículo 168 del Código Procesal Penal, o la remitirán a la autoridad que correspondiere (v. gr. Tribunales de Familia).

1.2.a. Forma y contenido de la denuncia: en aquellos casos en que la denuncia se formule en forma anónima, o sin cumplir con los requisitos señalados en el artículo 174 del Código Procesal Penal, los fiscales ponderarán la seriedad y verosimilitud de los antecedentes delatados y, sobre la base de dicha evaluación, decidirán si inician una investigación criminal. En caso de abstenerse, se le otorgará un RUC a la denuncia imperfecta y se archivará provisionalmente.

1.2.b. Denuncia obligatoria: Cuando los fiscales se percataren del incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 175 del Código Procesal Penal, deberán iniciar de oficio una indagación por el ilícito señalado en el artículo 177 de dicha ley, **sólo en casos de omisión de denuncia, y no de retardo en efectuarla.**

1.2.c. Denuncia de delitos de acción pública previa instancia particular: cuando se denuncie algunos de estos delitos por quien no es el ofendido o su representante, o las personas que, a falta del ofendido, señala el artículo 108, y no haya menores de edad entre alguna de las víctimas, los fiscales se abstendrán de efectuar diligencias de indagación.

Para determinar si concurren los supuestos descritos en el inciso penúltimo del artículo 54 del Código Procesal Penal, e iniciar de oficio la indagación de este tipo de ilícitos, bastará con que los fiscales se atengan a los antecedentes contenidos en la denuncia, quedando entregado a su ponderación del caso concreto, el efectuar otras diligencias destinadas a determinar la imposibilidad o implicancia de los titulares de la denuncia. Cuando la denuncia no aparezca efectuada por el legitimado activamente, los fiscales archivarán provisionalmente los antecedentes.

1.3. Por querrela: lo instruido anteriormente, referente a las actuaciones oficiosas del Ministerio Público para iniciar una investigación penal, será aplicable a aquellos hechos relacionados en una querrela que, no habiendo sido admitida a tramitación por el Juez de Garantía, se ha remitido como denuncia al Ministerio Público, en las hipótesis que la ley contempla (Art. 114 letras a) y b)). **Así, de ser los hechos constitutivos de delito, los fiscales deberán, primeramente, analizar la naturaleza jurídica de la acción penal del ilícito denunciado.**

1.3.a Abandono de la querrela: cuando se verificaren algunos de los supuestos del artículo 120 del Código Procesal Penal, los fiscales solicitarán el abandono de la querrela ante el Juzgado de Garantía que corresponda.

1.3.b. Solicitudes de diligencias planteadas en la querrela: los fiscales deberán pronunciarse sobre la utilidad y procedencia de las solicitudes de diligencias de investigación señaladas en la respectiva querrela, conforme las directrices que se indican en el punto 2.4. de este oficio.

2. Investigación del Ministerio Público.

2.1. Actividades de indagación: los fiscales deberán efectuar o decretar la realización de actividades de indagación, tendientes a establecer la existencia del hecho ilícito y la identidad de sus partícipes, en el plazo indicado en el artículo 180 del código del ramo. Tratándose de una investigación desformalizada, los fiscales decretarán aquellas que estimen conducentes, teniendo en todo caso presente, una racional utilización de los recursos de investigación, tanto institucionales como policiales y de otros organismos. En este sentido, cuando del análisis de los antecedentes denunciados no se vislumbren actividades o diligencias de indagación útiles a realizar, los fiscales procederán a archivar provisionalmente la causa, conforme las instrucciones impartidas en esa materia.²

2.2. Secreto de la investigación: Los antecedentes de la indagación son secretos para todo aquel que no sea interviniente, conforme la definición contenida en el artículo 12 del Código Procesal Penal. Los fiscales deberán velar por el respeto de dicho secreto. Sin embargo, los intervinientes tienen derecho a conocer y obtener copias de todos los antecedentes de la investigación, mientras no se haya decretado por el fiscal el secreto respecto de determinadas piezas de la instrucción.

Por lo mismo, los fiscales deberán resolver a la brevedad las solicitudes de copia o revisión de antecedentes que, respecto de las indagaciones que ellos dirigen, se formulen, debiendo evaluar si el peticionario es de aquellos a los que la ley le otorga tal derecho, en cuyo caso accederán a lo solicitado, a menos que se disponga por el fiscal, fundadamente, el secreto de determinados elementos de la investigación.

Siendo la publicidad de los registros de investigación la regla general respecto de los intervinientes, los fiscales deberán decretar su secreto, sólo en aquellos casos en que el mismo aparece como necesario para asegurar los fines de la investigación.

² La referencia, en este caso, está efectuada al sistema de tramitación de casos menos complejos, conforme a las instrucciones impartidas al efecto.

Las copias serán de cargo del solicitante y se entregarán en la forma que cada Fiscal Regional o fiscal jefe disponga.

2.2.a. Calidad de imputado: Los imputados podrán ejercer sus derechos como intervinientes desde que, de cualquier modo, la investigación se encause contra él, ya sea para determinar, confirmar o descartar su participación en calidad de autor, cómplice o encubridor en los hechos indagados.

2.2.b. Obligación de secreto: Relacionado con el secreto de los antecedentes de la investigación para aquellos que no sean intervinientes, el inciso final del artículo 182 señala que todos aquellos funcionarios que han tenido, por cualquier motivo, conocimiento de tales elementos, deben guardar secreto respecto de los mismos.

Dicha obligación establecida respecto de quienes, con ocasión del desempeño de sus labores u otros motivos tuvieron acceso a los antecedentes de investigación, rige también para los fiscales en su calidad de directores de la indagación. Por ello, los fiscales se abstendrán de dar a conocer a los medios de comunicación u otros organismos, instituciones o personas no facultadas para acceder a dicha información, **cualquier elemento concreto de la investigación que aún no haya sido ventilado en una audiencia judicial pública.** Así, antes de la audiencia de formalización de la investigación u otra en la que se expongan antecedentes investigativos, los fiscales sólo podrán mencionar aspectos muy generales de la causa, tales como el delito que se investiga, sus principales características jurídicas y fácticas, la existencia genérica de testigos e imputados, la celebración de alguna próxima audiencia, etc., todo ello, en la medida que la entrega de dichos datos no perjudiquen la eficacia de la investigación. Dados a conocer los antecedentes en una audiencia judicial pública, los fiscales podrán referirse a ellos ante los medios de comunicación social.

2.2.c. Requerimientos de tribunales sobre antecedentes de investigación: El secreto establecido en el artículo 182 del Código Procesal Penal busca, fundamentalmente, resguardar la integridad y eficacia de la investigación. Se pretende así, que aquellos no interesados desde un punto de vista jurídico-penal en los antecedentes allegados a la indagación puedan tener acceso a ellos, como ocurre con los testigos, el denunciante, periodistas, etc. Por lo mismo, se permite que el imputado acceda a tales elementos, para que así ejerza plenamente su derecho a defensa activa. Por igual razón, se autoriza a la víctima y el querellante a hacer efectivo su derecho a colaborar con la indagación, proponer diligencias, etc.

En este sentido y, enfrentados a la colisión de normas que se presenta entre las atribuciones de autoridades judiciales para recabar antecedentes de investigación, con el objeto de ejercer la función que les es propia, vale decir, la **función jurisdiccional**, en sus respectivos ámbitos de competencia (laboral, civil, económica, etc.), y el secreto que de los mismos antecedentes establece el artículo 182, se estima que, si bien prima nuestra obligación de velar por la integridad de las causas que actualmente investiga el Ministerio Público, tales órganos o autoridades, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, para el ejercicio de la señalada función pública que les es encomendada, no se encuentran comprendidos entre aquellos terceros ajenos

al procedimiento respecto de los cuales se pretende precaver que su conocimiento de los antecedentes de la causa pueda frustrar o perjudicar la investigación.

Por otra parte, es necesario tener presente que el requirente no escapa a la obligación de secreto que impone el inciso final del artículo 182 a toda otra persona que tome conocimiento de los elementos de indagación, como la policía u otros servicios auxiliares del Ministerio Público, quienes, eventualmente, acceden a la carpeta de investigación para, por ejemplo, elaborar sus pericias.³

Dicha obligación de secreto, en términos prácticos, debe ser resguardada por el solicitante con la medida de custodia, separando estas piezas y ordenando su resguardo en la caja fuerte del tribunal, o bajo otras medidas de seguridad similares.

Por lo mismo, al otorgar copias de la carpeta de investigación a solicitud de un juez u otra autoridad, será de utilidad hacer presente en el oficio remisor la obligación de secreto a la que queda obligado el solicitante y, por lo mismo, mencionar la necesidad de custodiar los antecedentes remitidos de modo de no vulnerar lo dispuesto en el precitado artículo 182.

En este contexto, se instruye a los fiscales del Ministerio Público para que, ante requerimientos de tribunales de la República, entreguen sin más trámite, copia de todas aquellas causas que no se encuentren vigentes. Tratándose de causas vigentes, debe procurarse que las copias sean entregadas a los respectivos órganos jurisdiccionales por intermedio de los respectivos intervinientes, si ello es posible (si la información es requerida por un tribunal en cumplimiento de alguna solicitud de éstos). En el resto de los casos que digan relación con investigaciones vigentes, los fiscales previo a la entrega, deberán consultar a sus respectivas Unidades de Asesoría Jurídica respecto de la procedencia de entregar o no los antecedentes, a fin de evitar o precaver que la medida se utilice en el caso concreto, para que terceros interesados en la investigación del Ministerio Público instrumentalicen a otros órganos públicos o tribunales para acceder indirectamente a la información reservada.

2.3 Registro de la investigación: con el objeto de dar efectiva aplicación al derecho de los intervinientes de acceder a los diversos antecedentes que componen la investigación, los fiscales deberán registrar todas las actuaciones indagatorias decretadas y verificadas en la causa. Dicho registro, además de efectuarse en el sistema informático institucional, se materializará en una carpeta, (cualquiera sea la forma de soporte permanente del registro), a las que físicamente podrán acceder los interesados.

Si se decretase el secreto sobre determinadas piezas o actuaciones, también se dejará registro de éstas, almacenándose de modo que dicho secreto no se vulnere.

³ "Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas."

El documento o constancia del acto en que dispone dicho secreto, se mantendrá en la carpeta no sujeta a esta limitación.

Los fiscales evitarán y, por lo mismo, no están obligados a dar copia a los intervinientes, de aquella documentación consistente en comunicaciones entre el fiscal y sus superiores jerárquicos, pares o personal colaborador, así como todo antecedente de carácter epistolar que dé cuenta de actuaciones, opiniones o instrucciones de carácter administrativo. **En tal sentido, se instruye específicamente no incluir copia de tales comunicaciones y, sobretodo, de los informes jurídicos provenientes de las Unidades Especializadas o Unidades de Asesoría Jurídica (regionales o Nacional) en las respectivas carpetas de investigación.**

Las medidas de protección decretadas a favor de la víctima, testigos y sus familiares no se considerarán actividades de indagación propiamente tales para efectos de los registros de investigación a los que tendrán acceso los demás intervinientes.

2.4 Proposición de diligencias de indagación: conforme lo disponen los artículos 93 letras c) y e); 109 b); 113 letra e) y 182 del Código Procesal Penal, todo interviniente tiene derecho a solicitar al fiscal del caso la realización de diligencias de investigación que estime convenientes.

Los fiscales deben pronunciarse sobre todas las peticiones que se les formulen, dentro de un plazo máximo de diez días hábiles desde la recepción de la presentación, sea accediendo a aquellas que se estimen conducentes, sea rechazando, fundadamente, aquellas que consideren inadecuadas, inoportunas o inconducentes. Asimismo, podrán rechazar aquellas solicitudes en que no se explique o funde debidamente la utilidad u objeto de la diligencias requerida. En el caso de omisión o falta de pronunciamiento dentro del plazo referido, se entenderá que el fiscal rechaza o niega la petición, con lo que se faculta al interviniente para reclamar ante el respectivo Fiscal Regional, conforme lo dispuesto por el inciso final del art. 183 del Código Procesal Penal..

2.5 Asistencia a diligencias de investigación: El fiscal del Ministerio Público es quien dirige la investigación y, por lo mismo, sólo él dispone el modo como se sustanciarán las actividades de investigación.

2.5.a. Asistencia de intervinientes a actuaciones de investigación: El artículo 184 del Código Procesal Penal razona sobre la base que las diligencias de investigación se efectuarán en ausencia de los intervinientes y que sólo cuando el fiscal lo considere útil, accederá a que aquéllos las presencien, pudiendo excluirlos en cualquier momento, si su presencia dificulta el desarrollo de la diligencia.

No se debe confundir el derecho de los intervinientes a acceder a los registros de la investigación, con su participación en las diligencias de indagación. Salvo situaciones como las contempladas en el inciso segundo del artículo 91, sobre el derecho del defensor a incorporarse a la diligencia de declaración del imputado y la invitación a presenciar la diligencia de entrada y registro al encargado del inmueble (quien puede no ser interviniente) a que alude el artículo 212, es el fiscal del caso quien, en definitiva, determina quiénes llevarán a cabo una diligencia y quiénes la presenciarán.

Además, aun en los casos mencionados, si el interviniente impide el normal desarrollo de la diligencia, el fiscal podrá continuar con la misma prescindiendo del defensor o encargado del inmueble, ya que el derecho que, por ejemplo, la ley le concede al defensor para presenciar la declaración del imputado, no lo habilita para guiar el sentido de sus respuestas o entorpecer el desarrollo de la actuación. Por lo mismo, los fiscales sólo autorizarán a terceros para asistir a diligencias de investigación, ya sea a petición de éstos o de oficio, cuando lo consideren útil para la eficacia de la actividad indagatoria, debiendo suspender el desarrollo de la misma y excluir a los autorizados si éstos no observan un comportamiento adecuado al desarrollo de la respectiva actuación. De todo ello se dejará registro por el fiscal.

2.6. Requerimientos de información: en todos aquellos casos en los que la información requerida pueda obtenerse directamente por los fiscales a través de medios digitales o informáticos, se privilegiará este medio, a menos que, por motivos relacionados con la eficacia de la indagación, se haga necesario requerirlos por escrito.

Las autoridades y órganos del Estado deben remitir al Ministerio Público, sin demora, aquellos antecedentes singularizados en la respectiva solicitud. Es deber de los fiscales identificar con la mayor precisión posible las referencias, circunstancias o particularidades que permitan a la autoridad requerida cumplir debidamente, dentro de plazo, lo pedido.

Cuando se retardare la remisión de lo solicitado, los fiscales adjuntos oficiarán a la autoridad requerida pidiendo cuenta del requerimiento y señalando un nuevo plazo de cumplimiento, todo con copia al respectivo superior jerárquico del servicio, si lo hubiere. Si aún en este caso la información requerida no fuere remitida al Ministerio Público o la autoridad emplazada se negare a cumplir lo demandado, por motivos distintos a los señalados en los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 19 del Código Procesal Penal, el fiscal requirente comunicará sobre el retardo o negativa al Fiscal Regional, el que oficiará directamente al superior jerárquico del órgano o servicio respectivo, cuando correspondiere.

En caso que el superior o jefe del servicio u órgano requerido persistiese en el retraso o denegación de lo pedido, sin invocar alguno de los motivos que la ley indica, se requerirá al Juez de Garantía que, en resguardo de los derechos que la Ley concede al Ministerio Público como interviniente responsable de la dirección de las indagaciones penales, conforme lo dispuesto en los artículos 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales; 1º de la Ley N° 19.640; 3º, 19, 77 y 180 del Código Procesal Penal y 83 de la Constitución Política de la República, oficie al órgano o servicio ordenando remitir lo solicitado, bajo los apercibimientos dispuestos en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. Si aún así no se diere cumplimiento, se requerirá al juez para que se hagan efectivos las multas y apremios contemplados en la citada norma.

Si el fiscal necesitase la información solicitada en forma urgente, podrá, con la anuencia del Fiscal Regional, recurrir al juez de garantía aun antes de la intervención de aquél, esto es, después de vencido el término señalado en el oficio en que pidió cuenta a la autoridad requerida.

2.7. Agrupación de investigaciones: Si existieren investigaciones que se encontraren en poder de dos o más fiscales sobre los mismos hechos, puede

reclamarse por el imputado, cuando afectaren su derecho de defensa, para que el superior jerárquico correspondiente o el superior jerárquico común resuelva la reclamación.

Se debe tener presente al respecto, el principio de unidad de acción del Ministerio Público, contenido en el artículo 2° de la Ley N° 19.640, en cuanto señala que el Ministerio Público realiza sus actuaciones procesales a través de cualquiera de sus fiscales y, a su vez, lo dispuesto en el artículo 6° inciso 2° de la Ley N° 19.640, que indica a los fiscales cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Por ello, de presentarse investigaciones paralelas sobre los mismos hechos, la atribución de dirigir estas indagaciones, ya sea porque el imputado ha reclamado de tal situación o porque los mismos fiscales han detectado dicho cruce o entorpecimiento, se dirimirá de la siguiente forma:

- 2.7.a.** En caso de posibles interferencias entre investigaciones de distintas comunas, la regla general es que las fiscalías involucradas deben buscar la solución al problema entre ambas, procurando favorecer la obtención de resultados concretos y que conduzcan a objetivos de mayor eficacia criminal posible. Para ello la fiscalía que detecte la interferencia debe tomar contacto inmediato con su par, con el fin de comparar los antecedentes y subsanar el problema.
- 2.7.b.** En el caso que las fiscalías locales no diriman el asunto y dependan de un mismo Fiscal Regional, éste resolverá.
- 2.7.c.** En el caso que las fiscalías locales en desacuerdo pertenezcan a distintas fiscalías regionales, y sólo para el caso en que no sea posible subsanar las posibles interferencias entre ambas fiscalías, deberá ponerse el tema en conocimiento de los respectivos Fiscales Regionales para la resolución del diferendo, a la brevedad posible.
- 2.7.d.** En el caso que, agotadas las instancias anteriores, subsista la diferencia entre ambas fiscalías, los antecedentes de ambas investigaciones serán remitidos coordinadamente por los respectivos Fiscales Regionales al Fiscal Nacional, a la brevedad posible, para que éste resuelva la controversia.

Durante las gestiones destinadas a determinar quién dirigirá en lo consecutivo la indagación, los fiscales involucrados cuidarán de continuar efectuando todas aquellas diligencias necesarias para el eficaz cumplimiento de los fines investigativos.

2.8. Rebeldía: cuando el imputado no sea habido durante la etapa de investigación y concurren cualquiera de los supuestos establecidos en las letras a) y b) del artículo 99 del Código Procesal Penal, los fiscales procederán del siguiente modo, según sea el caso:

- 2.8.a.** Imputado no formalizado ni requerido en investigación por simple delito: en estos casos los fiscales solicitarán de inmediato la declaración de rebeldía, decretarán aquellas diligencias que, ordenadas con posterioridad no fuere posible cumplir, y solicitarán el sobreseimiento temporal del procedimiento.

- 2.8.b. Imputado no formalizado en investigación por crimen:** se solicitará de inmediato la declaración de rebeldía y se decretarán aquellas diligencias de investigación que permitieren, posteriormente, fundar una acusación, solicitándose a continuación el sobreseimiento temporal de la causa.
- 2.8.c. Imputado formalizado o requerido por simple delito:** en estos casos, se solicitará inmediatamente la rebeldía y se continuará con la indagación hasta elaborar y presentar el respectivo requerimiento o acusación. Hecho esto, se solicitará el sobreseimiento temporal del proceso en su oportunidad. Si atendidas las circunstancias, no pudieren reunirse antecedentes suficientes para fundar estas acciones, se solicitará el sobreseimiento temporal del proceso sin presentar dichos libelos.
- 2.8.d. Imputado formalizado por crimen:** se solicitará a la brevedad la declaración de rebeldía y se continuará con la investigación con el objeto de recopilar antecedentes que permitan presentar la respectiva acusación. Efectuada esta presentación, se solicitará el sobreseimiento temporal en su oportunidad. Si, atendidas las circunstancias, no pudieren reunirse antecedentes suficientes para la acusación, se solicitará el sobreseimiento temporal tan pronto se manifieste dicha incapacidad investigativa.
- 2.8.e.** Los fiscales deberán solicitar la reapertura del procedimiento, tan pronto cesare la causal que motivó el sobreseimiento temporal.

3. Evidencias y objetos.

3.1. Recopilación: La recopilación de evidencias materiales puede efectuarse de diversos modos dependiendo de dónde se encuentren, quién las tenga en su poder y la situación fáctica en la que sea allegada al proceso de indagación. Cabe hacer presente que el Código ha utilizado diversos términos para referirse a las evidencias, tales como rastros, vestigios, objetos, documentos o instrumentos usados para llevar a cabo el delito (art 83 letra c) Código Procesal Penal), objetos importantes para la investigación (art. 89 Código Procesal Penal), etc. Pero, no obstante la diversidad terminológica, los fiscales orientarán sus actividades recopilatorias a los fines que cumplen las evidencias materiales que se recojan durante la investigación. Así, ellas deben estar, en primer lugar, destinadas a acreditar la existencia del ilícito investigado y la participación punible en él. Por ello, estos elementos de prueba serán recogidos y conservados teniendo siempre presente su posible valor y utilidad probatoria, debiendo descartarse por los fiscales la incautación o recepción de elementos que, ni aun eventualmente, se vislumbren como piezas de convicción.

Asimismo, los fiscales deberán procurar la incautación de aquellos bienes que pudieren ser objeto de la pena de comiso, como una segunda finalidad asociada a los objetos vinculados a la comisión de un ilícito.

Por último, cabe tener presente que algunos objetos cumplirán ambas finalidades, como los instrumentos y efectos del delito, los que además de servir de medios de prueba, en caso de condena, son susceptibles de ser objeto de la pena de comiso.

3.1.a. Recolección en el sitio del suceso: esta actividad ha de ser efectuada por la policía conforme las facultades que le confiere la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal y lo dispuesto en el artículo 187 del mismo código. En

estos eventos, la recogida de estos elementos constituye un deber de las policías.⁴ En dichos casos, los fiscales deberán, ponderando siempre las especiales características del asunto concreto, un racional uso de los recursos y la disponibilidad de los mismos, encargar la incautación de evidencias que requieran de particulares medidas, resguardos, conocimientos o técnicas de recolección y conservación a aquellos laboratorios, brigadas o instituciones, que atendida su especialidad, aseguren la integridad y eficacia probatoria de las evidencias recogidas.

3.1.b. Incautación a manos del detenido flagrante: Los fiscales deberán verificar, que las policías hayan incautado aquellas especies de interés probatorio, de manos del detenido flagrante, cuando correspondiere. Los fiscales deberán cerciorarse que las vestimentas del imputado que pudieren servir como medio de prueba para la identificación del mismo por la víctima o testigos, sean incautadas o fijadas fotográficamente.

3.1.c. Entrega voluntaria de su tenedor: los fiscales deberán cerciorarse, una vez recibidos los antecedentes, que la entrega respectiva conste en un acta u otro documento que dé cuenta de su voluntariedad.

3.1.d. Entrega bajo apercibimiento judicial por un tercero: (Art. 217, inciso segundo Código Procesal Penal) los fiscales evaluarán especialmente las circunstancias del caso antes de recurrir a esta opción, ya que podría significar un retardo en las diligencias en perjuicio de la eficacia investigativa. Por lo mismo, se insta a los fiscales a solicitar al tenedor la entrega voluntaria de la especie y, en caso de negativa, recabar directamente una solicitud de incautación al juez.

3.1.d. Incautación por orden judicial: en aquellos casos en que el tenedor se negare a entregar voluntariamente la especie requerida o cuando el hecho de efectuar dicha solicitud pudiese poner en peligro la eficacia de la diligencia, los fiscales solicitarán su incautación por orden judicial.

3.2. Conservación: la ley ha asignado al Ministerio Público la custodia de las especies recogidas e incautadas, señalando que se deberá velar por su integridad. Por lo mismo, los fiscales deberán ser especialmente cuidadosos al determinar los lugares, entidades, organismos o instituciones a quienes encargarán la custodia de una especie determinada, de modo que dicha elección se condiga con la naturaleza y características del objeto a custodiar. Asimismo, cuando autoricen la salida temporal de una especie para fines periciales u otros, deberán singularizar adecuadamente la especie y supervisar que ella sea devuelta en tiempo y forma.

3.3. Reclamaciones y tercerías: cuando interpuesta una reclamación o tercería, el juez disponga la devolución del objeto cuestionado antes de concluido el procedimiento, los fiscales ordenarán su fotografía, mensura, pesaje u otra diligencia previo a la devolución de la especie, de modo de valerse de dichos elementos probatorios en reemplazo del bien restituido.

⁴ Véase Oficio FN N° 207/2008, de 9 de abril de 2008 y Oficio FN N° 216/2008, de 15 de abril de 2008, que contienen Instrucciones Generales para Carabineros y la Policía de Investigaciones, en materia de resguardo del sitio del suceso y recopilación de evidencias.

3.3.a. Devolución del inciso 2º del artículo 189 del Código Procesal Penal: esta norma regula la situación de las especies recogidas o incautadas con ocasión de los delitos de hurto, robo o estafa. En estos casos, se hace una excepción al procedimiento incidental de tercerías y reclamaciones judiciales del inciso primero, confiriéndosele al fiscal que lleva la investigación, la tarea de resolver sobre la devolución de las especies hurtadas, robadas o estafadas, sin perjuicio de un posterior reclamo ante el Juez de Garantía.

El fiscal deberá ponderar la acreditación del dominio o legítima tenencia de las especies solicitadas, establecer su valor y hacer entrega de ellas. **Para estos efectos, tendrá plena aplicación la presunción del artículo 700 del Código Civil, en orden a que el poseedor de una especie se reputará su dueño.**

Asimismo, la evaluación prudencial que de dichas especies efectúe su dueño o legítimo tenedor bastará para satisfacer este requisito.

Los fiscales no se encuentran obligados a efectuar esta devolución en forma inmediata, pudiendo mantener en custodia las especies cuando las requieran para ser objeto de pericias u otros fines análogos, como fotografiarlas previamente, lo que siempre se hará; o mientras no sean reclamadas; o en la medida que no les conste quien es el dueño o legítimo tenedor; cuando no se haya establecido su valor y en tanto el fiscal no esté seguro respecto de qué tipo de ilícito provienen.

Las especies receptadas, provenientes de delitos de hurto, robo o estafa también serán restituidas conforme este procedimiento.

Sin embargo, en todos aquellos casos en que los fiscales estimen que la inmediata devolución de una especie sea procedente, privilegiarán este mecanismo, evitando así recargar injustificadamente el sistema de custodia de las fiscalías locales. Finalmente, se previene, que la devolución de las especies siempre debe ordenarse por el fiscal y no por la policía.

3.3.b. Las licencias de conducir sólo serán incautadas y conservadas cuando ellas resulten útiles para la investigación, o puedan servir como medios de prueba. En caso que sean incautadas por la policía fuera de estos supuestos, los fiscales procederán a su devolución tan pronto sean solicitadas por el interesado. Lo precedentemente expuesto es sin perjuicio de la facultad del tribunal de decretar la suspensión provisoria de la licencia de conducir, conforme al inciso final del artículo 193 de la Ley N°. 18.290.

3.4. Testigos ante el Ministerio Público: Sin perjuicio de su oportuna derivación y las gestiones que las Unidades de Atención a Víctimas efectúen para mantenerlo vinculado al proceso, cuando el testigo citado no compareciere injustificadamente a declarar ante el Ministerio Público, los fiscales ponderarán en cada caso la conveniencia de hacer uso de las medidas de apremio previstas en el artículo 299 del Código Procesal Penal. Sin embargo, cuando, reiterada la citación, se determinare por el fiscal adjunto que el testimonio del renuente es importante para la investigación, deberá solicitar al Juez de Garantía que autorice su comparecencia compulsiva. Asimismo, si el compareciente se negare injustificadamente a declarar, el fiscal deberá promover una investigación para indagar el eventual delito de

desacato que pudiere configurarse, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando el citado refractario fuere la víctima en calidad de testigo, los fiscales maximizarán los esfuerzos por lograr su comparecencia y declaración voluntaria. Si la pena a imponer al imputado en el caso concreto fuere aflictiva y no pudiere suplirse la actuación de la víctima por otros medios probatorios, se estará al informe de la Unidad Regional de Atención a Víctimas sobre las efectivas posibilidades de comparecencia y cooperación de la víctima reticente, antes de decidir sobre la decisión de no perseverar en el procedimiento o el archivo provisional de los antecedentes. En este evento y antes de tal decisión, sólo excepcionalmente, siendo imprescindible y evitando la “revictimización” del afectado renuente, se podrá solicitar se autorice obtener su comparecencia en forma compulsiva.

En los demás casos, los fiscales, ante la fehaciente renuencia de la víctima a comparecer en calidad de testigo, **y sin ningún otro antecedente que permita sostener la pretensión punitiva estatal al margen de la víctima**, podrán dar término al procedimiento de la forma que parezca más adecuada al caso determinado.

3.5. Prueba anticipada: los fiscales y abogados asistentes de fiscal, serán especialmente cuidadosos en prevenir a los testigos y peritos sobre su deber de comparecer y declarar en una eventual audiencia de juicio oral, de modo de determinar con la debida anticipación si la comparecencia del testigo o perito a dicha audiencia pudiere verse impedida por alguno de los motivos previstos en el inciso segundo del artículo 191 del Código Procesal Penal.

Durante la investigación sólo le compete al fiscal solicitar prueba anticipada al Juez de Garantía, derecho del que carecen el resto de los intervinientes, tales como el imputado y su defensor, la víctima y el querellante. Por ello, si éstos necesitasen una prueba anticipada deberán solicitarla a través del fiscal, quien, como en toda materia, actuará en forma objetiva al evaluar la petición.

Con respecto a la aplicación de la prueba anticipada en el procedimiento simplificado, no obstante que la ley nada dice sobre el particular, ya que siempre discurre sobre la base del juicio oral, se estima que no hay inconveniente alguno para solicitarla dentro de aquél cuando concurren las mismas circunstancias que la hacen procedente en el juicio ordinario.

3.6. Declaración del imputado: la declaración del imputado ante el fiscal, es una diligencia cuya necesidad y utilidad será ponderada por el indagador en cada caso. De efectuarse, se recomienda a los fiscales realizarla en presencia de un funcionario auxiliar, tanto del Ministerio Público como de la policía, debiendo dejarse expresa constancia en la declaración, que ésta se presta en forma libre y voluntaria, y previa lectura de los derechos y garantías que le asisten en el art. 93 del Código Procesal Penal, los cuales declara conocer y comprender y, especialmente, advertido de su derecho a guardar silencio, derecho que no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa, pero que si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra. Además, deberá dejarse expresa constancia de habersele informado de su derecho a ser asistido por un abogado. Finalmente, se le hará la prevención que aquellas personas que se encuentren presentes durante su declaración, podrán ser citadas a declarar como testigos en un eventual juicio oral.

3.7. Fiscales como testigos: se ha estimado pertinente analizar el caso en que se presente o se solicite la actuación como testigo de un fiscal que, de cualquier modo, haya participado en (por ejemplo, sólo dando instrucciones durante el turno) o dirigido la respectiva investigación. Manifestándose este asunto, se deberá argumentar en la audiencia u oportunidad respectiva, sobre la exención del fiscal adjunto como testigo, utilizando preferentemente los razonamientos que a continuación se exponen:

3.7.a.- Argumentos de orden constitucional:

En primer lugar, habrá de señalarse que, al desconocerse la incompatibilidad tanto de funciones como de naturaleza jurídica entre un testigo y un fiscal adjunto que se encuentre en el caso en comento, se vulnera lo estatuido por la Constitución Política de la República.

En efecto, el artículo 83 de la Constitución Política de la República encomienda al Ministerio Público, en forma exclusiva, la investigación de hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación punible, para así, en su caso, ejercer la acción penal pública. A continuación, la misma norma autoriza al ente persecutor, para concretar la persecución penal pública, a impartir a las policías diversas órdenes durante la investigación. Esta actividad encomendada por la Constitución Política de la República, busca que un organismo autónomo construya, a través de diversas diligencias, un hecho determinado constitutivo de delito y, además, vincule al mismo a determinadas personas como partícipes, de modo de preparar un escenario jurídico propicio para, en su caso, acusarlas ante la judicatura e instar por el castigo penal pertinente. Dentro de los recursos de que se valdrá el Ministerio Público para alcanzar la tarea que la Constitución Política de la República le ha encomendado, están los diversos medios probatorios que la ley contempla y, entre ellos, los testigos. De este modo, constituye una contrariedad en cuanto a las funciones constitucionalmente asignadas, que el mismo ente llamado a recopilar y producir pruebas para alcanzar determinados fines, pase luego a formar parte de la construcción probatoria que él mismo ha elaborado. Esto atenta contra la concepción básica del sistema contradictorio que se ha implementado con ocasión de la reforma procesal penal.

Cabe agregar que, en virtud de lo dispuesto en la misma norma constitucional, el Ministerio Público está obligado a ceñir su actuación a parámetros objetivos, dirigiendo sus actuaciones investigativas a aquellos elementos que permitan, asimismo, acreditar la inocencia del imputado. Luego, en virtud del principio de objetividad y encontrándonos en el estadio procesal de conclusión de la indagación o de preparación del juicio oral, el Ministerio Público debió dar a conocer a la defensa todos los elementos de la investigación que, de algún modo, atenúen o modifiquen la responsabilidad del imputado. Dichas circunstancias además, deben ser objetivamente expuestas por el ente persecutor en el juicio oral. Por supuesto, siempre habrá diversas interpretaciones sobre la entidad de tales antecedentes y precisamente allí es donde radica la importancia del sistema contradictorio, al permitir a la defensa plantear ante los sentenciadores su propio parecer y razonamientos sobre los elementos que pudieren beneficiar o eximir de responsabilidad al encausado. Asimismo, previamente, la defensa pudo solicitar al Ministerio Público diligencias de investigación, pudo reiterar sus solicitudes insatisfechas ante el juez de garantía y pudo, además, promover autónomamente

medios de prueba, haciendo patente la estructura contradictoria del sistema, oposición que se ve desnaturalizada si una de las partes que es interviniente esencial, como el Ministerio Público, se transforma en un elemento probatorio más.

Por ello, habrán de señalarse en la respectiva audiencia de preparación de juicio oral, las implicancias de orden constitucional que conlleva la citación de un fiscal adjunto que se encuentre en el caso que nos ocupa y se deberá estar atento a la norma que el juez de garantía señale para fundar la procedencia de la citación del fiscal como testigo y, de no especificarla, **deberá solicitarse expresamente su mención como fundamento de su resolución, de modo de configurar el respectivo cuestionamiento de orden constitucional a lo resuelto por ese magistrado.**

De igual modo se procederá si, decretada la reapertura de una investigación, el juez señala como diligencia pendiente a realizar, la toma de declaración de un fiscal que haya participado en la dirección de los hechos investigados.

3.7.b. Argumento de orden conceptual:

En segundo lugar, existe una incompatibilidad de orden conceptual entre la naturaleza y características del cargo de fiscal que dirige una investigación y un testigo de la misma. Así, en concepto de Aragonese Martínez, testigo *“es la persona física que, sin ser parte del proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de hechos conocidos con anterioridad al proceso”*⁵. Ésta, como muchas otras definiciones doctrinarias, coinciden en un punto esencial: el testigo es siempre un tercero ajeno al proceso en el que participa. Por su parte, siendo el Ministerio Público un interviniente y sujeto esencial del proceso penal, no puede actuar con una duplicidad de roles. Admitir lo contrario, significaría que otros intervinientes como el imputado, (quien tiene como derecho esencial el de guardar silencio, no está obligado a decir la verdad, etc.), y los jueces llamados a valorar la prueba (quienes luego valorarían su propio testimonio), podrían ser también aceptados como testigos lo que, igualmente, es inconcebible.

La legislación procesal no ha señalado como aquellas personas que están expresamente exceptuadas de concurrir a declarar, o de hacerlo efectivamente habiendo comparecido, a jueces, imputados y fiscales, pero ello no quiere decir que queden comprendidos dentro de la regla general del Código Procesal Penal en cuanto a que no existen testigos inhábiles. En primer lugar, porque, como se explicó, conceptualmente no son testigos y, luego porque, en su calidad de partes esenciales del proceso, quedan fuera de la regulación procesal establecida para aquéllos. Pero además, se debe tener presente que lo eliminado del nuevo cuerpo procesal penal fueron las inhabilidades para declarar en abstracto o incapacidades en abstracto. Sin embargo, ello no quiere decir que la nueva legislación no acepte incapacidades en concreto, también llamadas incompatibilidades, y este es el caso de fiscales, imputados y jueces del juicio respectivo.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS-ARAGONESES-HINOJOSA-MUERZA-TOMÉ, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1999, p. 361.

Si bien se puede replicar contra ello que la víctima, también interviniente según el artículo 12 del Código Procesal Penal, sí es citada muchas veces como testigo por el Ministerio Público, no debe olvidarse que, en el modelo punitivo en que nos encontramos insertos, el conflicto penal se traba entre el Estado -representado por el fiscal en cuanto órgano persecutor penal y el juez (o jueces) en tanto órgano juzgador- y el imputado. Es decir, no obstante, la nómina de intervinientes que hace el legislador, lo cierto es que, en lo sustantivo, las partes en el conflicto jurídico penal son el Estado y el imputado por la infracción cometida por este último, por lo que no existe problema en que la víctima del ilícito actúe como testigo.

De este modo, solicitada la comparecencia o declaración en calidad de testigo de un fiscal adjunto que participó en la investigación que motiva el proceso, el Ministerio Público habrá de oponerse fundando su solicitud, además, en la manifiesta impertinencia del medio de prueba solicitado atendida la incompatibilidad en concreto que se suscita

3.7.c. Otros argumentos:

Asimismo, desde un punto de vista legal, se debe hacer presente al Juez de Garantía que lo que debe ser materia de prueba son los hechos atribuidos y no los actos de dirección de la investigación. (arts 259 letra b), 341 y 342 letras b) y c) del Código Procesal Penal). Confundir estos aspectos pondrá de manifiesto la incompatibilidad que existe entre el rol que dentro del proceso penal y, específicamente, dentro de un juicio oral, ha dado la legislación penal al fiscal del caso y a los testigos. Así, citado el fiscal del caso como testigo, no se podría dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 284 del Código Procesal Penal que exige la presencia ininterrumpida de aquél en la audiencia; tampoco se podría dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 329 inciso final, que prohíbe a testigos ver o oír el desarrollo del juicio antes de su declaración. Asimismo, no podría el fiscal que compareciere como testigo objetar las preguntas sugestivas o engañosas que otro interviniente le hiciere. Estas situaciones que parecen absurdas desde el punto de vista de la dinámica del desarrollo de todo juicio oral, refuerzan la evidente incompatibilidad de roles que se sustenta.

3.7.d. Artículo 63, letra c, de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público:

Lo señalado en este artículo podría ser utilizado como argumento para sostener que nuestra legislación contempla la posibilidad que un fiscal adjunto declare como testigo respecto de los hechos indagados en una investigación en la que ejerció la acción penal pública. Esto, fundado principalmente en la frase *“respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones”*.

Sin embargo, una interpretación en tal sentido es errónea. La norma en análisis no se refiere a la situación que nos ocupa, sino a aquellos casos en que un fiscal adjunto, con ocasión del ejercicio de sus funciones, haya tomado conocimiento de hechos que pueden ser de relevancia en una causa civil, de competencia de justicia militar, laboral e incluso criminal. Piénsese en el caso del fiscal que en dependencias de la fiscalía local presencia como dos testigos a los que citó, se golpean. Respecto de este nuevo ilícito, el fiscal adjunto no dirige investigación alguna, pero sin embargo, los ha presenciado personalmente y, por lo mismo, podrá ser testigo de los mismos. Asimismo, y por vía ejemplar, encargado un peritaje, podría luego ser

testigo en el juicio laboral que se suscite entre el perito y la entidad para la que éste trabajaba.

Además, el fiscal adjunto que dirige una investigación, precisamente por la labor que la Constitución y la Ley le han encomendado, siempre toma conocimiento de los hechos materia de la indagación. Sería absurdo estimar que la Ley Orgánica Constitucional incorporase en el título destinado a regular contextos de excepción como son las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones a que se encuentran afectos los fiscales adjuntos, una situación que es de necesaria y lógica ocurrencia. Ciertamente, probablemente nadie esté mejor informado sobre los diversos detalles y particularidades del caso investigado que el respectivo fiscal adjunto, lo que significaría que invariablemente, el fiscal del caso sería citado como testigo de su propia investigación, situación que por lo anteriormente desarrollado, es inaceptable.

3.7.e. Casos de excepción:

Como se indicó, la incompatibilidad entre el ejercicio del cargo de fiscal adjunto y el rol de testigo, se presenta normalmente respecto de una investigación que él mismo dirigió. Sin embargo, ante determinados delitos estrechamente vinculados a la labor investigativa de los fiscales, éstos se encontrarán en posición de actuar como testigos de manera excepcional.

Se trata de los ilícitos contemplados en los artículos 269 bis y 269 ter del Código Penal, sobre obstrucción de la investigación. En estos casos, de presentarse alguna de las hipótesis reguladas en dichas normas, el fiscal respectivo se abstendrá de efectuar o instruir toda nueva diligencia de investigación tan pronto advierta estos nuevos hechos punibles, debiendo comunicar al fiscal jefe o, en su caso, al fiscal regional sobre esta situación, para que se abra una nueva investigación por los delitos manifestados y se designe para su dirección a otro fiscal adjunto que no haya intervenido en la investigación sobre la que recayó la obstrucción a indagar. Respecto de esta nueva investigación, los fiscales adjuntos que actuaron en la causa sobre la que recayó la obstrucción a indagar, podrán o deberán, en su caso, actuar como testigos.

Como se observa, la situación descrita constituye sólo una excepción aparente en relación al criterio de incompatibilidad sostenido precedentemente, ya que los fiscales declararán en una investigación que no dirigen ni dirigieron.

De otro lado, igual situación puede plantearse respecto de los delitos de falsedades vertidas o producidas en un proceso judicial, de los artículos 206 y siguientes del Código Penal.

3.8. Exámenes Corporales: en principio, el artículo 197 del Código Procesal Penal establece que los exámenes corporales proceden respecto de quien aparezca como imputado u ofendido en los hechos investigados, sin mencionar al testigo como sujeto susceptible de ser examinado.

Por lo tanto, si en una investigación el fiscal de la causa requiere autorización judicial para realizar exámenes corporales del Art. 197 del Código Procesal Penal, debe tener presente que no podrá seguir dando al examinado el trato de testigo, si a la época de solicitarlo ésta era su condición.

Sin embargo, estimamos que nada impide efectuar dichas pericias respecto de un testigo, sin que por ese hecho se modifique su condición dentro de la investigación. Por ejemplo, para reforzar los dichos de un tercero, podría recurrirse a tales análisis para acreditar que estuvo en el lugar de los hechos o que se sometió a determinados estímulos o condiciones. Pero, dado el tenor del texto legal, sólo se podrán ejecutar los exámenes en tal calidad, en la medida que el testigo asienta voluntariamente a su realización.

Los fiscales deben velar porque el consentimiento del imputado para acceder a estos exámenes sea prestado de manera libre e informada, lo que supone que conozca los efectos de dichas actuaciones. Si no consiente, o no está en condiciones de comprender el significado de ellos, el fiscal deberá recabar la autorización correspondiente del Juez de Garantía.

Con respecto a la situación del ofendido, se debe instar por obtener su consentimiento, advirtiéndole que tiene la posibilidad de negarse a realizarlos. En caso de negativa, se requerirá la autorización subsidiaria del Juez de Garantía. En este caso la práctica del examen debe efectuarse procurando la menor perturbación posible.

3.9. Hallazgo de cadáver: los fiscales sólo decretarán la realización de una autopsia cuando, por cualquier motivo, sospecharen que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible. En los demás casos, los fiscales deberán velar por la aplicación del Decreto Supremo N° 460, de 26 de junio de 1970, “Reglamento para el otorgamiento o extensión de certificado de defunción”, de modo de evitar emplear innecesariamente los recursos del Servicio Médico Legal.

3.10. Levantamiento de cadáver: en casos de muertes en la vía pública, prevalecerán las instrucciones del fiscal por sobre las facultades autónomas que el artículo 90 del Código Procesal Penal otorga al jefe de la unidad policial correspondiente.

Sin embargo, para los casos de muertes ocurridas en las vías de la red de Metro de la Región Metropolitana, se estará los criterios dispuestos en la instrucción específica sobre la materia.⁶

4. Medidas intrusivas.

4.1. Entrada y registro en lugares cerrados: los fiscales deberán solicitar al juez, junto a esta autorización, la de incautación de aquellas especies vinculadas al ilícito investigado. Asimismo, ante el más mínimo indicio de que la notificación de la diligencia e invitación al dueño o encargado a presenciarla pudiere dificultar o influir en la eficacia de su ejecución, los fiscales solicitarán al juez que autorice la omisión de estos trámites.

4.1.a. Objetos no relacionados con el hecho investigado: cuando, con ocasión de la diligencia de entrada y registro, se hallaren especies que permitan inferir la existencia de un hecho punible distinto al actualmente indagado, los fiscales

⁶ Véase Oficio FN 206/2009, que imparte Instrucciones Generales a la policía sobre el levantamiento del cadáver desde las vías, en casos de suicidios en el Metro de Santiago.

recabarán de inmediato, en forma verbal, la autorización para proceder a su incautación.

4.1.b. Horarios y vigencia: Los fiscales deberán ser especialmente cuidadosos con el cumplimiento del horario para el registro. Así, cuando la diligencia se fuese a ejecutar en un rango horario muy cercano a las 22:00 horas, se deberá solicitar al juez la autorización para el ingreso nocturno, de modo de evitar realizarla fuera del horario autorizado.

Cuando la autorización de registro fuere otorgada en forma verbal por el juez y éste señalare un plazo de vigencia, los fiscales cuidarán de comunicarlo a la policía respectiva.

4.1.c. Lugares especiales: conforme el texto del artículo 209 del Código Procesal Penal, corresponderá a los fiscales ponderar si oficiar a la autoridad o encargado del recinto informando sobre la práctica de la diligencia pudiere frustrar dicha diligencia. En todo caso, al recabar la autorización, los fiscales informarán al juez sobre la especial naturaleza del lugar donde se pretende realizar la actuación.

Sobre el punto, podría sostenerse que, si el artículo 212 del Código Procesal Penal respecto de lugares ordinarios entrega al juez la facultad de autorizar omitir las notificaciones a los encargados del recinto a registrar, con mayor razón dicha autoridad debería ponderar el peligro de que la diligencia solicitada se frustre para autorizar omitir el aviso en lugares especiales. Sin embargo, la comunicación de 48 horas previas que regula el artículo 209 es una institución distinta a la notificación e invitación a presenciar la diligencia del artículo 212 del Código Procesal Penal. Ambas persiguen fines diversos. La primera busca, en la medida de lo posible, evitar causar trastornos en los quehaceres del lugar especial, mientras la segunda, constituye un acto de transparencia y garantía para el afectado o responsable del lugar a registrar.

Además, el tenor del artículo 209 es claro en el sentido que son los fiscales los que deciden, fundadamente, si en el caso concreto será conveniente o no despachar el aludido oficio.

4.2. Interceptación de comunicaciones telefónicas: por la especial relevancia de esta medida, tanto, por una parte, en lo referido a su aptitud para vulnerar los derechos de las personas y los resguardos que, por tanto, deben tomarse a su respecto, como, por otra, por su evidente eficacia investigativa, se ha estimado necesario regular la misma de manera más exhaustiva.

4.2.a. Aspectos generales.

La intervención telefónica es una técnica de investigación regulada de forma general en el Código Procesal Penal (artículos 222 a 225), que establece los requisitos que se deben cumplir para utilizar e implementar esta medida intrusiva.

Asimismo, existe una regulación especial contenida en determinadas leyes especiales o en el Código Penal. En este contexto, el artículo 24 de la Ley N°. 20.000, que se refiere a la restricción de comunicaciones y otros medios técnicos de

investigación, incorpora una serie de excepciones aplicables a la investigación de los delitos regulados en esta ley. Estas excepciones son básicamente tres:

- Se puede solicitar e implementar esta medida, sin que sea necesario cumplir con el requisito exigido en el artículo 222 del CPP, referido a que el delito merezca pena de crimen. Es decir, se puede utilizar esta técnica de investigación para una categoría particular de delitos, que son aquellos regulados en la Ley N°. 20.000.
- No se requiere indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.
- Es posible disponer el archivo provisional de la investigación, aún cuando haya existido autorización judicial para intervenir determinados teléfonos.

Por su parte, el artículo 33 letra a) de la Ley N°.19.913 hace aplicable a la investigación de los delitos contenidos en los artículos 27 y 28 de la Ley, esto es, lavado de dinero y asociación ilícita para el lavado de dinero, la norma especial de la Ley de Drogas (artículo 24), por lo cual las excepciones anteriormente señaladas también rigen para la investigación de estos delitos.

Finalmente, el artículo 369 ter del Código Penal, permite la utilización de la interceptación y grabación de las telecomunicaciones, en los términos descritos del artículo 222 del Código Procesal Penal, cuando existen sospechas fundadas que una persona u organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero y 374 ter del Código Penal, previa autorización judicial, siempre y cuando la investigación lo hiciere imprescindible. Lo mismo ocurre respecto del artículo 411 octies, referido a los delitos incorporados por la Ley N°. 20.507 (Tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, asociación ilícita para la comisión de estos delitos) que permite la utilización de esta técnica de investigación para todos los delitos de este párrafo, sin que sea necesario cumplir con el requisito que el delito tenga asignada una pena de crimen.

Esta técnica de investigación ha resultado fundamental para la investigación de casos complejos, como el secuestro, homicidio, tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero, determinados delitos económicos, corrupción pública, delitos sexuales y, en general, la investigación vinculada a determinadas agrupaciones o derechamente casos de criminalidad organizada.

En todo caso, en lo que respecta al requisito que el delito merezca pena de crimen, se debe tener presente –y, por tanto, se reitera lo señalado en la **Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción** contenida en el Oficio FN N° 039/2013- que la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o privativa de otros derechos, que concurre en carácter de principal junto con las penas privativas de libertad en la mayoría de los delitos de corrupción, reviste el carácter de pena de crimen de acuerdo al artículo 21 del Código Penal, por lo que hace procedente la medida de interceptación telefónica, y se instruye a los fiscales argumentarlo de esta forma ante los tribunales, en los casos que corresponda.

Esta medida puede afectar a quien tiene el carácter de imputado, como también a quienes sirven de intermediarios de las comunicaciones o a quienes facilitan sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

4.2.b. Criterios Generales de Actuación.

Este Fiscal Nacional estima que la utilización de esta moderna y eficaz herramienta de investigación puede ser requerida por los fiscales cada vez que se cumplan los requisitos establecidos por ley, y siempre y cuando su utilización sea realmente necesaria y útil para los fines de la investigación y, por otra parte, el fiscal solicitante esté en condiciones de controlar debidamente la ejecución de la misma. Para ello, se estima necesario establecer los siguientes criterios generales de actuación:

4.2.b.1. Previo a la Implementación de la medida intrusiva:

- i. Los fiscales a cargo de investigaciones en las cuales se pretenda hacer uso de esta técnica de investigación, requerirán a las respectivas policías un **informe escrito** que establezca el motivo o fundamento que justifique la utilización de esta medida intrusiva respecto de cada uno de los números telefónicos que se pretenda interceptar. Dicho informe contendrá, a lo menos, una descripción de las diligencias de investigación que ya se hubieren practicado, como también la individualización del dueño, intermediarios, poseedor o mero tenedor del número telefónico que requiere ser interceptado.
- ii. Los fiscales deberán evaluar tanto la pertinencia como el alcance de la interceptación de comunicaciones, en forma previa a la solicitud que formulen ante el juez de garantía correspondiente. Para dichos fines, los fiscales ponderarán los antecedentes proporcionados por la policía, y las demás circunstancias que consten en la carpeta investigativa.
- iii. Los fiscales, en la solicitud que realicen al respectivo tribunal de garantía, deberán indicar cuál es el alcance de la solicitud de interceptación que están requiriendo, para lo cual señalarán expresamente si sólo se solicita la interceptación de la voz o si, además, requieren que el tribunal autorice la obtención del tráfico de llamadas, la información proveniente de los sistemas de mensajería u otras formas de telecomunicación que sean posibles de interceptar, conforme a las capacidades técnicas de las operadoras.
- iv. Del mismo modo, los fiscales deberán revisar la resolución judicial verificando que se autorice expresamente todo aquello que ha sido requerido en la solicitud.
- v. En relación con el Servicio de Respaldo de Telecomunicaciones (SRT, administrado por la Fiscalía Nacional a través de ULDDECO), serán los Fiscales Regionales los encargados de evaluar y solicitar al Director de dicha Unidad Especializada de la Fiscalía Nacional la utilización de este servicio, teniendo en especial consideración la sensibilidad o connotación pública de la investigación, que amerite medidas especiales respecto de la seguridad y respaldo de la información.

4.2.b.2. Durante el curso de la interceptación telefónica:

- i. Los fiscales deberán mantener un estricto control de los registros de la interceptación. En este contexto se instruye que, **transcurrido la mitad**

del plazo otorgado por el tribunal para la ejecución de la interceptación telefónica, el fiscal **deberá exigir de los funcionarios policiales a cargo de la investigación un informe escrito con los resultados que ha generado la misma**, informe en el cual la policía deberá certificar la entrega de la totalidad de los registros de las comunicaciones que fueron interceptadas, acompañándose los respectivos respaldos y reportes de cada uno de los números interceptados, debidamente rotulados y sellados, sin perjuicio que pueda requerirse información a los funcionarios diligenciadores, en cualquier estado de la medida.

- ii. Sin perjuicio de lo anterior, los fiscales harán saber a los funcionarios policiales que, como oficiales diligenciadores de la investigación, tendrán la obligación de informar cada vez que se les requiera de la situación en la que se encuentra una interceptación telefónica.
- iii. Los fiscales deberán instruir a la policía respecto a la obligación de informar si, durante el transcurso de la interceptación telefónica, el imputado actúa a su vez como intermediario en la comisión de otro ilícito, o bien, se concluye por medio del tráfico IMEI⁷ que, en el aparato telefónico del mismo, se han incorporado otros números telefónicos con los cuales se está cometiendo el mismo u otro ilícito, por personas distintas de las autorizadas judicialmente a interceptar telefónicamente, ello con el objeto de regularizar a la brevedad la autorización judicial correspondiente ante el juez de garantía.
- iv. En el evento que, producto de la interceptación telefónica, se detecten conversaciones del imputado con su abogado defensor, y éstas digan relación con materias propias del ámbito de la defensa, **se instruye a los fiscales comunicar de inmediato al Juez de Garantía acerca de la existencia de dichas comunicaciones y de los registros de las mismas.**

En este sentido, los fiscales han de determinar si dichas conversaciones versan sobre el ámbito de defensa del imputado, o si de ellas se infiere una eventual participación del abogado en los hechos investigados. En el primer caso, el contenido de dichas escuchas no deberá ser considerado por el fiscal. En el segundo, se solicitará autorización al juez de garantía, no sólo para utilizar las futuras conversaciones entre el imputado y su abogado, sino además, para valerse de las que fundaron esta solicitud.

Cabe hacer presente que los fiscales sólo podrán ponderar la naturaleza de las conversaciones entre el imputado y su abogado una vez que éstas

⁷ IMEI: International Equipment Identity (Código de Identificación Internacional del Equipo Móvil). Corresponde a la designación de un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS, el cual está formado por el código del país concernido – que se compone de tres dígitos -, el código de la red móvil –compuesto de dos dígitos-, y un número de diez dígitos que contiene la identificación de la estación móvil, pero que no contiene el número concreto del teléfono del abonado. El IMEI carece de capacidad de información sobre la identidad del usuario, teniendo valor probatorio únicamente si se asocia con otros datos en poder de las operadoras.

Circular N° 1/2013, sobre Pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, Fiscalía General del Estado de España, Madrid, 11 de Enero de 2013.

ya se han verificado. Las autorizaciones de interceptación telefónica se otorgan para registrar todas aquellas conversaciones que el imputado mantenga, aún las de carácter personal y las que no revisten interés para la investigación. Por ello, es el fiscal que dirige la investigación el llamado a evaluar la importancia investigativa de estos registros, así como las especiales circunstancias que pudieren surgir de su análisis. En este contexto y según lo dispuesto en el artículo 225 del Código Procesal Penal, no se podrán utilizar como medios de prueba dichas comunicaciones, salvo que haya existido una autorización expresa para grabarlas.

Previo a la solicitud de prórroga de interceptación telefónica ante el juez de garantía, los fiscales deberán exigir un informe fundado por parte de la policía, que contenga las transcripciones de las conversaciones relevantes y comprobar que tienen en su poder la integridad de las copias de los registros de las comunicaciones que fueron interceptadas, acompañándose los respectivos respaldos y reportes de cada uno de los números interceptados, debidamente rotulados, sellados, analizados y evaluados. Los fiscales informarán a los funcionarios policiales que el informe debe incluir datos concretos que permitan individualizar o determinar la participación del imputado en el hecho investigado, o la pertenencia a algún grupo organizado.

En todo caso, tratándose de investigaciones de tráfico ilícito de drogas o lavado de dinero, habiendo transcurrido el plazo fijado por el juez respecto de una interceptación telefónica, siempre que dicho plazo sea igual o superior a 30 días, el fiscal deberá exigir, previo a la prórroga de la diligencia, que el funcionario policial haya individualizado al imputado al menos con su nombre completo. Excepcionalmente, en este tipo de investigaciones, habiendo transcurrido el plazo mencionado en el punto anterior, podrá solicitar la prórroga de la diligencia intrusiva no obstante no constarle la identidad completa del imputado si, a juicio del respectivo fiscal, existen antecedentes concretos que hagan imposible su identificación, y la gravedad del hecho investigado haga aconsejable y pertinente la continuidad de la medida. Esta decisión deberá ser fundada y dejarse constancia por escrito.

Asimismo, se instruye a los fiscales solicitar la prórroga de la autorización antes de la expiración del plazo originalmente otorgado por el tribunal.

- v. Si del informe policial se concluye que la medida intrusiva no ha arrojado resultados positivos o de interés para la investigación, el fiscal en ningún caso podrá gestionar solicitud alguna de prórroga.
- vi. Las fiscalías de todo el país deberán arbitrar las medidas que sean necesarias para conservar bajo sello y mantener en estricta reserva los registros de investigaciones telefónicas.

4.2.b.3. Al término de la interceptación

- i. Los fiscales deberán llevar un registro en la carpeta investigativa de todas las copias que se realicen de los registros de interceptaciones telefónicas, individualizando a las personas que tuvieron acceso a las mismas. Lo

- anterior, con el objeto de cumplir lo dispuesto en el artículo 223 del CPP, relacionado con la obligación de destrucción de toda transcripción o copia.
- ii. Una vez concluida la investigación, el fiscal requerirá de la policía un informe completo y detallado de la totalidad de números interceptados, el que deberá contener un análisis investigativo que dé cuenta de los resultados del mismo y del análisis de todas las herramientas técnicas proporcionadas por cada número telefónico.
 - iii. Con la evaluación y análisis del informe policial, del o los números telefónicos interceptados, los fiscales solicitarán al Juzgado de Garantía, siempre que la investigación lo permita y en la medida que no ponga en peligro la vida o integridad corporal de terceras personas, la notificación de dicha medida a los sujetos cuyos números telefónicos hayan sido interceptados.
 - iv. Cuando sea procedente y, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 223 inciso 4° del CPP, referente a la entrega de los registros de las comunicaciones telefónicas que fueren irrelevantes a los afectados y la eventual destrucción de los mismos, el fiscal solicitará audiencia al Juez de Garantía. En todo caso, lo anteriormente señalado no se aplicará respecto de grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudiesen constituir un delito que merezca pena de crimen.

4.3. Retención e incautación de correspondencia: cuando en una investigación se obtenga autorización para retener cualquier tipo de correspondencia relacionada con el imputado, los fiscales decretarán, como medida de resguardo, el secreto sobre tales piezas de investigación, conforme lo dispuesto en el artículo 182 inciso 3° del Código Procesal Penal, y en la medida que tales piezas no hayan sido expuestas en audiencias públicas.

4.4. Otros medios técnicos de investigación: cuando los fiscales deban recurrir a filmaciones, fotografías o grabaciones, entre otros medios de indagación, deberán ponderar si la ejecución de la diligencia priva, restringe o perturba algún derecho o garantía consagrado en la Constitución. En este sentido, las filmaciones o fotografías que se efectúen en la vía pública o lugares de libre acceso público, no requerirán de autorización judicial.

Cuando desde uno de estos lugares de carácter público, se filme o fotografíe hacia el interior de uno privado, será conveniente solicitar dicha autorización.

Para grabar conversaciones entre presentes o por medio de dispositivos fijos o móviles, los fiscales recabarán el correspondiente consentimiento judicial.

4.5. Medidas a ejecutar sin conocimiento del afectado: con el objeto de salvaguardar el éxito de las investigaciones penales y dar efectiva aplicación a la norma contenida en el artículo 236 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 182 del mismo Código, cuando los fiscales del Ministerio Público soliciten una diligencia intrusiva antes o después de formalizada la investigación, bajo reserva o sin conocimiento previo del afectado, deberán solicitar además al tribunal, que éste disponga la custodia de los antecedentes, **y se abstenga de publicar los**

antecedentes relacionados en la página web del Poder Judicial y que restrinja en el sistema “SIAG” el acceso de usuarios tanto de la solicitud como su providencia o bien, ordene que no sean incorporadas a aquél.

5. Formalización de la investigación.

5.1. Oportunidad: salvo por el caso excepcional contemplado en el artículo 186 del Código Procesal Penal, al que se aludirá más adelante, los fiscales determinarán la oportunidad para comunicar al imputado los hechos por los que se le investiga, cuando lo estimen pertinente conforme a los antecedentes recabados en la indagación y a la necesidad de someter al investigado a medidas cautelares.

Sin perjuicio que en toda investigación pueden surgir múltiples situaciones o circunstancias que no son posibles de prever, con el objeto de reducir las posibilidades de finalizar una indagación a través de la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, los fiscales se atenderán a los siguientes lineamientos:

5.1.a. Cuando se tratare de una investigación que se desarrolla sin conocimiento del imputado y no apareciere como necesario someterlo a alguna medida cautelar o efectuar alguna diligencia en la que él participe o que pudiere alertarlo sobre la existencia de la indagación, los fiscales formalizarán la investigación sólo cuando hubieren acopiado suficientes antecedentes relevantes tanto sobre la existencia del hecho punible como de participación criminal en éstos. Debe tenerse presente, que estimados los breves plazos que suelen fijar los jueces de garantía para el cierre de la investigación, especialmente cuando se han decretado medidas cautelares de cierta intensidad, resulta conveniente formalizar cuando las restantes diligencias de investigación puedan ser evacuadas dentro del plazo que, atendida la estimación que el fiscal haga en base a su experiencia, sea el que el tribunal habría de fijar para el delito respectivo. En este sentido, los fiscales deberán considerar el plazo de cierre como aquél destinado a efectuar diligencias que involucren al imputado u otras personas o instituciones relacionadas a él, y como el término en el que se deberán ejecutar aquellas diligencias conducentes que surjan del planteamiento de una defensa activa por parte del formalizado.

5.1.b. En los casos de detenciones flagrantes, los fiscales o abogados asistentes deberán siempre hacer una ponderación de los antecedentes con los que cuenten y sopesar las efectivas posibilidades de continuar desarrollando actividades útiles de indagación o de finalizar la causa por medio de una salida alternativa. De lo contrario, los fiscales o abogados asistentes limitarán su actuación al trámite de control de la detención.

5.2. Publicidad de la audiencia: Los fiscales argüirán en favor de la publicidad de la audiencias de formalización, salvo cuando estimen necesario limitar la revelación de antecedentes y su difusión, debido a que el contenido de los datos a exponer pudiere poner en peligro la integridad física de los intervinientes, pudiere conllevar un riesgo para las futuras diligencias de indagación o cuando involucren aspectos sensiblemente íntimos de algún interviniente, conforme lo señalado en los artículos 78 letra b) y 289 del Código Procesal Penal. Si bien esta última norma se encuentra entre las que regulan los principios del juicio oral, contiene criterios de excepción a la publicidad que recogen el espíritu del código en cuanto a los fundamentos de la

limitación pretendida. Pero aún en estos casos, los fiscales solicitarán que la publicidad de la audiencia se restrinja exclusivamente para la revelación de tales antecedentes, debiendo reponerse su publicidad en los demás momentos de su desarrollo.

Asimismo, cuando el comportamiento de alguna persona del público perturbe el normal desenvolvimiento de la audiencia, los fiscales solicitarán su desalojo de la sala, conforme lo dispuesto en el artículo 71 en relación al 298 del código.

Sin embargo, se ha observado que los abogados defensores suelen solicitar se haga excepción al principio de publicidad de las audiencias, fundando sus peticiones en que la divulgación de ciertos antecedentes en los medios de comunicación social, constituye un hecho atentatorio contra la presunción de inocencia del investigado.

Sobre este tema, estimamos que ha de prevalecer la doctrina que privilegia la libertad de información del artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, sin censura previa, por sobre las aprehensiones que el investigado tenga respecto de la interpretación que la comunidad le dará al hecho de aparecer involucrado como imputado -y por tanto como inocente- en un proceso penal.

Asimismo, se debe sopesar que la libertad de información está consagrada en diversos tratados internacionales suscritos por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se trata de un principio fundamental y que debe prevalecer. Por lo mismo, cuando la ley ha querido restringir el derecho o libertad para informar tales datos, lo ha señalado expresamente, como en el caso de los menores y donde, además, no se tuvo como fundamento el principio de inocencia. Existen otras limitaciones en otros cuerpos legales, como la ley que sanciona conductas terroristas y la Ley N° 20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, todas muy precisas y restrictivas, y, ninguna de ellas, fundadas en la presunción o principio de inocencia.

En este orden de ideas, la Corte Suprema ha señalado que las restricciones al artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República deben interpretarse restrictivamente.

Por su parte, el Código Procesal Penal privilegia el principio de publicidad de las actuaciones del proceso, con limitaciones muy precisas y que en ningún caso, dicen relación con la identidad del imputado. La Corte Suprema ha señalado que la publicidad de las actuaciones del nuevo sistema debe prevalecer, la que sólo podrá verse restringida por antecedentes graves que lo hagan aconsejable (Acuerdo del Pleno, 10.01.2001).

A su vez, es necesario tener presente que la presunción de inocencia está entendida en el Código Procesal Penal como la prohibición de considerar culpable a una persona sin mediar condena. Por ello, el solo hecho de dar a conocer la identidad del imputado no conculca, en absoluto, esta presunción. Tampoco el divulgar imágenes del investigado. Cabe señalar al respecto, que el llamado “derecho a la propia imagen” alegado en algunas oportunidades con ocasión de la toma de imágenes fotográficas o filmaciones de la persona del imputado constituye una creación de orden doctrinario, que no tiene consagración como garantía constitucional dentro de nuestro ordenamiento.

Además, la dignidad y seguridad del imputado ha sido precisamente recogida por la legislación procesal penal, consagrándole una serie de derechos en los artículos 93 y 94 del código del ramo, entre los que no se contempla el secreto o reserva de su identidad. Por lo mismo, la información que se divulgue sobre el imputado en una audiencia no atenta contra sus derechos. En cambio, limitar la publicidad de una audiencia pública fundado en razones más o menos febles, como las vinculadas a la presunción de inocencia, atenta contra los derechos de la comunidad, quien a través de los medios de comunicación social, concreta su derecho a informarse sin censura previa de un acto generalmente público.

Por último, para aquellos casos en que algún medio de comunicación recurra de protección en contra del Juez de Garantía que limitó la publicidad de la audiencia, los fiscales no se harán parte de dicho recurso, a menos que, excepcionalmente, el Fiscal Regional así se los ordenase.

5.3. Información sobre hechos investigados y forzamiento de la formalización: El imputado, conforme la definición del artículo 7° del Código Procesal Penal, tiene los derechos que la ley le consagra como tal desde que en cualquier actuación indagatoria del Ministerio Público se le ha considerado así. De este modo, la calidad de sospechoso en la investigación de determinados hechos, destinada precisamente a verificar o descartar su participación, ha de considerarse suficiente como para atribuirle la calidad de imputado. Como interviniente, tendrá derecho a obtener copias de los registros de la indagación. Si dicho conocimiento afectare la integridad y eficacia de la indagación, los fiscales deberán decretar el secreto sobre tales piezas.

Al promoverse la audiencia del artículo 186 del Código Procesal Penal, los fiscales decretarán de inmediato el secreto de aquellos elementos de investigación que se encontraren en la situación precedentemente descrita y expondrán ante el juez y el imputado sólo aquellos no sometidos a secreto que permitan al imputado conocer, en términos generales, en qué consisten los hechos investigados.

Respecto de la interpretación y posibles efectos de esta norma, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

- La disposición tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público, atentando contra el diseño del sistema procesal penal y su correcta separación de funciones. Por tal motivo, para que resulte aplicable algunas de las hipótesis que establece la disposición legal analizada, la situación concreta que afecta al titular debe revestir un fundamento plausible que justifique tal aplicación y que deberá ser exigido por los fiscales en la respectiva audiencia.
- La afección que esta norma exige no puede ser sólo la inherente a todo proceso penal porque ello implicaría, desde ya, desconocer absolutamente la existencia de investigaciones desformalizadas.
- Si el fundamento que pretende esgrimirse para fijar un plazo para formalizar la investigación radica en la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es preciso tener en consideración que dicha garantía se aplicaría tras la formalización de la investigación, ya que se encuentra en estrecha relación con la vulneración de derechos y el gravamen que puede conllevar un proceso penal (básicamente medidas cautelares personales que restrinjan la libertad de las personas).

- Los motivos relacionados anteriormente serán expuestos por los fiscales para oponerse a cualquiera de las dos vías que pretenda adoptar el órgano jurisdiccional en conformidad a dicha disposición. No obstante, ante la insistencia del tribunal de garantía, los fiscales deberán allanarse sólo a **informar acerca de los hechos que son materia de investigación**, ya que dicha solución parece ser la principal y no subsidiaria, como lo sería la fijación de un plazo y, además, porque implica una menor intromisión del órgano jurisdiccional en las labores propiamente persecutorias.
- Si se ordena al fiscal que informe acerca de los hechos que son materia de investigación, se estima que tal comunicación debe ser básica, de modo de no encontramos ante una formalización de la investigación previa y encubierta y, además, proteger los intereses propios de la persecución penal en ciertos casos de mayor complejidad, en que la ausencia o retraso de formalización corresponde a una estrategia persecutoria.
- La fijación de un plazo para que el fiscal formalice una investigación **no** implica una carga procesal para el organismo encargado de la persecución penal, pues no responde a la definición de esta institución procesal sino que se trata de una facultad propia de la fiscalía, en su carácter de **Director exclusivo de la investigación** y no de interviniente propiamente tal. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no implica ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de formalizar y, consecuentemente, cualquier resolución jurisdiccional que estime lo contrario y decrete precluída dicha facultad, **debe ser apelada según lo dispuesto en el artículo 370 letra a).**
- Si no implica “carga procesal” menos aún podemos hablar de “obligación” respecto de una facultad que compete exclusivamente al órgano encargado de la persecución penal; tal resolución sólo contiene la determinación de un marco temporal en que la actividad debiera verificarse. Por lo tanto, no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.
- La posibilidad de estimar como consecuencia de dicha inobservancia la dictación de un sobreseimiento definitivo nos parece del todo errada desde que no se cumplen los requisitos legales para que ello proceda: no se encuentra agotada la investigación, ni concurre causal legal que justifique la adopción de esta decisión jurisdiccional. Menos aún resulta concebible la posibilidad de aplicación del sobreseimiento como sanción, si ello no está expresamente contemplado en la ley. **En caso que dicha situación se presentare, los fiscales deben recurrir de apelación.**
- No resulta conveniente, sin embargo, que vencido el plazo para formalizar la investigación los fiscales mantengan una actitud completamente inactiva, lo que podría ser interpretado como una falta de eficiencia por parte del organismo persecutor. En tal sentido, la primera orientación es que, en tanto se mantenga la situación de carecer de antecedentes suficientes para formalizar pero tampoco contar con aquellos que permitan adoptar una decisión temprana de término (por razones ajenas a su propia actividad, la que deberá ser exhaustiva en estos eventos), deberán solicitar la prórroga del plazo judicial tantas veces como sea necesario, cumpliendo con los requisitos legales para ello.
- En el evento que dicha prórroga no sea concedida, debería procederse al análisis de los antecedentes de investigación que han logrado recabarse y realizar una evaluación de las posibilidades de éxito en la obtención de futuros antecedentes. En la medida de que dicha evaluación sea principalmente negativa, debería optarse por comunicar la decisión de no perseverar en el

procedimiento. Por el contrario, si tal evaluación es mayormente positiva, debería procederse a formalizar la investigación.

- o Por supuesto en el evento que existan antecedentes, ya sea recabados por el propio Ministerio Público, ya sea allegados por la defensa, que permitan configurar algunas de la causales de sobreseimiento que establece el legislador, los fiscales deberán proceder a cerrar la investigación y solicitar al tribunal que decrete el sobreseimiento definitivo de la causa.
- o Ante todo, se reconoce que hubiera sido más coherente –si, en definitiva se estableció la norma, independiente de los reparos que pueda merecer su establecimiento- que la inobservancia del plazo fuera sucedida de alguna consecuencia, no obstante, más evidente resulta, a nuestro juicio, la imposibilidad de crear sanciones o interpretarlas por analogía ante una omisión legislativa.⁸

B. MEDIDAS CAUTELARES

I. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

1. Citación: Procede cuando es necesaria la presencia del imputado ante el tribunal. Tratándose de faltas o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, nuestro ordenamiento procesal penal sólo permite la medida cautelar personal de citación, salvo cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33, o los casos por faltas flagrantes a que se refiere el inciso 4° del artículo 134 del Código Procesal Penal

La falta injustificada de comparecencia del imputado ante el tribunal, cuando éste lo requiere para una actuación o una audiencia judicial, trae como consecuencia su petición de detención, conforme lo establecen los artículos 33 inc. 3° y 127 inc. 2° del Código.

El imputado detenido por no comparecer ante el tribunal no debe ser conducido por la policía a la fiscalía, toda vez que su incomparecencia está relacionada con una actuación "judicial" y no con una que deba practicarse en la fiscalía.

En los simples delitos y faltas que sólo ameritan citación, se puede conducir a la persona a la unidad policial para proceder a su citación, previa comprobación de domicilio. En estos casos la ley faculta a la policía para registrar sus vestimentas, equipaje o vehículo de la persona, sin necesidad de autorización judicial.

La ley no obliga a conducir a la persona a la unidad policial si es que el personal policial puede hacer las averiguaciones de su identidad y domicilio en el lugar donde se encuentra aquélla.

⁸ Lo anterior corresponde, en parte, a los argumentos contenidos en el artículo: *"El Control Judicial anterior a la formalización de la investigación"*, HERRERA SEGUÉL, Marta, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVI, año 2005. Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 385-405.

3. Detención: Todo detenido, sea en forma flagrante o previa orden judicial, debe ser conducido ante el tribunal correspondiente, a menos que el fiscal ordene su libertad (con autorización del respectivo Fiscal Regional, según el caso) o no se pronuncie dentro del plazo legal, (Arts. 94 letra c), 131, 132, 133 y 154) **y no corresponde que la policía lo ponga a disposición de la Fiscalía.**

3.1. La detención del imputado por orden judicial en los casos previstos en los artículos 127 y 33 del Código.

En cuanto a la detención en virtud del artículo 127 inc. 1º, el fiscal debe recurrir directamente al juez para obtener una orden de detención respecto de un imputado cuya comparecencia puede verse demorada o dificultada.

El mismo procedimiento será aplicable en los casos en que el imputado haya comparecido anteriormente a la fiscalía, pero que, por cambios de circunstancias o nuevos antecedentes derivados del avance de la investigación, exista temor fundado de que pueda verse demorada o dificultada su comparecencia.

Esta detención no puede ser solicitada por el querellante, sino sólo por el fiscal que tiene fundados temores que el imputado no comparezca de inmediato a la fiscalía si es citado, y que su falta de comparecencia pueda dificultar el éxito de la investigación.

Puede ser que el fiscal tenga información sobre una próxima fuga del imputado del lugar en que se sigue la investigación, o de un posible ocultamiento, o de otras circunstancias que obstruyan la acción de la justicia debiendo, en todo caso, tratarse de un delito de cierta gravedad, que necesita urgentes medidas para asegurar la persona del imputado.

Estas circunstancias de hecho deberán ser ponderadas por el juez de garantía y el fiscal deberá explicárselas, en lo posible, en forma verbal antes de resolver el pedido de detención. El fiscal deberá insertar en sus registros la petición de detención, como, asimismo, el resultado de su solicitud, sea favorable o desfavorable.

Los fiscales deben preocuparse que la orden de detención señale si el detenido tiene indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, o si puede ser conducido a un establecimiento penitenciario o lugar público de detención, o debe permanecer en su residencia, de modo de cumplir con la letra c) del artículo 154.

Si la orden no contiene estas menciones, o si sólo indica que debe ser conducido el detenido de inmediato ante el juez, no podrá ser ingresado a un establecimiento penitenciario o lugar público de detención, puesto que el artículo 133 no permite a los encargados de estos lugares aceptar el ingreso de personas, sino en virtud de órdenes judiciales.

En el evento que se decrete la orden de detención fijando un plazo para su diligenciamiento, **los fiscales deben indicar expresamente que, una vez transcurrido el plazo fijado, se informe sobre el resultado tanto al Ministerio Público como al juez de garantía, y en caso de resultado negativo, se mantenga**

en forma indefinida en los registros de las Policías de Investigaciones y Carabineros el encargo respectivo.

Si el juez dispusiere que la orden quede sin efecto luego de expirado el plazo para su diligenciamiento, no quedando constancia en el registro mencionado, se puede interponer reposición con apelación subsidiaria, ya que ello implica entorpecer gravemente el progreso de la investigación, pudiendo argumentarse que la resolución impugnada se inserta dentro de la letra a) del artículo 370, en tanto que, imposibilitándose la comparecencia del imputado producto de dicha resolución, en los hechos, el procedimiento no puede seguir adelante, haciéndose imposible la prosecución del mismo.

3.2. Orden verbal de detención.

Cada vez que los fiscales obtengan una orden verbal de detención, deben informar al funcionario encargado de practicar la detención acerca de los requisitos que debe contener la constancia a la que se refiere el artículo 9° del Código, así como la imperatividad en la entrega de dicha constancia, a fin de precaver eventuales declaraciones de ilegalidad de la detención.

El señalamiento del delito por el cual se ha obtenido la respectiva orden no importa una calificación afinada del mismo pues, obviamente, derivará de la apreciación del fiscal correspondiente, de acuerdo con los antecedentes de la investigación que se encuentre practicando, según su estado de avance.

Si, luego de la detención, dependiendo de sus circunstancias y elementos, instrumentos o efectos incautados, tal calificación preliminar sufre alguna variación, no existe impedimento para una formalización por un delito o participación diferentes de las inicialmente invocadas, en la medida que exista una relación clara entre la apreciación inicial y la que se produzca como consecuencia de la detención, habida excepción, además, de una posible flagrancia por otro tipo de delito que no guarde incluso relación con la evaluación previa.

3.3. Plazos de detención

La norma legal distingue si la detención se ha practicado en virtud de una orden judicial (inc. 1°) o si se ha practicado en virtud de lo dispuesto en los artículos 129 y 130 (inc. 2°), aunque en ambos casos el detenido debe ser conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas. **Se cumple la normativa constitucional y legal de la entrega del detenido dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención a Gendarmería de Chile**, aunque la audiencia judicial se realice por diversos factores con posterioridad a dicho plazo.

En la detención por flagrancia (Art. 131 inc. 2°), comprendiendo en ésta todos los casos señalados en los artículos 129 y 130, es obligación del agente policial que hubiere realizado la detención o por el encargado del recinto de detención, el informar al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas.

Esta información tiene por objeto que el fiscal decida si el detenido debe ser conducido ante el juez en un plazo máximo de veinticuatro horas contados desde que la detención se hubiere practicado, o si deja sin efecto la detención.

En el primer caso, el fiscal debe comunicar su decisión al defensor en el momento que la adopte. Para los efectos anteriores, los fiscales deben recabar de parte del organismo que practicó la detención la información de si el imputado cuenta o no con un abogado de su confianza; es decir, el funcionario aprehensor, al momento de informar sus derechos al detenido debe preguntarle si cuenta con abogado de confianza y registrar dicha información la que, posteriormente, debe ser recogida por el fiscal. Si el imputado señala no tener letrado de su confianza el fiscal, tan pronto como instruya al funcionario policial en orden a poner al imputado a disposición del juez de garantía, debe comunicar esta situación a la Defensoría Local correspondiente.

Si el fiscal nada manifestare, se entiende que el detenido debe ser presentado ante la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas desde que se practicó la detención.

La atribución de dejar sin efecto una detención en caso de flagrancia debe ser ejercida en forma prudente por el fiscal de acuerdo a las circunstancias de hecho de cada caso, que le sean informadas por el agente policial que practicó la detención, o que aparezcan del respectivo parte policial si éste ya ha sido confeccionado. En este sentido, debiera considerarse la naturaleza del delito cometido, los efectos que pueda advertir que se han producido en la víctima, los antecedentes personales del imputado, la existencia de un domicilio verificado, etc.

Es posible ejercer esta atribución cuando el fiscal se percatara que el delito por el que se detiene no es de aquellos que permiten la detención, sino que los que admiten simple citación. También es posible que se trate de delitos en que existen suficientes garantías de la oportuna comparecencia del imputado. Por otra parte, el fiscal, al imponerse de la detención por flagrancia, puede percatarse que se trata de una detención manifiestamente arbitraria o ilegal.

En los casos de crímenes, los fiscales se abstendrán de ejercer esta facultad salvo situaciones excepcionales.

En todo caso, cuando el fiscal disponga la libertad del detenido, deberá dejarlo citado para una fecha próxima, previa comprobación de su domicilio, para tomarle declaración en la fiscalía y registrar el caso como una investigación preliminar, con el correspondiente rol de ingreso.

Si existen dudas sobre la identidad del detenido y su domicilio no puede ser comprobado, el fiscal no debe tomar la decisión de dejar sin efecto la detención y será preciso, previamente, reunir más antecedentes sobre las circunstancias anteriores.

Cada fiscalía deberá establecer procesos de coordinación efectivos con las policías con el fin de asegurar que, en casos de detención por flagrancia, se comunique a la brevedad posible al Ministerio Público, para darle tiempo al fiscal para recabar antecedentes y determinar si va a liberar al detenido o si resolverá formalizar la investigación.

3.4. Situación de flagrancia.

A propósito de la modificación introducida por la Ley N° 20.253 al art. 130 del Código Procesal Penal y, aún cuando en esta materia no existan, a nuestro juicio, mayores puntos que ameriten ser aclarados, se hacen presente los siguientes aspectos a fin de hacernos cargo de eventuales alegaciones de inconstitucionalidad de la norma:

- La modificación al art. 130 no fue objeto del control de constitucionalidad por no presentarse ningún requerimiento al respecto ni estimar, el Congreso Nacional, que se tratase de una materia propia de ley orgánica constitucional.
- La Constitución Política de la República, al garantizar y regular la libertad ambulatoria de todas las personas, establece que nadie puede ser privado de su libertad ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y **las leyes**, como es, en este último caso, el Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 20.253. (Art. 7° letra b) CPR).
- La misma carta fundamental contempla, expresamente, la excepción al principio de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares constituida por la situación de flagrancia.⁹
- El Código Procesal Penal sólo viene a explicitar, dentro del marco constitucional, la situación de flagrancia que el propio constituyente anticipó.
- En consecuencia, el art. 130 se ajusta plenamente al texto de la Constitución, más aún considerando los plazos establecidos por ésta.
- Importante resulta recordar la naturaleza particular, en cuanto medida cautelar, de la detención: ella no es instrumental a la decisión de fondo como las restantes cautelares, pues *no* pretende asegurar directamente la ejecución de lo que en definitiva resuelva el órgano jurisdiccional sino que, atendido su carácter **esencialmente provisional**, a lo más, se convertirá en una providencia instrumental respecto de aquella que decreta la prisión preventiva, de modo tal que podría hablarse de una medida *precautelar*.¹⁰ Este carácter provisionalísimo explica que, en virtud de la misma, se permita privar de libertad a una persona sin orden judicial.
- El art. 130 no sólo se ajusta al texto constitucional sino que, además, responde a la intención legislativa de lograr certeza jurídica en una materia que fue objeto de interpretaciones sumamente disímiles.
- Es preciso recordar que el nuevo inciso final del art. 130 viene a complementar las hipótesis de flagrancia de las letras d) y e), **manteniéndose plenamente vigentes los elementos objetivos que la configuran en cada una de esas hipótesis, según el tenor de la propia redacción**, sin que el plazo de 12 horas constituya el único elemento a considerar para la configuración de la flagrancia.
- Por el contrario, concurriendo plenamente los presupuestos de aplicación de tales numerales y, encontrándonos dentro del plazo legal, **sobra la discusión** –que pudiera levantar la defensa- **relativa a la posibilidad de haber obtenido orden judicial en el tiempo intermedio, pues la intención legislativa precisamente apuntaba a objetivizar esas situaciones**, y la propia ley no contiene ninguna salvedad en tal sentido.

⁹ El principio de la jurisdiccionalidad, en virtud del cual las medidas cautelares penales sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, ha presentado, desde siempre, una importante excepción tratándose de esta cautelar, excepción reconocida con rango constitucional al permitir que se pueda prescindir del decreto judicial en caso de personas sorprendidas en flagrante comisión de un hecho punible.

¹⁰ MARÍN, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*. En "Revista de Estudios de la Justicia" N° 1. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Año 2003. Cita en apoyo de esta afirmación a BANACLOCHE.

Por último, respecto de las discusiones que puedan plantearse a este respecto, es preciso hacer presente que la norma legal es clara y que, ante objeciones de constitucionalidad, el sistema prevé los mecanismos de solución, no estando éstos en sede de juzgado de garantía, por lo que, en aras de la economía procesal, estas discusiones no deberían generarse en dicha instancia judicial.

3.5. Comparecencia judicial del detenido

Esta norma es aplicable tanto a la detención practicada en cumplimiento de una orden judicial, como a la que se verifica en los casos de flagrancia.

Es obligación del fiscal o abogado ayudante de fiscal concurrir a esta primera audiencia judicial, ya que la ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido. Por ello es importante que las policías informen a la brevedad a la fiscalía de la detención que se ha practicado.

La modalidad concreta de ejecutar la opción de comparecencia del abogado ayudante de fiscal debe ser definida por cada Fiscalía Regional, conforme a su organización y al modelo que en cada una de ellas se haya adoptado, cuidando en todo caso de acudir a esta posibilidad con los debidos resguardos y en forma adecuadamente justificada, que considere las reales necesidades de sustitución de los fiscales por asistentes, por razones de buen servicio.

Respecto de la audiencia del artículo 132, pueden hacerse los siguientes comentarios:

- a) No es una audiencia a la que se cita a todos los intervinientes, sino que sólo asisten el fiscal o asistente del fiscal y el detenido y su defensor.
- b) Se estima que esta audiencia es distinta a la de formalización de la investigación en que sí deben ser citados todos los intervinientes y cuyas materias se encuentran tratadas en el artículo 232.
- c) Cuando el fiscal decide poner al detenido a disposición del tribunal debe avisar al abogado de confianza de aquél o a la Defensoría Penal Pública (Art. 131).
- d) Debe entenderse que si el fiscal o asistente del fiscal no formaliza la investigación en dicha audiencia o en el plazo de tres días, en caso que el juez acceda a la ampliación, o si no solicita medidas cautelares personales, el detenido debe ser liberado por el juez.

Se recomienda a los fiscales y abogados asistentes que, cuando se trate de delitos que merezcan pena de crimen o cometidos por sujetos que presenten una reiterada actividad delictiva, agoten todos los medios para reunir antecedentes que les permitan formalizar la investigación y solicitar la prisión preventiva, en su caso, aprovechando los breves plazos de que disponen.

En el caso que el detenido, que ha sido puesto a disposición del juez de garantía, presente órdenes de detención dictadas en su contra por otro juez de garantía, por un tribunal de juicio oral en lo penal, o por un juez de letras con competencia en lo criminal, los fiscales deben informar de inmediato tal circunstancia al juez de garantía para resolver su situación procesal.

3.6. Rol del abogado ayudante de fiscal en la audiencia del art. 132.

3.6.a. Forma de materializar la delegación de facultades del fiscal en el asistente

Considerando la desburocratización que rige el nuevo sistema, sobretudo en una etapa tan preliminar como la del control de la detención, esta exigencia no debe ser interpretada de forma rigurosa y, en el fondo, apunta a evitar delegaciones implícitas de facultades.

No obstante, a fin de evitar inconvenientes y, en el entendido que en cada región o extensión geográfica que corresponda, al Fiscal Regional competen las tareas asignadas al Ministerio Público, bastará una delegación de este último a los asistentes de fiscal que decida deben comparecer a estas audiencias.

Se hace presente la conveniencia que cada fiscalía regional se coordine con los respectivos juzgados de garantía, a fin de lograr la mayor operatividad de esta norma y la necesidad de informar a la Fiscalía Nacional, a través de la Unidad de Asesoría Jurídica, de las dificultades que se presenten con ocasión de la misma.

3.6.b. Facultades del asistente de fiscal en la audiencia de control de la detención.

En esta materia, además del tenor literal del art. 132, debe tenerse presente la normativa estatuida con rango constitucional.

Así, el art. 2° de la Ley N°. 19.640, complementando el art. 83 de la CPR dispone que *“El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas.”*

La posición institucional, sostenida desde la modificación de la Ley N°. 20.074, consistía en que los asistentes de fiscal podían solicitar ampliación de la detención, formalizar investigación y solicitar medidas cautelares en cuanto ninguna de esas actividades correspondía, en sentido estricto, al **ejercicio de la acción penal**, reservado de manera exclusiva a los fiscales del Ministerio Público.

Tal posición ha sido recogida de manera explícita en la nueva normativa que, sometida al control de constitucionalidad por el órgano competente, fue calificada como ajustada a la CPR.

De esta forma, cualquier interpretación respecto del alcance de las facultades del abogado asistente reconoce como limitación, precisamente, el **ejercicio de la acción penal pública**, cuestión que, sin duda, se ve comprometida ante requerimientos en juicios simplificado, acusaciones verbales en virtud del art. 407 y, a mayor abundamiento, en el desarrollo mismo de estas audiencias. El requerimiento y la acusación contienen la pretensión punitiva estatal; en consecuencia, aún con la más estricta interpretación de “ejercicio de la acción penal” estos actos la comprenden. El desarrollo de la audiencia respectiva, por su parte, implica el sostenimiento permanente ante el órgano jurisdiccional, como acusador, de esa pretensión punitiva.

De lo anteriormente expuesto se colige que los abogados asistentes de fiscal no pueden presentar requerimientos en procedimiento simplificado (incluyendo su modalidad de monitorio) ni participar en procedimientos abreviados y en las

actuaciones a que éstos dieran lugar¹¹ y cualquier delegación en tal sentido, por ser contraria a la presente instrucción, carece de eficacia.

Distinta es la situación que se plantea respecto de la suspensión condicional del procedimiento. El argumento en contra de la posibilidad de que los asistentes de fiscal lleguen a esta salida alternativa en la audiencia de control de la detención, consiste en que el art. 132 no la contempla de manera expresa. No obstante, no presenta injerencias desde la perspectiva constitucional pues, aún cuando constituye una excepción al principio de legalidad procesal contemplado en el art. 166 del Código Procesal Penal, **implica una *suspensión del procedimiento* y, en caso alguno, la renuncia a la acción penal por parte del órgano acusador.**

Si bien el tema es sumamente debatible, se faculta a los asistentes de fiscal, delegados por sus respectivos fiscales regionales, para plantear esta última discusión en sus respectivos tribunales.

3.7. Detención en un lugar distinto al del juez de garantía competente.

En estos casos, los fiscales del turno regular o del turno de audiencias, según la fiscalía que se trate, deben comparecer a la audiencia correspondiente. El fiscal que hubiere obtenido la orden se responsabilizará de remitir, por la vía más expedita, también conforme la organización dada por la fiscalía a que pertenezca, los antecedentes necesarios para que el fiscal que comparecerá a la audiencia pueda desarrollar ésta de la forma más apropiada posible.

3.8. Detención en la residencia del imputado

Se refiere esta detención únicamente a los casos previstos en el párrafo segundo del número 6 del artículo 10 del Código Penal, esto es, cuando concurren las circunstancias calificadas de la legítima defensa privilegiada a que se refiere dicha norma legal.

Si bien estas circunstancias son calificadas soberanamente por el juez, el fiscal está autorizado, en su caso, para solicitar como medida cautelar personal sólo la detención domiciliaria del imputado y no su detención o su prisión preventiva.

3.9. Control de identidad y la detención.

Si bien el control de identidad corresponde a una actividad autónoma de las policías, ubicada dentro de un ámbito preventivo delictual y, en caso alguno, a una medida cautelar personal, puede culminar con la detención del imputado, si se dan algunos presupuestos fácticos.

Ahora bien, en el lapso máximo de ocho horas que dura el control de identidad, la policía se puede enfrentar a situaciones diversas:

3.9.a. Si la persona controlada oculta su verdadero nombre y apellido a la policía, o se niega a manifestarlos, o da domicilios falsos, estamos frente a hipótesis que son constitutivas de la falta penal del artículo 496 N° 5 del Código Penal,

¹¹ Lo anterior no obsta, por supuesto, a que puedan comparecer apoyando al fiscal, como ha ocurrido hasta ahora, pero siendo este último quien sostiene la acción penal pública.

en cuyo caso el imputado debe ser detenido conforme al artículo 134 del Código Procesal Penal, avisándose por la policía al fiscal para los efectos previstos en el artículo 131 del mismo Código.

- 3.9.b.** Durante el lapso que dura el control de identidad, puede verificarse la comisión de un delito flagrante, caso en el cual deberá procederse conforme a las reglas de la flagrancia (Arts. 129 y 130).
- 3.9.c.** Si se constata que la persona sujeta a control tiene órdenes de aprehensión vigentes, debe ponerse al requerido a disposición del tribunal correspondiente.
- 3.9.d.** Si la policía verifica, a través del control de identidad, que aparentemente existe una actividad delictiva no flagrante en que participa la persona controlada o un tercero, deberá noticiar de inmediato al fiscal para que inicie una investigación y dé las instrucciones pertinentes u obtenga las autorizaciones judiciales correspondientes, conforme lo ordena el artículo 9° del Código, o bien, en caso de existir una denuncia previa ingresada a la fiscalía, para que el fiscal expida una orden de investigar, clara y precisa respecto a las actuaciones policiales a realizarse en el evento que el sujeto imputado consienta en colaborar, dejando testimonio de ello.

3.10. Apelación de la resolución que declara ilegal la detención.

El artículo 132 bis, incorporado por la Ley N° 20.253 establece que la resolución que declare la ilegalidad de la detención, en los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal y los de la Ley N° 20.000, que tengan pena de crimen, será apelable por el fiscal o por el abogado asistente de fiscal, en el sólo efecto devolutivo. Al respecto se hacen presente las siguientes consideraciones:

- 3.10.a. Apelación del querellante:** La resolución impugnada es sólo aquella que declara la ilegalidad de la detención, por tanto, eventualmente y de manera indirecta, podría afectar al querellante, en cuanto sostenedor de la acción penal pública conjuntamente con el Ministerio Público. En nuestra opinión, el querellante no está legitimado activamente para recurrir en contra de esta resolución porque:
- el recurso de apelación en el nuevo sistema es de derecho estricto, lo que incluye también a los sujetos facultados para su interposición, y el querellante no está expresamente facultado para interponerlo.
 - la apelación concedida exclusivamente al Ministerio Público puede tener su justificación en el hecho que éste, en esta etapa procesal, no es un interviniente más, sino el director exclusivo de la investigación, ostentando un rol de dirección funcional respecto de las policías lo que, por supuesto, no es aplicable al querellante particular.

No obstante, por razones de conveniencia, no se estima prudente que el Ministerio Público inste por el rechazo de la apelación por parte del querellante, debiendo los fiscales procurar mantenerse al margen de dicho debate.

- 3.10.b. Apelación de la declaración de legalidad de la detención:** Esta situación es totalmente distinta, dado que se trata de una resolución respecto de la cual la

ley **no** concede el recurso de apelación en relación con ningún interviniente, sin embargo, la hacemos presente por la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo respecto del art. 132 bis, entendiendo que el mismo era constitucional, en la medida que se reconociera el derecho a impugnación para todos los intervinientes, en respeto a la garantía de la igual protección de la ley en ejercicio de los derechos.

La posición del Ministerio Público en este punto es la siguiente:

- El art. 132 bis, sometido a control de constitucionalidad, fue declarado como ajustado al texto de la Carta Fundamental y, por tanto, constituye una norma plenamente vigente y aplicable.
- El art. 132 bis, estableciendo una excepción al régimen de derecho estricto de la apelación, establece la procedencia del recurso sólo respecto de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, cuestión que, además de quedar patente en el tenor literal de la nueva disposición, corresponde estrictamente a la intención del legislador.¹²
- **El control de constitucionalidad de una norma específica que realiza el Tribunal Constitucional, no tiene el poder suficiente para crear normas de rango legal no establecidas por el legislador, como sucedería en este caso.**
- En efecto, de acuerdo al art. 370 letra del Código Procesal Penal “Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: b) Cuando **la ley** lo señalare expresamente.” Así, no existiendo una norma de carácter legal que establezca la apelación en contra de dicha resolución, tal recurso es absolutamente improcedente.
- Por lo demás, no se trata del único caso en que exista derecho a impugnación sólo para uno de los intervinientes, aún cuando existan más agraviados. Así, el art. 277 del Código Procesal Penal que consagra la apelación contra el auto de apertura sólo para el Ministerio Público –y por una causal específica- no ha sido objeto de debate en forma previa.
- **Se instruye a los fiscales, por tanto, recurrir de hecho (vía falso recurso de hecho) ante cualquier resolución que conceda la apelación en contra de una declaración de legalidad de la detención.**

3.10.c. Facultades del abogado asistente de fiscal en materia de apelación de la ilegalidad de la detención: Si bien el texto del artículo 132 bis no especifica qué abogado asistente es el legitimado para recurrir de apelación, ni si debe estar expresamente facultado para ello (a diferencia del art. 132), **debe entenderse que el único habilitado es el asistente de fiscal que concurrió a la respectiva audiencia de control de detención y, respecto de la delegación facultades, con la finalidad de evitar discusiones, ésta se comprende en la delegación general referida en el punto 3.6.a.**

3.10.d. Necesidad de impugnación de esta resolución: La posibilidad de apelación contra esta resolución fue introducida por la misma modificación legal que explicitó que la declaración de ilegalidad no obstaba a la formalización de la investigación y la consecuente solicitud de cautelares (zanjando una discusión existente a esa fecha). A la vez, se especificó que “La declaración de

¹² En la discusión del segundo informe, el H. Diputado d. Juan Bustos solicitó que se precisara que sólo era apelable la resolución que declaraba la ilegalidad de la detención y no la que se pronunciaba sobre la misma, parecer que fue acogido por la Comisión.

ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”.

Sin embargo, se estima que el mayor sentido de esta impugnación puede apuntar a la salvaguarda de evidencias importantes –sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del art. 132- de modo que **los fiscales deberán evaluar especialmente la necesidad de apelar cuando se encuentre comprometido material que más adelante pueda introducirse como medio de prueba.**

- 3.11. Ilegalidad de la detención ordenada por resolución judicial:** Esta situación claramente excepcional se ha dado en la práctica y parece no armonizar con lo dispuesto en el inciso final del artículo 95.

Si bien pudieran haber defectos en las formalidades de la detención, como por ejemplo, la falta de lectura de los derechos del detenido que pueden ser remediados por otro juez de garantía que conozca de la audiencia del artículo 132, no es menos cierto que no sería procedente que un juez revisara la fundamentación de la orden de detención decidida por él mismo o por otro juez y así se desprendería del inciso final del artículo 95¹³.

Casos como los descritos deben ser puestos en conocimiento del Fiscal Regional respectivo, para que evalúe la adopción de las medidas correspondientes de reclamación ante la Corte de Apelaciones competente.

Desde ya, se hace presente que **tal resolución es apelable en las hipótesis que establece el art. 132 bis, dado que la misma norma no distingue el origen de la detención.**

- 4. Prisión preventiva:** En primer lugar, constituyendo la cautelar personal más gravosa, **los fiscales deben procurar acelerar preferentemente todas las investigaciones y procesos en que existan imputados afectos a la misma.**

4.1. Requisitos para ordenar la prisión preventiva: Si bien la Ley N° 20.253 incorporó el “peligro de fuga” como nuevo elemento fundante de la necesidad de cautela, no obstante, **los fiscales deberán, preferentemente, fundar la necesidad de cautela, que hace procedente la prisión preventiva, en cualquiera de los otros tres fundamentos** a fin de evitar que se produzca la situación establecida en el art. 146 y, por ende, se desdibuje el propósito de la cautelar.¹⁴

El reemplazo de la prisión preventiva por caución económica SÓLO es procedente cuando la prisión preventiva haya sido impuesta, con la ÚNICA finalidad de evitar el peligro de fuga. Si concurre, en cualquier medida, cualquier otro fundamento que justifique su imposición, el art. 146 deja de ser aplicable.

¹³ En la práctica se han dado casos tan extremos como el de un juez que declaró ilegal la detención ordenada por él mismo, fundándose en una presunta incompetencia del tribunal

¹⁴ Se debe tener presente que el peligro de fuga siempre puede alegarse, e incluso, siempre constituirá un fundamento de la necesidad de la cautela, lo que se pretende destacar es que no debiera ser el ÚNICO fundamento de tal necesidad, sino que debe alegarse conjuntamente con cualquiera de los otros, a fin de evitar posteriores reemplazos de la cautelar.

Por tanto, aún cuando el juez de garantía decreta la prisión preventiva fundando la necesidad de cautela en el peligro de fuga del imputado, si también procede, aún mínimamente, alguno de los factores que hacen estimar que la prisión preventiva es un peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, no procede el reemplazo por caución económica y, decretado éste, **el Ministerio Público se encuentra legitimado para recurrir en contra de esa resolución.**

La procedencia del recurso debe fundarse, para efectos de admisibilidad, en que la resolución que reemplazó la prisión preventiva por caución económica, en los hechos, revocó la prisión preventiva, cautelar que no está siendo cumplida de manera efectiva, y la resolución que revoca una prisión preventiva es apelable por mandato expreso del legislador, en caso de haberse dictado en audiencia.

En cuanto al fondo, debe alegarse la concurrencia de alguna causal que justifique, en alguna medida, cualquiera de los otros elementos que fundan la necesidad de cautela cuestión que, atendidos los parámetros establecidos en el art. 140 respecto del peligro para la seguridad de la sociedad, establecen un marco bastante objetivo al cual recurrir.¹⁵

4.3. Recursos que proceden contra la resolución que concede o deniega la prisión preventiva: De acuerdo al artículo 149, la resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva, es apelable cuando hubiese sido dictada en una audiencia. Esta última frase es de suma importancia, por cuanto establece un límite para determinar la procedencia de la apelación de la prisión preventiva.

La resolución que niega o revoca la prisión preventiva en el caso de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, debe ser apelada en audiencia y, mientras no se encuentre ejecutoriada, el imputado no puede ser puesto en libertad. El listado incluye, en abstracto, a todo el catálogo de delitos tipificados en el Código Penal **y, respecto de la Ley N°. 20.000, sólo aquellos que tengan pena de crimen.** No es válida la fundamentación en orden a que dicho efecto se producirá en la medida que todos los ilícitos referidos tengan pena de crimen. Aún cuando se pretenda dar una interpretación restrictiva a la norma, tal intención no puede llegar a desvirtuar su sentido y, por ende, si se pretende restringir la norma a los hechos sancionados con pena de crimen, **los fiscales deberán oponerse en audiencia, sobre la base de lo siguiente:**

- El art. 149 inciso 2do. es claro y comprende el catálogo de ilícitos del Código Penal que cita, más los de la Ley N°. 20.000 que tengan pena de crimen. De no ser éste el sentido, la redacción general de la norma

¹⁵ En casos cuya gravedad lo haga aconsejable, los fiscales deberán evaluar la conveniencia de apelar sólo de la resolución que decreta la prisión preventiva fundada únicamente en el peligro de fuga, no obstante no se haya efectuado el reemplazo por caución. En este sentido podemos citar lo ocurrido en causa RIT N° 513-2005: la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel acogió a tramitación el recurso de apelación deducido en causa RUC N° 0500424980-3, confirmando la resolución del tribunal de garantía, pero teniendo presente que la libertad del imputado era un peligro para la seguridad de la víctima y no sólo que era necesaria por no encontrarse suficientemente garantizada la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento y ejecución de la sentencia, como lo había señalado este último.

hubiera sido bastante más sencilla, estableciendo una enumeración genéricamente asociada a pena de crimen, en lugar de recurrir a la interposición de comas.

- No obstante, de estimarse que el tenor literal de la ley no es claro, las normas de hermenéutica legal nos llevan a consultar el espíritu de la misma. Varios pasajes de la discusión parlamentaria nos ilustran y avalan la posición expuesta anteriormente, en cuanto a que la referencia a pena de crimen sólo rige para los delitos de la Ley N°. 20.000.^{16 17}
- Aún de existir dudas, los elementos lógico y sistemático en la interpretación de la ley nos permiten llegar a la misma conclusión: el catálogo de delitos enumerados en el art. 149 no sólo ha sido establecido para determinar el efecto de la apelación de la resolución que niega o rechaza la prisión preventiva, también es considerado en materia de ejecución de la prisión preventiva (art. 150 inc. 6°) y de apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención (art. 132 bis), en el mismo sentido que se ha venido refiriendo.

Por tanto, en caso de denegarse un recurso de apelación verbal respecto de una causa seguida por robo por sorpresa o por secuestro simple, deberá recurrirse de hecho.

Ahora, el efecto contenido en el inciso segundo para la apelación rige tanto respecto de la resolución que **revoca** una prisión preventiva, como de la que **niega** lugar a ella. Al respecto cabe hacer presente que la norma en comento fue objeto de control de constitucionalidad y declarada ajustada al texto de la CPR; por otra parte, la norma no distingue respecto de la negativa o la revocación, por el contrario, incluye ambas posibilidades para hacer procedente, a su respecto, la apelación verbal (con su consabido efecto). Nuevamente se hace presente que cualquier discusión sobre la constitucionalidad no debería generarse en sede de garantía.

4.3.a. Tribunal a quo: Obviamente será el Juzgado de Garantía, no obstante, aún cuando el art. 364 dispone categóricamente que las resoluciones dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal son inapelables, hace excepción a esta norma lo dispuesto en el art. 149 de modo que, el único caso en que una resolución de un tribunal oral podría ser apelable sería en tal circunstancia. Creemos que existe una colisión de normas, que debe resolverse conforme al art. 149 por cuanto:

¹⁶ A modo de ejemplo, en el segundo informe de la Comisión se consiga: *“En segundo lugar, al definir la hipótesis en que procederá aplicar esta regla especial, en lugar de aludir a los delitos a los que la ley señale pena de crimen, siguiendo el lineamiento de la indicación N° 51, se enunció un catálogo de ilícitos que es el mismo que comprendía el artículo 78 bis propuesto en este proyecto de ley para el Código Penal, con una modificación. Se añadieron, además, los delitos sancionados con pena de crimen en la ley N° 20.000”* (Énfasis agregado).

“Al traer a esta norma el listado de delitos que había en el artículo 78 bis, la Comisión resolvió omitir la expresión que remite al inciso primero del artículo 436 del Código Penal, para que ella abarque las figuras tipificadas en los dos incisos que conforman aquel precepto: la residual de robo con violencia y el robo por sorpresa”. (Énfasis agregado).

- La necesidad de cautela se mantiene, sin duda, en la etapa de juicio oral.
- Esta interpretación también constituye una garantía para el imputado en pro de su libertad, conforme a los principios orientadores del sistema.

4.3.b. Formalidades de la impugnación: En el caso del inciso segundo del art. 149, la apelación se realiza **NECESARIAMENTE** en la misma audiencia y esto significa que es verbal, siguiendo la regla de la oralidad, a la cual podemos llegar, además de los principios generales del sistema, por aplicación del art. 361 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el carácter verbal de la apelación, es la única excepción al art. 367, debiendo el fiscal o el asistente de fiscal, en su caso, **cumplir con los requisitos de expresión de fundamentos de hecho y derecho y solicitud de peticiones concretas en sus impugnaciones.**

Respecto de la apelación por negativa o revocación de una prisión preventiva, en los casos no comprendidos por el inciso segundo del art. 149, el recurso se ajusta a las reglas generales (artículos 366 y 367 Código Procesal Penal). Estos casos son:

- Casos de los delitos enumerados en el inciso segundo, en que el imputado **NO** es puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido.
- Casos que no correspondan a los delitos enumerados en la disposición.

Respecto de la primera situación, cabe hacer presente que la expresión “detenido” utilizada por el legislador, debe ser entendida en sentido amplio de privación de libertad, y no en el sentido técnico de detención como medida cautelar de los arts. 125 y ss. del Código Procesal Penal. Lo anterior, dado que el objetivo de la norma es evitar el peligro de fuga de los imputados mientras su situación cautelar no se resuelva por sentencia firme, peligro que disminuye respecto del sujeto que acude libremente al órgano jurisdiccional. Por otra parte, es la única interpretación posible considerando que una de las hipótesis es la *revocación* de la prisión preventiva.

De este modo, ante la negativa de apelación verbal por una resolución que, tratándose de uno de los delitos enumerados en el art. 149 inc. 2do., afecta a un imputado -que no llegó técnicamente detenido- cuya prisión preventiva estaba siendo revisada, procede recurrir de hecho.

Finalmente, en las dos hipótesis mencionadas más arriba (inciso 3ro. del art. 149) procede la solicitud de no innovar a la Corte de Apelaciones respectiva, la que puede solicitarse aún antes que el recurso haya ingresado a la misma. No obstante, resulta difícil advertir la utilidad práctica de la misma, a efectos de impedir la fuga del imputado que ya fue puesto en libertad.

5. Otras medidas cautelares personales: Los fiscales deberán ponderar siempre muy cuidadosamente la magnitud o grado de restricción de la libertad del imputado, que implicará la imposición de las medidas cautelares por solicitar, en relación con la naturaleza y circunstancias del delito cometido, y con la necesidad de asegurar con ellas el cumplimiento de los fines del procedimiento.

Los fiscales podrán, de acuerdo con lo señalado en el artículo 141, solicitar la prisión preventiva del imputado siempre que haya incumplimiento de las medidas cautelares del artículo 155, decretadas con anterioridad, sin perjuicio que, debidamente analizado el caso, puedan pedir la aplicación de otra de esas cautelares, antes de recurrir al requerimiento de la prisión preventiva.

Todo ello, sin perjuicio de la discrecionalidad con que puede el fiscal seleccionar la medida que solicita aplicar, dentro de las señaladas en el artículo 155, en todas las demás situaciones en que procediendo la prisión preventiva, pudiere llegar a concluirse que ella no es necesaria y que, con una o varias de estas cautelares residuales, sí pueden asegurarse las finalidades del procedimiento, la ejecución de la pena y la seguridad del ofendido y de su familia.

5.1. Peticionarios: El mismo artículo 155, en su inciso primero, establece quiénes pueden solicitar la aplicación de las cautelares: El fiscal, el querellante y la víctima.

Es decir, no pueden decretarse de oficio estas medidas cautelares personales.

La única excepción, que permite que la imposición de estas cautelares sea resuelta por el juez sin mediar solicitud de los intervinientes, la constituye el caso contemplado en el artículo 153, de término de la prisión preventiva por absolución o sobreseimiento, en que el juez puede imponer alguna de ellas al poner término a la prisión preventiva y mientras la resolución de sobreseimiento o absolución no se encuentre ejecutoriada, y sólo cuando se consideran necesarias para asegurar la presencia del imputado.

Ahora bien, para el caso en que sea el querellante o la víctima quien solicite la medida cautelar, los fiscales deberán efectuar el estudio de los antecedentes, para determinar si apoyan la aplicación de la medida solicitada o si se abstienen de emitir opinión, en este último caso, pidiendo se resuelva conforme a derecho y al mérito de los antecedentes.

5.2. Control del cumplimiento de las medidas decretadas: El análisis de las medidas contempladas en el artículo 155 permite estimar que el control de cumplimiento de alguna de ellas será difícil de llevar a la práctica. Tal sería el caso de las medidas de las letras e), f) y g).

Por ejemplo, en el caso de prohibición de aproximarse al ofendido o su familia, quien mejor puede controlar el cumplimiento es precisamente el ofendido y su familia, y deberá instruírsele por el órgano jurisdiccional para dar cuenta al fiscal o al tribunal de las violaciones a la prohibición, que puedan ocurrir, para poder tomar así las medidas necesarias por la fiscalía.

Por lo demás, y sin perjuicio que la norma indica que es el juez quien debe ordenar las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de las medidas dispuestas, los fiscales pueden proponer al juez las instituciones a cuyo control deban quedar sujetos los imputados y a quienes deberán dirigírseles los correspondientes oficios para el control de las medidas.

Atendido lo anteriormente expuesto, y a fin de dar aplicación a estas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, los fiscales deberán indagar con las

autoridades regionales y comunales de su jurisdicción la posibilidad que instituciones públicas, sociales o comunitarias puedan tomar a su cargo el control de las medidas de la letra b), c) y e).

Con relación a la letra a) del artículo 155, es importante que el fiscal tome en consideración las dificultades en cuanto a los mecanismos de control de dicha cautelar, por lo que sólo deberá solicitarse en casos muy calificados y excepcionales. También es necesario destacar que constituye ya una práctica jurisdiccional la imputación del período de prisión domiciliaria al tiempo de condena, por lo que éste es restado, al igual que en el caso de la prisión preventiva, al momento de definir el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena.

Por lo anteriormente expuesto, es posible sostener que la medida cautelar personal de prisión domiciliaria constituiría una suerte de privilegio establecido en favor del imputado respecto del cual, pudiendo imponerse una medida cautelar diferente, se le beneficia con prisión en su propio domicilio o en el que él indique dentro de la ciudad asiento del Tribunal de Garantía, por lo que sólo debería ser solicitada en aquellos casos en que se trate de imputados que otorguen garantías de cumplimiento de la medida, sin perjuicio de que el arresto domiciliario sin control puede ser visto por la opinión pública como una burla a la justicia penal.

Al respecto, parece ilustrativo el texto del artículo 138, que hace aplicable la detención domiciliaria a personas que hubieren dañado e incluso ultimado a otra como forma de legítima defensa privilegiada (Art. 10 N° 6 inciso 2° del Código Penal), puesto que se trata de casos en que posiblemente se produzca la terminación anticipada del procedimiento, en virtud de un sobreseimiento definitivo, sin perjuicio del deber de definir claramente si concurren o no los requisitos que hacen precedente la aplicación de la eximente.

En caso que dicha definición se produjere con posterioridad al cumplimiento del término legal de detención, puede solicitarse la medida de prisión domiciliaria, de estimarse necesaria alguna medida cautelar personal mientras esté pendiente tal resolución, ya que podría tratarse precisamente de una situación que, en principio, lo haría aconsejable dadas las características del hecho y del autor. Lo anterior, sin perjuicio que el fiscal pueda estimar que ello no es posible, por existir sospechas fundadas que no haya concurrido la eximente.

En cuanto a la medida contenida en la letra b), de sujeción a vigilancia de una persona o institución determinada, los fiscales deben oponerse a la eventual designación de la Defensoría Penal Pública como organismo de vigilancia para determinados casos, ya que resulta del todo incompatible con la calidad de interviniente del defensor público o del organismo del que es funcionario, el que se lo responsabilice de asegurar la comparecencia del imputado, mandato que además escapa a sus funciones y que, por lo tanto, en nuestro concepto, tampoco debería aceptar. Esta función sólo la pueden ejercer instituciones que garanticen el cumplimiento del objetivo perseguido, teniendo en cuenta los fines que les son propios.

En consecuencia, se aconseja que, en los casos en que deba solicitarse una medida cautelar personal del artículo 155, se dé preferencia a medidas que sean de más fácil control, como la sujeción a la vigilancia de una persona o institución, la presentación periódica ante el juez o autoridad, o alguna de las prohibiciones de salida, ingreso o

acercamiento previstas en dicho artículo, puesto que en tales casos es más fácil su control por las policías, el Ministerio Público, alguna autoridad o institución o, en último término, por el ofendido. Ello a diferencia de lo que ocurre con la medida de prisión domiciliaria que, en la práctica, sólo se encuentra sometida a un autocontrol por parte del imputado en la mayoría de los casos, por lo que dicha cautelar sólo debe solicitarse en situaciones excepcionales. En este sentido, debemos señalar que los jueces de garantía no pueden, en caso alguno, imponer esta medida cautelar sin la petición del fiscal, sea que lo hagan de oficio o a requerimiento del defensor, y si un juez de garantía procede de otra forma, se debe apelar para ante la Corte de Apelaciones.

Finalmente, respecto de todas las medidas cautelares contempladas en el artículo 155, especialmente aquellas de difícil control, es recomendable solicitar al juez que se ordenen bajo el apercibimiento o advertencia que su incumplimiento puede acarrear la prisión preventiva del imputado, de conformidad a lo estatuido por el inciso 4º del artículo 141.

5.3. Prohibición de salir del país: Requisito ineludible para decretar la imposición de medidas cautelares que restringen la libertad del imputado, es el que se encuentre formalizada la investigación en contra de éste, como lo expresa el artículo 155 en su inciso 1º.

Por su parte, el artículo 231 exige que el fiscal deba solicitar al juez de garantía una audiencia para formalizar la investigación, audiencia **a la que deberá ser citado el imputado** y asistir con su defensor.

Razonable es pensar que es posible que un imputado, en conocimiento de la citación para la audiencia de formalización, trate de eludir la acción de la justicia saliendo, precisamente, fuera del país.

Pues bien, una posibilidad es, desde luego, solicitar la detención del imputado a efecto de que sea conducido a presencia del tribunal y, en la audiencia que se realizará ante el juez de garantía, formalizar la investigación y solicitar la medida cautelar de prohibición de salir del país, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 en relación con el 132 del Código, y requiriendo además al juez para que se oficie a Investigaciones de Chile el adecuado control de la medida. Todo esto sin perjuicio de otras cautelares personales que se estime procedente solicitar por el fiscal.

Sin embargo, el problema subsistirá, en todos aquellos casos en que el estado de avance de la investigación no permita efectuar la formalización.

Sin perjuicio de lo ya señalado, en casos graves, especialmente cuando están afectados los intereses económicos o colectivos de la Nación o en que pueda presumirse que el futuro imputado pueda eludir la acción de la justicia abandonando el país, **se recomienda a los fiscales intentar ante el juez de garantía una solicitud de arraigo en el territorio nacional por un breve plazo que deberá proponerse y fijarse por el tribunal, aún antes de la formalización, sobre la base de los siguientes argumentos:**

- Si se somete al régimen de urgencia del art. 9º una medida cautelar como la detención, no se divisa por qué no pueda darse en el caso de una cautelar de menor intensidad como el arraigo. La justificación viene dada por la urgencia.

- El Código contempla muchos casos de afectación de derechos incluso sin autorización judicial, como ocurre en el control de identidad.
- Existe una norma genérica que permite la afectación de derechos sin previo conocimiento del afectado, el art. 236.
- Todo Ordenamiento Jurídico necesita acatamiento y respeto de aquéllos sobre los que impera y, si bien un régimen protector como el procesal penal, debe tener primordialmente en cuenta la atención de las garantías y derechos de las personas, no puede desvirtuarse, tornándose en régimen que conduzca a la esterilidad del sistema penal y al descrédito de esa fundamental actividad que es la Jurisdicción estatal.¹⁸

Siendo un plazo de carácter judicial, es posible pedir posteriormente su ampliación según las circunstancias del caso, que deberán exponerse al tribunal, y siempre que la ampliación se solicite antes del vencimiento del plazo.

La negativa al otorgamiento de la medida cautelar del arraigo en territorio nacional, puede ser apelada en virtud de lo dispuesto en los artículos 158 y 155 letra d) del Código.

5.4. Modificación y revocación de resolución que ordena o rechaza una o más de las medidas cautelares personales del artículo 155 del Código Procesal Penal: Siempre en razón de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 155, se aplican a estas medidas, bajo el concepto de duración, las normas sobre modificación y revocación de la prisión preventiva establecidas en el artículo 144. De esta manera la resolución que ordene o rechace la imposición de una o varias de estas medidas podrá ser modificada, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.

Significa esto, por ejemplo, que rechazada una medida cautelar presentada por el fiscal puede volver a solicitarse, invocando mayores antecedentes, aunque no se haya apelado la resolución que la rechazó y sin que deba esperarse el transcurso de plazo alguno.

A su vez, el imputado a quien se le hubiere aplicado una medida restrictiva de libertad, está habilitado para solicitar que ésta sea revocada, petición que puede ser rechazada de plano, es decir, sin escuchar a las partes y sin audiencia.

Con todo, el tribunal puede llamar a una audiencia, citando a todos los intervinientes y abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que justificaron la medida.

Impuesta una medida tal como la privación de libertad total en la casa del imputado, ésta podría ser substituida, en tanto modificación de la originalmente impuesta, por la privación de libertad parcial o por la sujeción a la vigilancia de una institución determinada, con informe periódico al juez. Una alteración de esta forma, es decir, la solicitud de cambiar la imposición de una cautelar de mayor restricción de libertad por una de menor restricción de la misma, será generalmente planteada por la defensa del imputado, lo que no obsta a que pueda allanarse a ello el fiscal, previa

¹⁸ Al respecto, se puede consultar en extenso los argumentos jurídicos que emanan de un informe en Derecho del Profesor Sr. Raúl Tavorari Oliveros sobre la materia, y que se han intentado resumir en la presente instrucción general.

autorización del Fiscal Jefe, si estima que con la aplicación de ella se encuentran igualmente garantizados los fines del proceso.

Por el contrario, el fiscal tendrá siempre la obligación de solicitar una modificación de la cautelar decretada conforme al artículo 155, si no se satisfacen los objetivos para los cuales fue solicitada y decretada

Por último, conviene advertir que el incumplimiento de alguna de las cautelares de menor entidad del artículo 155 del Código, no necesariamente deberá traer como consecuencia la petición de aplicación de la prisión preventiva, sino que el fiscal podrá solicitar se imponga otra de restricción de libertad, de mayor entidad, teniendo sí la precaución de determinar previamente quien será el ente controlador del cumplimiento de dicha medida.

5.5 Retención de licencia de conducir en caso de los delitos de conducción desempeñándose en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol: conforme a lo dispuesto en el nuevo inciso cuarto del art. 197 de la Ley de Tránsito, los fiscales, atendida la gravedad del caso y la reincidencia del imputado, deberán instar por esta medida cautelar en la misma audiencia de control de detención, salvo situaciones excepcionales debidamente justificadas, y verificar se deje constancia de la suspensión de la licencia en la hoja de vida del conductor, todo lo anterior con el fin de impedir que el imputado continúe conduciendo vehículos motorizados y poniendo en riesgo a la sociedad.

6. Procedimiento de Amparo en el Código Procesal Penal

6.1. Características y alcances del amparo del artículo 95: Este amparo especial puede intentarse no sólo ante el juez de garantía sino que, excepcionalmente, ante el tribunal del juicio oral, y tiene por objeto únicamente la conducción del detenido ante el juez para verificar las condiciones y legalidad de su detención y para la adopción de medidas para subsanar los defectos de su detención.

Esta privación de libertad debe estar relacionada seguramente con las que efectúa la policía, con o sin instrucción de los fiscales, y no se referiría a las privaciones ordenadas judicialmente, porque ello está regulado en el inciso 3° del artículo 95.

En nuestro parecer, este amparo del artículo 95 es limitado en su aplicación y no cubre una serie de situaciones en que puede estar afectada arbitrariamente la libertad personal de un individuo o su seguridad individual.

En efecto:

- 6.1.a.** Se refiere a toda persona privada de libertad que tiene el derecho de ser conducida ante el juez de garantía, pero no incluye la situación de las personas que no están privadas de libertad, pero que están amenazadas o perturbadas en su libertad personal o en sus atributos.
- 6.1.b.** Tampoco este recurso especial puede comprender a aquellas privaciones de libertad que hubieren sido dictadas por el propio juez de garantía, porque en caso de haberse ordenado judicialmente la detención, la situación debe resolverse por los medios de impugnación o por la reclamación de amparo del artículo 21 de la Constitución, según lo establece el inciso 3° del artículo 95.

De modo que entendemos que una cosa es el reclamo del amparo establecido en el inciso 2° del artículo 95 y, otra cosa es lo que se dispone en el inciso 3° para reclamar ante el mismo órgano judicial, por los medios procesales, que corresponda en contra de una privación de libertad ordenada judicialmente, sin perjuicio del derecho constitucional de amparo establecido en el artículo 21 de la Constitución.

- 6.1.c.** Además, claramente, el amparo especial del artículo 95 no comprende los reclamos que puedan interponer las personas por restricciones y no por privaciones de libertad, tales como las que emanan de los arraigos y de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal, porque su objetivo es sólo conducir al detenido a la presencia del juez que conoce del caso o del lugar donde se encuentre la persona privada de libertad.
- 6.1.d.** En nuestro concepto, las privaciones de libertad que emanan de jueces que no tienen competencia en lo criminal como, por ejemplo, los jueces civiles, laborales, de menores, etc., no están cubiertas por el procedimiento de amparo del inciso 2° del artículo 95. Nuestra opinión es que los jueces de garantía están circunscritos en su labor al nuevo proceso penal y no tienen competencia para conocer de los amparos no penales, porque para ello está la magistratura correspondiente, que es la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en su caso. Además, el inciso 3° obliga a reclamar ante el propio tribunal que ordenó la privación de libertad, supuesto que no se daría con un reclamo al juez de garantía en contra de la detención decretada por un juez civil, de menores, del trabajo, etc.
- 6.1.e.** Tampoco están cubiertas por el artículo 95 todas las perturbaciones a la libertad personal que puedan sufrir los individuos por las autoridades administrativas o los particulares, siempre que estén fuera o sean ajenas al proceso penal, como por ejemplo los arrestos decretados por la autoridad administrativa.

De todo lo anterior, podría sostenerse por algunos que éstas u otras alternativas, no comprendidas en el artículo 95 del Código, deberían quedar incluidas en el amparo constitucional del artículo 21 y que, en cambio, la situación prevista en el artículo 95 estaría entregada exclusivamente al juez de garantía o al que estuviere conociendo del caso o al que corresponda al lugar donde se encuentra el detenido.

Sin embargo, nuestra tesis es distinta y consiste en que, incluso aquellas detenciones contra las cuales es procedente el amparo especial del artículo 95, están y siguen estando amparadas por el reclamo constitucional del artículo 21 de la Constitución, y pueden dirigirse ante la Corte de Apelaciones, que es la magistratura correspondiente, conforme lo establecen los Arts. 21 de la Constitución y 63 del C.O.T., de modo que no es correcto sostener que el juez de garantía tiene facultad exclusiva de conocer del amparo previsto en el artículo 95 del Código Procesal Penal

- 6.2. Apelación:** Las resoluciones que pronuncie el juez de garantía al conocer del amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal, son inapelables por regla general, pero hay excepciones, como ocurriría en caso del juez que al acoger el amparo y adoptar medidas para corregir las condiciones de la detención, resuelve, además,

poner término al procedimiento, hacer imposible su prosecución o suspenderlo por más de treinta días, en uso de las atribuciones del mismo artículo 95 y del artículo 10 del Código. Otra excepción sería si el juez de garantía, junto con dejar sin efecto la detención de una persona y ordenar su libertad, dispone que al haberse infringido las garantías esenciales del procedimiento seguido ante la policía o ante el fiscal, se estima necesario suspender el procedimiento por más de treinta días y/o sobreseer temporalmente en la causa.

6.3. Instrucciones adicionales:

6.3.a. De acuerdo a la doctrina interpretativa que se ha desarrollado, los fiscales no pueden desconocer la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia cuando conocen de un recurso de amparo fundamentado en los artículos 21 de la Constitución y 63 y 98 del Código Orgánico de Tribunales.

6.3.b. En seguida, si el recurso de amparo está dirigido en contra de los fiscales, éstos deberán informarlo para demostrar que el recurso es infundado, porque no ha existido privación o perturbación de la libertad personal o porque están justificadas en los antecedentes y por los motivos establecidos en el Código Procesal Penal.

6.3.c. Los fiscales deberán comparecer a las Cortes impugnando el recurso o, en el caso de que la Corte de Apelaciones haya rechazado el recurso, para defender la resolución respectiva en la Corte Suprema.

En el caso de la comparecencia ante la Corte Suprema, deberá darse oportuno aviso a la Fiscalía Nacional, a través de la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia, para que se decida qué abogado alegará el recurso de amparo en la Corte Suprema, sea confirmando o revocando según fuere el caso.

6.3.d. Los fiscales también deberán tener presente esta doctrina interpretativa en el caso que las perturbaciones, privaciones o amenazas a la libertad personal provengan del propio juez de garantía, sea que afecten al imputado o a otros intervinientes, entre los que se cuentan los propios fiscales que están amparados por el fuero constitucional que se establece en los Arts. 90 y 81 de la Constitución Política de la República.

Si bien el artículo 95, inciso 3º, dispone que cuando la detención haya sido ordenada judicialmente debe reclamarse ante el propio órgano judicial, luego establece que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución y, por ello, el agraviado con la privación de libertad puede recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva.

6.3.e. En el caso que la persona detenida recurra directamente ante el juez de garantía para reclamar de su detención o de las condiciones de ésta, debe respetarse el ejercicio de este reclamo en el marco de los objetivos limitados que se establecen en el inciso 2º del artículo 95 del Código, y si el reclamo excede estos objetivos deberá representarse la incompetencia del juez de garantía para resolver un amparo que le compete propiamente a la magistratura establecida en el Código Orgánico de Tribunales, esto es la Corte de Apelaciones respectiva.

- 6.3.f.** En el caso del amparo especial del artículo 95 del Código Procesal Penal, los fiscales deben ser oídos por el juez de garantía antes de resolver el reclamo, por lo que debe rechazarse un procedimiento unilateral en que sólo se escuche al imputado.
- 6.3.g.** Si el juez de garantía acoge la reclamación anterior, su resolución será apelable o no, según si se configuren las causales de apelación del artículo 370 del Código Procesal Penal, es decir si ello no ocurre la resolución del juez será inapelable.

7. Respecto a las diligencias necesarias practicar en relación a las anotaciones prontuariales de los imputados: Es obligatorio que el fiscal a cargo de una investigación, tratándose de un imputado que tenga anotaciones en su Extracto de Filiación y Antecedentes, efectúe las siguientes diligencias que se detallan, ya que debe practicar las indagaciones necesarias para apreciar el carácter y la conducta anterior del imputado.

En cuanto aparezca, sea de la declaración que se presta ante el fiscal o de su Extracto de Filiación, que el imputado fue sometido a proceso, de acuerdo al Código de Procedimiento Penal, se deberán disponer de inmediato las gestiones a fin de agregar a los registros de la investigación:

- 7.1. Certificado del secretario del tribunal que tuvo a su cargo el proceso en el que conste la fecha de comisión del delito, la fecha de la sentencia, la individualización de los procesados, la parte dispositiva del fallo y el hecho de encontrarse o no ejecutoriado y si ha sido o no cumplida la condena que se le hubiere impuesto;
- 7.2. Disponer que el respectivo Juzgado del Crimen o de Letras, según el caso, remita copia autorizada de las sentencias de primera y de segunda instancia, con la respectiva certificación del secretario de ser auténticas y de encontrarse el fallo ejecutoriado;
- 7.3. Si el proceso a que dio origen la respectiva anotación prontuarial se encuentra en el archivo judicial se le deberá requerir la información precedente a dicho organismo;
- 7.4. En caso que el imputado haya sido condenado por sentencia ejecutoriada por faltas penales, simples delitos o crímenes, se deberá requerir de Gendarmería de Chile la información pertinente sobre el cumplimiento de aquellas, la que deberá igualmente ser agregada a los registros de la investigación.

Ahora bien, los fiscales, para solicitar las pertinentes informaciones, deberán invocar lo dispuesto en el artículo 40 inciso 2º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en relación con lo preceptuado en el artículo 180 del Código Procesal Penal en su inciso 2º.

Las gestiones o diligencias anteriores deben efectuarse durante la investigación del fiscal con el objeto de poder apreciar de la mejor manera cual ha sido la conducta anterior del imputado y, además, para poder fundar legalmente la acusación que se formula en su contra, en especial, para determinar la pena que se solicita y las circunstancias agravantes que en su caso se invoquen. También es necesario que el fiscal cuente con estos antecedentes con el objeto de decidir su posición frente a la prisión preventiva del imputado o a las medidas cautelares que pueden decretarse en su contra.

No es conveniente, **y ello sería además muy tardío**, realizar estas gestiones destinadas a recabar antecedentes precisos de las condenas o procesamientos anteriores del imputado, en la audiencia de preparación del juicio oral y menos aún durante el desarrollo del mismo. Todos estos antecedentes deben estar reunidos durante la investigación y, si es necesario porque están pendientes, el fiscal debe solicitar una ampliación de los plazos al juez de garantía y no decretar ni acceder a permitir el cierre de la investigación.

II. MEDIDAS CAUTELARES REALES

1. Fin de las medidas cautelares reales solicitadas por el Ministerio Público: Las medidas cautelares reales que solicita el Ministerio Público al juez de garantía tienen por objetivo, por una parte, asegurar el pago de las costas y multas a que pueda ser condenado el imputado, siempre que haya antecedentes de que tenga bienes y, por otra, garantizar las responsabilidades civiles provenientes del presunto delito.

Con los propósitos recién expuestos, los fiscales deberán llevar a cabo las actividades tendientes a determinar la existencia de bienes en el patrimonio del imputado, con el fin ulterior de solicitar las medidas cautelares más pertinentes en cada caso. Para ello podrán realizar diligencias tales como:

- 1.1. Requerir al Registro Nacional de Vehículos Motorizados del Servicio de Registro Civil para determinar si el imputado es propietario de automóviles.
- 1.2. Requerir al Conservador de Bienes Raíces respectivo para determinar si el imputado es propietario de inmuebles.
- 1.3. Requerir información de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con el objeto de establecer si el imputado es titular de cuentas corrientes.

2. Medidas cautelares reales que se pueden solicitar en el proceso penal

Las medidas cautelares reales que pueden solicitarse al juez de garantía son, según el artículo 157 del Código Procesal Penal, "una o más de las autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil".

Al respecto, el artículo 290 del Código Procesal Civil enumera cuatro medidas precautorias, denominadas ordinarias por la doctrina procesal. A saber:

- 2.1. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
- 2.2. El nombramiento de uno o más interventores;
- 2.3. La retención de bienes determinados; y
- 2.4. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

Los artículos 291 a 297 regulan con cierto detalle estas medidas, que obviamente, pueden ser solicitadas en el proceso penal, al estar autorizadas expresamente por el artículo 290 del Título V.

Por otra parte, el artículo 298 del código de enjuiciamiento civil prevé medidas cautelares no expresamente autorizadas por la ley, pudiendo en tal caso el tribunal exigir caución al actor. Son las medidas precautorias extraordinarias.

Creemos que en el proceso criminal tales providencias cautelares también podrán solicitarse, porque están contenidas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, al que se remite el artículo 157 del Código Procesal Penal. Tal Título no sólo autoriza al tribunal para decretar las medidas previstas en el artículo 290, sino que también otras no contempladas expresamente en esa disposición.

Los fiscales podrán solicitar al juez de garantía la imposición de medidas precautorias ordinarias y/o extraordinarias con el objetivo de asegurar las responsabilidades pecuniarias del imputado.

3. Requisitos para solicitar una o más medidas precautorias en el proceso penal

3.1. Requisitos contenidos en el Código Procesal Penal: El artículo 157 del Código señala expresamente que la solicitud de medidas cautelares sólo puede hacerse por escrito. El precepto es categórico en excluir peticiones verbales.

La persona contra la cual se pide una providencia cautelar real, no puede ser otra que el imputado. Por lo tanto, en sede penal, los fiscales no podrán solicitar medidas precautorias sino en contra del imputado, no pudiendo los civilmente responsables ser sujetos pasivos de pretensiones cautelares reales.

La solicitud de fijación de estas medidas, conforme a la más reciente tendencia jurisprudencial, puede realizarse desde el inicio de la investigación, no siendo necesario que ésta se encuentre formalizada¹⁹, toda vez que la regulación de estas medidas se encuentra entregada a las disposiciones del Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil²⁰.

3.2. Requisitos contenidos en el Código de Procedimiento Civil: Para la petición de medidas cautelares hay que atender no sólo a las exigencias que impone el artículo 157 del Código Procesal Penal en forma explícita, sino también a las contenidas en los Títulos IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, a los cuales se remite aquella norma.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia procesal civil afirman que, para pedir una medida prejudicial precautoria, es necesario cumplir con las siguientes exigencias:

3.2.a. Expresar la acción que el actor propone deducir y someramente sus fundamentos (requisito general de toda medida prejudicial impuesto por el artículo 287 del C.P.C.). Estimamos que si el Ministerio Público solicita una

¹⁹ Es posible consignar que el art 157 CPP cuando expresa “durante la etapa de investigación” no distingue, ni circunscribe el ámbito de procedencia de las cautelares reales a aquel período posterior a la formalización de la investigación, entendiendo que el art. 130 del código del ramo alude a la cautela judicial personal. En tal sentido, encontramos los siguientes pronunciamientos jurisdiccionales: ICA San Miguel, Rol Corte 652-2006 de 14 de julio de 2006; ICA Santiago, Rol Corte 937-2007, de 7 de mayo de 2007; ICA La Serena, Rol Corte 104-2004, de 24 de junio de 2004; ICA La Serena, Rol Corte 161-2007, de 18 de julio de 2007; todos, disponibles en la Base Jurisprudencial del Ministerio Público.

²⁰ Normas que exigen para su concesión, entre otros requisitos, la determinación de los bienes sobre los que debe recaer la medida precautoria y la determinación del monto por el cual se pide la medida cautelar real, además de acompañar los comprobantes o antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama, indicándose someramente los hechos que motivan la investigación que se sigue en contra del imputado, sus fundamentos y su calificación jurídica.

medida precautoria al juez de garantía, no tiene la obligación de expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Esta aseveración merece la explicación siguiente: si los fiscales no están facultados legalmente para deducir acciones civiles indemnizatorias o reparatorias generales a favor de la víctima, es absurdo que, para poder solicitar una providencia cautelar de índole real, se le imponga la exigencia contenida en el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 78, letra c), del Código Procesal es categórico en señalar que los fiscales sólo pueden informar a las víctimas sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, jamás intentar pretensiones indemnizatorias a su favor.

- 3.2.b.** Acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama (requisito general de toda medida precautoria, según el artículo 298 del C.P.C.). Los fiscales deberán acompañar antecedentes que den cuenta de la existencia de un hecho punible y que pongan en evidencia la participación del imputado respecto del cual se solicita la providencia cautelar. Así, por ejemplo, señalarán que el imputado fue detenido en situación de flagrancia en tal fecha, que existen una serie de testigos del hecho punible y de la participación que le cupo, etc.
- 3.2.c.** Expresar el requisito propio de cada medida precautoria, que pone en evidencia el *periculum in mora*, fundamento de toda providencia cautelar. Así, tratándose del secuestro, será preciso que haya motivo de temer que se pierda o deteriore una cosa mueble determinada en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicho bien, lo tenga en su poder (artículo 291 C.P.C.). En el caso del nombramiento del interventor, la ley exige que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados (artículo 293 N.º 4 del C.P.C.). Respecto de la medida de retención, será necesario que las facultades de aquél contra el cual se pide no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes (artículo 295 del C.P.C.). Por último, tratándose de la medida de prohibición de celebrar actos o contratos, será necesario que las facultades de aquél a quien afectará la medida no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio (artículo 296 del C.P.C.).
- 3.2.d.** Que existan motivos graves y calificados, se determine el monto de los bienes sobre los que deben recaer las medidas precautorias y, finalmente, se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan (requisito que es propio de las medidas prejudiciales precautorias, contenido en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil).

En cuanto a los requisitos de las medidas prejudiciales precautorias, el artículo 279 exige que existan motivos graves y calificados para solicitarlas. Se trata de demostrar que "se requiere con urgencia la medida" y es una cuestión que el tribunal estimará prudencialmente en cada ocasión. Estamos frente a una condición cuya exigencia parece compatible con la naturaleza del juicio criminal. Por lo tanto, estimamos que debe cumplirse en el escrito a que se refiere el artículo 157 del Código Procesal Penal, poniendo de manifiesto, por el Ministerio Público o la víctima, la necesidad imperiosa de decretar una providencia cautelar real contra el imputado, con el objeto de asegurar sus responsabilidades pecuniarias.

Por su parte, la circunstancia primera del mencionado artículo 279, señala que debe determinarse el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias. Este precepto reitera el carácter limitado de las medidas precautorias que también pone en evidencia el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, al señalar que aquéllas deben reducirse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio. Creemos que este requisito debe cumplirse por los fiscales y la víctima al solicitar medidas cautelares reales, pues una de las notas esenciales de las medidas precautorias es su carácter limitado, que el propio Mensaje del Código de Procedimiento Civil se encarga de consagrar.

El Ministerio Público no está obligado a rendir fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para poder solicitar una medida precautoria.

Fundamentos:

- a) El Ministerio Público no cuenta con un patrimonio propio sobre el cual se pueda hacer efectiva la fianza o la garantía y, de esta forma, responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.
- b) La fianza o garantía sirve para asegurar el pago de perjuicios en el evento que el sujeto procesal que solicitó la prejudicial precautoria incurra en una serie de conductas que el Ministerio Público no podría cometer, al no estar facultado para deducir demanda civil en favor de la víctima.
- c) En tercer lugar, porque tradicionalmente en el proceso criminal chileno, no se han exigido cauciones a quien solicita la imposición de medidas precautorias contra el sujeto pasivo del juicio penal.
- d) Por último, es posible aplicar por analogía la norma que se establece en el artículo 63 del D.F.L. 1 de Hacienda de 1993, que contiene el texto refundido de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, el que dispone que el Estado, el Fisco, las Municipalidades y los servicios de la administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios, no estarán sujetos a la obligación de rendir las cauciones y consignaciones a que se refiere el Código de Procedimiento Civil y otras leyes procesales.

En consecuencia, los fiscales deberán apelar de la resolución que concediendo una medida cautelar real, exija el rendimiento de una caución por ser inaplicable a un organismo del Estado, acogiéndose al artículo 156 del Código Proceso Penal.

Ahora bien, en el evento hipotético que el juez de garantía exija al fiscal rendir una fianza u otra garantía suficiente para conceder una o más medidas precautorias y esta resolución sea confirmada por la Corte, será suficiente una fianza nominal (Véase R., t. 84, sec. 2ª, p. 67 citada en Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas Código de Procedimiento Civil, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, p. 35.).

4. Medidas precautorias extraordinarias: Están contempladas en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Corresponden a aquellas no autorizadas expresamente por la ley y su contenido dependerá de la inventiva de los intervinientes o de los jueces.

En ellas, el tribunal está facultado para exigir caución a quien las solicita para responder de los perjuicios que se originen. Creemos que el Ministerio Público no

está obligado a rendir esa caución por las mismas razones que señalábamos a propósito del requisito impuesto por el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil.

5. Petición de nuevas medidas cautelares: Si los fiscales pueden pedir una o más de las medidas precautorias previstas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (artículo 157 del Código Procesal Penal), con mayor razón podrán solicitar la sustitución de las medidas cautelares reales decretadas, en el evento que, por circunstancias sobrevinientes, no cumplan con la finalidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias del imputado. En tales casos, los fiscales requerirán al juez de garantía el reemplazo de las medidas decretadas por otras que satisfagan el fin perseguido al momento en que se dictaron.

6. Tramitación y recursos: El artículo 157 del Código Procesal Penal indica que las medidas cautelares reales, que se soliciten durante la investigación, se substanciarán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, la tramitación de las medidas precautorias que la víctima o el fiscal soliciten se somete a las reglas dadas por el Código de Procedimiento Civil para las medidas prejudiciales (la norma procesal que regula la tramitación de las medidas prejudiciales corresponde al artículo 289 del Código citado).

El artículo 158 del Código Procesal Penal establece que las resoluciones que negaren o dieran lugar a las medidas cautelares reales son apelables. Como la ley no señala expresamente lo contrario, la apelación de estas resoluciones se concederán en el solo efecto devolutivo (artículo 368 del Código Procesal Penal).

Destaquemos, por último que, si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, habiéndose decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el plazo de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal. Transcurrido este plazo sin que se soliciten al tribunal civil competente y éste las mantenga, quedarán sin efecto (artículo 68 del Código Procesal).

Si los fiscales hubieren solicitado una o más de las medidas precautorias señaladas en el Título IV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil con el objeto de asegurar la responsabilidad civil proveniente del delito y, por cualquier causa, se suspendiere o terminare el procedimiento penal, deberán informar a la víctima de los efectos previstos en el artículo 68 del Código Procesal y de la necesidad de solicitar la mantención de las providencias cautelares.

7. Alzamiento y sustitución de las medidas cautelares reales: El artículo 301 del Código de Procedimiento Civil dispone que las medidas precautorias son esencialmente provisionales y que, consecuentemente, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar (alzamiento de la medida) o se otorguen cauciones suficientes (sustitución de la medida). Si bien esta norma está situada en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, al que no se remite el artículo 157 del Código Procesal Penal para efectos de la regulación de las medidas precautorias, creemos que podría invocarse para pedir el alzamiento o la sustitución de las providencias cautelares decretadas, en razón que consagra las consecuencias del carácter provisorio de las medidas en comento.

Cabe destacar que, en el evento que concurran las circunstancias que motivan el alzamiento o la sustitución, la medida precautoria no termina *ipso iure*, sino que es indispensable que se dicte una resolución al respecto.

En todo caso, puede ocurrir que ya no exista el peligro que motivó el otorgamiento de la medida precautoria, por ende, el tribunal podría hacerla cesar (por ejemplo, al mejorar la situación económica del imputado). En este evento, la petición que someta el imputado a la consideración del juez de garantía para que alce la medida, se tramitará conforme a las reglas de los incidentes (artículos 89 y siguientes del Código de Procedimiento Civil). La resolución que falle tal incidente será un auto, pues no establece derechos permanentes a favor de las partes y, por lo tanto, será susceptible del recurso de reposición (artículo 362 del Código Procesal Penal).

Tratándose de la sustitución de las medidas precautorias decretadas a petición de la víctima, resulta indispensable que las cauciones que se otorguen sean suficientes, esto es, de una naturaleza y monto tal que no empeore la situación del sujeto a quien interesa la providencia cautelar, sino que le permita asegurar el resultado del juicio en los mismos términos en que lo había conseguido con las medidas precautorias dictadas a su favor.

C. SALIDAS ALTERNATIVAS

1. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO:

La suspensión condicional del procedimiento es un instrumento procesal y político-criminal, entregado en cuanto a su promoción, a la discrecionalidad del Ministerio Público para que haga uso de él cada vez que estime que la persecución criminal no aparece necesaria, teniendo en consideración motivos de racionalidad en la actividad de persecución penal, evitar estigmatizar a imputados sin, o con bajo contagio criminógeno, y maximizar la asignación de recursos del sistema de indagación y enjuiciamiento criminal.

Sin perjuicio de que convenir y proponer esta institución procesal constituye una atribución potestativa de cada fiscal, se ha estimado conveniente hacer presente, que en aquellos casos en los que la suspensión condicional del procedimiento aparezca procedente, conforme la normativa que la legislación procesal establece y los criterios desarrollados en la presente instrucción, los fiscales deberán instar por su aplicación, dando así una salida pronta y eficaz al conflicto penal.

1.1. Requisitos de procedencia.

1.1.a. Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad. Al efectuar esta proyección de pena, los fiscales serán especialmente cuidadosos cuando el delito por el que se formalizó tenga asignada pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. En todo caso, aun tratándose de ilícitos en que la pena asignada no sea afflictiva, los fiscales deberán hacer siempre una **estimación seria** del grado de desarrollo del ilícito por el que se formaliza, participación del eventual suspendido y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran, principalmente, de las

agravantes. En casos de ilícitos que tengan asignadas penas privativas de libertad de crimen, la aplicación de esta salida alternativa ha sido restringida, como más adelante se detalla.

1.1.b. Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Este requisito se determinará, en principio, en base a lo que señale el Extracto de Filiación y Antecedentes obtenido del Servicio de Registro Civil e Identificación. Sin embargo, se debe tener presente que muchas condenas suelen tardar algunas semanas e incluso meses en ser informadas por el tribunal respectivo a dicho Servicio y, además, en ser registradas por éste en los antecedentes del condenado. Por lo mismo, los fiscales se apoyarán siempre en la información que arroje el SAF sobre el imputado, para verificar la eventual existencia de condenas recientes aún no registradas en el Extracto de Filiación y Antecedentes. Asimismo, **se instruye a los fiscales abstenerse de solicitar esta salida alternativa respecto de aquellos imputados condenados, cuyas sentencias aún no se encuentran firmes y ejecutoriadas.**

1.1.c. Que el imputado no se encontrare suspendido condicionalmente al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. Para verificar esta circunstancia, los fiscales se atenderán al registro que sobre el imputado arroje el sistema SAF. Asimismo, se debe tener presente que la suspensión condicional del procedimiento constituye, por regla general, un beneficio para el imputado. En este sentido, y como quedó asentado en la historia de la ley, esta salida se asimila a una anticipación de la remisión condicional de la pena prevista en la Ley N°. 18.216. Se trata entonces, de una oportunidad para aquel imputado que, en caso de condena, probablemente hubiere de cumplir su pena con un beneficio alternativo, obviándose un pronunciamiento definitivo sobre su responsabilidad en los hechos y evitándose los efectos estigmatizantes de una eventual condena. Por ello, los fiscales tendrán presente este sentido de beneficio antes de solicitar esta salida alternativa, respecto de imputados que ya hubieren sido beneficiarios de la misma. Así, cuando no hubieren transcurridos más de dos años entre el vencimiento del plazo de la última suspensión y la fecha de comisión de los nuevos hechos ilícitos, **los fiscales se abstendrán de solicitarla.** De igual modo, **no se solicitará respecto de aquel imputado que ya hubiere sido beneficiario de la suspensión condicional del procedimiento en tres ocasiones anteriores, cualquiera sea el tiempo transcurrido entre cada vencimiento y los nuevos hechos imputados.**

1.2. Rol de la víctima y querellante.

El Código Procesal Penal establece en el artículo 78 letra d) la obligación para los fiscales de escuchar a la víctima antes de solicitar esta salida alternativa al conflicto penal. Este deber de información, conforme lo dispone la letra d) del artículo 109 del mismo cuerpo legal, regirá respecto de aquellas víctimas presentes o activas, sin que en aquellos casos donde proceda este tipo de término y en los que dada la dinámica de los hechos y del proceso aquélla no haya comparecido, deban los fiscales citarla o comunicarse con ella, antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento. En caso de oírse a la víctima o al querellante, los fiscales ponderarán sus opiniones y las tendrán presente, tanto para promover esta salida, como para determinar las condiciones a proponer y sus modalidades.

1.3. Condiciones por cumplir.

Del catálogo de condiciones señaladas por el Código en el artículo 238, algunas merecen comentarios particulares. Sin embargo, antes de abordarlas, se indica a los fiscales que toda condición deberá ser solicitada, siempre, con un criterio de utilidad, ya sea en relación a los requerimientos y necesidades de la víctima, en beneficio de la comunidad o para reconducir la conducta del imputado.

- 1.3.a. Art. 238 c):** Se recomienda a los fiscales, plantear esta condición de modo que el imputado la cumpla sometiéndose, en primer término, a una evaluación por el respectivo profesional y sólo en el evento que éste determine la necesidad de un tratamiento a su respecto, se genere además, la obligación como condición de seguir dicho procedimiento. Además, antes de solicitarla, los fiscales deberán contar con información sobre la capacidad de la red asistencial para otorgar el tratamiento propuesto, de modo que no se establezcan condiciones que en los hechos resultan inaplicables.
- 1.3.b. Art. 238 d):** Igualmente, respecto de la condición consistente en la obligación de asistencia a cursos, programas de empleo, capacitación o similares, los fiscales la propondrán informándose previamente sobre la oferta, capacidad y posibilidades de incorporación del beneficiario de esta salida a tales programas.
- 1.3.c. Art. 238 e):** Los fiscales evitarán proponer que los pagos sean efectuados en dependencias de la fiscalía local, debiéndose privilegiar para dicho efecto cuentas bancarias señaladas por el indemnizado o la cuenta corriente del respectivo tribunal.
- 1.3.d Art. 238 f):** Con el objeto de no aumentar innecesariamente la carga administrativa que su control implica para las fiscalías locales, los fiscales del Ministerio Público deberán considerar, con suma detención, la utilidad que en cada caso conlleve solicitar como condición la regulada en esta letra. Con igual atención, deberá analizarse la periodicidad con que, en su caso, dicha estipulación se propone sea ejecutada.

1.4. Control de las condiciones y revocación de la suspensión condicional.

El Código no contempla un sistema de control o seguimiento del cumplimiento de las condiciones impuestas. Sólo se menciona al Ministerio Público, como ente encargado de registrar las condiciones decretadas, de lo cual podría inferirse un cierto rol de supervisión de las mismas. También se podría desprender este rol de lo dispuesto en la letra f) del artículo 238, al imponer al imputado la obligación de acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas.

Es, en todo caso, un rol esencialmente pasivo el que corresponde al Ministerio Público, en tanto no está obligado a verificar en terreno el cumplimiento de las medidas decretadas.

En conclusión, la carga de acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez, pesará sobre el imputado, pero, una vez advertido el incumplimiento, el Fiscal, como titular de la acción penal, debe requerir la revocación de la suspensión condicional o la adopción de las medidas sustitutivas que correspondan.

1.4.a. Revocación: el artículo 239 del mencionado código contempla dos causales:

a) El incumplimiento grave o reiterado, sin justificación, de las condiciones decretadas. Existiendo una explicación que justifique razonablemente el incumplimiento, sea que se haya producido una o más veces, no necesariamente procederá la revocación de la medida. En cambio, podría existir sólo un incumplimiento calificado como grave, que dé lugar a la revocación. Corresponderá a los fiscales ponderar en cada caso si el incumplimiento justifica la solicitud de revocación de la salida alternativa. En todo caso, si el Juez de Garantía no diere lugar a la revocación, se insta a los fiscales a utilizar restringidamente el recurso de apelación para impugnar dicha denegatoria.

b) La formalización de una nueva investigación por hechos diferentes. Sobre el particular, cabe señalar que la ley no hace distinción acerca de la gravedad de los hechos por los cuales se formaliza la nueva investigación, como tampoco, sobre el grado de participación que se atribuya al imputado. Por lo mismo, se está frente a una causal objetiva en la que el fiscal debe necesariamente intervenir, pidiendo la revocación de la suspensión del procedimiento tan pronto se percate de la nueva formalización, ya que la ley no le otorga la posibilidad de efectuar ninguna ponderación. En este caso, de no acceder el Juez de Garantía a la revocación solicitada, los fiscales deberán impugnar dicha resolución por vía de la apelación.

Cabe hacer presente que la revocación de la suspensión condicional debe solicitarse por el fiscal, la víctima o el querellante y no puede ser decretada de oficio por el juez, según el texto expreso del citado artículo 239. Si esto último ocurriere, los fiscales ponderarán, en cada caso, la conveniencia de recurrir de apelación.

1.5. Obligación de reserva.

Resulta útil señalar, que conforme al artículo 335 del Código Procesal Penal, no se puede invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia o rechazo de una suspensión condicional del procedimiento. Esta norma imperativa obliga a los fiscales a mantener reserva respecto de las conversaciones, argumentos y otros antecedentes que se hayan utilizado en las negociaciones con el imputado y en la audiencia en que se hubiere solicitado.

1.6. Instrucciones de actuación.

Finalmente, se ha estimado necesario señalar a los fiscales las siguientes directrices en relación al instituto procesal en comento, las que deberán ser observadas para acordar y plantear esta salida alternativa al procedimiento criminal, o abstenerse de hacerlo según sea el caso:

1.6.a. Procedencia de la suspensión condicional en crímenes.

Como criterio general de actuación los fiscales adjuntos se abstendrán de proponer esta salida alternativa en aquellos casos en los que se investiguen ilícitos a los que ley asigne en abstracto, en cualquiera de sus grados o en forma alternativa, penas de crimen.

Sin embargo, tanto en aquellos crímenes contemplados en el inciso sexto del artículo 237 del Código Procesal Penal, como en otros, los respectivos

Fiscales Regionales podrán autorizar de manera excepcional la aplicación de esta medida facultativa, **debiendo constar dicha autorización en la carpeta investigativa**, y ponderando previamente la concurrencia de los siguientes criterios orientadores, cuando correspondiere:

- a) Que la víctima hubiere manifestado su conformidad con la aplicación de la salida alternativa.
- b) Que se acuerde una reparación significativa para la víctima atendida la naturaleza del ilícito y entidad del perjuicio ocasionado.
- c) Que el imputado hubiere observado una actitud de especial colaboración con la investigación, como cuando identifica a otros partícipes, restituye las especies sustraídas o permite su recuperación.
- d) Que en la comisión del ilícito no se hubieren utilizado armas de fuego.
- e) La extensión y gravedad de las consecuencias del ilícito.
- f) La existencia de investigaciones vigentes o procesos pendientes en contra del imputado.

La ponderación de cómo estas circunstancias se complementarán o compensarán entre sí, se efectuará por la autoridad regional caso a caso, observando siempre un criterio restrictivo respecto de la aplicación de la suspensión condicional en estos ilícitos.

En estos casos, los fiscales adjuntos solicitarán un plazo de suspensión de tres años, debiendo impugnar por vía de la apelación aquellas resoluciones que establezcan un término inferior a dos años.

1.6.b. Delitos de conducción desempeñándose en estado de ebriedad, bajo la influencia del alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

1.6.b.1 Casos en que se indague el delito de conducción bajo la influencia del alcohol:

- a) En aquellos casos en que se indague el delito de conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, presentándose el ilícito en su figura simple y que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea inferior a 0,8 gramos por mil, los fiscales procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de tres meses.**
- b) En aquellos casos en que se investigue el delito de conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea inferior a 0,8 gramos por mil, y a consecuencia de esa conducción se causaren daños materiales o lesiones leves, los fiscales del Ministerio Público procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de seis meses.**
- c) Cuando se investigare el delito de conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea inferior a 0,8 gramos por mil, y a consecuencia de esa

conducción se causaren lesiones menos graves, los fiscales del Ministerio Público procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de nueve meses.**

- d) Cuando se indague el delito de conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea inferior a 0,8 gramos por mil, y a consecuencia de esa conducción se causaren lesiones graves, los fiscales del Ministerio Público procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de dieciocho a treinta y seis meses.**
- e) En los casos en que se indague el delito de conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea inferior a 0,8 gramos por mil, y a consecuencia de esa conducción se causaren algunas de las lesiones previstas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, o la muerte, los fiscales del Ministerio Público podrán instar por la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de treinta y seis meses.** Adicionalmente, **sólo podrá acordarse la salida alternativa si se hubiere convenido un resarcimiento o reparación a favor de la víctima,** para lo cual ésta deberá manifestar expresamente su conformidad.

1.6.b.2 Casos en que se investigue el delito de conducción en estado de ebriedad:

- a) Cuando se indague el delito de conducción desempeñándose en estado de ebriedad, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea igual o superior a 0,8 gramos por mil, sea que se ocasionen o no daños, o se causen lesiones leves, los fiscales del Ministerio Público procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de dos años.**
- b) Cuando se investigue el delito de conducción desempeñándose en estado de ebriedad, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea igual o superior a 0,8 gramos por mil, causándose lesiones menos graves, los fiscales del Ministerio Público procurarán favorecer la aplicación de esta salida, acordando y solicitando, entre otras condiciones, la **suspensión de la licencia de conducir del infractor, si la tuviere, por el plazo de treinta y seis meses.**
- c) Cuando se investigue el delito de conducción desempeñándose en estado de ebriedad, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea igual o superior a 0,8 gramos por mil, causándose lesiones graves, lesiones previstas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, o la

muerte, los fiscales del Ministerio Público **no podrán optar por la aplicación de esta salida alternativa**, ya que los plazos de suspensión de la licencia de conducir en estos casos exceden el plazo máximo legal de tres años para decretar una suspensión condicional del procedimiento.

- d) Cuando se investigue el delito de conducción desempeñándose en estado de ebriedad, en que la concentración de alcohol en la sangre del imputado sea igual o superior a 1,5 gramos por mil, **para optar a esta salida alternativa los fiscales del Ministerio Público deberán requerir la autorización del Fiscal Regional, quien ponderará su conveniencia, así como las condiciones a imponer en cada caso, debiendo constar su autorización en la carpeta investigativa.**

1.6.b.3 Instrucciones aplicables a los casos de delito de conducción bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad:

- a) Cuando algunos de los ilícitos precedentemente expuestos - ya sea la conducción desempeñándose bajo la influencia del alcohol, o en estado de ebriedad, y en ambas hipótesis, con o sin daños materiales o lesiones y cualquiera sea la gravedad de éstas-, fueren cometidos por conductores profesionales en el desempeño de su respectiva actividad laboral, **los fiscales del Ministerio Público no solicitarán esta salida alternativa.**
- b) Cuando el imputado no se hubiere sometido a la respectiva diligencia de extracción de sangre para determinar la concentración de alcohol o la presencia de otras sustancias en su organismo, o a la prueba respiratoria que debe ser practicada por Carabineros conforme al artículo 183, siendo ello procedente de acuerdo al artículo 111, **el fiscal no solicitará esta salida alternativa.** Sin perjuicio de lo anterior, el fiscal podrá solicitar esta salida alternativa en el caso que la negativa a practicarse la extracción de sangre se encuentre debidamente justificada y el imputado hubiere colaborado eficazmente en el procedimiento, mediante una declaración en que reconozca tanto la ingesta de alcohol como la circunstancia de haber conducido.
- c) **No podrá solicitarse la suspensión condicional del procedimiento si el imputado ya hubiere sido beneficiado previamente con esta salida alternativa por un ilícito de la misma naturaleza,** cualquiera sea el tiempo transcurrido entre la fecha del vencimiento del plazo de la primera suspensión y el nuevo hecho.
- d) Además de la condición referida a la suspensión de la licencia de conducir, en estos casos se pueden solicitar, entre otras condiciones, la firma ante Carabineros, la fijación de domicilio, el ingreso a programas de educación vial y antialcohol

1.6.c. Otros simples delitos.

- a) En los delitos de robo por sorpresa, robo de cosas situadas en bienes nacionales de uso público, robo en lugar no habitado y robo de animales constitutivo de abigeato, los fiscales del Ministerio Público propondrán

esta salida alternativa de un modo restrictivo. Cuando la participación del imputado en alguno de estos ilícitos fuere la de cómplice, encubridor o, en el caso de los tres últimos delitos arriba señalados, el grado de desarrollo no fuere de consumado, los fiscales podrán proponer con mayor laxitud la suspensión condicionada del proceso.

- b) En los delitos de receptación en los que la pena asignada por la ley al ilícito del cual proviene la especie receptada fuere de crimen, los fiscales del Ministerio Público deberán observar los criterios restrictivos indicados en la letra anterior para evaluar la conveniencia de proponer la aplicación de la vía procesal en comento.

2. ACUERDOS REPARATORIOS:

Los acuerdos reparatorios constituyen una de las principales salidas alternativas en el nuevo proceso penal, atendiendo a los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado, es decir, permite considerar sus intereses puntuales en el conflicto social que significa el delito frente a los intereses abstractos del Estado en relación al mismo. Con el uso de este mecanismo, el sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos en concreto, haciendo excepción, en determinados casos y bajo ciertos supuestos, a la aspiración general del sistema procesal penal en orden a acreditar los hechos y las responsabilidades que permitan la imposición de una pena, lo cual no implica una solución del conflicto sino sólo una reacción punitiva del Estado frente al delito. El mecanismo de los acuerdos reparatorios permite encontrar una solución efectiva al conflicto penal, de modo que para ello el nuevo sistema procesal penal debe permitir un conjunto de diligencias y habilidades distintas de las tradicionalmente exigidas para la persecución y el juicio penal, obligando a su vez a los fiscales a desplegar tres actividades básicas:

- a) Favorecer los acuerdos reparatorios: los fiscales deberán propender a esta salida conforme el mandamiento prescrito en el inciso segundo del artículo 6° del Código Procesal Penal, así como lo dispuesto en el artículo 78 letra a) del mismo cuerpo legal, informando oportunamente a la víctima de esta posibilidad. Las víctimas tienen derecho a informarse sobre la posibilidad de dar término al conflicto penal con una solución convenida que se adecue a sus intereses en concreto y, además, sobre las consecuencias jurídicas que esta convención produce respecto de la responsabilidad penal del imputado. Ello, atendidas las obligaciones que la ley impone a los fiscales, se cumplirá a través de una pronta y clara información a la víctima sobre esta posibilidad de término y sus consecuencias. Además, de manifestar la víctima su interés en esta salida alternativa, los fiscales la promoverán planteándosela a la defensa del imputado. Sin embargo, siempre debe tenerse en cuenta que los fiscales no son abogados de la víctima ni la representan, por lo que el sistema no puede esperar de ellos que actúen como mandatarios de la víctima dentro de un proceso de negociación. Cuando la víctima se encuentre representada por un abogado, los fiscales limitarán su desempeño en relación con esta salida alternativa a informar a la víctima sobre la posibilidad de arribar a la misma. Este deber de información, regirá respecto de aquellas víctimas presentes o activas, conforme lo señalado en la letra d) del artículo 109 del Código ya citado, sin que en los casos en que sea procedente este tipo de término y en los que dada la dinámica de los hechos y del proceso no se

haya apersonado a la víctima, sea obligación para los fiscales citarla o comunicarse con ella previamente, para dar término por otro medio al proceso penal.

b) Estudiar la procedencia y conveniencia de los mismos: los fiscales del Ministerio Público deberán analizar con detención la concurrencia de los presupuestos legales que hacen procedente un acuerdo reparatorio, efectuando un análisis del bien jurídico protegido por el delito investigado y del tipo penal por el que se formalizó, verificando que el respectivo acuerdo recaerá sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; lesiones menos graves o leves, o cuasidelitos. Para estos efectos, se entenderá como bien jurídico disponible a aquellos que al proteger ámbitos de carácter esencialmente privados, su afectación puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal. En consecuencia, disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución del hecho o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo. Sobre el carácter patrimonial del mismo, se atenderá a la protección directa y exclusiva que sobre la propiedad o patrimonio del afectado efectúa el respectivo tipo penal, o la afectación directa a al mismo.

En este orden de ideas, se hace presente que el ilícito de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, a juicio de este Fiscal Nacional, es de carácter pluriofensivo, ya que no sólo atenta en contra del bien jurídico protegido propiedad, sino también, contra la intimidad e inviolabilidad del hogar. Por lo mismo, **los fiscales del Ministerio Público se opondrán en todo caso a las solicitudes de acuerdos reparatorios que se plantee respecto de este delito.**

c) Oponerse, cuando correspondiere, a la aprobación por el tribunal de esta salida alternativa:

- Voluntad de la víctima: los fiscales deberán objetar el acuerdo alcanzado entre víctima e imputado siempre que no concurren los supuestos precedentemente relacionados, y además, cuando de algún modo, se infiriere por el fiscal que la víctima no ha consentido libremente en el acuerdo planteado, ya sea porque ha sido amenazada, coaccionada, engañada o inducida de cualquier modo ilegítimo a asentir en lo convenido. Se debe tener presente, que como todo concierto de voluntades, el acuerdo reparatorio no escapa a las normas que rigen la formación del consentimiento, como tampoco, a los vicios que pueden afectar al mismo.
- Interés público prevalente en la continuación de la persecución penal: de igual manera, los fiscales rebatirán la procedencia del acuerdo reparatorio cuando existiere un interés público prevalente en la persecución penal. Alegar la existencia de este interés en la continuación de la persecución penal para negar la aprobación de un acuerdo reparatorio implica estimar que el conflicto provocado por un delito de aquellos que hacen procedente esta salida alternativa, debe enfrentarse mediante la imposición de una pena y no a través de un acuerdo libre e informado de los sujetos concretamente afectados en sus intereses particulares. Por tanto, **los fiscales justificarán el ejercicio de esta facultad a la luz de los fines preventivos de la pena, esto es, la prevención general o la especial, según sea el caso.**

Se entenderá que se manifiesta dicho interés, no sólo cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los investigados en el caso particular, ya que dicha directriz ha sido establecida a modo de un ejemplo especialmente relevante en la ley, sino también, cuando dicha reincidencia apareciere respecto de hechos distintos, pero de igual o mayor gravedad, o cuando aun tratándose de hechos diversos y de menor entidad, su conducta pretérita permite advertir una constante vulneración al ordenamiento jurídico.

Se entenderá para estos efectos por reincidencia, fundamentalmente, la existencia de condenas anteriores. Sin embargo, la presencia de numerosos ingresos en el sistema SAF, terminados por principio de oportunidad y/o por suspensión condicional del procedimiento pueden permitir a los fiscales sostener que la conducta observada por el imputado justifica un interés preponderante de la comunidad en orden a obtener un resultado punitivo para el caso concreto.

Asimismo, los fiscales se opondrán al nuevo acuerdo alcanzado en una misma causa, cuando los anteriores hubieren sido revocados debido al incumplimiento del imputado. En estos casos, se configurará un interés de la comunidad en orden a que el infractor sea efectivamente perseguido por su responsabilidad y sancionado en su caso, de modo que los fines de la pena operen a su respecto.

2.1. Efectos penales del acuerdo reparatorio.

No habiéndose cumplido íntegramente por el imputado con el acuerdo reparatorio o no estando la víctima satisfecha con un cumplimiento parcial, los fiscales deberán solicitar al Juez de Garantía que deje sin efecto lo convenido de modo que la indagación continúe conforme las reglas generales. El artículo 242 del Código Procesal Penal ha supeditado el principal efecto de esta salida alternativa al cumplimiento o caución a satisfacción de la víctima de lo convenido. Si ello no se verifica, la causa no podrá ser sobreseída definitivamente y la institución de excepción que permitiría una salida diversa al conflicto penal no operará. **Por defecto entonces, el proceso continuará su marcha conforme a las reglas generales.** Decretado el sobreseimiento definitivo fuera de los supuestos señalados en el artículo precitado, los fiscales deberán apelar de dicha resolución, solicitando al juez que cite a una audiencia que tenga por objetivo revocar lo acordado y decretar la continuación del procedimiento. De este modo, si no se diere lugar a ello, los fiscales fundarán la apelación en lo dispuesto en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal. Si se denegare el recurso, los fiscales deberán recurrir de hecho.

2.2. Grado de desarrollo del ilícito, participación y concursos de delitos.

2.2.a. Cuando procedan los acuerdos reparatorios atendida la naturaleza del delito, el hecho de encontrarse el mismo en grado tentado o frustrado no constituye óbice a la aprobación de aquéllos, puesto que ello no modifica su naturaleza y en todo caso, implica una situación de menor afección para los bienes jurídicos protegidos.

2.2.b. Del mismo modo, cuando proceda esta salida alternativa atendida la naturaleza del delito, el hecho que concurran en éste más de un partícipe no

constituye óbice a aquéllos, puesto que tampoco esta circunstancia modifica su naturaleza. Así, es posible llegar a acuerdo reparatorio respecto de un imputado y no de otros, conforme lo dispuesto en los artículos 242 y 255 del Código Procesal Penal.

2.2.c. Finalmente, cuando proceden los acuerdos reparatorios atendida la naturaleza del delito, el hecho de darse un concurso con otro delito no constituye óbice a aquéllos. Si se presenta un concurso aparente de leyes penales, la procedencia del acuerdo reparatorio se evaluará según la calificación jurídica que se haga del hecho punible. Si hay concurso real de delitos, es posible llegar a acuerdo reparatorio respecto del hecho que, según su naturaleza, lo hace procedente.

Sin embargo, **en caso de un concurso ideal de delitos, los fiscales se opondrán a que éstos se dividan para acordar una reparación sólo respecto de aquel cuya naturaleza lo permita.** Así, por ejemplo, si se falsifica un instrumento público para cometer una estafa, no procedería el acuerdo reparatorio respecto de ésta ya que la falsificación se considerará parte de aquélla, debiendo los fiscales oponerse a la procedencia del acuerdo.

2.3. Obligación de reserva.

Por último, conviene recordar que conforme al artículo 335 del Código Procesal Penal, no se puede invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia o rechazo de un acuerdo reparatorio. Esta norma imperativa obliga a los fiscales a mantener reserva respecto de las conversaciones, argumentos y otros antecedentes que se hayan utilizado en las conciliaciones, mediaciones o negociaciones previas al acuerdo reparatorio.

D. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN Y ACTUACIONES POSTERIORES A LA MISMA.

1. Cierre de la investigación

El cierre oportuno de la investigación en el plazo legal o judicial reviste la mayor trascendencia dentro del proceso penal y las consecuencias de las omisiones de un fiscal en este caso son gravísimas, toda vez que el artículo 247 inciso 3° del Código Procesal Penal dispone que el juez sobreseerá definitivamente la causa si el fiscal no comparece a la audiencia de cierre de la investigación o si, compareciendo, se negare a cerrarla.

Por lo señalado, los fiscales deben, en lo posible, evitar esperar el apercibimiento del Juez para cerrar la investigación, procurando ser ellos quienes declaren el cierre antes del vencimiento del plazo, debiendo comunicar la decisión de cierre a los intervinientes la que debe efectuarse de cualquier forma que asegure o garantice el efectivo conocimiento de todos aquellos a quienes está dirigida, pudiendo materializarse por correo electrónico, contacto telefónico u otro medio idóneo, dejando constancia del cierre y de la comunicación en la carpeta investigativa. Los fiscales se abstendrán de comunicar el cierre en el mismo escrito de acusación, debiendo comunicarlo con anterioridad a la misma, a fin de evitar que se vulnere el

derecho de los intervinientes de solicitar la reapertura de la investigación conforme con el art. 257 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, en los casos en que se fijen plazos judiciales muy reducidos para las investigaciones, y encontrándose pendientes peritajes u otras diligencias de importancia, los fiscales deben solicitar oportunamente su ampliación y no fiarse de eventuales acuerdos con los abogados defensores, en el sentido que éstos no requerirán el cierre de la investigación.

Si un juez de garantía se niega a prorrogar un plazo judicial de cierre de la investigación, deberá impugnarse la decisión judicial adoptada, por los medios procesales correspondientes, sin perjuicio de comunicarlo al fiscal jefe o al Fiscal Regional, para los efectos de las instrucciones que éstos estimen del caso impartir, pero en caso alguno se debe llegar hasta el sobreseimiento definitivo, cuyos efectos son difícilmente impugnables.

En todo caso, resulta importante tener presente y, por tanto, argumentar acorde con ello, que la norma general en materia de plazo de investigación es la que establece el artículo 247 del Código Procesal Penal. En efecto, si bien, en la práctica, la posibilidad de establecimiento de breves plazos judiciales, conforme a la regla que consagra el artículo 234 pareciera ser la regla, ella constituye, normativamente, la norma de excepción.

El epígrafe del artículo 247 reza *“Plazo para declarar el cierre de la investigación”* y da comienzo al Párrafo 7º del Libro II: *“Conclusión de la investigación”*, lo que, de toda lógica, nos hace situarnos dentro de la norma general en esta materia. El artículo 234, en cambio, está situado dentro del tratamiento de una audiencia específica, la de formalización de la investigación, como una de las posibles situaciones que pueden tener lugar al interior de la misma pero que, sin duda, no debiera constituir la regla general sino que fundamentarse en aquellos casos en que *realmente* sea necesaria la adopción de esta medida con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes, más allá de la cautela que ya está dada por el artículo 247, puesto que esta norma se introdujo con tal finalidad en nuestro código de enjuiciamiento penal, para evitar arbitrariedades en la persecución penal pública.

Así, a propósito de la discusión del actual art. 247, la Comisión Mixta *“(...) ponderó diversos elementos de juicio, entre ellos, **la necesidad de una justicia rápida**, el grado de complejidad de la mayoría de las investigaciones, las posibles maniobras dilatorias de la defensa, las opciones que se le presentaren al ministerio público al cabo del lapso legal con que cuente para investigar y las exigencias de seguridad jurídica²¹* y, todo ello, incluso, dentro de la discusión de la posibilidad de ampliar la investigación una vez transcurrido el plazo de dos años, vale decir, el legislador estimó que, con esta norma, se estaba respetando y cautelando eficazmente las garantías de los intervinientes de modo que el artículo 234 lo debemos interpretar como la necesidad de una exigencia adicional de esta necesidad de cautela.

En conclusión, los fiscales, en materia de plazo de cierre de investigación tendrán presente que:

1. La norma general es la contenida en el artículo 247 y no la del art. 234.

²¹ MATURANA MIQUEL, Cristián y otros. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. Pág. 243.

2. El art. 234 implica una exigencia adicional de cautelar las garantías de los intervinientes en el proceso penal, ya que esos aspectos ya fueron ponderados al fijarse el plazo legal de dos años.
3. El art. 234 contiene tres requisitos copulativos para que tenga lugar su aplicación:
 - 3.1. Que el Ministerio Público sea oído.
 - 3.2. Que la fijación de un plazo judicial inferior sea [adicionalmente] necesaria para cautelar las garantías de los intervinientes.
 - 3.3. Y **siempre** que las características de la investigación lo permitan.

Los fiscales deberán insistir categóricamente en esta última exigencia legal que establece la disposición en análisis, haciendo presente cada una de las características de la investigación de que se trate y que impliquen la imposibilidad de efectuar una persecución penal seria y acabada en un tiempo inferior; características que pueden exceder a la investigación propiamente tal y referirse tanto a órganos auxiliares y sus propias características, como a situaciones prácticas, etc.²²

2. Decisiones que debe adoptar el fiscal una vez cerrada la investigación

Una vez que la investigación se declara cerrada por el fiscal, éste tiene el plazo de diez días para optar por cualquiera de los caminos del art. 248.

Aún cuando el artículo 248 del Código Procesal Penal no establece la consecuencia que se produce en caso que el fiscal no adopte ninguna de las decisiones que allí se indican, dentro del plazo fatal de diez días, esta omisión hace pensar que el juez de garantía puede citar a una audiencia y dictar sobreseimiento definitivo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 247.

Por consiguiente, los fiscales deben resolver sobre algunas de las alternativas previstas en el artículo 248, dentro del plazo de diez días contados desde la declaración de cierre de la investigación, lo cual les obliga al estudio previo de los antecedentes para poder resolver adecuadamente en los plazos fijados por la ley, con anticipación a tal cierre.

Reiteramos que, en el caso que se haya fijado un plazo judicial para el cierre de la investigación y el fiscal requiera de un plazo mayor para realizar las investigaciones, es estrictamente indispensable solicitar oportunamente la prórroga del plazo impuesto, es decir, se debe solicitar la ampliación antes de su vencimiento.

Al respecto, debe tenerse presente el alcance dado al inciso 5° del artículo 247 del Código Procesal Penal, conforme al cual, en el supuesto del apercibimiento de esa norma, su transcurso deja al fiscal limitado a deducir acusación, debiendo el juez sobreseer definitivamente si no acusa.

2.1. Solicitud de Sobreseimiento

²² Así, y sólo a modo de ejemplo, la situación que, en un momento dado, pueda afectar al Servicio Médico legal o al Instituto de Salud Pública, entre otros, harán aplicable la regla general de dos años de investigación en materia de drogas o delitos sexuales, por más mecánica que pudiera parecer una investigación específica. Asimismo, la muy probable necesidad de recabar antecedentes internacionales en materia económica en muchos delitos “económicos” y de “corrupción económica” debiera, desde un principio, no hacer aplicable la regla del artículo 234.

2.1.a. Sobreseimiento definitivo o temporal de la causa

La solicitud de sobreseimiento del fiscal debe ser precisa en cuanto a la naturaleza del sobreseimiento y la causal que se invoca, de modo que el juez pueda determinar la materia que va a resolver. Además, parece del todo conveniente que la petición de sobreseimiento sea escrita y se acompañe con una copia de los antecedentes de la investigación o, al menos, éstos estén disponibles al momento de efectuarse la audiencia respectiva.

A fin que las solicitudes de sobreseimiento definitivo se ajusten a las causales legales de procedencia previstas en el artículo 250 del Código Procesal Penal, así como a los parámetros o exigencias que se establezcan, ya sea por este Fiscal Nacional o por los Fiscales Regionales, de acuerdo a la naturaleza o características de la investigación y/o del delito que se trate, aquéllas deberán ser sometidas al conocimiento del Fiscal Jefe de cada fiscalía local y, en caso que los hechos investigados correspondieren a un delito que mereciera pena aflictiva, deberán ser revisadas por la Unidad de Asesoría Jurídica Regional correspondiente y aprobadas por el Fiscal Regional.

Si bien la ley no establece estos requisitos, los fiscales deben hacer sus peticiones al tribunal por escrito y proceder oralmente en las audiencias respectivas. Además, la circunstancia de que el sobreseimiento puede ser objeto de una impugnación mediante el recurso de apelación, hace aconsejable que el fiscal proceda en la forma que se ha señalado.

Antes de resolver, el tribunal de garantía debe citar "a todos los intervinientes a una audiencia" (Art. 249) y no a algunos de ellos. Al respecto, constituye un error suponer que el fiscal representa a la víctima y que, por lo tanto, no es necesario citarla a las audiencias.

Si la víctima o su abogado está efectivamente citada y no concurre, la audiencia puede celebrarse porque su presencia no es un trámite esencial que afecte a la validez de la actuación procesal respectiva, como lo es, por ejemplo, la presencia del imputado y su defensor, como se exige en los artículos 8º y 103 del Código.

En la audiencia de sobreseimiento, el juez de garantía deberá escuchar a los intervinientes, incluyendo al querellante y la víctima si concurren, y en mérito a los antecedentes de la investigación, resolver si aprueba o no el sobreseimiento solicitado, y si lo aprueba, deberá indicar la naturaleza del sobreseimiento y la causal en que se apoya.

Estimamos absolutamente improcedente que en esta audiencia de sobreseimiento se rinda prueba por el imputado u otro interviniente, porque la resolución que aprueba o rechaza el sobreseimiento tiene que fundarse en el mérito de la investigación del fiscal.

La presencia del querellante es también muy importante en la audiencia fijada para tratar el requerimiento de sobreseimiento del fiscal, puesto que puede oponerse a la solicitud del fiscal, conforme lo establece el artículo 258 del Código Procesal Penal, que contempla un procedimiento para el reclamo en contra de la solicitud del prosecutor e, incluso, le permite, en determinadas ocasiones, continuar como acusador en el proceso, no obstante la negativa de aquel para acusar al imputado.

Si el querellante no ha sido citado a la audiencia, en concepto de esta Fiscalía, la audiencia no puede celebrarse válidamente. En cambio, si el querellante ha sido citado y no ha concurrido, la audiencia puede efectuarse sin problemas, porque el querellante ha tenido la posibilidad para ejercer sus derechos y no ha aprovechado esta oportunidad procesal.

La ausencia del querellante no produce el efecto jurídico del abandono de la querrela, porque esta situación no se encuentra dentro de aquellas causales de abandono que señala el artículo 120 del Código.

El artículo 256 del Código faculta al juez para:

- a) Acoger la solicitud de sobreseimiento del fiscal;
- b) Sustituirla;
- c) Decretar un sobreseimiento distinto del requerido, y
- d) Rechazarla.

Otra alternativa se encuentra regulada en el artículo 257 C.P.P, que le permite al juez ordenar la reapertura de la investigación en los casos excepcionales que allí se mencionan.

A continuación, analizaremos brevemente cada una de las alternativas anteriores.

a) Acoger la solicitud de sobreseimiento del fiscal

En este caso, el tribunal concuerda absolutamente con la posición del fiscal y aprueba no sólo el sobreseimiento temporal o definitivo del imputado que solicita el fiscal, sino que, además, concuerda en la causal del sobreseimiento.

Debemos señalar que no es suficiente para los efectos previstos en los artículos 250, 252, 255, 256 y 258 del Código Procesal Penal, que el juez de garantía simplemente se limite a sobreseer la causa, sino que debe expresar determinadamente cual es el sobreseimiento aprobado y en virtud de qué causal legal. Al respecto, es importante considerar que el sobreseimiento puede ser recurrido tanto por el querellante como por el imputado, este último, en el caso que no esté conforme con un sobreseimiento temporal o con la causal del sobreseimiento definitivo.

En la situación específica del querellante, el artículo 258 dispone que puede oponerse, en cuyo caso se establece un procedimiento "sui generis" de reclamación ante el fiscal regional, que se analizará en el tema del forzamiento de la acusación.

Esta posibilidad de reclamo ante el fiscal regional no obsta a que el querellante pueda apelar del sobreseimiento ante la Corte de Apelaciones respectiva, conforme lo permite el artículo 253 del Código Procesal Penal (artículo 258 inciso final y artículo 370).

b) Sustitución del sobreseimiento pedido por el fiscal

El artículo 256 se está refiriendo, en este caso, al cambio de la causal del sobreseimiento definitivo o temporal solicitado y no al tipo o clase de sobreseimiento, porque esta última alternativa está contemplada en la misma norma al disponer que el juez puede "decretar un sobreseimiento distinto al requerido".

La resolución del juez es muy importante, porque precisa los efectos jurídicos que se siguen del sobreseimiento definitivo, dado que no es lo mismo sobreseer por estar extinguida la responsabilidad penal, que hacerlo si el hecho no es constitutivo de delito.

Por tanto, el Ministerio Público puede ser agraviado y, por ello, **los fiscales están facultados para recurrir de apelación, cuando el cambio de la causal del sobreseimiento atente contra el mérito de autos y pueda producir efectos jurídicos posteriores contrarios a derecho** (vgr. un fiscal ha solicitado el sobreseimiento definitivo, porque se encuentra extinguida la responsabilidad penal, pero el tribunal acoge el sobreseimiento estimando que el hecho investigado no es constitutivo de delito).

c) El juez puede decretar un sobreseimiento distinto del requerido

Esto significa que si, por ejemplo, el fiscal solicitó el sobreseimiento definitivo, el juez podría acceder sólo al sobreseimiento temporal y viceversa.

Esta alternativa es difícil que se presente en la práctica, ya que si el sobreseimiento definitivo que pide el fiscal es improcedente, lo normal será que el juez rechace la petición y disponga la continuación del procedimiento.

Si se diere un caso en que el sobreseimiento resuelto por el juez fuere de menor entidad que el solicitado por el fiscal, estimamos que existe agravio para la fiscalía y que debe recurrirse de apelación. Por el contrario, si hipotéticamente el fiscal hubiere solicitado un sobreseimiento temporal y el juez decretase uno de carácter definitivo, habría que analizar si realmente existe agravio en el caso concreto para poder recurrir de apelación, pero como el punto es dudoso la materia debe ser consultada a la Fiscalía Regional.

d) Rechazo del sobreseimiento pedido por el fiscal

Si el juez rechaza el sobreseimiento por no considerarlo procedente, el fiscal puede deducir la acusación o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento (Art. 248 letras b y c).

Lo que está vedado absolutamente al fiscal es insistir en que debe sobreseerse la causa porque tal posibilidad no está prevista en el ordenamiento jurídico y, además, ello significaría arrogarse facultades jurisdiccionales que constitucionalmente no puede ejercer.

2.1. b. Sobreseimiento total y parcial (Art. 255).

En el caso que existan varios delitos o varios imputados en contra de los cuales se ha formalizado la investigación, el sobreseimiento puede ser total o parcial. Si es parcial "se continuará el procedimiento respecto de aquellos delitos o de aquellos imputados a que no se extendiere aquél" (Art. 255 inc. 2º).

De modo que es posible, en tal hipótesis de sobreseimiento parcial, que el fiscal acuse y continúe el procedimiento en contra de aquellos imputados que no están

favorecidos por el sobreseimiento o respecto de los delitos a que no se extiende el mismo.

Lo ley no regula qué sucede cuando el sobreseimiento que solicita el fiscal es parcial, por lo que es importante solicitarle al juez la definición respecto de la continuación del procedimiento en la misma solicitud de sobreseimiento.

2.1. c. Reapertura del procedimiento al cesar la causal de sobreseimiento temporal

En caso que se haya decretado el sobreseimiento temporal, puede reabrirse el procedimiento "a solicitud del fiscal o de cualquiera de los restantes intervinientes". (Art. 254 del Código Procesal Penal)

Por consiguiente, no se estima procedente que el tribunal de garantía "de oficio" proceda a la reapertura del procedimiento, sino que necesita previamente de una petición de uno de los intervinientes.

La petición respectiva debe dar origen a una audiencia a la que deben ser citados todos los intervinientes y no parece correcto que el juez pueda decretar la reapertura sin que la materia se debata en una audiencia. Esta interpretación, aunque la ley no lo establece así expresamente, guarda armonía con el sistema de audiencias previsto en el artículo 249 del Código Procesal Penal y que se puede aplicar analógicamente a la hipótesis de la reapertura del procedimiento, por haber cesado una causal de sobreseimiento.

Fuera de este caso excepcional, no hay otras reaperturas de las investigaciones o de los procedimientos en que se haya decretado un sobreseimiento o se haya pasado el proceso a la fase de la preparación del juicio oral contradictorio y del juicio mismo. No pueden los tribunales en la etapa del juicio contradictorio reabrir investigaciones o procedimientos suspendiendo el desarrollo del juicio oral, y demostración de ello es la posibilidad de rendir prueba no solicitada oportunamente (Art. 336), ya que tales pruebas deben rendirse durante el desarrollo del juicio oral.

La única posibilidad de suspender el juicio oral está prevista en el artículo 283 inciso 2º, cuando concurren las causales de sobreseimiento temporal del artículo 252. La norma del artículo 283 inciso 2º no se pone en el caso que concurra una causal de sobreseimiento definitivo, porque en tal caso, y habiéndose iniciado el juicio oral, el proceso terminará por sentencia absolutoria.

2.1. d. Otros sobreseimientos distintos a los que se regulan en los artículos 250 y 252 del Código.

En distintas normas del Código Procesal Penal se hace referencia a situaciones en que el juez de garantía puede proceder al sobreseimiento temporal o definitivo de la causa. Por vía ejemplar, señalamos los casos previstos en los artículos 10 inc. 2º, 247 inc. 3º, 271 inc. 3º, etc.

El procedimiento previo a estos sobreseimientos especiales es distinto al que se señala en los artículos 249, 256 y 258.

Sin embargo, a estos sobreseimientos especiales les son enteramente aplicables las normas generales establecidas en los artículos 253 y 255, esto es, son susceptibles de apelación y pueden ser totales o parciales.

En general, estos sobreseimientos especiales no requieren que la investigación se encuentre agotada y tampoco que hayan sido propuestos por el fiscal, pues incluso, en algunos casos, corresponden a sanciones para el órgano persecutor, **aunque por su naturaleza excepcional, deben ser interpretados restrictivamente, para no vulnerar la atribución constitucional que tienen los fiscales de dirigir en forma exclusiva la investigación penal.**

2.2. Comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento.

El mecanismo contemplado en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal consiste en la posibilidad que tiene en forma exclusiva el órgano encargado de la persecución penal, en congruencia con un sistema de separación de las funciones investigativas y jurisdiccionales, de decidir no continuar con un procedimiento que lleva adelante en contra de uno o más imputados, por no haberse reunido, durante la investigación, antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Se trata de una facultad del órgano encargado de la investigación por lo que no requiere de aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional, sino que basta con la comunicación efectuada en los términos prescritos por la legislación procesal penal.

Esta comunicación se materializa en una audiencia a la que se convoca especialmente con tal objeto, previo requerimiento del fiscal a cargo del caso, a todos los intervinientes en el procedimiento, según el artículo 249.

Los derechos que las partes pueden ejercer en esta audiencia, básicamente la víctima o el querellante, que serían quienes eventualmente podrían estar en desacuerdo con la decisión del fiscal, se limitan a que, la primera, puede ser oída por el fiscal, si lo ha solicitado, antes que éste resuelva adoptar esta forma de terminación anticipada del procedimiento (artículo 109 letra d); y, en relación con el querellante, la única posibilidad que se contempla a su respecto es la de solicitar al juez de garantía que lo faculte para sostener por sí mismo la acusación en los mismos términos que los establecidos para el Ministerio Público, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación, contemplado en el artículo 258.

2.3.a. Efectos que produce esta comunicación:

- La formalización de la investigación queda sin efecto (en caso de haber tenido lugar).
- Las medidas cautelares que hubieren sido decretadas deberán ser revocadas por el juez de garantía.
- La prescripción de la acción penal continúa corriendo como si nunca se hubiere interrumpido (en caso de que realmente se hubiere interrumpido).

Por otra parte, **esta decisión no implica ningún efecto similar al de la cosa juzgada, propio de las resoluciones judiciales** (sentencias definitivas e interlocutorias firmes), por los siguientes argumentos:

- Historia fidedigna del establecimiento de la ley: el verdadero fundamento de que esta institución fuera extraída de las causales de sobreseimiento temporal

y trasladada a una norma distinta, como una salida autónoma, no correspondió al deseo del legislador de otorgar una salida definitiva al imputado beneficiado con este término, de modo que él pudiera invocar posteriormente la cosa juzgada, sino sólo al reconocimiento que no se trataba de una materia que mereciera pronunciamiento jurisdiccional.

- Corresponde a una decisión de un órgano administrativo, no jurisdiccional, dentro de su marco exclusivo de competencia: la dirección exclusiva de la investigación y, por tanto, es imposible que se vea amparado por dicha segunda autoridad.

En definitiva, habiendo la causa terminada en base a una decisión del órgano encargado de la persecución penal, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva formalización en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, en caso que existiera mérito suficiente para que el Ministerio Público adoptara tal decisión, según se explicará más adelante.

2.3.b. Formalización de la investigación y facultad de no perseverar en el procedimiento.

A juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas, por entre otras, las razones siguientes:

- De no ser así, se dejaría sin solución todas aquellas situaciones en las que el fiscal carece de antecedentes suficientes para continuar seriamente con un procedimiento (ya sea en cuanto al hecho punible o, a las personas presuntamente responsables), sin que pueda ejercer los mecanismos de los artículos 167 y 168 del Código Procesal Penal, por existir impedimento legal al haber intervenido el juez de garantía, implicando mantener "formalmente" como abiertos y vigentes una cantidad de casos que no corresponden a la realidad del organismo persecutor.
- La idea de obligar al fiscal a formalizar investigación, con la sola finalidad de ejercer la facultad señalada, no resiste el mayor análisis desde una perspectiva puramente lógica: proceder a imputar cargos que el fiscal no cree que existan o a personas que no estima responsables, no tiene sentido alguno.
- Pretender obligar al fiscal a realizar una actuación que es totalmente facultativa para el órgano persecutor despeja toda duda: el Ministerio Público es el órgano encargado, en forma exclusiva, de la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, por lo tanto, es el ente legitimado en forma privativa para determinar cuándo formaliza una investigación y también cuándo y por qué la cierra (dentro de los plazos legales y judiciales fijados al efecto).
- El hecho que se contemple como efecto de esta decisión el que la formalización de la investigación quede sin efecto no constituye óbice a esta interpretación, desde que dicho efecto tendrá lugar, obviamente, sólo en caso que hubiere existido tal formalización.

Coherente con lo anterior, debe sostenerse que, la aplicación de este mecanismo, sólo exige la sujeción a la norma que lo contempla, vale decir, el artículo 248 que,

precisamente a propósito del “Cierre de la investigación” establece los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan practicado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores.
- b) Que el fiscal declare cerrada la investigación.
- c) Que adopte su decisión dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación.
- d) Que no se hayan reunido, durante la investigación, los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

El tema cobra relevancia a propósito del art. 257 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley N° 20.074 en el sentido que, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado, oportunidad distinta a la de la audiencia del art. 249 que establecía la norma original.

En tal sentido, el cierre de la investigación dice relación con derechos que se generan para el resto de los intervinientes.

Se ha observado en la práctica, que la solicitud de sobreseimiento definitivo o la comunicación de no perseverar en el procedimiento, sin que previamente se haya declarado el cierre de la investigación, han provocado diversas dificultades interpretativas en el órgano jurisdiccional, respecto a cuáles son los efectos que producen, especialmente, respecto de los derechos y facultades que los artículos 257 y 258 del Código del ramo otorgan a los restantes intervinientes en el proceso penal.

Por tanto, se instruye a los fiscales del Ministerio Público, en orden a declarar cerrada toda investigación antes de solicitar el sobreseimiento definitivo de un caso o de comunicar su decisión de no perseverar en él.

2.3.c. Estándar para la adopción de esta decisión.

El ejercicio de la facultad prevista en el artículo 248 c) del Código Procesal Penal supone que la decisión del fiscal esté fundada estrictamente en el mérito de la investigación y no es una decisión discrecional arbitraria.

En efecto, la decisión de no perseverar en el procedimiento debe tener un respaldo importante en la propia investigación de los fiscales, investigación que deberá haberse llevado de modo prolijo y acucioso y que, no obstante, por razones ajenas a la voluntad del fiscal a cargo, no ha generado buenas expectativas de éxito desde el punto de vista de la persecución penal.

Corroborado lo anterior el hecho que esta decisión del órgano encargado de la persecución penal puede verse cuestionada en caso que el querellante particular intente el mecanismo contemplado en el artículo 258, vale decir, el forzamiento de la acusación, razón por la cual resulta aún más importante que dicha decisión se encuentre bien fundada.

A fin que las decisiones de no perseverar en el procedimiento revistan efectivamente un fundamento plausible, y no se produzca una utilización distorsionada del mecanismo, ellas deberán ser sometidas al conocimiento del Fiscal Jefe de cada fiscalía local y, en caso que los hechos investigados correspondieren a un delito que mereciera pena aflictiva, deberán ser revisadas por la Unidad de Asesoría Jurídica Regional correspondiente y aprobadas por el Fiscal Regional.

2.3.d. Impugnación de la comunicación contemplada en el art. 248 c):

Producto de las interpretaciones jurisprudenciales a las que se hizo referencia previamente, algunos casos prácticos han llevado a que la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público sea objeto de impugnación, vía recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el art. 370 a) del Código del ramo y que tal recurso haya sido, en ciertas ocasiones y –creemos– erróneamente, declarado admisible por los respectivos tribunales a quo.

Al respecto cabe insistir en la posición del Ministerio Público respecto a la naturaleza jurídica de la decisión de no perseverar, en virtud de la cual ésta no requiere “aprobación” judicial y, por tanto, la resolución que al respecto se pronuncie sólo puede tener por comunicada dicha atribución exclusiva del órgano persecutor, sin que exista un verdadero pronunciamiento jurisdiccional a su respecto.

Así las cosas, NO existe una resolución judicial que ponga término al procedimiento haga imposible su prosecución o la suspenda por más de treinta días.

Por tanto, se instruye a los fiscales del Ministerio Público, en orden a recurrir de hecho respecto de cada resolución que conceda un recurso de apelación en contra de la resolución del juez de garantía que tiene por comunicada la decisión de no perseverar en un procedimiento por parte del órgano persecutor.

2.3.e. Reapertura de la investigación luego de comunicada la decisión de no perseverar.

Como se señaló previamente, (2.3.a.) habiendo la causa terminado en base a una decisión del órgano encargado de la persecución penal, no existe impedimento legal alguno que prohíba una nueva investigación y posterior formalización, en contra de aquel imputado, por los mismos hechos, **en caso que exista mérito suficiente para que el Ministerio Público adopte tal decisión.**

Por el hecho de ser una situación que puede implicar inconvenientes para el imputado, los fiscales, en los casos en que hayan ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento, sólo podrán reiniciar investigación y formalizar la misma contra un imputado, por los mismos hechos, cuando tuvieren antecedentes suficientemente contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión.

La reanudación de la investigación luego de comunicada una decisión de no perseverar en el procedimiento debe reservarse para aquellos casos en que, con posterioridad a dicha comunicación, aparezcan nuevos antecedentes que hagan meritorio reactivarla. **Por lo mismo, debe tratarse de antecedentes que sean aportados por un interviniente o que surjan de un modo distinto al de una actividad indagatoria desformalizada por parte del Ministerio Público, con**

posterioridad a la comunicación en análisis –dado que esa investigación se encuentra cerrada-, ni tampoco provenientes de diligencias decretadas que no fueron evacuadas por los organismos auxiliares del Ministerio Público oportunamente.

Por lo mismo, tampoco resulta consistente que, si el Ministerio Público al evaluar los antecedentes indagatorios decide que no son suficientes para fundar una acusación y comunica su decisión de no perseverar, luego, ante el mismo material probatorio, modifique su opinión y decida reabrir la investigación para formalizar e inmediatamente acusar. Un órgano del Estado encargado de la persecución penal pública debe mantener una línea de coherencia en su accionar que garantice a los ciudadanos contar con cierta certeza jurídica y el mero cambio de opinión en la valoración de idénticos hechos, ciertamente, no satisface dichos requerimientos.

Lo anterior, con la finalidad primordial que este mecanismo que el sistema otorga, sea utilizado de forma adecuada y plenamente ajustada a derecho y evitar, por otra parte, críticas relativas a que su aplicación obedecería a la necesidad de ampliar los plazos de investigación mediante su ejercicio y posterior reapertura (con el consiguiente otorgamiento de un nuevo plazo de investigación).

En conclusión, se instruye a los fiscales del Ministerio Público en el sentido siguiente:

- **Reabrir investigaciones en que se hubiere comunicado la presente decisión únicamente ante la aparición de nuevos antecedentes que lo justifiquen y que no provengan de una investigación autónoma del fiscal.**
- **Solicitar autorización al respectivo Fiscal Regional, a través de su asesoría jurídica, para que sean ponderados los nuevos antecedentes y la eventual necesidad de comunicación al imputado, a través del Juzgado de Garantía correspondiente.**

3. Forzamiento de la acusación (Art. 258). ²³

Consiste en la posibilidad que tiene el querellante particular, previa autorización del juez de garantía, de sostener por sí mismo la acusación, en los mismos términos que el Código lo establece para el Ministerio Público, en caso que el fiscal a cargo del caso opte por solicitar el sobreseimiento de la causa o ejerza la facultad de no perseverar en el procedimiento.

En caso que el fiscal haya solicitado el sobreseimiento se requiere, adicionalmente, que el querellante particular se oponga a éste y los antecedentes pasen al fiscal regional para que revise la decisión del fiscal a cargo del caso. En el evento que esta autoridad confirme la decisión primitiva, el juez puede decretar el sobreseimiento o conceder al querellante particular la posibilidad a la que hemos aludido.

Como se señaló, el forzamiento de la acusación supone que haya oposición del querellante particular y, además, que el juez no haya resuelto la petición del sobreseimiento. Si se dan dichos supuestos, el fiscal regional debe resolver si ratifica o no la decisión del fiscal adjunto. Si no la ratifica, el fiscal está obligado a acusar. Si

²³ Si bien la tercera actitud que puede asumir el fiscal es la de acusar, vale decir, la de sostener la pretensión punitiva estatal, dicho instituto será tratado en las instrucciones generales referidas a la audiencia de preparación de juicio oral, por ser un paso previo a la misma.

el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal local, el juez puede disponer que la acusación correspondiente sea formulada y sostenida por el querellante, lo cual significa que éste pasa a ocupar la posición acusadora del fiscal, quien desaparece del proceso, y así se respeta la convicción del órgano público en cuanto a que no existen antecedentes suficientes para acusar. En caso de ratificación de la decisión del fiscal, el juez también puede proceder a decretar el sobreseimiento definitivo.

Otro caso de forzamiento de la acusación es el previsto en el inciso 4º del artículo 258 y que se refiere al fiscal que hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248. Esta situación específica de forzamiento supone que el fiscal, en lugar de solicitar el sobreseimiento, comunique al tribunal que no tiene antecedentes suficientes para fundar una acusación. En este caso, el querellante puede pretender, con la autorización del juez, ejercer los derechos del órgano público acusador, formulando la correspondiente acusación en contra del imputado.

Las resoluciones del juez que denieguen las peticiones de los querellantes para forzar la acusación son inapelables, sin perjuicio del derecho del querellante para ejercer los recursos que procedieren en contra del sobreseimiento (Art. 258 inciso final).

A juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación por las razones que a continuación se exponen y que deberán esgrimirse por los fiscales en caso que los querellantes intenten forzamiento en causas no formalizadas:

- El acto de la formalización, dentro de la cual debiera encuadrarse, en cuanto a hechos y a personas, la posterior acusación constituye una garantía fundamental para el imputado y la no exigencia de formalización previa para la acusación forzada del querellante podría importar que investigaciones preliminares del fiscal, que no se han judicializado, llegaran a la etapa de forzamiento de la acusación sin que el imputado hubiera tenido conocimiento de los hechos respecto de los cuales deberá defenderse y, de esta manera, se vulneraría su derecho de defensa y, por consiguiente, el debido proceso.
- Por otra parte, no es posible que el fiscal sea forzado a formalizar la investigación únicamente para los efectos que el querellante pueda ejercer, previa disposición del juez de garantía, la acción penal pública a través de la acusación privada. Si resulta difícilmente conciliable con el principio acusatorio la posibilidad que el juez de garantía pueda obligar al fiscal a formular acusación, resulta aún más inconciliable obligarlo a formalizar, es decir, a comunicar al imputado que está desarrollando actualmente una investigación en su contra por uno o más delitos determinados considerando que, en opinión del Ministerio Público, no existe delito alguno que imputar o imputado alguno en contra de quien formalizar.

Si las resoluciones del Juez de Garantía discrepan de esta posición, se deberá consultar al Fiscal Regional acerca de los posibles recursos o acciones que hubiere que intentar para dejar sin efecto el forzamiento de la acusación, sin perjuicio de la comunicación a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.

4. Reapertura de la investigación (Art. 257).

Los intervinientes tienen derecho a reiterar diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la misma y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado, y si el juez acogiere dicha solicitud, ordenará al fiscal la reapertura de la investigación para el cumplimiento de las diligencias en el plazo que le fijará.

Este derecho puede ejercerse dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación. Lo anterior obliga a que la decisión de cierre sea objeto de la comunicación formal a que se refiere el artículo 22 del Código, dejándose constancia en la carpeta investigativa de los fiscales. Si la decisión de cierre de la investigación no es conocida por los intervinientes, a través de tal comunicación formal, puede deducirse que a los favorecidos por este derecho no les ha corrido plazo alguno. Incluso más, si la comunicación adolece de algún defecto, los intervinientes podrán reclamar que han estado impedidos de ejercer oportunamente un derecho o desarrollar alguna actividad dentro del plazo establecido por la ley y solicitar un nuevo plazo.

Si alguno de los intervinientes hace uso del derecho que le confiere el inciso primero del artículo 257, resulta procedente que el tribunal de garantía cite a una audiencia a todos ellos, para que expongan lo que estimen conveniente a sus derechos (querellantes, víctimas, defensores y fiscales), pudiendo el fiscal allanarse a la petición del interviniente, si la estima ajustada a derecho y conforme a los principios de objetividad y legalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, los fiscales mantienen su obligación de adoptar alguna de las decisiones establecidas en el artículo 248, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, independientemente de si los intervinientes solicitan la reapertura de la misma.

Es decir, la obligación fundamental del artículo 248 hay que cumplirla dentro de plazo, independientemente de si algún interviniente ejerce o no el derecho a solicitar diligencias precisas de investigación e insta por la reapertura de la misma. Si el fiscal omite tomar algunas de las decisiones a que se refiere dicho artículo, en especial, si omite la decisión de acusar dentro del plazo de diez días aduciendo que existe una petición pendiente de reapertura de la investigación, se arriesga a que la defensa del imputado solicite el sobreseimiento definitivo.

Ahora bien, si con motivo de las nuevas diligencias practicadas en virtud de la reapertura de la investigación, surgen nuevos antecedentes que hagan cambiar la decisión del fiscal, en los términos del artículo 248, vencido el plazo o su ampliación, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá a reformular las peticiones contenidas en este precepto.

La presente instrucción general sólo alude a aquellas materias en que se ha estimado necesario, por parte de este Fiscal Nacional, impartir criterios de actuación que orienten la actuación de los fiscales en las actividades que tienen o pueden tener lugar en la etapa de investigación del proceso penal, de modo de propender eficazmente a la unidad de acción del Ministerio Público.

Por tanto, cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, **deberán ser canalizadas a través de las Unidades de Asesoría Jurídica Regionales, quienes a su vez, las informarán a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional.**

Los fiscales regionales velarán por la correcta aplicación del presente oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la normativa propia de la etapa de investigación del proceso penal, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a UDS.,



SABAS CHAHUÁN SARRÁS
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

SCHS/MHS