

LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO EJERCICIO DE UNA CARGA PROCESAL ESTRATÉGICA DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL

Ignacio Ried Undurraga*

SUMARIO: I. Introducción. II. La formalización de la investigación como sustituto del auto de procesamiento. III. La formalización de la investigación satisface los intereses del imputado, querellante y Ministerio Público; pero sobre todo los de este último. IV. La exacerbación de la formalización de la investigación como carga procesal del Ministerio Público. V. La formalización de la investigación es sólo una forma más, y no la más relevante, en que el imputado se entera del contenido de la investigación. VI. Estándar exigible al Ministerio Público en la formalización de la investigación como atribución de cargos criminales. VII. Afectación de la presunción de inocencia en la formalización de investigaciones en las causas de connotación pública.

RESUMEN: En este trabajo se cuestiona el supuesto rol eminentemente garantista de la formalización de investigación, centrándose su análisis como una herramienta estratégica que ha cobrado central importancia en el proceso penal desde el punto de vista de la carga procesal del persecutor público. Se analizan cuáles son los estándares esperables para que la formalización no sea un acto arbitrario; como asimismo, se cuestiona su utilización en algunas causas recientes de connotación pública de la llamada "criminalidad de cuello y corbata".

ABREVIATURAS: CP: Código Penal / CPP: Código Procesal Penal / CdPP: Código de Procedimiento Penal / CPR: Constitución Política de la República.

* Abogado, Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra (España). Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Diego Portales (Chile).

I. Introducción

En los últimos años, y especialmente en ciertas causas penales de connotación pública de la llamada “criminalidad de cuello y corbata”, el trámite de la formalización de la investigación, y las consecuencias procesales aparejadas a ella, han cobrado una enorme importancia en desmedro del derecho de presunción de inocencia del imputado. El proceso penal, tanto para la opinión pública, como para los propios intervinientes, parece alcanzar su clímax y lograr plenamente su objeto persecutor y punitivo sólo cuando el fiscal decide formalizar la investigación contra el imputado, y solicitar la concesión de medidas cautelares.

El lenguaje forense ha sido trastocado en tal extremo que en muchos casos el imputado ha adoptado el nuevo estatus –inexistente en norma procesal penal alguna– de “*el formalizado*”, que ha pasado a ser un sujeto de quien se presume culpabilidad, y respecto de quien el estigma de “delincuente” pesa en forma inevitable.

La formalización de la investigación está concebida en la ley como la simple prerrogativa del Ministerio Público de comunicar al imputado los hechos por los cuales se le investiga. Es más: en el Código Procesal Penal se le considera incluso como un *derecho del imputado* que está siendo investigado, de conocer los hechos por los que se le indaga, al punto que la norma del art. 186 permite al imputado instar por su propia formalización ante el juez de garantía. Sin perjuicio de las intenciones del legislador, ¿entendemos hoy los operadores jurídicos la formalización de cargos estrictamente como una *comunicación* al imputado de los hechos indagados? ¿Podría una persona hoy *querer* legítimamente que se formalizara investigación en su contra, sin correr el riesgo evidente de ser estigmatizada por ello y de ser considerada culpable en forma anticipada? La respuesta a ambas preguntas parece ser negativa.

Este fenómeno ha sido en particular evidente en las causas en que el Ministerio Público ha investigado el llamado “financiamiento irregular de la política”. Paulatinamente se fue instalando como práctica del ente persecutor el hacer de esta simple información de cargos el eje central del proceso, a través de extensas audiencias de varios días, muchas veces con televisación en vivo, desnaturalizando esta categoría procesal, la que es vista como la etapa final o central del proceso, sobre todo si precede en lo inmediato a la discusión de medidas cautelares personales en particular intensas.

También hemos sido testigos de otro fenómeno: la formalización de la investigación que precede inmediatamente a una solicitud de salida alternativa, con lo

cual parece desnaturalizarse por completo su función informativa como presupuesto del derecho a defensa, si se tiene en cuenta que en muchos casos son apenas algunos minutos los que separan la formalización de la propuesta de salida alternativa, en la misma audiencia solicitada por el Ministerio Público.

Se hace imposible no contrastar esta situación con la existente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Un sistema diseñado para dar preeminencia al juicio oral, donde el imputado podría ejercer en propiedad todas sus garantías mínimas, ha sido convertido en uno en que la investigación del Ministerio Público –que no es la rendición de pruebas, sino la recolección de mera evidencia– ha tomado ese lugar central. En lugar de acusación, hoy la persecución penal se centra en la mera formalización, respecto de la que el imputado carece de prerrogativa alguna. En lugar de la pena dictada en sentencia sobre el fondo, han tomado su lugar las medidas cautelares dictadas sobre la base de meros indicios. Si lo criticable del hoy derogado Código de Procedimiento Penal era la total preeminencia del sumario, la situación hoy no parece muy diferente respecto de la investigación administrativa del Ministerio Público.

En este trabajo planteo que la intención original del legislador era crear una formalización de la investigación que sustituyera el antiguo auto de procesamiento, pero sólo en lo que respecta a su carácter informativo en beneficio del imputado, desligándolo de las consecuencias necesarias y automáticas que se generaban en su contra, entre ellas, la privación de libertad. Sin embargo, una mirada atenta a la regulación del CPP en su conjunto, y a la elaboración doctrinal, dan cuenta de un rol absolutamente central de la formalización en el proceso, como mecanismo de satisfacción de las cargas procesales del Ministerio Público. Teniendo en claro a quién beneficia la formalización de la investigación, se destina un apartado a establecer algunos parámetros orientativos acerca de las formalizaciones que pueden calificarse de arbitrarias, y la problemática referida a su invalidación jurisdiccional y el reclamo administrativo que ofrece la ley. Finalmente, se cuestionará el rol fundamental que ha jugado la formalización de la investigación en algunas causas de connotación pública en los últimos años, referidas a criminalidad de empresa.

II. La formalización de la investigación como sustituto del auto de procesamiento

La formalización de la investigación está escuetamente regulada en nuestra ley procesal penal. Sólo los artículos 229 al 233 del CPP reglamentan su alcance, oportunidad, procedimiento y efectos. La primera de estas normas intitulada “*Concepto de la formalización de la investigación*” la define como “*la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados*”. Esta definición ha sido criticada por el empleo de la voz “delitos”, ya que lo que la doctrina garantista identifica como de la esencia de este trámite procesal es que el imputado pueda ejercer su derecho de ser informado acerca de los *hechos* que se investigan, siendo insuficiente la mera comunicación de los tipos penales que se imputan o se imputarán en el proceso. La doctrina ha dicho al respecto que “*parece ser que el elemento esencial a la formalización es el señalamiento de los hechos que fundamentan la persecución penal, más que su calificación jurídica*”,¹ y que “*sabido es que la referencia a los delitos no es afortunada, pues lo que interesa comunicar ante todo, es el hecho punible atribuido a la persona, resultando secundaria o meramente consecucional, la calificación jurídica que proponga el Ministerio Público para aquel*”.² En este sentido, se ha llegado a considerar por alguna jurisprudencia que la calificación jurídica del fiscal, respecto de los hechos formalizados, no es siquiera vinculante para el tribunal de garantía a la hora de decretar medidas cautelares a continuación de la formalización.³

¹ SALAS ASTRAIN, JAIME, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. 2ª edición aumentada, Editorial Librotecnia, 2015, p. 38. En el mismo sentido, DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Las Américas, México, 2009, p. 221, y DEL RÍO FERRETTI, CARLOS, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 95.

² FALCONE SALAS, DIEGO, “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección Estudios, N° 2, 2014, p. 201. También: CAROCCA PÉREZ, ALEX, *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, 5ª edición, Editorial LegalPublishing, 2009, p. 93, y CHAHUÁN SARRÁS, SABAS, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Editorial LegalPublishing, 2012, p. 229.

³ En fallo de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de agosto de 2016, en causa NIC RPP-2731-2016, se confirmó una resolución del 4º Juzgado de Garantía de Santiago que había decretado una medida cautelar contra el imputado, rechazando la alegación de la defensa, de que dicha cautelar se había apoyado en una calificación jurídica diferente a la planteada por el Ministerio Público en su formalización. Dijo la Corte que “*son los hechos de la formalización los que han de tenerse en cuenta al momento de examinar la aplicación de las medidas cautelares*”.

La formalización de la investigación responde característicamente a un sistema de persecución penal en que existe un monopolio de la llamada “acción penal” radicada en el Ministerio Público, dentro de un proceso de corte acusatorio. Es decir, “no puede haber juicio sin acusación” (*nullum iudicium sine accusatione*), siendo la formalización una manifestación de la exaltación que el persecutor hace del órgano jurisdiccional.⁴

En nuestro sistema procesal penal no existe –como sucede, por ejemplo en Argentina o en España– el “juez instructor” paralelo al Ministerio Público, encargados ambos de efectuar la indagación del hecho constitutivo de delito.⁵ En Chile, la investigación tiene un carácter no jurisdiccional, o si se quiere, administrativo. La formalización de la investigación, es por tanto, un acto meramente administrativo. Se comunican los cargos en presencia del juez de garantía, pero éste no puede intervenir en nada, ya que el acto emana sólo del fiscal.

La formalización de la investigación, en los específicos términos en que está concebida, parece ser una creación original de la ley chilena. No existe una institución idéntica ni en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, ni en la ley procesal española, alemana, italiana o argentina, por citar sólo las legislaciones más influyentes entre nosotros. Si atendemos a los criterios dogmáticos, la formalización de la investigación corresponde a lo que genéricamente Jordi Nieva y Gimeno Sendra denominan “*la imputación*”,⁶ y que en los sistemas inquisitivos o mixtos corresponde, generalmente, al *auto de procesamiento*. Así, en España, el

⁴ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 606: “*nuestro axioma nullum iudicium sine accusatione expresa conjuntamente, junto a la garantía orgánica de la separación funcional y subjetiva del juez y acusación, que como se ha visto es una condición del carácter acusatorio del proceso y de la imparcialidad del juez, también la garantía procedimental de la formulación de una acusación determinada contra el acusado como acto previo y de delimitación del juicio*”. DEL RÍO, ob. cit., pp. 76-78, precisa que debe distinguirse entre el “principio acusatorio” (estricta separación de las funciones acusadoras y juzgadoras) y los “sistemas acusatorios” (que comparten algunas de las siguientes características: principio de contradicción, separación de la investigación y acusación, prohibición de *reformatio in peius*).

⁵ MAIER, JULIO, *Antología: el proceso penal contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2008, pp. 29 y ss.

⁶ NIEVA FENOLL, JORDI, *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Editorial Edisofer, Buenos Aires, Argentina, 2012, pp. 151-154; GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, 2010, Editorial Colex, Madrid, 2010, pp. 213-227. Este último autor clasifica el auto de procesamiento, en el sistema procesal penal español, como una “imputación judicial definitiva”, y distingue dentro de ese género al auto de procesamiento propiamente tal (en el sumario ordina-

art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *“desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley”*. Nieva estima que el auto de procesamiento español requiere de *“una sospecha mínima, es decir, la que puede albergarse tras la práctica de unas pocas averiguaciones”*,⁷ pero anota que –al igual como sucedió en Chile– la institución terminó por desvirtuarse y se convirtió en una *“auténtica acusación judicial de oficio”* al decretarse al final y no al comienzo de la instrucción, dejando de cumplir su fin informativo, y superponiéndose a la posterior acusación, *“refrendándola innecesariamente”*.⁸ El mismo autor señala que en aquellos sistemas en que *“existe acusación pública a manos del ministerio fiscal, carece de sentido el procesamiento, puesto que viene sustituido por dicha acusación”*, como sucede en la Ordenanza Procesal Penal alemana (arts. 151 y siguientes del *Strafprozeßordnung*⁹) y en el Código Procesal Penal de Italia (arts. 326 y siguientes del *Codice di Procedura Penale*). Misma función cumpliría la institución del *indictment* ante el *Grand Jury*, en el sistema procesal penal de los Estados Unidos de América, cuya función sería informar al imputado cuando existe una “fuerte sospecha” en su contra. En el sistema del Reino Unido, de acuerdo a la regla 7 de las *Criminal Procedure Rules*, se celebra una audiencia ante un juez quien resuelve sobre el procesamiento.

El antecedente directo de nuestra formalización está, sin duda alguna, en el auto de procesamiento del derogado Código de Procedimiento Penal, regulado en los artículos 274 y siguientes bajo el epígrafe *“Del procesamiento y la prisión preventiva”*. Esta norma disponía que *“después que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare: 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el*

rio), el “auto de hechos justiciables” (en el proceso ante el Jurado) y el “auto de transformación del procedimiento penal abreviado” (en el juicio abreviado).

⁷ GIMENO, ob. cit., p. 224, difiere matizadamente, y dice que el auto de procesamiento en el sistema español requiere de *“la fundada sospecha de participación, en cualquiera de sus grados, de una persona en un hecho punible no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia en la concurrencia de alguna de las causas de extinción y, en menor medida, de exención de responsabilidad penal”*. MAIER, ob. cit., p. 18, señala respecto del sistema argentino que *“el auto de procesamiento importa un juicio provisional que sostiene como probable la existencia del hecho delictivo y la participación culpable del imputado en el mismo”*.

⁸ NIEVA, ob. cit. en la nota N° 6, pp. 151-152.

⁹ ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 335 y ss.

inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas. Del tenor del art. 275 CdPP se desprendía el carácter informativo del auto de procesamiento, desde que una de sus menciones obligatorias era *“los antecedentes tenidos en consideración”* y una descripción sucinta de *“los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas”*. En el Mensaje del Ejecutivo del CPP se señaló que *“la formulación de cargos [que luego se denominó formalización de la investigación] debiera constituirse en un adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniendo de éste el contenido de garantía, en cuanto permite al afectado conocer la imputación y facilita su defensa y en cuanto limita el ámbito de la persecución y de la eventual acusación de cargos formalmente planteados, impidiendo que se sorprenda al imputado; pero mitigando todos los elementos negativos del sistema vigente. El sistema propuesto evitará el prejuizgamiento que implica una resolución judicial basada en presunciones fundadas de participación e impedirá los efectos de interdicción del imputado que hoy surgen del sometimiento a proceso, como son el arraigo de pleno derecho, su conexión directa con la prisión preventiva y la libertad provisional, las anotaciones en el prontuario y demás efectos restrictivos de derechos”*.¹⁰

La *formulación de cargos*, nomenclatura que empleaba el artículo 324 del Anteproyecto del CPP, se concibió desde el origen como una declaración unilateral del fiscal en representación del Ministerio Público, que no comprometía al juez ni presumía la responsabilidad penal del imputado.¹¹ Desde un comienzo se propuso que las medidas cautelares personales no operarían automáticamente y en forma inmediata con la formalización de cargos, como ocurría con el procesamiento, sino que se requeriría de un debate previo entre las partes que permitiera al juez determinar su procedencia. Así, se situó a este acto procesal en una fase preliminar del proceso, recayendo siempre la función de formular los cargos sobre el Ministerio Público y no sobre el juez. En el Senado se terminó por eliminar la formalización como requisito para *“provocar la declaración judicial del imputado”*,¹² y asimismo, la

¹⁰ Así también lo reconoce CASTRO JOFRÉ, JAVIER, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 342: *“se advierte en la formalización de la investigación la sobrevivencia de la institución del sometimiento a proceso del sistema inquisitorio (artículo 274 y sgtes. CdPP). Téngase en consideración que la mayoría de los efectos judiciales del auto de procesamiento se producen también a consecuencia de la formalización de la investigación”*.

¹¹ MATURANA, ob. cit., p. 250.

¹² MATURANA, ob. cit., p. 251.

obligatoriedad de una “*declaración indagatoria*” en la misma audiencia (art. 306 del Anteproyecto), cambios que son coherentes con la intrascendencia práctica que tiene en nuestro sistema la declaración del imputado, y la excepcionalidad que tiene ésta ante el juez,¹³ al considerarse al imputado sujeto de derechos y no un mero objeto de quien extraer la “verdad” a averiguar a toda costa.¹⁴

El proyecto de ley, en su origen, apoyado en un principio por la comisión, establecía que no se podía efectuar la investigación sin la *formulación de cargos*, ya que sólo ésta permitía la intervención del juez, momento desde el cual se podían solicitar las medidas cautelares, personales o reales, que el fiscal estimara procedentes. Evidentemente esta idea presuponía una situación en que la única forma de investigar sería a través de la dictación de medidas cautelares personales, cuestión que no es correcta, ni en el antiguo ni en el nuevo sistema. Durante la tramitación del proyecto, asimismo, se terminó por establecer la prerrogativa del fiscal de efectuar indagatorias inmediatamente sucedido el hecho, sin necesidad de que el juez de garantía interviniera presenciando la formalización de investigación.

En síntesis, y si se observa la legislación comparada y la génesis de nuestra formalización de la investigación, puede concluirse que corresponde a un acto de imputación, al igual que el derogado auto de procesamiento. Pero, a diferencia de este último, el legislador tuvo la intención de dar a la formalización un rol eminente-

¹³ MATURANA, ob. cit., pp. 256-258. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 494-497. Respecto de las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía, existe norma expresa en los arts. 334 y 332 que prohíbe incorporar al juicio oral, mediante su lectura, las actas de dichas declaraciones. Asimismo, la confesión del imputado está seriamente limitada por la garantía del art. 19 N° 7 letra f) CPR: “*en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley*”. Esta garantía, sin embargo, puede verse amagada no por las amenazas de castigos o represalias por parte de las policías o fiscales en contra del imputado que guarda silencio, sino precisamente por la perspectiva del primero de optar a ciertos *beneficios* si confiesa, como la configuración de una circunstancia atenuante (art. 11 N° 9 CP) o la rebaja de la pena para optar por un juicio abreviado, en que el imputado debe reconocer los hechos de la imputación.

¹⁴ En el sistema español, la obligatoriedad de la declaración del imputado ha sido férreamente defendida como una manifestación del derecho de defensa. GIMENO, ob. cit., pp. 218 y 224, consigna la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que obligó a que en el procedimiento abreviado –en que se suprimió el auto de procesamiento– se interrogara al imputado previo a su acusación formal (STC 186/1990).

temente informativo, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa del imputado. En consecuencia, la formalización no implicaría, en sí misma, consecuencias negativas o gravosas para el imputado, como sí lo hacía el auto de procesamiento y la privación de libertad, arraigo y prontuario automáticos a éste aparejados. De lo que se trataba, en suma, era de resguardar la garantía de la presunción de inocencia.

III. La formalización de la investigación satisface los intereses del imputado, querellante y ministerio público; pero sobre todo los de este último

La intención del legislador parecía ser que la formalización de la investigación fuera una institución meramente —o al menos principalmente— informativa en beneficio del imputado. Sin embargo, del articulado del CPP y de la doctrina surgida con la Reforma Procesal Penal, es posible advertir que la formalización cumple además otras funciones, siendo quizás la menos importante la de informar los cargos penales al imputado.

En el diseño original del CPP, el rol central lo tendría el juicio oral y público, en que se juzgaría jurisdiccionalmente al imputado sobre la base de pruebas debidamente rendidas y ponderadas en la sentencia. La fase de investigación administrativa, a cargo del Ministerio Público, estaría en un rol secundario, tal y como siempre debió estarlo el antiguo sumario penal. Se pensó en un sistema en que los fiscales y las policías debían recoger la evidencia con miras al rendir pruebas de acuerdo al estándar requerido en el juicio oral, y la formalización no debía ser más que una comunicación administrativa no sometida al control jurisdiccional.

Sin embargo, la formalización de la investigación tiene hoy una enorme relevancia en la mayor parte de los procesos, y beneficia no sólo al imputado, sino principalmente al Ministerio Público. Del texto del CPP y de la sistematización que han hecho la doctrina¹⁵ y jurisprudencia, puede decirse que la formalización de la investigación cumple una *triple función*, y satisface los intereses tanto del fiscal, del imputado y del querellante, pero sobre todo del primero, como se pasa a exponer.

¹⁵ CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Manual del sistema de justicia penal* Tomo I, Editorial Librotecnia, 2010, pp. 296-297.

No sólo debe repararse en la cantidad de prerrogativas y cargas procesales que nacen para el persecutor público, sino también en la entidad de éstas.

- Por un lado, la formalización sería una institución *garantista de los derechos del imputado*:

- (i) permitiéndole conocer en una etapa temprana del proceso –al menos antes de su acusación– el contenido fáctico de la imputación. Esto, por la razón evidente, como apunta Maier de que “*el evento delictivo es imposible de prever, a diferencia de la mayoría de los conflictos sobre relaciones jurídicas privadas*”;¹⁶

- (ii) permitiéndole acotar el plazo de investigación, al menos, por el máximo legal de dos años, si es que no uno inferior (art. 247 CPP), materializándose la garantía de ser juzgado en un plazo razonable sin dilaciones indebidas, ya que en muchos casos el solo sometimiento al proceso es una pena en sí misma,¹⁷

- (iii) acota el contenido de una futura acusación sólo a los hechos y personas materia de la formalización, sin perjuicio de las “reformatalizaciones” que puedan tener lugar con posterioridad (art. 259 inciso final CPP),¹⁸ y

- (iv) convierte en obligatoria la intervención del abogado defensor, por aplicación de los arts. 103 y 160 CPP, en resguardo del derecho fundamental a defensa del imputado.¹⁹

- Por otro lado, la formalización cumple una función *estratégico-persecutoria*; ya que es la propia ley la que dispone lo siguiente, en beneficio del fiscal:

- (i) la formalización suspende el plazo de prescripción de la acción penal (art. 233 a) CPP);

¹⁶ MAIER, ob. cit., p. 31.

¹⁷ DUCE y RIEGO, ob. cit., pp. 230-237, con referencia a la evolución jurisprudencial y a la práctica del Ministerio Público y las defensas en el debate acerca del plazo de investigación.

¹⁸ En este sentido, la sentencia de 9 de diciembre de 2010 de la Corte de Apelaciones de Concepción (NIC RPP-595-2010) en que se reconoce esta obligación del fiscal, pero acotado a los “elementos penalmente relevantes”, pudiendo existir ciertas diferencias en aspectos no esenciales entre la formalización y la acusación. Esta sentencia declaró que la sanción por incumplimiento de este deber de congruencia no es necesariamente el sobreseimiento definitivo de la causa, como había establecido el juez de primera instancia.

¹⁹ DUCE y RIEGO, ob. cit., p. 228.

(ii) es requisito necesario para la solicitud de prisión preventiva (art. 140 CPP) como de las medidas cautelares personales del art. 155 CPP (y podría decirse que de *toda* medida cautelar personal, art. 230 inc. segundo CPP). Asimismo, aunque el CPP no lo explicita, es también práctica frecuente de los tribunales de garantía sólo conceder las medidas cautelares reales una vez formalizada la investigación;

(iii) se estima también que es el paso previo y necesario para acusar, debiendo ser congruentes en cuanto a las personas y los hechos materia de una y otra, no así su calificación jurídica (art. 259 inciso final CPP);²⁰

(iv) es requisito formalizar la investigación para que el juez de garantía autorice la práctica de algunas diligencias de investigación, o la práctica de prueba anticipada (art. 230 inciso segundo CPP, en relación a los arts. 4° y 63 de la Ley N° 19.640 referida a las diligencias que afectan garantías fundamentales), y

(v) permite dejar sin efecto una suspensión condicional del procedimiento anteriormente decretada contra el imputado (art. 239 CPP).

• También se ha visto en la formalización una concreción del *derecho de la víctima de obtener una tutela judicial efectiva*:

(i) el Ministerio Público pierde la facultad de no iniciar investigación, y de archivar provisionalmente, al existir intervención del juez de garantía (arts. 168 y 167 CPP, respectivamente);

(ii) también ha sido estimada como una condición necesaria para que el querellante pueda ejercer el forzamiento de la acusación del art. 258 CPP,²¹ y

(iii) existe jurisprudencia que ha estimado que el querellante también es titular de una “acción penal”, pudiendo instar por la formalización de cargos, aun contra la voluntad del Ministerio Público.²²

²⁰ DEL RÍO, ob. cit., pp. 94-97.

²¹ En fallo de 21 de abril de 2015, causa NIC RPP-40/2015 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, se acogió la apelación de la defensa, en el sentido de admitir la excepción de previo y especial pronunciamiento del art. 264 d) CPP (*“falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren”*) respecto de la resolución que permitió que el querellante forzara la acusación sin existir formalización previa.

²² En los últimos años ha existido algún debate a nivel de Tribunal Constitucional acerca de la supuesta titularidad de la “acción penal” del querellante en el proceso penal, cuando el Ministerio

IV. La exacerbación de la formalización de la investigación como carga procesal del Ministerio Público

De lo expuesto hasta ahora, surge la inevitable interrogante de si nuestro legislador pecó de ingenuo, o derechamente de incoherente al pergeñar una institución procesal que pretendía cumplir funciones que parecen incompatibles, si es que no contradictoriamente opuestas. Por un lado, la discusión legislativa da cuenta de la creación de un sustituto del auto de procesamiento, con un carácter eminentemente informativo para permitir la defensa del imputado. Y por otro, decíamos en el apartado anterior, que podía identificarse la formalización desde una triple funcionalidad: los derechos fundamentales del imputado, el interés estratégico del persecutor, y los intereses de la víctima o querellante, existiendo un evidente desequilibrio a favor de los intereses del fiscal que se satisfacen con la formalización.

El punto es ¿no es éste un error de concepción en el origen de esta institución? ¿Puede una determinada instancia procesal satisfacer al mismo tiempo los intereses en conflicto de todas las partes? Miremos por un momento el proceso desde la perspectiva de Goldschmidt, esto es, como la situación jurídica consistente en la sucesión de actos tendentes a satisfacer determinadas expectativas procesales de las partes, a través del cumplimiento de determinadas *cargas* procesales, o sea, de *“la exigencia de evitar, mediante la realización de un acto procesal, un perjuicio procesal, en última instancia, una sentencia desfavorable”*.²³

Público decide no formalizar la investigación, a propósito de la sentencia rol 815-07-INA de 19 de agosto de 2008, y otras posteriores como la rol 1484-2009-INA de 5 de octubre de 2010, a propósito de una interpretación extensiva de la norma del art. 186 CPP, referida a la facultad del “afectado” por la investigación penal de solicitar la formalización, que permitiría al querellante hacer uso también de esta herramienta; comentada en: BOFILL GENZSCH, JORGE, “Conferencia del profesor Jorge Bofill Genzsch”, en *Seminario: problemas actuales del Derecho al recurso en el Proceso penal*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2012; BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del tribunal constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 2, 2008; y RODRÍGUEZ VEGA, MANUEL y PINO REYES, OCTAVIO, “Análisis de la (in) eficacia del principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección Estudios, N° 1, 2015, p. 366.

²³ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2015, p. 355.

Nuestro proceso penal es evidentemente adversarial, contradictorio, y por lo mismo, puede hablarse con propiedad de la existencia de partes con intereses contrapuestos e inconciliables. El Ministerio Público representa la pretensión punitiva del Estado; la víctima o querellante aparece como un coadyuvante del poder estatal (y no un detentador de una “acción penal” independiente,²⁴ a pesar de la opinión del Tribunal Constitucional²⁵), aunque también con intereses propios como la reparación civil; y el imputado obviamente persigue que su inocencia sea demostrada, o al menos, el respeto de sus derechos fundamentales y la dictación de una condena ajustada a derecho. Los intereses de las partes en conflicto en el proceso penal son inconciliables. Salvo las zonas de coincidencia entre querellante y fiscal (que en muchos casos ni siquiera existen), es evidente que nos encontramos ante un enfrentamiento de posiciones. Por lo mismo, se hace difícil avizorar cómo es que la formalización puede satisfacer simultáneamente los intereses o derechos de todas las partes; lo anterior matizado por la esperable sujeción del fiscal a los principios de legalidad atenuada y de objetividad en la persecución penal de los arts. 77 del CPP y 3° y 4° de la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

La formalización de la investigación sería una carga procesal para el persecutor, único legitimado para efectuarla, que satisface su expectativa de eventual condena, siendo el paso previo a una acusación.²⁶ Para el imputado, la formalización de la

²⁴ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial B de F, Madrid, 2016, pp. 21-43, acerca de la incorrección de esta nomenclatura, tributaria del derecho procesal civil. Para el autor sería correcto hablar del “derecho de acusación del querellante particular”.

²⁵ BORDALÍ, ob. cit., y BOFILL, ob. cit.

²⁶ En contra de esta tesis, está la opinión de HERRERA SEQUEL, MARTA, “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, primer semestre 2005, pp. 394-395, quien señala que no puede considerarse a la formalización de la investigación como una carga procesal, desde que su omisión no acarrea perjuicio alguno para el fiscal; esto, mirado desde el punto de vista de la eventual sanción –procesal o incluso penal– que acarrearía para el persecutor el no formalizar investigación cuando el juez de garantía obligue a hacerlo, en la hipótesis de “auto-formalización” del art. 186 CPP. La autora sostiene –y tiene razón– que la omisión de formalizar en esta acotada hipótesis del art. 186 CPP no puede ocasionar el sobreseimiento definitivo de la causa, ni la *preclusión procesal* de su posibilidad de formalizar más adelante en la misma investigación, como tampoco lo hace responsable del delito de desacato de una orden judicial. Pero la ausencia de plazos o de sanciones procesales o incluso penales no obsta a considerar que la formalización es efectivamente una carga procesal para el persecutor público. A este respecto, valga lo que señalaba el propio GOLDSCHMIDT, ob. cit. en nota N° 23, pp. 363-364: “*términos y plazos son, solamente, los tiempos (periodos) establecidos para la liberación de las cargas. Ciertamente, no raramente, la falta de*

investigación no es, claramente, ni una carga, ni una expectativa procesal. El imputado es un mero sujeto pasivo y receptor de la comunicación que hace el fiscal, y ni él ni el tribunal de garantía tienen mayor rol que jugar en la audiencia en que ello tiene lugar. La ley procesal sólo exige al juez que se cerciore que el imputado ha comprendido los hechos que se le imputan, y es esa la única intervención que se ha estimado procedente, sin perjuicio de ciertas posturas doctrinarias que pretenden matizarlo.²⁷

Procesalmente hablando, el imputado se beneficiaría solamente de los meros efectos colaterales y accesorios de la formalización, como es que *se entera de los hechos materia de la investigación*, y objetivamente *nace un plazo máximo para ser investigado*. Estos beneficios colaterales o indirectos, engendran, a su turno, otros sub-beneficios derivados de ellos: la posibilidad de que el imputado *ejerza adecuadamente su derecho a defensa material*, y respecto del plazo, que *eventualmente el persecutor no cuente con el tiempo suficiente para recabar toda la evidencia* que permita incriminarlo, y eventualmente dar certeza jurídica a su situación procesal, sea que se siga adelante con el proceso, como también si se decide no continuar con él, evitando que el proceso se convierta en una pena en sí misma.

cumplimiento se corresponde fundadamente no con el transcurso de un término determinado (...) o de un plazo procesal determinado, sino con un acontecimiento tardío (...) o esencialmente, con el "avance procesal", esto es, cuando "el procedimiento se encuentra en una situación, que no ofrece ya espacio alguno para la realización del acto procesal".

²⁷ En este sentido, la Corte Suprema emitió un Auto Acordado el 10 de enero de 2001 en que instruyó a los jueces de garantía omitir pronunciamientos acerca de la formalización de la investigación, una vez practicada ésta en la respectiva audiencia, por entender que no tienen facultades para ello: *"el juez debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado por los incisos 1° y 2° del artículo 232 del Código Procesal Penal y no le corresponde pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización. Si el imputado considera arbitraria la formalización, puede reclamar en contra de ella ante las autoridades del Ministerio Público, pero no ante el juez de garantía"*. En contra de esta opinión, FALCONE, ob. cit., pp. 206-208, quien propone que *"el juez debe verificar que lo que el Ministerio Público realiza, se corresponda con aquello en que legalmente consiste una formalización de la investigación (...) consiste en que la audiencia de formalización de la investigación, en sentido estricto, debiera concluir con una resolución judicial que, aproximadamente, tenga el siguiente tenor: se tiene por formalizada la investigación"*. RODRÍGUEZ Y PINO, ob. cit., p. 384, por su parte señalan que el juez de garantía *"debe verificar su plausibilidad jurídica"*. DUCE Y RIEGO, ob. cit., p. 225, señalan que el rol del juez de garantía frente a la formalización es *"garantizar al imputado el tener un conocimiento claro de los hechos que constituyen la imputación y así poder preparar su defensa desde el momento inicial de la persecución penal"*.

Pero resulta que aun estos supuestos efectos benéficos son discutibles: sucederá en la gran mayoría de los casos que el imputado conoce desde muchísimo antes de la formalización los hechos que se investigan; la práctica forense indica que el fiscal solicitará la declaración del imputado previo a la formalización de cargos, instancia en que su defensor podrá imponerse de los antecedentes de la carpeta investigativa, según disponen los arts. 7° y 93 CPP. Por lo tanto, respecto del conocimiento que el imputado pueda adquirir de los cargos criminales, que le permitirán ejercer su derecho a defensa material, la formalización parece tener una mínima incidencia en beneficio del imputado. Este tema se verá en detalle en el apartado siguiente.

Y respecto del plazo de investigación, ciertamente el imputado preferirá ni siquiera estar siendo investigado, por mucho que se haya fijado un período limitado de tiempo, que en la práctica suele superar el máximo legal, como se verá en el apartado siguiente.

Por lo tanto, los beneficios procesales del imputado respecto de quien se formaliza investigación son de carácter colateral e indirecto, si es que dichos beneficios efectivamente se presentan. El imputado no satisface carga o expectativa procesal alguna con la formalización, y en realidad, su situación se ve sensiblemente desmejorada. El gran interesado en la formalización es el fiscal, quien satisface una carga procesal.

Se podrá refutar lo recién expuesto diciendo que parece indudable que la formalización de la investigación es también un derecho del imputado, consagrado en la norma del art. 186 CPP. Siendo un derecho, se caería esta tesis goldschmidtiana de la carga procesal, desde que el propio autor se encargó de aclarar que *“un derecho del contendiente no es nunca correlativo a una carga procesal”*.²⁸ Sin embargo, y como ya se dijo, este derecho del imputado es rara vez ejercido, existiendo por el contrario, un claro interés del persecutor particular, el querellante, en echar mano de esta norma, como lo prueba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que llegó a avalar esa postura. Que el imputado no quiera ejercer este derecho es la mejor prueba de que la formalización, siendo nominalmente un derecho del imputado, no es percibida como tal por sus supuestos titulares. Y esto por la sencilla razón, como se expuso, de que la función de la formalización es eminentemente persecutora, y no garantista, sin perjuicio de que nuestro sistema contempla múltiples otras formas a través de

²⁸ GOLDSCHMIDT, ob. cit. en nota N° 23, p. 356.

las cuales el imputado puede imponerse de los antecedentes de la investigación y ejercer su derecho a defensa en consecuencia, como se pasa a exponer.

V. La formalización de la investigación es sólo una forma más, y no la más relevante, en que el imputado se entera del contenido de la investigación

Sin perjuicio de las ideas anotadas en el acápite anterior, la doctrina ha identificado a la formalización de la investigación desde su carácter eminentemente garantista de los derechos del imputado.

En un reciente trabajo de 2015, los autores Manuel Rodríguez Vera y Octavio Pino Reyes afirman que *“se ha alcanzado un cierto consenso en torno a la función de garantía que cumple la formalización dentro del procedimiento ordinario penal, al posibilitar el adecuado ejercicio de la defensa del imputado”*,²⁹ citando abundante bibliografía al respecto. Estos autores señalan que *“el derecho a ser informado de la imputación en el proceso penal desde el primer momento, se ha incluido en una concepción amplia del derecho a ser instruido de la acusación que encuentra sus bases constitucionales en nuestro ordenamiento en el art. 19 N° 3 inc. 6° y en los arts. 8.2 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letras a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*.³⁰

Es correcto, a mi entender, decir que la formalización efectivamente es una institución que permite concretar a nivel legal las garantías constitucionales y de los tratados internacionales señalados. Sin embargo, la formalización se ha convertido en una vía más, y ni siquiera la más importante, a través de la que el imputado toma conocimiento del contenido de la investigación. A este respecto, es muy llamativo que la facultad del imputado de pedir su “auto-formalización”, consagrada en el artículo 186 CPP, haya tenido escasa aplicación práctica, y –por el contrario– la doctrina y jurisprudencia hayan destinado sus esfuerzos a debatir si dicho mecanismo permite

²⁹ RODRÍGUEZ y PINO, ob. cit., p. 245; MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL, *Derecho procesal penal*, Tomo I, 2ª edición, Editorial LegalPublishing, 2012, pp. 637-638; y HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 541. DUCE y RIEGO, ob. cit., p. 220.

³⁰ RODRÍGUEZ y PINO, ob. cit., p. 365. En el mismo sentido, FALCONE, p. 196.

al querellante –persecutor particular– pedir la formalización de investigación en forma autónoma al Ministerio Público.³¹

La ley procesal penal chilena dispone de un amplio catálogo de instancias que permiten al imputado imponerse de los hechos materia de la indagatoria penal, y la formalización no es –cronológicamente hablando– ni la primera, ni tampoco la más importante de ellas:

a) Así, el art. 7° CPP permite que se atribuya la calidad de imputado a una persona, y por lo mismo, pueda ejercer sus derechos en tal calidad, *“desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”*, y el inciso segundo del art. 8° le permite al imputado *“formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en el este Código”*;

b) Es también concreción de este principio la norma del art. 93 CPP que dispone que *“todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: a) que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren...”*;

c) El art. 94 letra a) establece como derecho del imputado privado de libertad el *“que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere”*;

d) El art. 105 hace extensivo todos los derechos del imputado a su abogado defensor, incluido el de informarse acerca del contenido de la imputación;

e) El art. 113 letra d) obliga al querellante a formular su querrela haciendo una *“relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren”*, bajo pena de inadmitirse según dispone el art. 114 letra b);

f) El art. 135 inciso primero obliga al funcionario público a cargo de la detención del imputado a *“informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla”*, regulándose minuciosamente la forma y circunstancias

³¹ Así, los trabajos de Bofill, Herrera y Bordalí a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional ya anotados.

de esta entrega de información en la misma norma, y estableciéndose sanciones al funcionario a cargo en el art. 136 en caso de incumplimiento;

g) Por su parte, de suma relevancia es la norma del art. 194 que dispone que *“si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojar en su contra”*;

h) También los arts. 259, 260 y 277 CPP obligan a consignar los hechos materia de la acusación durante la audiencia preparatoria de juicio oral, y otro tanto ordena el art. 325 CPP para el juicio oral propiamente tal;

i) A mayor abundamiento, la doctrina³² y la muy extendida práctica forense, autorizan las llamadas “reformatalizaciones” en que el fiscal comunica nuevos cargos al imputado o varía los ya comunicados con anterioridad. Estas “reformatalizaciones” más que un fin de comunicación tienen un propósito de permitir acusar sobre la base de los mismos hechos, de ser procedente, dando cumplimiento al mandato legal de congruencia ya anotado. Misma cosa puede decirse respecto de las ampliaciones de la querrela, pero sin el efecto vinculante respecto de futuras acusaciones, claro está.

Como queda en evidencia, la regla general del proceso penal chileno es el libre flujo de información entre fiscal y defensa, consagrado en múltiples disposiciones legales repartidas por todo el procedimiento, desde las primeras diligencias de investigación, y hasta la celebración de juicio oral. La función garantista de la formalización de investigación –que sin duda la tiene– debe ser vista en este contexto general, como una más de las vías informativas, y ni siquiera la más importante ni la primera que tendrá lugar durante el proceso.

³² FALCONE, ob. cit., pp. 210 y ss.

VI. Estándar exigible al Ministerio Público en la formalización de la investigación, como atribución de cargos criminales

La formalización de la investigación cumple hoy una función que no es eminentemente garantista, sino de atribución de responsabilidad penal, o de imputación criminal en contra de un sujeto. Tiene, sin duda una función garantista, pero hoy parece no ser la más importante. No satisface carga ni expectativa procesal alguna del imputado, sino más bien del Ministerio Público y eventualmente del querellante, siempre respetando el persecutor público los principios de legalidad y objetividad ya mencionados.

Teniendo claro que la formalización va principalmente en beneficio del Ministerio Público, y teniendo en cuenta que se trata de un verdadero Poder del Estado, o al menos un órgano “extrapoder” no dependiente de ningún otro,³³ se hace necesario ahondar acerca de cuál es el estándar exigible para este acto administrativo.

La ley procesal chilena, a pesar de adscribir al carácter garantista de la formalización, entiende que implica también un estigma para el imputado; de otra forma no se explica la norma del inciso tercero del art. 232 CPP que dispone que *“el imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta ha sido arbitraria”*.

La ley procesal no define ni da parámetros que orienten acerca de cuándo debe entenderse que la formalización fue “arbitraria”. Por su parte, la Ley N° 19.640 Orgánica del Ministerio Público sólo regula aspectos meramente procedimentales de esta reclamación administrativa a que da pie el art. 232 CPP, disponiendo su art. 33 que *“deberán ser por escrito al Fiscal regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles”*. A su turno, el art. 49 de la misma ley orgánica establece las sanciones, que van desde la amonestación privada hasta la remoción, señalando el art. 50 los parámetros que deberán considerarse para aplicar dichas sanciones en cada caso. Pero no existe una sola palabra en dicha ley –ni en ninguna otra– referida a un aspecto tan sensible como el reclamo por formalización arbitraria.

³³ HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 132.

Entonces, no debiera sorprender que dicha laguna legal haya provocado que en toda su historia no exista una sola sanción a fiscal adjunto alguno por haber formalizado arbitrariamente a un imputado.³⁴ No existen tampoco registros públicos del Ministerio Público que den cuenta de los procesos administrativos abiertos por esta causa, ni tampoco por qué razón han sido desechados.³⁵ Pecaríamos de ingenuos si creyéramos que desde el año 2000 hasta esta fecha ningún fiscal ha formalizado investigación en forma arbitraria. Lo que sucede es que este mecanismo administrativo sencillamente es letra muerta, sobre todo si se toma en cuenta que durante el mismo período de tiempo sí han existido sentencias de la Corte Suprema que han declarado explícitamente la existencia de errores judiciales en procesos penales llevados adelante por el Ministerio Público, errores que, claro está, han sido provocados por el propio persecutor.³⁶

Ha sido la doctrina la que ha llenado de contenido y fijado algunos estándares orientativos acerca de cuándo estamos frente a una formalización arbitraria. Así, la doctrina refiere a los casos en que el fiscal decide formalizar investigación con el solo objeto de dejar sin efecto una suspensión condicional del procedimiento anteriormente decretada contra el imputado, por aplicación del art. 239 CPP, o bien, cuando formaliza existiendo sólo “*escasos antecedentes*”.³⁷ Maturana y Montero estiman que debe atenderse al “*mérito y avance de las pesquisas que el fiscal dirige*” y “*el estado de avance de la investigación*”.³⁸ Falcone señala que una formalización será “*irrazonable e*

³⁴ En la edición del diario La Segunda de 15 de octubre de 2015 el abogado Mauricio Daza afirmaba “no existe un sancionado por formalización arbitraria al interior del MP en sus 16 años”. FALCONE, p. 204, se expresa acerca de lo inconveniente del mecanismo de reclamo del art. 232 CPP, argumentando, con razón, que sólo opera a posteriori –consecuencia inevitable de la ausencia de control jurisdiccional– y a que “*el encargado de resolver la reclamación es el propio órgano que ha realizado el acto, con todo lo que implica que asuma el papel de juez y parte, simultáneamente*”.

³⁵ Cuando se solicita al Ministerio Público develar las razones por las que se desechó un reclamo de formalización arbitraria, suele responderse al interesado que se instruyó un determinado sumario en contra del fiscal cuestionado, el que finalmente fue sobreesido por la propia institución, sin expresarse qué diligencias se efectuaron o las razones de esa decisión.

³⁶ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, “La ampliación del régimen de responsabilidad del Estado Juez a propósito de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de medidas cautelares privativas de libertad y los errores judiciales fuera del ámbito penal”, en *Sentencias Destacadas 2015. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Ediciones LyD, 2016, pp. 15 y ss.

³⁷ HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 551; CERDA, ob. cit., p. 297.

³⁸ MATURANA y MONTERO, ob. cit., pp. 637-641.

imprevisible” si se efectúa “*sin antecedentes que respalden los cargos que se formulan*”.³⁹ Por su parte, Bofill comenta una sentencia del Tribunal Constitucional en un caso en que se impugnó la norma misma que permite en forma exclusiva al fiscal formalizar, excluyendo al querellante, señalando que se trata de una “*discrecionalidad no arbitraria*” en la decisión.⁴⁰ Duce y Riego señalan que la formalización debe ser “*en términos asertivos y no condicionados (...) claros y precisos (...) con indicación de día, lugar y hora específica de ocurrencia, como también de todos los elementos básicos de la conducta imputada*”.⁴¹ Para adoptar esta decisión, estos autores reconocen que se trata de un asunto “*eminente estratégico*” pero proponen que el fiscal debe atender “*aspectos tales como el estado de avance de la investigación, el hecho de existir un imputado individualizado, la necesidad de solicitar diligencias o la procedencia de medidas que puedan afectar derechos constitucionales, la necesidad de mantener la investigación en un estado de reserva mayor, etc.*”.⁴² Ferrajoli apunta también que la acusación debe ser formulada en términos unívocos y precisos, apoyada en adecuados indicios de probabilidad, completa y oportuna, o sea, que permita al imputado contar con un tiempo razonable para preparar su defensa.⁴³

A las hipótesis antes anotadas por la doctrina, me permito agregar que será también arbitraria la formalización cuando se la utilice con un propósito distinto a los contemplados en la ley procesal, y que perjudiquen las posibilidades de defensa del imputado o menoscaben el ejercicio de sus garantías fundamentales. Indicativo de esto último será una formalización, tal como apunta la doctrina, respecto de una investigación en que no se ha desarrollado una mínima actividad indagatoria, o en que ni siquiera se ha citado a declarar al imputado o se le ha invitado a aportar los antecedentes que acrediten su inocencia, sin perjuicio que la ley procesal chilena no establece este trámite como obligatorio, a la usanza de la Ordenanza Procesal Penal alemana,⁴⁴ y teniendo en cuenta que en el trámite legislativo se eliminó expresamente el requisito de la formalización para tomar declaración al imputado, como se señaló.

³⁹ FALCONE, ob. cit., p. 204.

⁴⁰ Fallo comentado en BOFILL, ob. cit., p. 26. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ Y PINO, ob. cit., p. 369: “*no sólo la decisión de formalizar o no, o la oportunidad de la formalización aparece en la realidad del proceso como discrecional para el Ministerio Público, sino también el contenido fáctico de la comunicación*”.

⁴¹ DUCE Y RIEGO, ob. cit., pp. 221-222.

⁴² DUCE Y RIEGO, ob. cit., p. 226.

⁴³ FERRAJOLI, ob. cit., pp. 606 y 607.

⁴⁴ MAIER, ob. cit., pp. 59 y ss.

Las excepciones a lo anterior, serán naturalmente, los casos en que se formalice en casos de flagrancia, o en que las evidencias principales se recojan apenas sucedido el hecho, ya descubierto por el persecutor.

Es también posible pensar en otros casos en que la investigación esté agotada, y el fiscal no cuente con evidencia suficiente para acreditar la responsabilidad del sujeto de acuerdo al estándar de “*más allá de toda duda razonable*” del art. 340 CPP. Si el fiscal igualmente decide formalizar investigación, con el solo objeto de estigmatizar al imputado –que sabe que no llevará a juicio– y solicitar una medida cautelar como medida de presión, estaremos sin duda frente a una formalización arbitraria, al afectarse injustamente su derecho a la presunción de inocencia. Lo mismo que la formalización efectuada con el solo objeto de provocar la aceptación del imputado de una salida alternativa, sabiendo positivamente el fiscal que carece de antecedentes para llevar el caso a un juicio oral.

Finalmente, cabe anotar que a partir del tenor del art. 232 CPP antes citado, hay doctrina que entiende que, como acto administrativo y no jurisdiccional, la formalización de la investigación no sólo está sometida al control interno del respectivo Fiscal Regional en aquellos casos en que es arbitraria. Como se dijo, este mecanismo no ha surtido efecto alguno en la práctica. La doctrina tímidamente ha planteado que, como acto administrativo, una formalización arbitraria –que no se sujeta al principio de legalidad o juridicidad– podría, además, ser susceptible de ser declarada nula por el tribunal de garantía, vía incidente de nulidad de derecho público por infracción a los artículos 6° y 7° CPR, o incluso, a través de la cautela de garantías del art. 10 CPP.⁴⁵ Sin embargo, esas soluciones no están exentas de problemas dado precisamente el diseño de la Reforma Procesal Penal, en que existe una dicotomía entre actos administrativos y jurisdiccionales, estando sólo los últimos bajo el control de los recursos procesales y restantes medios de impugnación. Problemático

⁴⁵ BOCKSANG HOLA, GABRIEL, “Informe en Derecho: el control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público”, Unidad de Estudios Regional Metropolitana Norte de la Defensoría Penal Pública, 2013, p. 19 señala que “*por ejemplo, si se sostuviese, en la misma actuación, que el imputado ingresó a un domicilio, y luego se señalara que no ingresó a él; o bien si se adujese que el imputado no logró ingresar a un domicilio, a pesar de haber utilizado ciertos elementos como instrumentos del delito, y luego que se señalara que dichos elementos provenían del interior del domicilio, siendo por consiguiente efectos del delito. Todas dichas afirmaciones son contradictorias per se, y habilitan derechamente a pedir la declaración de nulidad del acto de formalización, a más del reclamo por formalización arbitraria previsto en el artículo 232 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal (sic)*”.

puede ser recurrir de protección (art. 20 CPR) en contra del Ministerio Público por una formalización arbitraria, existiendo el mecanismo ya anotado de reclamo administrativo en el propio CPP, que no contempla la posibilidad de impugnación jurisdiccional. Como anota Bofill: *“la verdad es que no estuvo en la cabeza de nadie que la formalización de la investigación pudiera estar sujeta a algún control por parte del juez de garantía”*.⁴⁶

Todo lo dicho debe entenderse sin perjuicio de la *responsabilidad civil que pueda tener el Estado* como consecuencia de una formalización arbitraria, al tenor de lo dispuesto en el art. 5° de la Ley N° 19.640, que señala que *“el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”*.

VII. Afectación de la presunción de inocencia en la formalización de investigaciones en las causas de connotación pública

De lo dicho hasta aquí, podemos decir que la formalización cumple un rol fundamental en el proceso penal, no tanto para el imputado, sino que principalmente para el Ministerio Público, quien debe ejercer esta carga procesal en forma que no sea arbitraria o que menoscabe las garantías fundamentales del imputado. Duce y Riego, por ejemplo, calificaron a la formalización de la investigación como *“un hito central del nuevo procedimiento”*, señalando que *“en la misma audiencia se pueden adoptar decisiones fundamentales para el curso del proceso, tales como: la procedencia de medidas cautelares (...) en una buena cantidad de los casos la audiencia de formalización de la investigación debiera constituir la instancia donde se resuelva en definitiva un caso”*.⁴⁷ Por su parte, Rodríguez y Pino señalan que *“parte de la doctrina reconoce en esta actuación un fuerte componente estratégico para la facilitación e impulso de la persecución, por el cual la determinación de formalizar excedería un mero juicio de procedencia sobre la aptitud de ciertos datos para constituir una notitia criminis conforme a una determinada previsión legal”*⁴⁸ y que *“si la formalización es para el imputado una garantía, para el Ministerio Público tiene un carácter meramente instrumental, al*

⁴⁶ BOFILL, ob. cit., p. 13. En el mismo sentido, HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 541: *“es importante destacar que la formalización de la investigación es una actuación unilateral del ministerio público que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez, sin perjuicio de la facultad de imputado para reclamar ante las autoridades del ministerio público cuando considerare que ella ha sido arbitraria”*.

⁴⁷ DUCE y RIEGO, ob. cit., p. 229.

⁴⁸ RODRÍGUEZ y PINO, ob. cit., p. 368.

serle exigida por la ley tal imputación antes de instar medidas cautelares o avanzar en el procedimiento.⁴⁹

110 Sin perjuicio de su atenuado carácter garantista, y su marcado rol persecutor, la formalización parece haber sido utilizada con fines distintos a los contemplados por el legislador en algunos casos recientes de connotación pública, que motivan esta reflexión final. Como decía en la introducción, la formalización de la investigación ha cobrado un rol central y absolutamente preeminente en el proceso, en especial, cuando se trata de causas complejas de la llamada “criminalidad de cuello y corbata”. En particular, hay tres aspectos que perjudican el derecho a la presunción de inocencia del imputado (art. 19 N° 3 CPR y art. 4° CPP), sobre los que me pasaré a explayar a continuación. Es connatural a toda imputación penal que este derecho se vea sacrificado en alguna medida,⁵⁰ pero hay ciertas situaciones que provocan una afectación innecesaria y desproporcionada.

Uno de esos casos será el asedio periodístico respecto del imputado respecto de quien se formalizará investigación. En las causas de connotación pública existirá un natural interés por el acto procesal de la formalización, como acto comunicativo y formal de imputación; sin perjuicio de ello, es deber del Ministerio Público –en respeto del principio de objetividad en la persecución– dar el mensaje inequívoco a través de los medios de comunicación, de que dicho acto procesal no entraña una condena anticipada, como muchas veces se entiende por la opinión pública. En muchas ocasiones, el revuelo mediático que rodea a la solicitud de formalización de investigación, como al acto mismo, parece alimentado por el propio persecutor, que proyecta en él una atribución de responsabilidad penal, que es privativa del juez del fondo. Como decía al comienzo, las nomenclaturas tampoco son neutras: así, hablar del “formalizado” es sin duda un estigma –dado que el estatus del imputado no cambia en nada con la formalización– sumado a que la propia ley procesal se refiere a la “víctima del delito” (y no, como debiera ser, a la “supuesta víctima” del “eventual delito”). Esta situación se ve lamentablemente potenciada por la distan-

⁴⁹ RODRÍGUEZ y PINO, ob. cit., p. 374.

⁵⁰ NIEVA FENOLL, JORDI, *La duda en el proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 99: “el ministerio fiscal no empieza a investigar en absoluto si no posee una sospecha. Y si existe esa sospecha es que se está partiendo de la misma, y su seguimiento guía toda la actividad fiscal. Sólo se considera la posibilidad de la inocencia cuando se ha descartado la sospecha, lo que equivale a no tener en cuenta la inculpabilidad hasta prácticamente el final de las investigaciones”.

cia temporal que se da entre la formalización y la eventual acusación o las salidas alternativas que se pacten. Al “calor de la noticia”, la audiencia de formalización es una instancia inmediata en que el o los imputados literalmente deberán sentarse en el banquillo de los acusados.

Otra medida que debiera ser revisada es la televisión en vivo de las audiencias de formalización, y la extensión temporal excesiva de las mismas (lo que Duce y Riego llaman “*formalización relación*” al estilo de las audiencias en las Cortes de Apelaciones⁵¹), en que este trámite procesal se convierte en una muy extensa audiencia que finalmente es un mero anticipo a la discusión de medidas cautelares. El sistema procesal penal chileno se declara respetuoso del principio de publicidad de las audiencias que se llevan ante el tribunal con competencia en lo penal; así, lo dispuesto en el art. 289 CPP respecto al juicio oral, entre otras. Sin embargo, dicha publicidad debiera ser debidamente ponderada en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de las audiencias de formalización, en que, repetimos, no existe condena alguna, y el mensaje comunicacional que finalmente fluye es justamente ése, alimentando en muchos casos los prejuicios y sesgos propios de la opinión pública en contra del imputado. Como acota Nieva: “*el periodista debe esforzarse en explicar que un hecho no es delictivo hasta que no lo declara así el juez. Es decir, que en nuestro sistema social, para determinar la culpabilidad o la inocencia es precisa la celebración completa de un proceso jurisdiccional, hasta su finalización, es decir, en todos los grados de jurisdicción*”.⁵²

Finalmente, parece también discutible la utilización de la formalización de la investigación como requisito único e inmediato para el arribo de una suspensión condicional del procedimiento, en aquellas causas en que existió intervención judicial a consecuencia de la presentación de una querrela, y por lo mismo, están vedadas otras formas administrativas de término (como el archivo provisional o la decisión de no perseverar, arts. 167 y 168 CPP). Esto fue lo que sucedió, por ejemplo, en la llamada causa “SQM” (RIT 6474-2015 RUC 1500687796-3 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago) en la audiencia de formalización celebrada el 3 de agosto de 2016. En esa oportunidad se formalizó investigación en contra de 32 personas, decretándose a continuación, en la misma audiencia la suspensión condicional del procedimiento en contra de todos ellos. Si el propósito de la formalización fuera eminentemente garantista, el enterarse de los cargos sólo momentos antes de con-

⁵¹ DUCE y RIEGO, ob. cit., p. 222.

⁵² NIEVA, ob. cit. en nota anterior, p. 106.

cluir la causa sería vulnerador de la garantía que consagra el derecho a defensa, en especial si se tienen en cuenta los parámetros de diligencia que la doctrina sugiere respecto del consejo que debe dar el abogado defensor a su representado, cuestión que difícilmente se cumplirá en los pocos minutos de una audiencia pública.⁵³ Asimismo, aparece como completamente inútil suspender condicionalmente apenas formalizada la investigación, si ésta pretende ser una institución que impulsa la persecución penal, permitiendo que se decreten medidas cautelares personales, interrumpir el plazo de prescripción de la acción penal, acotar los cargos que serán materia de la acusación, etc.

VIII. Bibliografía

- BOCKSANG HOLA, GABRIEL, *Informe en Derecho: el control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público*, Unidad de Estudios Regional Metropolitana Norte de la Defensoría Penal Pública, 2013.
- BOFILL GENZSCH, JORGE, “Conferencia del profesor Jorge Bofill Genzsch”, en *Seminario: Problemas actuales del Derecho al recurso en el Proceso penal*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2012.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 2, 2008.
- CARocca PÉREZ, ALEX, *Manual del nuevo sistema procesal penal chileno*, 5ª edición, Editorial LegalPublishing, 2009.
- CASTRO JOFRÉ, JAVIER, *Introducción al Derecho procesal penal chileno*, Editorial LexisNexis, 2006.

⁵³ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 252-253, respecto de la suspensión condicional del procedimiento, por ejemplo, dice que “antes de proponer al fiscal debatir sobre la suspensión condicional del procedimiento, el defensor deberá formarse una fundada opinión sobre los hechos que se atribuyen al imputado; acerca de la participación de éste en ellos y de la responsabilidad penal que le puede asistir y del probable desenlace judicial del procedimiento. Luego deberá consultar la cuestión con el imputado, informándole de sus propias conclusiones; de las posibilidades que se vislumbran; y de las consecuencias que tendría la celebración de un acuerdo de suspensión, como de las características de estos acuerdos y de las condiciones más comúnmente impuestas por el juez o tribunal de que se trate o las que él estime se impondrán probablemente al caso concreto”.

- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO, *Manual del sistema de justicia penal*, Tomo I, Editorial Librotecnia, 2010.
- CHAHUÁN SARRÁS, SABAS, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Editorial LegalPublishing, 2012.
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, “La ampliación del régimen de responsabilidad del Estado Juez a propósito de las sentencias de la Corte Suprema en los casos de medidas cautelares privativas de libertad y los errores judiciales fuera del ámbito penal”, en *Sentencias Destacadas 2015. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Ediciones LyD, 2016.
- DEL RÍO FERRETTI, CARLOS, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Las Américas, México, 2009.
- FALCONE SALAS, DIEGO, “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección Estudios, N° 2, 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, 2010, Editorial Colex, Madrid, 2010.
- GOLDSCHMIDT, JAMES, *Derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2015.
- GOLDSCHMIDT, JAMES, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Editorial B de F, Madrid, 2016.
- HERRERA SEGUEL, MARTA, “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, primer semestre 2005.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, *Derecho procesal penal chileno* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- MAIER, JULIO, *Antología: el proceso penal contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, Perú, 2008.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN (Coord.), *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL, *Derecho procesal penal*, Tomo I, 2ª edición, Editorial LegalPublishing, 2012.
- NIEVA FENOLL, JORDI, *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Editorial Edisofer, Buenos Aires, Argentina, 2012.

NIEVA FENOLL, JORDI, *La duda en el proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ VEGA, MANUEL y PINO REYES, OCTAVIO, “Análisis de la (in) eficacia del principio de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Sección Estudios, N° 1, 2015.

ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

SALAS ASTRAIN, JAIME, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*, 2ª edición aumentada, Editorial Librotecnia, 2015.

TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

