

**Cristián  
Adolfo Rozas  
Dockendorff \*\***

crozas@dpp.cl  
Recibido: 02.03.22  
Aceptado: 07.09.22

## **El plazo judicial para formalizar. Una adecuada revisión a la luz de las normas del proceso penal**

### **The judicial term to formalize. An adequate review in light of the rules of the criminal process**

**Resumen:** Este artículo presenta un análisis de la norma contenida en el artículo 186 del Código Procesal Penal de Chile y de los efectos del incumplimiento del fiscal en formalizar una investigación en el plazo judicial fijado por el juez de garantía al alero de ella. Para ello se refiere a la finalidad de la norma, para posteriormente abordar las posturas que ha tenido la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto, y, finalmente, entregar una interpretación jurídica que otorgue un curso procesal, concordante con la garantía del plazo razonable y con la necesidad de que los procesos penales arriben a resoluciones de término con efecto de cosa juzgada.

**Palabras clave:** Control jurisdiccional previo a la formalización; plazo razonable; sobreseimiento; rebeldía.

**Abstract:** This article presents an analysis of the rule contained in article 186 of the Code of Criminal Procedure and the effects of a non-compliance by the prosecutor in formalizing an investigation within the judicial period set by the Guarantee Judge on conform that rule, for this purpose it refers to the purpose of the rule under review, in order to subsequently address the positions that the doctrine and jurisprudence on the point has had on the point, in order to finally deliver a legal interpretation granting a procedural course, consistent with the guarantee of reasonable time, and with the need for criminal proceedings to reach decisions of a term with the effect of res judicata.

**Keywords:** Prior judicial review formalization; reasonable term; dismissal; rebellion.

\*\* A mi profesor, a mi amigo y maestro Germán Echeverría Ramírez. Para mis hijos, Amparo y Agustín, por más historias épicas.

Desde la entrada en vigencia del sistema procesal penal chileno, se ha discutido el sentido y alcance de la norma establecida en el artículo 186 del Código Procesal Penal (CPP). En casi 20 años de vigencia de este sistema de atribución punitiva, las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, que han variado desde su inaplicabilidad hasta la posibilidad de que se decrete el sobreseimiento definitivo en los casos en que se incumplido el plazo para formalizar la investigación, la han desprovisto de un efecto jurídico claro y de una aplicación práctica como garantía de los justiciables.

En tiempos donde las atribuciones del persecutor penal parecieran no tener contrapeso y en que diversas modificaciones legales amplían funcional y orgánicamente sus atribuciones, una necesaria mirada al artículo 186 del Código Procesal Penal, en perspectiva de garantías procesales, permite incluir esta norma al arsenal de herramientas funcionales al debido proceso a través de una interpretación sistemática de las normas legales actualmente vigentes, y que a través de las normas

generales permita otorgarle efecto jurídico en los casos en que el Ministerio Público no formalice investigación en el plazo fijado por el juez de garantía a la luz del ya citado artículo.

Este artículo reza:

Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación (CPP, Art. 186).

Inicialmente revisaremos la historia de la norma señalada, su fundamento como garantía y los distintos efectos que se le han atribuido por la doctrina, para finalmente efectuar una propuesta para su operatividad.

## 1. Historia del artículo 186 del Código Procesal Penal de Chile

El actual artículo 186 aparece en el primer trámite en la Cámara por la Comisión de Constitución bajo la numeración 226 del proyecto de Código Procesal Penal con la siguiente redacción:

Control judicial anterior a la formalización de la instrucción. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación de un fiscal del Ministerio Público que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de control de la instrucción que le ordene informar acerca de los hechos objeto de la investigación. También podrá el

juez fijarle un plazo para que formalice la acusación o cierre la investigación.

Concordamos con Piedrabuena en que al momento de inclusión de esta indicación no se expresan las motivaciones y razones de ella, ni quien la ideó o las discusiones que pudieron surgir y que concluyeron en su adición al proyecto de Código Procesal Penal (Piedrabuena, 2010, p. 13).

Sin embargo, a propósito de la discusión en sala surgen luces sobre su historia, en principio oscura<sup>1</sup>. La

---

<sup>1</sup> Piedrabuena refiere a pie de página que fueron los parlamentarios, quienes preocupados de que ellos o personajes políticos fueran aludidos por la prensa de la existencia de una investigación que los afectara, vieron en la intervención del juez de garantía un adecuado remedio, en vistas a aclarar su posición procesal (Piedrabuena, 2020, p. 13).

intervención del senador Marcos Aburto Ochoa analiza su utilidad como una garantía en contra de eventuales abusos de los fiscales del Ministerio Público. Ya llamaba la atención del exministro de la Corte Suprema que la legitimidad de una investigación fiscal solo se produce por la intervención del juez de garantía<sup>2</sup>. Manifestaba especialmente su preocupación por ser el Ministerio Público quien iniciara la investigación, y que su actuación sea “silenciosa en contra de cualquier persona, aunque ésta ni siquiera tenga conocimiento de ello”, conocimiento que se produciría solo cuando el fiscal lo estimare oportuno con la formalización de la investigación. El senador Aburto consideraba que el desconocimiento que tenía el imputado de una investigación, previamente a la intervención del juez de garantía, constituía una *zona gris* que

puede prestarse, naturalmente, a evidentes abusos, en especial en aquellos lugares donde el control de los fiscales locales resulta difícil, por su lejanía y aislamiento, para las autoridades superiores, como los fiscales regionales y, en último término, el Fiscal Nacional (Historia de la ley 19.696, pp. 1624-1625).

Claramente podemos apreciar, en definitiva, que la posibilidad de control judicial anterior a la formalización es

un dispositivo que posibilita la supervisión de la actividad del Ministerio Público conforme con los principios de juridicidad y a las garantías procesales, especialmente el plazo razonable de un proceso penal. Permitiendo que, en razón de la naturaleza administrativa de los actos del Ministerio Público, cumpla con el principio de universalidad del control, que implica la inexistencia de un órgano o acto administrativo que sea inmune a la revisión de la judicatura independientemente cualquiera sea su jerarquía o función (Soto Kloss, 2012, p. 608).

Así las cosas, la facultad del artículo 186 CPP, desde el punto de vista del justiciable es una herramienta para ejercer el derecho a ser oído, que se define como:

el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal y otro cualquiera (Nash y Núñez, 2015, pp. 204-205)<sup>3</sup>.

Esto vinculado a los principios de juridicidad y control permiten el ejercicio del debido proceso ante una investigación desformalizada.

## 2. La garantía de plazo razonable en la investigación desformalizada

El debido proceso se ha entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para una adecuada defensa ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (Nash y Núñez, 2015, pp. 197-198)<sup>4</sup>.

Siguiendo lo anterior, la Corte Suprema ha señalado que el debido proceso

se satisface con los siguientes principios: (1) derecho a juez natural, (2) juez independiente e imparcial, (3) derecho a un juicio previo y público, (4) derecho a

<sup>2</sup> Recordemos la naturaleza contramayoritaria de los organismos con autonomía constitucional, cuya legitimidad de acción debe necesariamente asilarse en el principio de juridicidad y de control que reside en él.

<sup>3</sup> Nash y Núñez citan numerosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>4</sup> Dicha garantía se encuentra a la vez recogida en el art. 19 N.º3 Constitución Política de la República (CPR).

presentar pruebas de descargo y a examinar la prueba de cargo, (5) derecho a ser juzgado en proceso tramitado conforme a la ley; y, (6) derecho a una defensa técnica (Cs, rol N° 4001-2010, 24 de agosto de 2010).

Si bien es cierto, en la formulación normativa admitida en el sistema chileno no se menciona explícitamente la garantía de plazo razonable como componente del debido proceso, no es menos cierto que la doctrina la ha vinculado con ella, sobre todo, después de la reforma al artículo 5.º de la Constitución (Riego, 1993, p. 531)<sup>5</sup>. Así, Daniel Pastor refiere que:

un proceso cuya prolongación supera el plazo razonable, esto es, un proceso penal de duración excesiva, no lesiona únicamente el derecho a ser juzgado rápidamente, sino que afecta a todos y cada uno de los derechos fundamentales del imputado y sus garantías judiciales (Pastor, 2002, p. 52).

Entre las garantías se encuentra el derecho a defensa y la presunción de inocencia. Tanto el ejercicio de la primera como la segunda se ven afectados como garantías, ya que un proceso extendido temporalmente en demasía, incluso en su etapa investigativa desformalizada, somete al imputado a un castigo silencioso por la sola imposición de un manto de duda sobre su inocencia, y porque la excesiva duración de una etapa investigativa daña la intermediación entre la adquisición de las pruebas, su valoración y la sentencia que se pronuncia sobre ellas (Pastor, 2002, p. 53).

En específico, a partir de la lectura del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podríamos concordar con Pastor en que el plazo razonable es reclamado como integrante, tanto del debido proceso como de la presunción de inocencia. Entender los componentes del debido proceso como

compartimentos estancos solo puede conllevar el encierro de estas garantías que, como bien apunta el derecho internacional, deben transitar por espacios comunes e impregnarse unas a la otras en su contenido y significado normativo. Así, una extensión desmesurada del proceso erosiona la totalidad de las garantías procesales, por lo que la amputación o atrofia de una de ellas produce una merma funcional de las demás.

Incluso, se puede analizar la expectativa y situación anímica del sujeto que se encuentra sometido a investigación penal, que enfrenta dudas sobre su futura libertad personal y existencia por la sombra de un eventual juicio de reproche, por su sentencia definitiva o la imposición de medidas cautelares cuya procedencia el legislador ha procurado que sean cada vez más frecuentes. Este sujeto, considerando su escaso contacto con el sistema de juzgamiento penal, experimenta incertidumbres que pueden derivar en afecciones psicológicas que la mayoría de las personas no están preparadas para sobrellevar. Una investigación desformalizada que puede extenderse por 15 años o toda una vida en los casos de delitos imprescriptibles parece contribuir a una vida no agradable, más bien llena de tortuosas tribulaciones derivadas de una acusación que no tiene una resolución definida en el tiempo, padecimientos que se agravan en la sociedad de riesgos que vivimos actualmente.

Entendemos que la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad y los delitos establecidos en el art. 94 bis del Código Penal resulta un avance en el resguardo del acceso a la justicia por parte de las víctimas de estos delitos, pero no puede no existir contrapeso alguno en los términos temporales que venimos señalando<sup>6</sup>. Un proceso investigativo sin limitación temporal alguna no es compatible con la naturaleza humana y su existencia, ya que para todos el tiempo posee un peso inexorable y una valoración relativa, donde los periodos extensos

<sup>5</sup> El autor señala que la garantía de plazo razonable constituye parte del debido proceso en general, aplicable a materias civiles, penales y también en materias administrativas.

<sup>6</sup> Gandulfo (2008), p. 779, en un sentido similar.

de incertidumbre y ansiedad pueden llegar a generar condiciones no compatibles con la dignidad humana que nuestro constituyente se ha comprometido a resguardar. La certeza sobre la duración y la existencia de una pena muchas veces puede resultar más digna que la duda que se aviene sobre su eventual imposición y duración (CS, rol N° 1883-2005, 26 de julio de 2005)<sup>7</sup>.

## 2.1. El debido proceso previo a la intervención judicial

No es discutible que en la etapa previa a la formalización de la investigación le corresponde al Ministerio Público la realización de la investigación, y, por su calidad de órgano autónomo del Estado, se relaciona con los particulares bajo normas jurídicas de carácter administrativo (Duce y Riego, 2007, p 121).

Con todo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las garantías del debido proceso

no se aplican solamente a tribunales o procesos judiciales, sino también a los procedimientos que, aun cuando no sean estrictamente jurisdiccionales, constituyen el presupuesto de un proceso judicial, tales como las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y avance del mismo (Nash y Núñez, 2015, p. 201).

En forma similar se ha pronunciado la Corte Suprema en los fallos rol N.° 516-2006 y rol N.° 771-2007.

Es relevante señalar que la garantía del debido proceso posee una protección reforzada a propósito de las actuaciones del Ministerio Público, desde que la Ley N.° 19.519 que creó el órgano persecutor, incluyó en el artículo 19 N.°3 de la Constitución la exigencia de que el legislador deba establecer las garantías, no solo de un procedimiento racional y justo, sino también de una investigación con esas características.

Según los autores de la indicación parlamentaria que finalizó en la modificación del inciso 5.° del artículo 19 N.°3 de la Constitución y que implicó la incorporación de la expresión “investigación” en ella:

apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento. Desde otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados (Historia de la Ley N° 19.519, pp. 166-167).

De esta forma, en la Constitución de Chile, la garantía del debido proceso en la etapa desformalizada de la investigación, estadio eminentemente administrativo —a menos que exista la intervención de un juez de garantía autorizando algunas diligencias, como interceptaciones telefónicas— posee un particular refuerzo, ya que no solo se contempla la garantía del debido proceso para procedimientos administrativos generales, sino para el resguardo de los imputados en el proceso penal. Afortunadamente, el constituyente tuvo en vista que el proceso penal es el baremo más reconocido de un Estado de derecho e incluyó en la carta magna la garantía de investigación racional y justa.

## 2.2. El plazo razonable en la etapa de investigación desformalizada

<sup>7</sup> En el considerando 5.° señala precisamente que una investigación desformalizada extensa quebranta los derechos del imputado.

Desde que entendemos que existe un proceso penal, dirigido en contra de un imputado, en los términos del artículo 7.º del Código Procesal Penal, debemos necesariamente comprender que esa relación con el justiciable debe satisfacer las exigencias del debido proceso y, por tanto, estar sujeta a la garantía del plazo razonable, más aún porque el justiciable que se presume inocente de acuerdo al artículo 4.º del mismo Código adjetivo debe soportar que exista una cuota de duda sobre él, ya que parte del Estado, específicamente el Ministerio Público, posee tal duda basada en la investigación que dirige. Lo anterior no es menor considerando todo el poder que posee el sistema de persecución penal. Por ello, buscando garantizar el mandato constitucional, el legislador estableció el artículo 186 del Código Procesal Penal como una de las pocas herramientas que tiene un imputado, previo a la formalización de investigación, para lograr la intervención de un juez de garantía, que cautele que su causa sea conocida dentro de un plazo razonable.

En términos generales, el mismo legislador, incluso antes de la dictación del Código Procesal Penal, estableció un cierto tipo de límite de razonabilidad temporal a la investigación penal al momento de establecer plazos de prescripción de acción penal. Si bien es cierto, la fundamentación de la existencia de la prescripción de la acción penal es discutida entre la doctrina, y sus fundamentos resultan diversos, nos parece que en relación al tópico que tratamos poseen relevancia las siguientes razones para la limitación de la investigación temporal del hecho punible.

Para un grupo de autores, el fundamento de la prescripción de la acción penal reside en la pérdida del interés estatal en la represión, por lo que esta institución posee un carácter de orden público, en el que la disposición penal al castigo desaparece por el transcurso del tiempo,

lo que hace, según Bustos Ramírez, “innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de pena” (Yussef, 2018, p. 50).

Una segunda postura fundamenta la prescripción penal en la necesidad de estabilizar las situaciones jurídicas. De esta forma, Eduardo Novoa, citado por Yussef, explica:

existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de la elusión prolongada de la responsabilidad penal que a algunos quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidades de su parte (Yussef, 2018, p. 51).

Yussef, señala que este razonamiento es una renuncia legislativa y preventiva por parte del Estado a la potestad represiva, pero no debe entenderse como una prescripción adquisitiva de un estado de impunidad.

Un grupo de autores justifica la prescripción en un fundamento netamente procesal, ya que el transcurso del tiempo tiene efectos en la conservación de los testimonios y evidencias de un delito que tendría como consecuencia, para Binding, una pérdida de certeza en el juzgamiento. Para el mismo autor no tendría, por tanto, un idéntico fundamento la prescripción de la pena y la de la acción penal, lo que explicaría de cierta forma las diferencias cuantitativas que existen en su cómputo, a partir de las distintas expresiones utilizadas por los artículos 94 y 97 del Código Penal, relativas a la valoración de penas asignadas por ley en abstracto y aquellas impuestas por sentencia judicial en concreto<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Con relación a este fundamento de orden procesal podemos señalar que, si bien el legislador no refiere el fundamento procesal directamente, es evidente que la prescripción posee incidencia en la investigación penal. Por ello, se entiende que la facultad de no iniciar investigación, reglada en el art.167 del Código Procesal Penal, permite rápidamente poner término a una investigación penal en casos de hechos prescritos y donde no haya existido intervención judicial previa.

Nos parece que estos tres fundamentos tienen relación directa con la garantía de plazo razonable, ya que el Estado posee una obligación de acotar temporalmente los procesos penales una vez realizada la denuncia, para que no exista una duda extendida en el tiempo sobre la culpabilidad de un sujeto, así como de eliminar las incertezas que se pueden producir en juicio penal, cuya realización aparezca distanciada temporalmente en exceso del hecho punible al cual se refiere. Esto disminuye al máximo los riesgos de condenas sujetas a dudas.

En todo caso, los límites temporales de la investigación desformalizada parecen bastante laxos en nuestro sistema penal, ya que como reseñábamos, la legislación hace una distinción importante entre la forma de computar las prescripciones de la acción penal y de la pena, ya que, respecto a la primera, el cómputo se establece atendiendo a la pena abstracta asignada al delito. Con tal escenario, el Ministerio Público podría mantener investigaciones desformalizadas incluso 15 años, respecto a ciertos crímenes.

Esto sucede con los delitos mencionados en el artículo 94 bis del Código Penal, cometidos con posterioridad a la publicación de la Ley 21.160 de fecha 18 de julio de 2019. La Fiscalía podría investigar, sin intervención de un juez de garantía, durante toda la vida del imputado, lo que pareciera ser un efecto querido por la Ley 21.160, ya que, como veremos, la imprescriptibilidad no significa una derogación de la garantía del plazo razonable que le asiste a todo imputado.

### 2.3. El ejercicio del artículo 186 del Código Procesal Penal en los delitos imprescriptibles

La ley N.º 21.160, que “declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad” estableció que todos estos delitos, incluidos en el Código Penal, no prescribirán cuando la víctima fuera menor de edad al momento de la perpetración del hecho.

Los delitos son: de secuestro, sustracción de menores, en relación al delito de violación; los delitos de

tortura y apremios ilegítimos, en relación a los ilícitos de los artículos 361, 362 y 365 bis, así como los delitos de los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N.º 1, en relación con la violación.

Durante la tramitación de esta modificación legal se discutió su constitucionalidad en relación con la garantía procesal del plazo razonable, ya que de acuerdo con distintos informes acompañados en su gestación, hubo opiniones que señalaron que la imprescriptibilidad de estos delitos infringirían dicha garantía. Señalaban que la institución de la prescripción no solo responde a la seguridad jurídica, sino a una forma de protección de la garantía de la razonabilidad temporal del proceso (Historia de la Ley N.º 21.610, p. 36). Sin embargo, la opinión mayoritaria de los autores que comparecieron en las distintas comisiones manifestaba que la imprescriptibilidad de estos delitos no se correspondía con una garantía fundamental, sino con una elección de política criminal en favor de la protección de los derechos de las víctimas. Por ello, es que aún persiste la institución de la prescripción de las penas dictadas en procesos penales por estos delitos.

En definitiva, la imprescriptibilidad de la acción que establece el artículo 94 bis del Código Penal busca otorgar protección a las víctimas, otorgándole espacio temporal, en razón de su proceso evolutivo y de significación del daño sufrido, para efectuar la denuncia del ilícito, y no busca en forma alguna alterar los términos y garantías propias del proceso penal, que siguen asistiendo a todo tipo de imputado del que se investiga su participación culpable en este tipo de delitos.

En definitiva, aun en este tipo de delitos, no hay ninguna duda de que el artículo 186 del Código Procesal Penal resulta aplicable, ya que la imprescriptibilidad es una protección dispuesta por razones de política criminal en favor de la víctima, *para dar inicio al proceso penal, actuando, previa denuncia*; pero una vez realizada esta, y habiendo sido puesto el hecho punible en conocimiento

de las agencias de persecución penal, no se afecta de manera alguna la duración razonable del proceso, ya sea en su etapa formalizada o desformalizada. En consecuencia, sus dilaciones siguen pugando con

la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (Historia de la Ley N.º 21.160, pp. 36, 55, 65, 67, 79, 111, 115, 156, 184, 230, 269-270)<sup>9</sup>.

### 3. La formalización de la investigación como acto procesal

La formalización de la investigación es una actuación autónoma del Ministerio Público, por la cual se comunica al imputado, ante un juez de garantía, que se desarrolla una investigación penal en su contra, respecto de uno o más delitos, a fin de que este pueda conocer en propiedad la investigación fiscal y desplegar su actividad de defensa<sup>10</sup>. Concuera la doctrina nacional en que su finalidad es de garantía y no causa efectos automáticos sobre la libertad del imputado (Duce y Riego, 2007, p. 220).

Ahora bien, si bien concordamos en que es una facultad autónoma del Ministerio Público, aquella lo es en su contenido comunicativo, mas no en su oportunidad estratégica, ya que aparece, en ese ámbito, limitada en los supuestos del artículo 233 del Código Procesal Penal (Duce y Riego, 2007. P. 226)<sup>11</sup>, en los casos en que los plazos de prescripción de la acción penal derivada del hecho punible estén cercanos en su vencimiento y, por supuesto, ante la limitación temporal que puede imponer el juez de garantía en virtud del aludido artículo 186 del código adjetivo.

Para una mejor comprensión de estos planteamientos, debemos señalar que la formalización de la investigación, además de ser una actuación autónoma del Ministerio Público, es también un acto procesal de los que Carnelutti denomina “actos de gobierno”, ya que alude a “una actividad dirigida a poner el proceso en situación de operar” (Carnelutti, 1946, p. 454). En el proceso penal chileno, dichos actos únicamente pueden tener origen en el persecutor oficial, o en el acusador privado en el caso del proceso reglado en los artículos 401 y siguientes del Código Procesal Penal (delitos de acción penal privada). Siguiendo la propuesta de clasificación de Carnelutti, claramente la formalización no solo es un acto de garantía como lo define gran parte de nuestra doctrina, sino que también es un acto iniciador del proceso penal, que busca satisfacer a una parte interesada en obtener la condena penal de los imputados (Ried, 2017, pp. 99-101).

Entendiendo la formalización como un acto procesal, ante su realización, necesariamente nace una resolución que corresponde a una sentencia interlocutoria y que

<sup>9</sup> Aparecen las intervenciones de diversos interesados, autores y legisladores

<sup>10</sup> Varios autores (López y Horwitz (2003), tomo I, pp. 540 y 541; (Duce y Riego (2007), p. 220; (Maturana y Montero (2010), tomo II, p. 582.

<sup>11</sup> También Maturana y Montero (2010), tomo II, p. 587 refieren que la oportunidad para formalizar no es facultativa para el Ministerio Público en los casos que desee, sino que él se encuentra obligado a proceder a la formalización en los casos establecidos en el artículo 233 del Código Procesal, lo que constituye, en este caso, la formalización en un requisito de dichos actos procesales. A saber: la recepción anticipada de prueba, el debate de medidas cautelares y al requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación. De esta forma, puede darse el supuesto, que constituye la regla general práctica, en la que el fiscal nunca solicite dichas medidas. En definitiva, creemos que la expresión “obligado” del artículo 230 del Código Procesal Penal debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que dichos actos presuponen obligatoriamente la comunicación previa de los hechos de la investigación para permitir en dichos actos el debido derecho a defensa y cumplir, por el juez, en su oportunidad, el deber de fundamentación de la resolución judicial que nazca de ellas.

resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria de acuerdo al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil. Dicha resolución “de tener por formalizada la investigación” es la que abre una gama de posibilidades para los intervinientes, lo que permite la solicitud de medidas cautelares, la rendición de prueba anticipada, la aprobación de salidas alternativas y, sobre todo, la imposición de un plazo de investigación. Esta última cuestión se abordará más adelante como un

elemento central a la hora de dotar, vía interpretación sistemática, de efectos jurídicos en caso de que el Ministerio Público no formalice investigación en el plazo judicial decretado por el juez de garantía al alero del artículo 186. Solamente, a través de una resolución que tiene por formalizada la investigación se entra de lleno en el proceso penal cuya finalidad principal es la dictación de una sentencia definitiva, con efecto de cosa juzgada, que ponga término a la incerteza propia del estado de inocencia del imputado, previo al juzgamiento.

## 4. El alcance normativo del artículo 186 del Código Procesal Penal

En este apartado se analizará la finalidad de esta norma, las dudas que existen sobre quién es su legitimado activo, las posibilidades que tiene el juez de garantía ante la solicitud de que se fije un plazo de investigación, y finalmente, los efectos de la negativa del fiscal de formalizar la investigación dentro del plazo otorgado por el juez conforme con el artículo 186 del Código Procesal Penal.

4.1. Finalidad y garantía protegida por el artículo 186 del Código Procesal Penal

Del análisis de las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Chile, podemos entender que la norma contenida en el artículo 186 CPP es una norma que garantiza el debido proceso en dos aspectos fundamentales siguiendo los principios que lo componen como lo ha resuelto la Corte Suprema. A saber, el derecho a ser informado sin demora y en forma detallada de la imputación que se existe contra un imputado y, eventualmente, ejercer su derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Es evidente que la resolución que fije los plazos para una formalización debe necesariamente tener presente algunos aspectos distintos de aquellos que fijan los plazos

de una investigación formalizada conforme al artículo 247 CPP, pero también otros adicionales atendidas las diferencias proyectivas que posee una etapa previa a la formalización versus aquella donde se han comunicado cargos ante el juez de garantía, en donde los avances de la investigación y los riesgos de restricción o privación de libertad son mayores. Al respecto, podemos ver los siguientes tópicos que impliquen diferencias:

- La imprecisión o inexistencia de imputación fáctica
- Deducción de querrela en el proceso investigativo
- Distancia temporal entre denuncia o notitia criminis y resolución que fija plazo de investigación.
- Tipo de delito o infracción investigada, y su complejidad
- Imputación de los delitos mencionados en el artículo 94 bis del Código Penal y tiempo en que la investigación ha permanecido desformalizada
- Actitud del imputado en la investigación
- Privaciones temporales de derechos del imputado, por ejemplo, si ha sufrido incautaciones o medidas investigativas que afecten sus derechos fundamentales

- Exposición periodística de la investigación penal, por ejemplo, casos de filtración de los antecedentes de investigación

- Afectación de las labores habituales de un imputado sujeto a una investigación penal, por ejemplo, si se encontrara suspendido de sus funciones en el contexto de un sumario administrativo.

Los factores enunciados necesariamente son precisiones de aquellos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a propósito de procesos judiciales en curso. Estos son: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso<sup>12</sup>. Nos parece que alguno de estos factores puede verse especialmente afectado aún en una etapa desformalizada o prejudicial, a diferencia de lo que menciona Marta Herrera, quien tomando como base la construcción de la garantía de juicio rápido del derecho anglosajón estima que la garantía de ser juzgado en un plazo razonable adquiere plena vigencia solo desde la formalización de la investigación (Herrera, 2005, p. 392). Dicha interpretación no es sostenible por el tenor literal de la parte final del artículo 186, que expresamente establece la posibilidad de fijar un plazo para formalizar, y es contraria a la garantía del debido proceso, que por mandato constitucional es aplicable a la investigación dirigida por el Ministerio Público. Esta investigación, aunque de naturaleza administrativa, debe reunir caracteres de racionalidad y justicia propios de la garantía, como el plazo razonable.

Desde el punto de vista de investigación penal estratégica, la herramienta del artículo 186 del Código Procesal Penal también aparece como un adecuado contrapeso al secretismo con que se lleva la investigación penal desformalizada, sobre todo cuando el fiscal normalmente está interesado en prolongar por

el máximo tiempo posible este periodo de investigación, ya que es más cómodo para el persecutor desarrollar una investigación en reserva, sin la intervención del juez o el defensor, con las facultades de control que ambos sujetos procesales poseen (Duce y Riego, 2007, p. 368), y formalizar cuando se hubieren “acopiado suficientes antecedentes relevantes, tanto sobre la existencia del hecho punible como de la participación criminal” (Oficio FN, N° 060-2014, p. 25).

### 4.2. Legitimado activo

En general, existen dos corrientes sobre si la expresión “afectado” que utiliza el artículo 186 del Código Procesal Penal es comprensiva o no respecto a la víctima. La mayoría de la doctrina (Piedrabuena, Herrera y otros) se manifiesta negativamente, y se funda en que la norma en análisis regula una situación excepcional que debe ser interpretada restrictivamente, por su carácter garantista, basada en el derecho a ser juzgado en plazo razonable, sin dilaciones indebidas y en el adecuado ejercicio del derecho a defensa (Herrera, 2005, p. 388). Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) mantiene una posición contraria, permitiendo que la víctima pueda hacer uso de esta facultad.

Nos parece que la víctima no está habilitada para solicitar la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal, ya que no debemos perder de vista que ella busca, finalmente, que se formalice la investigación, acto procesal comunicativo que es la materialización del debido proceso en cuanto permite al investigado conocer el cargo por el que se le atribuye penalmente. Nuevamente la doctrina, mayoritariamente, contempla la formalización como un acto garantista. Por ello, estimándose como una garantía del imputado, a nuestro juicio, no puede ser forzado o instado por la víctima en el proceso penal. Incluso si entendemos la formalización como un acto procesal que materializa el interés de iniciar una persecución penal con intención final de obtener una

<sup>12</sup> Nash y Núñez (2015), p. 214, señalan como factores: “a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

condena penal, como lo hace Santiago Ried, igualmente debe recibir una interpretación restrictiva a la luz del artículo 5.º inciso 2.º del Código Procesal Penal por el riesgo de que se limiten derechos del imputado o su libertad.

La víctima posee otros derechos, distintos de los de imputado, y bien puede ejercerlos y encontrar la forma de reclamar contra el fiscal que no formaliza la investigación, pero carece del derecho de forzar la formalización como lo reconoce la Corte Suprema en su sentencia rol 19.087-2019<sup>13</sup>. Precisamente, fundándose en la norma de interpretación del artículo 5.º del Código Procesal Penal, aboga por una interpretación restrictiva de esta institución por su potencial poder de afectación de las garantías del imputado.

Ahora bien, dicho lo anterior, no debemos soslayar la existencia de fallos del Tribunal Constitucional que han tomado una postura distinta de la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores de justicia, en torno a declarar que la expresión “afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente”, que utiliza el artículo 186 del Código Procesal Penal, interpretada conforme a la Constitución, es aplicable no solo al imputado, sino también a la víctima y al querellante en un proceso penal (TC, rol N° 1484-09, 5 de octubre de 2009, c.16.º y 26.º). Sin embargo, esta postura no impide una interpretación sistemática de las normas, que garantice los derechos de los imputados y franquee el acceso de la víctima a la justicia de la víctima.

Otra cosa distinta es determinar quién es el único habilitado para formalizar la investigación y los efectos procesales penales de su negativa a efectuarla, que para la víctima tendrá incidencia en la responsabilidad administrativa del fiscal y civil del Ministerio Público, especialmente si sus acciones u omisiones son arbitrarias

o injustificadamente erróneas, conforme con el artículo 5.º de la Ley 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Lo anterior no debe comprometer los derechos de quien es imputado de un delito de ejercer su derecho constitucional a ser oído por un juez imparcial y que su caso sea juzgado en un plazo razonable<sup>14</sup>.

#### 4.3. ¿Puede el juez no imponer plazo alguno?

El artículo 186 en su parte final es claro en que la fijación de plazo para que el fiscal formalice la investigación es facultativa para el tribunal, cuestión que se extrae de la expresión “podrá”. Con todo, la negativa a ello debe necesariamente fundarse en los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han establecido como factores para determinar el plazo razonable que previamente expusimos.

Preliminarmente, hay que aclarar la naturaleza de la resolución que se pronuncia sobre la petición de fijación de plazo para formalizar. En el caso de que se acceda a la fijación de plazo, a nuestro juicio, ella corresponde a una sentencia interlocutoria de segundo grado, ya que resuelve sobre un trámite que sirve de base para la dictación de una sentencia interlocutoria o definitiva. Aquello se explica porque la resolución que tiene por formalizada la investigación es un requisito para que posteriormente se acuse, se dicte un auto de apertura de juicio oral y, finalmente, se dicte sentencia definitiva, en un procedimiento ordinario.

Por su parte, la resolución que niega la fijación de un plazo para formalizar tiene naturaleza de auto, por lo tanto, en el evento de que exista una negativa del tribunal, bien puede el interviniente afectado plantear en el futuro nuevamente la solicitud de que se le fije plazo, con mayores antecedentes o con el mero transcurso del tiempo que puedan incidir en tomar una decisión distinta.

<sup>13</sup> Corte Suprema, rol N.º 19087-2019, de 10 de julio de 2019, que confirma sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, rol N.º 1457-2019, de 2 de julio de 2019.

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional, rol N.º 2510-13, de 7 de enero de 2014, en su considerando 17.º señala que distintos intervinientes tienen garantías diferenciadas, y que la garantía del debido proceso e investigación racional y justa no está asociada a un estatuto igualitario para todos quienes participan en la persecución y proceso penal.

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional (TC, rol 1484-09, 5 de octubre de 2009, c. 10.º).

Ahora bien, respecto a la posibilidad de recurrir frente a la resolución que niega fijarle plazo al fiscal para formalizar la investigación, podrían existir dos posturas al respecto. La primera se apoya en que el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal señala que las resoluciones del juez de garantía son apelables cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días. Lo anterior se condice con la naturaleza procesal de auto de la resolución en comento, desde que permite que se reditúe la discusión con nuevos antecedentes, cuestión que incluso podría darse en un plazo inferior a aquel establecido en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal.

Una segunda posición sostendría la posibilidad de apelar de dicha resolución, lo que se aviene de mejor forma con el derecho al recurso y asegura la posibilidad de revisión de la resolución que niega fijarle al fiscal un plazo de investigación. Lo anterior se funda también en las características del recurso de apelación y su procedencia ordinaria. Siguiendo esta línea, la resolución que niega fijarle un plazo para formalizar la investigación al fiscal haría imposible la prosecución del procedimiento.

#### 4.4. Efectos ante la ausencia de la formalización en el plazo judicial otorgado por el juez de garantía

El universo de autores y jurisprudencia da cuenta de que no existe claridad respecto a los efectos de no formalizar una investigación en el plazo judicial determinado por el juez de garantía a la luz del artículo 186 CPP. En general, la doctrina ha analizado los siguientes efectos:

##### *4.4.1. No existe efecto alguno si el fiscal no formaliza en el plazo otorgado conforme al artículo 186 del Código Procesal Penal*

Esta ha sido la postura de los autores Guillermo Piedrabuena Richards y Marta Herrera Seguel, quienes plantean que la inobservancia del Ministerio Público del plazo para formalizar no posee ningún efecto procesal

penal, ni la preclusión de esta facultad (Herrera (2005), p. 404; Piedrabuena (2010), p. 16). Es más, Piedrabuena señala que ante el evento de que se fije un plazo para formalizar, el respectivo fiscal del caso debería recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la citada norma, ya que se estaría invadiendo una potestad constitucional del Ministerio Público de dirigir la investigación y sus términos (Piedrabuena, 2010, p. 16). Fundan su opinión en la autonomía constitucional del Ministerio Público en cuanto a dirigir exclusivamente la investigación.

Nos parece que esta postura no posee mayor sustento normativo, ya que como lo analizamos precedentemente, la investigación de delitos, más allá de ser autónoma, posee límites en los derechos garantizados por la Constitución, entre los que se encuentra el debido proceso y el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable, que el legislador, en cautela de la inclusión de la garantía a la investigación racional y justa, procuró protección con el tantas veces mencionado artículo 186. Adicionalmente, atendido que el Ministerio Público de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema carece de la titularidad de derechos constitucionales, podría sostenerse que no es legitimado activo para promover la inaplicabilidad del precepto legal del artículo 186 del Código Procesal Penal. Ahora bien, también podría promover una contienda de competencia de acuerdo al artículo 93 N.º12 de la Constitución Política de la República.

Sobre la posibilidad de que se suscitara un conflicto de competencias entre un juez de garantía que fijó un plazo al Ministerio Público para formalizar la investigación y el órgano persecutor, creemos que no surgiría, puesto que la doctrina señala

que este tipo de contiendas de competencias no se verifica si un órgano realiza con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino sólo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro. Existe así una contienda de competencia o funciones cuando un órgano con su actuar u omisión, afecta las competencias de otros siempre y cuando tal situación importe una real y actual lesión o menoscabo (TC, rol 1531-09, 10 de diciembre de 2009, c. 5.º).

Ahora bien, si pensamos sobre la fijación de un plazo judicial para formalizar la investigación, no creemos que exista una real lesión o menoscabo de la competencia del Ministerio Público, ya que este podrá continuar investigando y solicitar la ampliación del término judicial para formalizar investigación o bien tomar decisiones definitivas acerca de la indagatoria. Por ello, su decisión sobre formalizar o no una investigación permanece en el ámbito de sus competencias, como también otras decisiones administrativas sobre ella.

#### *4.4.2. Control sobre incidencia en ciertas resoluciones judiciales discrecionales*

Jaime Salas Astrain postula que, no existiendo una consecuencia taxativa en la ley ante el evento de que se fije un plazo para la formalización y aquel no sea observado por el fiscal, el juez de garantía, a fin de velar por la igualdad de armas, dependiendo de la intensidad de afectación de los derechos del imputado, debe efectuar un control discrecional sobre ciertas incidencias que se pueden producir durante la tramitación del proceso en la etapa previa a la formalización, las que puede negar o limitar. El citado autor menciona como ejemplo de estas incidencias la detención solicitada conforme al artículo 127 inciso 1.º, la negación de diligencias solicitadas sin conocimiento del afectado (artículos 9.º y 236 del Código Procesal Penal), la interceptación de comunicaciones telefónicas, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, o la limitación de reservas de la investigación establecidas en el artículo 182 (Salas, 2019, pp. 62-63).

A nuestro juicio, otorgar estos efectos a la no formalización en el plazo establecido judicialmente, como lo describe Salas Astrain, no tiene efectos relacionados con la garantía judicial que el legislador buscó garantizar con la inclusión de la norma del artículo 186. Por ejemplo, que se niegue una orden de detención conforme con el artículo 127 inciso 1.º del Código Procesal Penal no posee una mayor incidencia, ya que en el caso concreto, un imputado que ha provocado la intervención del juez de garantía conforme a la norma en análisis, está al tanto del proceso y se ha apersonado en él, por lo que la necesidad de decretar una medida cautelar como la señalada no

es requerida, ya que la presencia del imputado ante el órgano jurisdiccional se encuentra resguardada.

En relación con las diligencias solicitadas por el fiscal, conforme con el artículo 236 del Código Procesal Penal, podemos apreciar que las facultades del juez de garantía para negar dichas diligencias no tienen relación con la actitud del imputado que haya requerido la intervención del juez de garantía, sino que la negativa jurisdiccional se vincula con la eficacia de dichas diligencias para la investigación y no con la garantía del plazo razonable.

Respecto a la limitación de la facultad del persecutor de decretar la reserva de los antecedentes, conforme con el artículo 182, lo primero que debemos destacar es su excepcionalidad y que su mantención se relaciona más bien con el derecho a conocer los antecedentes recabados por el fiscal y la posibilidad de pedir diligencias investigativas sobre aquellos, y no está necesariamente vinculada con la garantía de plazo razonable. Es más, la reforma de la Ley 20.931 estuvo por limitar fuertemente la posibilidad de que la investigación secreta no sea conocida por el imputado, así, las ampliaciones de la reserva de ella no son oponibles al investigado.

#### *4.4.3. Imputación de desacato respecto del fiscal que no formalice investigación en el plazo del artículo 186*

Teniendo en cuenta que no existe sanción procesal para la inobservancia del plazo para formalizar la investigación, también se ha planteado, minoritariamente, que la inactividad en comunicar formalmente cargos constituirá un delito de desacato.

Dicha solución no nos parece la adecuada, ya que la amenaza de una sanción penal o una privación de libertad constituye un estímulo perverso, por el cual se impulsa a formalizar cargos en investigaciones cuyo mérito de antecedentes es escaso, y que, en definitiva, se realice una formalización arbitraria que comprometa la responsabilidad del órgano persecutor y, ulteriormente, la del funcionario. Tampoco esta solución sería un adecuado remedio frente a una inactividad del fiscal que coarta los derechos procesales. Por más desacatos en que incurriere el fiscal, el manto de dudas respecto a la

inocencia del imputado, a lo menos por parte del órgano persecutor, continúa perpetuándose como lo podría ser el hecho de no ser formalizado.

Por lo demás, el desacato aparece como un tipo penal que sanciona el incumplimiento de resoluciones judiciales y no se contempla como sanción por no realización de actos procesales. Una revisión somera de las normas del Código Procesal Penal nos permite concluir que la no realización de un acto procesal acarrea consecuencias procesales, pero nunca sanciones penales.

Desde el punto de vista de la acción típica que eventualmente se puede imputar, también se puede extraer de suyo que, ante la negativa a formalizar, el fiscal del Ministerio Público incurra en el delito de desacato, ya que la resolución que le fija un plazo para formalizar investigación no le ordena proceder con aquella, ni menos inhibirse en su acción. Por lo demás, la ley prescribe sanciones procesales específicas para el caso que desplazan el delito de desacato como veremos más adelante (Matus y Ramírez, 2021, p. 374).

#### *4.4.4. Ilegalidad de antecedentes probatorios o imposibilidad de utilizarlos para medidas cautelares*

Este efecto, presentado por Duce y Riego, es visto como una solución intermedia entre las posiciones que sostienen que no existe efecto alguno de la inobservancia del plazo para formalizar investigación y quienes sostienen que la no formalización, expirado el plazo judicial para ello, acarrea el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta postura refiere que, a partir de la negativa de formalizar del Ministerio Público y hasta que ella se mantenga, toda la información recabada de diligencias realizadas en este periodo es obtenida con infracción del derecho a defensa material y no podrá ser utilizada en contra del imputado en el debate de medidas cautelares (Duce y Riego, 2007, p. 227).

Esta postura posee inconvenientes de procedimiento en cuanto a la perdurabilidad de sus efectos y en relación con el artículo 276 inciso 3.º del Código Procesal Penal. Los autores plantean la inutilización de los antecedentes, lo que aparece intrínsecamente vinculado

con la posibilidad de que ellos sean valorados para el debate de cautelares (Horwitz y López, 2004, tomo II, p. 205), cuya naturaleza es necesariamente transitoria. Desde ese punto de vista, nos parece que la intención del legislador al establecer el artículo 186 del Código Procesal es una real protección de la garantía de plazo razonable de carácter trascendente y no transitoria, ya que el Ministerio Público podría formalizar igualmente vencido el término judicialmente decretado, soslayando los derechos judicialmente reconocidos al imputado, y en definitiva arribar a un juicio oral donde esos antecedentes, inutilizables para la discusión de cautelares de acuerdo a esta postura, sean válidos como prueba de una eventual sentencia condenatoria.

La postura posee, también, dificultades de procedimiento, ya que no existe una forma de obtener la declaración judicial de inutilización de los antecedentes. Ello solo surgiría ante la solicitud de medidas cautelares por parte del órgano persecutor, cuestión que es eventual, y, por lo demás, al no existir una declaración judicial que establezca ese efecto, este puede ser fácilmente desconocido en el debate de cautelares.

Como corolario, el artículo 276 inciso 3.º del Código Procesal Penal erige una nueva dificultad para esta postura, ya que la citada norma señala que se excluirán las actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, para la no utilización de la evidencia es necesario que aquella tenga un origen espurio, cuestión que puede no darse en la especie. Por ejemplo, una declaración de un testigo, recibida una vez expirado el plazo judicial para formalizar, y registrada en forma legal por parte del Ministerio Público, no parece ser en su origen ilícita, desde que no se afecta norma legal alguna en su obtención.

Incluso si se reclamara la ilegalidad de la diligencia como fundamento de un recurso de nulidad, no nos parece que la supuesta garantía infringida, que de acuerdo con estos autores corresponde a la defensa material, sea suficientemente sustancial a la luz del art.375 del Código Procesal Penal, como para fundar exitosamente un recurso de nulidad. Así, si se considera el mismo

caso anterior, en que el fiscal recibe una declaración de un testigo una vez vencido el plazo que le fijó el juez de garantía para formalizar la investigación, igualmente la defensa podrá conocer su contenido y preparar su estrategia procesal con suficiente anticipación, por lo que mal podríamos sostener que este tipo de diligencia infringiría el debido proceso (CS, rol N° 5081-2010, 5 de octubre de 2010).

#### 4.4.5. Sobreseimiento temporal

Un posible efecto que se ha analizado en el caso concreto es la posibilidad de que se decrete el sobreseimiento temporal en caso de que el fiscal no formalice la investigación en el plazo judicial.

Desde ya debemos admitir que el mensaje del Código Procesal Penal nos adelanta que esta posible consecuencia jurídica no es la más adecuada, ya que el espíritu del legislador es “limitar con fuerza su aplicación por cuanto se trata de una salida bastante insatisfactoria” (Mensaje del CPP, párrafo 92). Lo anterior se refuerza con la lectura del artículo 252 que establece solo tres supuestos para declararlo: la existencia de una cuestión civil previa conforme al artículo 171, cuando se ha declarado rebelde al imputado conforme con el artículo 99, y cuando, una vez cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental.

Un cuarto supuesto en que se puede declarar el sobreseimiento temporal se encuentra reglado en el artículo 10 del Código Procesal Penal, que establece la posibilidad de que el juez de garantía que estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales —como la garantía del plazo razonable— pueda decretar medidas necesarias para resguardar su ejercicio. Continúa la norma habilitando al juez para el caso en que esas medidas fueran insuficientes para evitar una afectación de los derechos del imputado, decretar la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible para que, en audiencia posterior, resuelva la continuación del procedimiento o su sobreseimiento temporal. Este, sin

embargo, no podría ser decretado pues, como señala Salas Astrain, es dudoso que un imputado no formalizado sufra de una afectación sustancial a sus derechos en los términos que exige el artículo 10.º para que se proceda de tal forma, ya que, por ejemplo, a su favor continúan corriendo los plazos de prescripción de la acción penal (Salas, 2019, p. 60) y su libertad no corre peligro, ya que no se le han formalizado cargos, como presupuesto de medidas cautelares que pudiesen afectarla.

No parece correcto que un juez de garantía opte por resolver la inobservancia del plazo para formalizar a través de un sobreseimiento temporal dictado conforme al artículo 10 del Código Procesal Penal, ya que, como señalamos, la intención del legislador es evitar la aplicación de esta salida judicial y porque este efecto parece más bien un premio al fiscal rebelde en formalizar más que una protección a la garantía del plazo razonable, ya que le permitiría, una vez que decida comunicar cargos, cesar la causal de sobreseimiento y reactivar el proceso discrecionalmente.

En efecto, una adecuada protección jurídica de esta garantía implica cargar al titular de la persecución penal con el deber de dar trámite expedito y eficiente a la investigación, y poder exigir la terminación definitiva de las investigaciones injustificadamente extensas.

Así las cosas, el sobreseimiento temporal posee como desventajas en sí mismas que no es eficiente porque perpetúa las dudas sobre la inocencia que han nacido del proceso penal y porque es una paralización del procedimiento que cesará cuando la causa que la motive desaparezca, por lo que el juez deberá reabrirlo cuando el fiscal formalice la investigación, lo que le permitirá un rango de acción discrecional que pareciera que el artículo 186 del Código Procesal Penal busca evitar.

Por lo tanto, el único efecto sería la eventual continuidad de los plazos de prescripción de la acción penal, en situación de que la paralización supere los tres años conforme al artículo 99 del Código Penal; y

es más, no habrá efecto alguno respecto a los delitos imprescriptibles<sup>15</sup>.

### 4.4.6. Imposibilidad de cautelares

Un quinto efecto al no formalizarse dentro de plazo de investigación puede darse a propósito de la dictación de medidas cautelares. Es evidente que el establecimiento del plazo razonable como garantía del proceso penal busca que las limitaciones a la libertad, sea total o parcial, y al goce de otros derechos fundamentales, adoptadas como medidas cautelares, posean una duración temporal acotada y tolerable.

Por ello, las medidas cautelares deben decretarse cuando fueran indispensables y solo cuando subsistan en su necesidad de acuerdo con el artículo 122. En relación con la necesidad de decretarse, el legislador señala que ellas deben tener por fundamento el riesgo para la investigación, riesgo de fuga, riesgo para la seguridad de la sociedad y peligro para la seguridad de la víctima.

Es indudable que la proactividad de un imputado para que se le juzgue en un plazo razonable y que provoque su formalización constituye una actitud defensiva poco frecuente, afecta la necesidad de medidas cautelares previamente señaladas, aminora los riesgos de fuga y de peligro para la investigación. Sin embargo, hay finalidades en que esta posición defensiva, de instar a la formalización pronta de cargos, no posee mayor incidencia, como lo son los supuestos de peligro para la seguridad de la sociedad y riesgo de la seguridad de la víctima.

Respecto al primero de ellos, la definición normativa que posee en la legislación no hace referencia alguna a la

actitud procesal del encartado. Es más, su fundamento de acuerdo con el legislador de la Ley N° 20.503, corresponde a casos donde el imputado comete con frecuencia delitos o la imputación posee caracteres de gravedad importantes. Por ello, la institución del artículo 186 posee escasa incidencia respecto a medidas cautelares dictadas con esta finalidad.

Adicionalmente, el legislador, a través del mismo artículo 122, ha procurado acotar la duración de las medidas cautelares. Así, que un fiscal no formalice investigación a la luz del artículo 186 no posee efecto alguno, así la primera es presupuesto de las segundas. Así las cosas, dotar a la norma en estudio con un efecto limitativo es reiterar el mandato del legislador establecido en el mencionado artículo 122, y en definitiva, restarle efecto jurídico a la inobservancia del plazo de formalización, cuestión que debe desecharse desde la hermenéutica legal<sup>16</sup>.

### 4.4.7. Sobreseimiento definitivo

Efecto que surge de la naturaleza garantista de la facultad del artículo 186 del Código Procesal Penal, y que constituye la respuesta, a lo menos inicial, de los Tribunales de Justicia a un supuesto vacío legal ante el incumplimiento del fiscal en formalizar en el plazo judicial.

Su gran sostén jurisprudencial y doctrinario viene dado por la sentencia de la Corte Suprema con fecha 26 de julio de 2005, dictada en el rol 1883-2005 que, en votación dividida, rechaza recurso de queja deducido respecto a la sentencia de la Corte de Temuco que acogió sobreseimiento definitivo por haber expirado el plazo para formalizar una investigación por el delito de incendio.

<sup>15</sup> Relevante en casos, como ha resuelto cierta jurisprudencia, que más allá del efecto propio de la formalización de acuerdo al artículo 233 del Código Procesal Penal, sean actos procesales anteriores los que suspendan el procedimiento conforme al artículo 96 del Código Penal.

<sup>16</sup> Idéntica razón puede esgrimirse respecto a las medidas cautelares prejudiciales del artículo 92 N.º 1 de la Ley de Tribunales de Familia, donde el mismo legislador le ha establecido una duración a ellas y cuya finalidad es el resguardo de la víctima. Caso distinto es la medida del Art. 372 ter del Código Penal. En dicho caso, podría existir algún grado de incidencia, pero precisamente, en la práctica, su imposición es la forma por el cual el imputado se entera de la existencia de una investigación desformalizada, pudiendo instar a una formalización. En virtud de la existencia de dicha cautelar, y la afectación que le produzca a los derechos del imputado, puede bien el juez de garantía imponer un plazo para formalizar en los términos de la norma analizada.

La sentencia de 26 de julio de 2005 fundamenta su decisión en

el rescate del equilibrio de los derechos del imputado, quebrantado por una investigación desformalizada muy larga (más de tres años), sin que el Ministerio Público muestre voluntad clara de encauzar por las vías procesales normales que garantice los derechos de los intervinientes, como es su obligación legal y natural (CS, rol N° 1883-2005, 26 de julio de 2005, c. 5.º).

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que es confirmada por la Corte Suprema, a su vez, señala que la distinción entre investigación desformalizada y formalizada no se recoge por el Código Procesal Penal y que ella propicia, por la falta de control jurisdiccional, algo no deseado por el legislador: que las investigaciones sean extensas como el caso particular en que se dictó fallo.

La decisión dividida que tuvo en su oportunidad la Corte Suprema ha sido recogida también por la Corte de Apelaciones de Concepción que, en decisión con fecha 4 de abril de 2014 en el rol 182-2014, decretó el sobreseimiento definitivo de una investigación desformalizada, por no haberse comunicado cargos en el plazo otorgado al alero del artículo 186 por aplicación analógica de la regla del inciso penúltimo del artículo 247 del Código Procesal Penal, vigente en ese momento, que ordena el sobreseimiento definitivo de la causa cuando no se ha deducido acusación transcurridos diez días desde el cierre de la investigación, señalando que dicha analogía *in bonam partem* es admitida a partir del inciso 2.º del artículo 5.º del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, gran parte de la doctrina se pronuncia en contra de esta solución normativa por la falta de formalización en el plazo judicial, ya que las causales de sobreseimiento definitivo establecidas en la ley *son numerus clausus* que, por ser de derecho estricto, no son aplicables por analogía (Salas, 2019, pp. 52-53).

En razón de ello, también existe variada jurisprudencia que ha negado la posibilidad de sobreseer definitivamente ante la inactividad del Ministerio Público en formalizar. Así lo ha resuelto, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel (rol 1980-2014 de fecha 5 de diciembre de 2014), la Corte de Apelaciones de Concepción en su fallo rol 163-2008 (de fecha 9 de mayo de 2008) y la Corte de Apelaciones de Arica en su sentencia de fecha 14 de abril de 2008 en el rol N° 25-2008. Todos estos fallos se basan esencialmente en que no formalizar dentro del plazo del artículo 186 no es una causal de sobreseimiento establecida en la ley.

Nosotros creemos que la posibilidad de sobreseer la investigación es una finalidad deseable para resolver el nudo normativo que plantea el artículo 186. Sin embargo, sostenemos que existen ciertas normas procesales que deben respetarse previamente y que aseguren el derecho al acceso a la justicia de todos los intervinientes. Veremos posteriormente cómo resolver, normativamente, la supuesta inexistencia de consecuencias jurídicas.

#### 4.4.8. Preclusión de respecto de la facultad de formalizar la investigación.

Por último, parte de la doctrina ha sostenido que la no formalización de la investigación en el plazo otorgado conforme al artículo 186 del Código Procesal Penal produce la preclusión de dicha facultad. Esta postura es la que adelantamos desde ya para compartir. Sin embargo, en sus formulaciones previas ha carecido de la debida atención y sus efectos jurídicos no han sido expuestos claramente.

Ella surge de la naturaleza jurídica del plazo fijado por el juez de garantía para formalizar la investigación, que corresponde, a todas luces, a un plazo judicial (Herrera (2005), p. 393; Gandulfo (2008), p. 779), al cual le resultan aplicables las normas comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, por directo mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal.

De lo anterior se colige que es posible su ampliación

de acuerdo a los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil, siempre que se pida antes del vencimiento del término y que se alegue justa causa, la que será apreciada por el tribunal prudencialmente. A propósito de esto último, el tribunal nuevamente deberá valorar los aspectos que se han fijado para determinar la duración razonable de un proceso penal como el delito investigado, la actitud del imputado, etc.

Continuando con lo anterior, es plenamente aplicable también, en razón del mismo artículo 52 ya citado, lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, que establece que vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal, sin que este se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, cuestión que veremos en su oportunidad. Así las cosas, declarada la rebeldía del fiscal al no formalizar investigación, se pierde la posibilidad de ejercer dicha facultad o llevar a cabo tal actuación con posterioridad (Herrera, 2005, p. 392).

Esta posibilidad deriva de la naturaleza misma del proceso, recordemos que más allá de que previo a la formalización, no haya aún intervención judicial y que, por tanto, no podamos hablar de la existencia de un proceso penal desarrollado ante un juez que garantice el debido proceso, no es menos cierto que el Ministerio Público cuya investigación es de naturaleza administrativa de acuerdo al artículo 83 de la Constitución también se encuentra obligado a respetar el debido proceso. De esta forma, la investigación que éste conduce es un procedimiento administrativo que debe respetar el debido proceso, en su caso reforzado, a través de la garantía de la investigación racional y justa de la cual es titular el imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra, incluso administrativamente, en consonancia del

artículo 7.º del Código Procesal Penal.

La doctrina define los procedimientos administrativos como “secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de un ente administrativo” (Bermúdez, 2011, p. 155), y por finalidad, en el ámbito procesal, buscan que la fiscalía tome la decisión de si se debe promover la acción penal pública. Por una parte, tiene el propósito de evitar un juicio oral en caso de que exista una sospecha infundada, por la otra, la de reunir y examinar los elementos probatorios en vistas de ser presentados ante los órganos jurisdiccionales (Roxin, 2003, p. 326)<sup>17</sup>.

En el sistema chileno, el procedimiento administrativo de la investigación racional y justa que debe realizar el Ministerio Público necesariamente debe finalizar en alguno de los siguientes actos administrativos: archivo provisional, ejercicio del principio de oportunidad, cierre de investigación, presentación de facultad de no inicio de investigación, facultad de no perseverar, requerimiento simplificado o monitorio o la formalización de investigación.

Cada uno de estos actos administrativos —a excepción de la decisión de archivo provisional— es también un acto procesal cuyos efectos florecen con mayor propiedad en el proceso penal.

La investigación como proceso administrativo, por tanto, implica actos administrativos que también corresponden a actos procesales vertidos en la secuencia de un proceso penal. Todos ellos se entrelazan como una cuerda que forma un nudo gordiano, que por más que parezca imbricado, sigue fibras distintas. Así, cada acto administrativo del Ministerio Público, como la facultad del artículo 170 (principio de oportunidad), la formalización de investigación o la acusación, poseen naturaleza

---

<sup>17</sup> Ferrajoli (2006, p. 570) refiere en sentido similar: “obligatoriedad de la acción penal no debe entenderse, como se ha dicho a propósito de la inderogabilidad del juicio, un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito, sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda notitia criminis que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad”.

de acto procesal, entendidos los actos procesales como “aquel acto o acaecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal”, explica Colombo, citando a Jaime Guasp (Colombo, 1997, p. 57).

Tanto proceso penal como administrativo responden a una naturaleza secuencial, en que las decisiones que se tomen poseen efectos determinados. Por ello, los conceptos de cargas, posibilidades y expectativas, que son propios de relaciones procesales, lo son también de procesos administrativos y procesales. Por ello, podemos entender que la no realización de un acto procesal determinado tiene consecuencias jurídicas.

Contraria a esta posición, Marta Herrera señala que seguir con esta postura implica reconocer que el plazo para formalizar la investigación otorgado al fiscal por el juez de garantía constituiría una carga procesal, lo que para ella significa un imperativo jurídico de actuación, cuya inobservancia solo ocasionaría perjuicios a la misma parte. Estima, la misma autora, que un razonamiento así “implica trastocar la estructuración misma del sistema” (Herrera, 2005, 394), ya que la existencia de tal carga procesal considera restarle la autonomía al Ministerio Público de dirigir la investigación.

Nos parece que esta opinión está errada, ya que valora el concepto de carga procesal negativamente y desconoce la naturaleza de acto procesal de la formalización. Además, se funda en la dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público, pero no hace referencia alguna a la forma en que se ejerce la acción penal, la que debe sujetarse a la ley de acuerdo con el artículo 83 inciso 1.º de la Constitución, siendo, precisamente, el artículo 186 del Código Procesal Penal de esas limitaciones a que alude la norma constitucional. Esta postura tampoco analiza otras formas de ejercer la acción penal distintas del procedimiento ordinario, las que quedan a resguardo pese a que el fiscal no formalice la investigación. Además, señalar que el Ministerio Público no se encuentra —prácticamente— sometido a

carga procesal alguna por su autonomía constitucional tampoco satisface la igualdad de armas que debe imperar en el proceso. Así las cosas, los restantes intervinientes se encontrarían en una evidente desventaja, cuestión no deseada por el sistema.

#### a) Carga procesal como concepto negativo

La crítica que efectúa Marta Herrera a la utilización de la rebeldía y la preclusión como consecuencia jurídica a la no formalización del fiscal se basa en un concepto de carga procesal construido desde lo imperativo del propio interés. Esto no refleja con exactitud el fenómeno procesal pues se centra desde la coacción cuando, en realidad, en la carga procesal existe una esfera de libertad donde la parte tiene la iniciativa guiada quizás por su propio interés (Calvinho, 2017, p. 137), es decir, lo relevante no es lo imperativo, sino la posibilidad de tomar la facultad en uno u otro sentido. Así, nos parece que la definición de carga procesal de Devis Echandía se condice más con la libertad de ejercicio de las facultades pues

ya no se considera la carga como un acto necesario ni como un imperativo, pues no es deber hacer, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin coacción ni sanción. Por ende, el resultado desfavorable de la inobservancia -término que prefiere al incumplimiento, pues éste se ciñe más a las obligaciones- no es considerado como una sanción ni siquiera económica, sino como el efecto natural de la aplicación de la norma positiva que establece la carga (Calvinho, 2017, p. 138).

Considerando lo anterior, solo nos vale cotejar si la preclusión de la facultad de formalizar se encuentra establecida en la ley con determinados efectos jurídicos. Nuestra respuesta positiva se funda en la aplicación de las normas de los artículos 186 y 52, ambos del Código de Procesal Penal, y en los artículos 67 y 78 del Código de Procedimiento Civil, como ya lo anunciamos previamente.

b) Desconoce la naturaleza de acto procesal de la formalización

No cabe duda de que, por la especial función del Ministerio Público, muchos de sus actos responden a una doble naturaleza, una intrínseca y otra extrínseca.

Intrínsecamente claramente la formalización posee la naturaleza de acto administrativo. Sin embargo, creer que solo posee esa faz es desconocer los efectos procesales penales con los que cuenta y que inicialmente se establecen en el artículo 233 del Código Procesal Penal, por ello, aparece también revestida de la calidad de acto procesal. Así, más allá de ser una actuación privativa del Ministerio Público, debe someterse a los efectos del proceso, entre los cuales está la naturaleza consecutiva que posee el proceso en sí, y la existencia de cargas procesales que regulan las expectativas de las partes en él.

c) Se funda en la dirección exclusiva de la investigación no en el ejercicio de la acción penal, que debe efectuarse conforme a ley.

De acuerdo a su definición constitucional establecida en el artículo 83, el Ministerio Público tiene por finalidad dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

Conforme con lo reseñado por Marta Herrera, establecer como carga procesal la formalización de la investigación en el plazo del artículo 186 implicaría una intromisión de otros sujetos en la labor exclusiva de investigación de hechos punibles que le fue concedida exclusivamente al órgano persecutor (Herrera, 2005, p. 394). No obstante, no analiza la influencia del artículo 186 en la segunda de las funciones, esto es, el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Es precisamente en esta función donde incide la formalización como acto procesal de gobierno que da

inicio al proceso penal, pero no de cualquier forma, sino precisamente como la ley lo prescribe, y es una limitación legal aquella establecida en el artículo 186 del código adjetivo. A veces, solemos olvidar que el constituyente quiso limitar en forma precisa el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía, más no la exclusiva dirección de la investigación.

d) Otros procedimientos que dejan a salvo el ejercicio de la acción penal

La inobservancia del plazo para formalizar no atrofia el ejercicio de la acción penal, sino solo obstruye alguna de las formas de su ejercicio, por lo que la preclusión no afecta la exclusividad e independencia en el ejercicio de la acción penal, y queda a salvo la posibilidad de requerir en procedimiento monitorio o simplificado<sup>18</sup>, como lo veremos más adelante al momento de explicar los efectos de una rebeldía decretada, conforme al artículo 78.

e) Igualdad de armas en cuanto al inicio del proceso.

Los acusadores, tanto fiscales como particulares, sean ante un procedimiento de acción pública o privada, pueden dar inicio al proceso penal por actos procesales de gobierno, siguiendo el término utilizado por Carnelutti (1946, pp. 454-455). Así, por ejemplo, el fiscal puede dar puntapié inicial al proceso penal a través de la formalización, del requerimiento simplificado, monitorio, e incluso, en procedimiento de acción privada, la víctima puede provocar la intervención judicial a través de querrela.

La única norma que otorga un acto de gobierno similar para el imputado es el artículo 186 del Código Procesal Penal. Y si pensamos en las facultades de los intervinientes distintos del fiscal, como el querellante, puede instar a un pronunciamiento judicial, por ejemplo, querellándose y eventualmente forzando la acusación. Creemos que la defensa, perfectamente, puede instar la

<sup>18</sup> Por eso hablamos de obstáculo, ya que en el caso en que no se formalice dentro del plazo judicialmente decretado limita la posibilidad de ejercicio de la acción penal en que se pretenda punitivamente penas superiores a presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

intervención judicial y, sin las ataduras del artículo 250 del Código Procesal Penal, abrir un proceso penal que finalice dictando una sentencia, con efecto de cosa juzgada,

que declare la inocencia del imputado. Precisamente, creemos que el imputado tiene derecho y legitimación activa para obtener tal declaratoria.

## 5. La continuidad del proceso del proceso penal ante el incumplimiento de la carga de formalizar la investigación

Resuelto que es procedente entender la resolución que fija un plazo al fiscal para formalizar como la que establece una carga procesal, debemos analizar los efectos procesales del incumplimiento de ella desde el punto de vista de continuidad del proceso. Hay que recordar que el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil señala que una vez declarada la rebeldía en formalizar la investigación, en este caso por parte del fiscal, “se declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y se proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio”.

Como consecuencia del mandato legal de la norma transcrita, el juez de garantía debe tener por evacuado el trámite, es decir, por realizado, lo que a nuestro juicio implica dictar un decreto que tenga por formalizada la investigación. Lo anterior nace de la tramitación normal de una audiencia de formalización, en la que una vez comunicados cargos por parte del persecutor, se dicta resolución que tiene por formalizada la investigación, tras lo cual la defensa, precisamente continuando con su

finalidad de cautelar la extensión temporal razonable del proceso, bien puede solicitar un plazo judicial para el cierre de investigación, o bien acogerse al plazo de investigación legal de dos años, dotando de sustento y materialidad a la garantía del juzgamiento en plazo razonable.

Si bien es cierto que tener por formalizada la investigación en rebeldía, como lo propone el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, habilitaría al fiscal para pedir medidas cautelares, aquello no podría prosperar, ya que nunca existiría un delito formalizado —en los términos del artículo 140 letra a) del Código Procesal Penal— sobre el cual una resolución que las decreta pudiera sostenerse, por lo que esta solución no produce riesgo alguno respecto a los derechos de quien se encuentra investigado y ha solicitado que el persecutor se pronuncie sobre la investigación sin obtener resultado alguno<sup>19</sup>. No obstante, en este estadio procesal aún existe una imputación penal que pone en entredicho el estado de inocencia del imputado, por lo menos para el Ministerio Público, lo que no es menor.

## 6. El apercibimiento de cierre y las decisiones del fiscal

Bajo el modelo normativo propuesto, vencido el plazo judicial solicitado conforme al artículo 234 del Código Procesal Penal o el plazo legal investigación, se podrá solicitar el apercibimiento del fiscal para que declare

cerrada la investigación. Respecto de las posibles actitudes que tome el fiscal en la audiencia de cierre de investigación, perfectamente es aplicable lo dispuesto en el artículo 247 y, por regla general, el fiscal deberá

<sup>19</sup> Obviamente, este razonamiento no es aplicable al catálogo de medidas cautelares que los jueces de garantía pueden decretar sin formalización de la investigación como las del artículo 372 ter del Código Penal o del artículo 92 N.º 1 de la Ley de Tribunales de Familia.

declarar cerrada la investigación.

En el plazo de diez días con posterioridad al cierre, el Ministerio Público podrá solicitar el sobreseimiento definitivo, formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien ella se hubiere formalizado, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Que un fiscal requiera el sobreseimiento definitivo no es problemático para quien solicitó la rebeldía del persecutor en formalizar la investigación, es más, es deseable considerando su negativa a comunicar cargos. Sin embargo, la posibilidad de comunicar la facultad de no perseverar o de formular acusación, merecen un mayor análisis.

### 6.1. Facultad de no perseverar en la investigación

Podría darse la situación de que una vez cerrada la investigación, el fiscal no persevera en la investigación, lo que eventualmente provocaría que el Ministerio Público pudiese con nuevos antecedentes abrir una nueva investigación y formalizarla —a pesar de haber ejercido la facultad del artículo 248, letra c)—, evadiendo con ello la consecuencia procesal de no haber observado el plazo judicial del artículo 186 que haya decretado en su oportunidad el juez de garantía<sup>20</sup>. En este caso, como dice Gandulfo, la protección del control judicial previo a la formalización se transformaría en un paraguas lleno de agujeros (Gandulfo, 2008, p. 794).

Ahora bien, si con posterioridad al cierre de la investigación se ha ejercido la facultad de no perseverar, ello no obsta a que la defensa solicite el sobreseimiento definitivo por no presentarse la acusación en el plazo

establecido en el artículo 248 del Código Procesal Penal. Si analizamos los efectos de la comunicación de no perseverar, esto implica dejar sin efecto la formalización, las medidas cautelares y la suspensión del plazo de prescripción por la formalización de la investigación. Sin embargo, no se menciona efecto alguno sobre el cierre de investigación, el que se practicó y se mantiene incólume como acto administrativo porque la investigación se agotó en sus diligencias necesarias. Así las cosas, la comunicación de la facultad de no perseverar deja sin efecto alguno las resoluciones judiciales dictadas por la formalización, pero el ejercicio de la facultad de no perseverar no puede “hacer desaparecer” el acto administrativo del cierre de investigación. Tanto es así, que se ha sostenido que la declaración de cierre de investigación es privativa del Ministerio Público, y puede darse incluso en una investigación desformalizada, donde no se ha siquiera suspendido la prescripción por una formalización (Oficio FN N° 060-2014, p. 74), lo que demuestra la independencia entre cierre de investigación y la comunicación de cargos.

Por lo tanto, comunicado el cierre y expirado el plazo legal de diez días sin presentar acusación, perfectamente puede solicitarse el sobreseimiento definitivo, incluso si se ha comunicado la facultad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. En ese sentido, nos parece que la facultad de no perseverar tiene como finalidad principal resguardar la responsabilidad funcionaria del fiscal del caso y evitar la responsabilidad del Ministerio Público contenida en el artículo 5.º de su ley orgánica. De hecho, si revisamos los requisitos de mérito de las decisiones de cierre de investigación y de la facultad de no perseverar la investigación, corresponden a distintos estándares investigativos respecto a los antecedentes recabados en la investigación<sup>21</sup>, por ello, limitan la discrecionalidad del persecutor para dictar esos actos, no teniendo las resoluciones que de estas comunicaciones emiten los tribunales consecuencias procesales penales, como lo

<sup>20</sup> Excede a esta investigación las eventuales acciones del Ministerio Público a posteriori de comunicar la facultad de no perseverar, y las estrategias que la defensa puede desplegar en caso de que la investigación se intente reanudar por parte del Ministerio Público.

<sup>21</sup> Que se hayan realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y la determinación de sus partícipes, y tener antecedentes suficientes para fundar acusación, en su caso.

ha señalado la doctrina y jurisprudencia, ya que no ponen término al proceso penal (Orellana, 2009, p.74)<sup>22</sup>. Por ello, la posibilidad de decretar el sobreseimiento definitivo por falta de acusación, nos parece la vía idónea para poner término al proceso en este caso<sup>23</sup>.

## 6.2. Acusación

Por último, queda por resolver el caso en que el fiscal, ante el cierre de la investigación que se tuvo por formalizada, por considerar que existen antecedentes serios, decide acusar por un hecho respecto al cual se le ha declarado rebelde de formalizar en el pasado. Si bien este supuesto *in extremis* es altamente improbable, la práctica ha demostrado que la autonomía del Ministerio Público y la carencia de controles sobre sus actuaciones autónomas de investigación y ejercicio de la acción penal, nos llevan necesariamente a plantearnos este escenario.

En este caso, creemos que la acusación será válida y admisible, no siendo aplicable la excepción del artículo 264 respecto a la falta de autorización para proceder criminalmente cuando la Constitución o la ley lo exigieren, ya que nos parece que aquella excepción se encuentra establecida a propósito de los acusadores particulares y al control de su eventual legitimación activa, y no al Ministerio Público<sup>24</sup>.

Sostenemos que es en la audiencia de preparación de juicio oral donde los efectos de la falta de formalización deben plasmarse. A mayor abundamiento, la acusación presentada por el fiscal perfectamente puede contener la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y la calificación jurídica de acuerdo al artículo 259 letra b) del Código Procesal Penal. Así las cosas, la defensa deberá

solicitar que dicha acusación se corrija en los términos del artículo 263 letra a) del mismo cuerpo legal, para que se elimine su capítulo de hechos acusados, por infringirse lo dispuesto al inciso final del artículo 259, ya que ellos solo pueden referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, de la cual el Ministerio Público fue declarado rebelde.

Acogido lo anterior, el persecutor no podrá corregir los vicios, en cuyo caso se expone a infracción de deberes funcionarios y al sobreseimiento de la causa, o arriesgarse a un juicio oral, donde no existirá imputación fáctica alguna (al no haberse formalizado la investigación), y consecuentemente, a un juicio oral sin imputación que genere una absolución segura al no existir un hecho acusado. Lo anterior también sería aplicable en el caso de que una víctima querellante obtuviera la posibilidad de forzar acusación conforme al artículo 248 del Código Procesal Penal, sin que el Ministerio Público hubiera efectuado formalización, en el caso de que se le considerare como legitimado activo de la facultad del artículo 186. Por esta razón señalábamos previamente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconocía como legitimado activo de esta norma a la víctima no produciría mayor efecto, ya que igualmente al corregirse formalmente la acusación forzada de este tampoco contemplaría el capítulo hechos.

Solamente bajo este razonamiento secuencial y basado en la aplicación de las normas legales, podrá dotarse de efecto a la inobservancia del fiscal en formalizar investigación, resguardando especialmente los principios de acceso a la justicia e inexcusabilidad para, finalmente, obtener una resolución de sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva que posea efectos de cosa juzgada.

<sup>22</sup> Al no ser apelables, por no poner término al procedimiento conforme al artículo 370 del Código Procesal Penal.

<sup>23</sup> No parecen ser idóneos los sobreseimientos definitivos de las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, ya que en el primero no hay un hecho investigado que haya sido formalizado (solo una formalización en rebeldía que tiene por fin dar curso al procedimiento), mientras que en el segundo la exigencia legal de “que aparezca claramente establecida la inocencia” aparece sustancialmente más exigente que la fórmula del artículo 248 c).

<sup>24</sup> En general, la doctrina no ha sido pródiga con las referencias a esta excepción. Su ejercicio correspondía habitualmente en el caso de que se acusara a menores de edad declarados sin que se hubiera satisfecho el trámite de discernimiento previo a la vigencia de la Ley 20.084, o a los casos en que no se cumplía con requisitos de procesabilidad de ciertos delitos, v.gr el maltrato habitual, antes de la promulgación de la Ley 21.389 (ICA Concepción rol penal 1.115-2018 de 11 de mayo de 2018).

## 7. Excurso: el procedimiento simplificado

Anteriormente señalamos que el requerimiento en procedimiento simplificado se relaciona en forma distinta con el artículo 186 del Código Procesal Penal, por algo evidente, ya que la facultad del artículo 186 debe su regulación a propósito del procedimiento ordinario y, si bien es cierto, podría tener aplicación supletoria, este procedimiento aparece caracterizado por su brevedad y simpleza en razón del artículo 389. Atendido lo anterior, su aplicación supletoria no sería posible. No debemos perder de vista que el artículo 186 garantiza, fundamentalmente, el derecho a un proceso tramitado en un plazo razonable, derecho que no aparece mayormente afectado en caso de que el fiscal adopte una tramitación simplificada a su imputación penal.

Previamente, a propósito de fundamentar la legalidad de tener plazo para formalizar investigación, señalábamos que aquello no impedía el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ya que no inhabilita la opción fiscal de requerir en procedimiento simplificado. De esta forma, nos enfrentamos al supuesto de que el fiscal es declarado rebelde por no haber formalizado investigación y el tribunal tiene por evacuado dicho trámite en los términos del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil.

¿Es posible que el Ministerio Público, a pesar de aquella resolución que tuvo por evacuada la formalización, requiera en procedimiento simplificado? A nuestro juicio, aquello es perfectamente admisible.

Recordemos que la rebeldía del fiscal en formalizar investigación da paso a que ella se tenga por formalizada,

ya que debe procurarse la prosecución del proceso. Por lo tanto, el Ministerio Público, cerrada la investigación, no solo podrá ejercer las facultades contenidas en el artículo 248, sino que también, hasta la deducción de la acusación, podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230 y requerir en procedimiento simplificado (artículo 390 inciso 1.º, parte final del Código Procesal Penal).

Si bien la formalización propiamente tal no se ha realizado conforme al artículo 230 del mismo cuerpo legal, no es menos cierto que ella se ha tenido por efectuada en rebeldía, por lo tanto, perfectamente puede ser dejada sin efecto. Aquello no afectaría en forma alguna las garantías del imputado, ya que la posibilidad de dejar sin efecto la formalización también permite modificar los hechos que, en regla general, inicialmente haya comunicado en la formalización, o incluir otros distintos que no se hayan incluidos en una formalización preliminar que quedó sin efecto.

En virtud del mismo artículo 390, al dejarse sin efecto la formalización de la investigación, el acusador fiscal perfectamente podría requerir sobre un hecho distinto de aquel formalizado y, por ello, también podría requerir sobre un hecho que, en su oportunidad, se negó a formalizar, quedando siempre a salvo el ejercicio exclusivo de la acción penal pública que, en respeto del ejercicio del artículo 186 del Código Procesal Penal, debe sujetarse a un plazo razonable, lo que se condice con la elección del persecutor de requerir simplificada.

## 8. Conclusiones

Una interpretación teleológica del artículo 186 del Código Procesal Penal, destinado al resguardo de la garantía del plazo razonable, necesariamente implica visualizar esta norma como una limitación del Ministerio Público en la utilización de investigaciones administrativas temporalmente extensas que deriven en formalizaciones alejadas temporalmente de los hechos investigados, que podrían mermar la calidad de los antecedentes recopilados en una investigación y la calidad de la prueba a rendirse en juicio oral, pero, sobre todo, alterar los derechos de un imputado, quien se encuentra sometido a un cuestionamiento sobre su inocencia que no puede eternizarse, por ser ello incompatible con la dignidad humana y los tratados internacionales ratificados por Chile que recogen la garantía del plazo razonable.

Podemos señalar que la interpretación que esta norma ha recibido de la doctrina muchas veces le resta efectos prácticos como un adecuado método de control de la actividad investigativa del Ministerio Público, el que sin lugar a dudas fue el objetivo inicial del legislador al momento de incluirla en el Código Procesal Penal. Interpretaciones que le resten todo efecto es mermar en

demasia las garantías de los ciudadanos, tan dañadas con las últimas reformas procesales penales.

Nos parece que nuestra propuesta de que vencido el plazo para que el fiscal formalice, la declaración de rebeldía de aquel acto procesal y, consecuentemente, la modificación del acápite de los hechos de la acusación eventualmente presentada, que los elimina, dota adecuadamente de sentido a la norma en análisis y permite que las decisiones tomadas durante el curso de una investigación penal tengan efecto y sentido en el proceso judicial, que no puede estar desprovisto de cargas para ningún interviniente, independientemente de su jerarquía constitucional.

Finalmente, nos parece que también responde al legítimo interés de los justiciables de que los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales penales finalicen con resoluciones judiciales que posean el efecto de cosa juzgada, desde que es un derecho obtener un pronunciamiento judicial de carácter definitivo, que es concordante con la dignidad humana.

## Referencias

- Bermudez Soto, J. (2011). *Derecho administrativo general* (2.º ed.) Santiago: Legal Publishing Chile.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19.696. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19.856. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6695/>.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Historia de la Ley N° 21.160. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7677/>.
- Carnelutti, F. (1946). *El proceso penal*. Bogotá: Leyer.
- Calvinho, G.A. (2017). La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental. *VOX JURIS*, 34 (2), 133-143, <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1079/861>

- Colombo Campbell, J. (1997). *Los actos procesales. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Duce, M. y Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (8.º ed) (trads. P.A. Ibáñez, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero). Madrid: Editorial Trotta.
- Gandulfo, E. (2008). El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la sobreprotección. En L. Rodríguez, (Coord.). *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (pp. 771-802). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Herrera Seguel, M. (2005). Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (26), 385-405.
- Horwitz Lennon, M.I. y López Masle, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Maturana Miquel, C. y Montero López, R. (2010). *Derecho procesal penal*. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile.
- Nash, C. y Núñez, C. (2015). Derechos humanos y juicio penal en Chile. *Estudios y Capacitación. Defensoría Penal Pública*, (9).
- Oficio Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile N° 060/2014. Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal. [http://www.fiscaliadechile.cl/comisionjuridica/docu/inst/of\\_60.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/comisionjuridica/docu/inst/of_60.pdf) .
- Orellana Solari, N. (2009). Comentarios sobre la procedencia de comunicar decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno. *ARS BONI ET AEQUI*, (5), 59-81 <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/171/154> .
- Pastor, D.R. (2002). El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Piedrabuena Richard, G. (2010). Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal [C.P.P.]). *Revista de Derecho* (23), 9-38.
- Ried Undurraga, I. (2017). La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el Proceso Penal. *Revista de Justicia Penal* (7), 87-114.
- Riego, C. (2011). El proceso penal y los derechos humanos. En M. Verdugo (Dir.) y D. Hernández (Subdir.). *Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica. Tomo II* (pp. 513-535). Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D.R. Pastor). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Salas Astrain, J. (2019). *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (3.ª Ed.). Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (3.ª Ed.). Santiago: Legal Publishing Chile).
- Yussef Sotomayor, G. (2018). *La prescripción penal* (3.º ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

## Referencias

- Corte Suprema, rol: 1883-2005, 26 julio 2005.  
Corte de Apelaciones de Arica, rol 25-2008, 14 abril 2008.  
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 163-2008, 9 mayo 2008.  
Tribunal Constitucional, rol 1489-09, 5 octubre 2009.  
Corte Suprema, rol: 4001-2010, 24 agosto 2010.  
Corte Suprema, rol: 5081-2010, 5 de octubre 2010.  
Tribunal Constitucional, rol 2510-13, 7 enero 2014.  
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 182-2014, 4 abril 2014.  
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1980-2014, 5 diciembre 2014.  
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1457-2019, 2 julio 2019.  
Corte Suprema, rol: 19087-2019, 10 julio 2019.