



2021

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 11.325-2021**

[30 de diciembre de 2021]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 248,  
LETRA C); Y 259, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

ALEJANDRO MARTÍN DE MONTANER

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1910008733-5, RIT N° 2288-2019, SEGUIDO  
ANTE EL SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

**VISTOS:**

Con fecha 30 de junio de 2021, Alejandro Martín de Montaner, acciona de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 1910008733-5, RIT N° 2288-2019, seguido ante el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone:

*“Código Procesal Penal,*

*(...)*

*Artículo 248.- Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:*



- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;
- b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o
- c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

(...)

**Artículo 259.- Contenido de la acusación.** La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

- a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;
- b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
- c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;
- d) La participación que se atribuyere al acusado;
- e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
- f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio;
- g) La pena cuya aplicación se solicitare, y h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Si, de conformidad a lo establecido en la letra f) de este artículo, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 307, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

**La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.**

(...)

**Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**



La requirente acciona en el marco de un proceso penal iniciado por querrela presentada por la requirente en contra de Laura Cecilia Fernández Junciel, Jens Meyer-Norbisrath y en contra de quienes resulten responsables, por delitos de estafa agravada, prevista en el artículo 469 N° 3 del Código Penal; el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, prevista y sancionada en los artículos 470 N° 1 en relación al 467, ambos del Código Penal, y por el delito de lavado de activos, previsto en el artículo 27, letra a) de la Ley N° 19.913

Explica que Alejandro Martín De Montaner formó hace 16 años en Argentina la sociedad Tango Logística S.R.L., dedicada a la prestación de servicios de transporte internacional de mercaderías. Dicha empresa posteriormente, indica el querellante, obtuvo la representación de Toll Group, compañía con sede en Australia.

Refiere que el año 2011, De Montaner y el querellado Meyer-Norbisrath, decidieron ampliar el espectro de negocios de Tango-Argentina a Chile y para ello se procedió a la creación de la sociedad Tango Logística Chile, en la que De Montaner tendría una participación del 50% y el otro 50% que correspondería a Meyer-Norbisrath, sería asumida por la sociedad Transportes e Inversiones Menotras Limitada, de la que formaba parte la querellada doña Laura Cecilia Fernández Junciel.

Con ello se constituyó la sociedad Transportes Inversión y Asesorías Tango Logística Chile Limitada en agosto de 2012, pudiendo usar el nombre social de Tango Logística Chile Ltda. Posteriormente, en 2013, se procedió a modificar la sociedad sustituyendo a Transportes e Inversiones Menotras Limitada, por la querellada Laura Cecilia Fernández Junciel.

Señala que se acordó la siguiente forma de operar: Tango-Chile debía pagar mensualmente a Tango-Argentina la suma de US\$ 2.000 por el uso de la marca comercial "Tango Logística"; los querellados Fernández Junciel y Meyer-Norbisrath, recibirían una remuneración mensual, y que en forma anual se confeccionaría el Balance de la sociedad y se acordaría qué porcentaje se destinaría a la inversión del negocio, y cuál se retiraría por los socios.

Afirma la querrela que durante el año 2013 y parte del 2014, los imputados remitían información parcial e incompleta, en una especie de "modalidad de engaño" para hacerle incurrir en un error. El 2 de octubre de 2014, comunicó al querellado Meyer-Norbisrath, que había decidido contratar los servicios de un abogado en Chile para que, en su representación, revisara la información de la sociedad.

En ese contexto si bien reconoce haber logrado tomar contacto con los querellados, realizándoles una serie de requerimientos de información encaminadas a interiorizarse del verdadero estado financiero y contable de Tango-Chile, la respuesta de los imputados y la entrega de información continuaba siendo resistida por aquéllos, y si bien, le fue enviada en forma parcializada, ella resultaba no ser verídica.



Posteriormente, en esas condiciones puso término a la Sociedad por escritura pública de fecha 15 de febrero de 2017. Durante este período, refiere que tuvieron lugar diversas operaciones con las que se habrían desviado los ingresos de la compañía, según detalla a fojas 7 y siguientes.

Explica que en mayo de 2019 se rechazó por el Juzgado de Garantía sustanciador una solicitud de sobreseimiento definitivo.

En tal etapa se solicitó apercibimiento de cierre por la defensa de los querrelados, y una vez cerrada la investigación el persecutor público adoptó la decisión de no perseverar cuya comunicación se fijó para la audiencia de 21 de octubre de 2021, audiencia en la cual corresponde resolución de una petición de reapertura que hizo la requirente, estando pendiente de realización la misma tras suspensión decretada por esta Magistratura.

Afirma, en consecuencia, que el Ministerio ha hecho un ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, ha solicitado audiencia para comunicarlo, y no ha investigado de conformidad a un justo y racional procedimiento.

Argumenta entonces la existencia de una infracción del derecho a la acción penal, reconocido en el art. 83, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el art. 19 N<sup>o</sup> 3 incisos tercero y sexto, en cuanto se les ha privado de la posibilidad de ejercer la acción penal pública a la cual tiene derecho consagrado en la Constitución Política de la República.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 22 de julio de 2021, a fojas 45, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 12 de agosto de 2021, a fojas 61, se declaró admisible. Conferidos traslados de fondo el Ministerio Público evacuó el mismo a fojas 107. A su vez, la querellada formuló observaciones a fojas 128.

### **Traslado del Ministerio Público.**

Hace notar que principalmente la querrella está dirigida a sostener la existencia del delito de administración fraudulenta, ilícito que recién vino a incorporarse a nuestra legislación por la Ley N<sup>o</sup> 21.121, de 20 de noviembre de 2018, quedando incorporado en el numeral 11 del artículo 470 del Código Penal. Y, no obstante, los hechos relatados en la querrella se extendieron hasta 2016.

Asimismo, en la querrella se indica que podrían eventualmente configurar una apropiación indebida, lo que efectivamente ha sido objeto de discusión en la doctrina, sin embargo, los elementos recogidos no han podido sostener otras actuaciones en el proceso, lo que debe observarse en el marco de un procedimiento investigativo en el



que hubo dificultades para obtener algunas piezas de información de la misma querellante y en el que intervienen también quienes aparecen como querellados, que por medio de su defensa han sostenido versiones opuestas a las de la querella.

Afirma que la autonomía concedida al Ministerio Público por la Constitución le faculta a sopesar la seriedad de los antecedentes de una imputación, debiendo ejercer la acción penal en su caso, y no en todo caso.

La decisión de acusar como la de no perseverar, comparten en realidad el mismo fundamento, esto es, la existencia de una investigación y la apreciación acerca de si ella arroja, o no, antecedentes suficientes para llevar al acusado a un juicio, correspondiéndole dicha apreciación al organismo que por mandato constitucional dirige en forma exclusiva la investigación.

En relación a las diversas sentencias estimatorias del Tribunal Constitucional, de requerimientos dirigidos contra el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, destaca que la presunta falta de control judicial encierra dos dificultades: en primer término, que siendo un mecanismo de jurisdicción negativa, con la eventual inaplicabilidad del precepto, no se obtiene por el contrario un control judicial, y en el segundo, que el proceso quedaría, en teoría y dependiendo de la oportunidad en que se pida la inaplicabilidad, reducido a dos posibles opciones para el Fiscal, esto es, acusar o pedir sobreseimiento.

**La parte querellada evacúa traslado a fojas 128, instando por el rechazo del libelo.** Afirma, en síntesis, lo siguiente:

Los hechos objeto de la investigación en cuestión constituyen una cuestión civil, un conflicto comercial entre socios de una sociedad y que fueron oportunamente sometidos a la decisión de un tribunal arbitral por iniciativa del aquí requirente.

Resulta claro, a su juicio, que el requirente ha tratado de instrumentalizar una investigación criminal, haciendo aparecer como delito una clara cuestión civil, entre socios de una sociedad. Y, lo anteriormente expuesto, es lo que ha justificado las decisiones que ha adoptado el Ministerio Público.

La aplicación del artículo 248 letra c) en relación con el artículo 259, inciso final, tampoco importan desconocer el derecho a la acción del querellante. La aplicación de ambos preceptos legales no impiden a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, puesto que el legislador ha previsto los debidos contrapesos para que la víctima pueda impetrar el control jurisdiccional de las decisiones del Ministerio Público, tanto con el derecho a pedir al tribunal competente la reapertura de la investigación, como en este caso hizo el aquí requirente y, para el evento que el tribunal en su control jurisdiccional, rechazase tal petición, aun así la víctima podrá solicitar al mismo tribunal el forzamiento de la acusación, quien podrá acceder a tal solicitud.



No procede acoger el requerimiento pues de acogerse, se transgredirían garantías constitucionales de los imputados, en relación a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 2 y N° 3, de la Constitución Política de la República), atribuyendo facultades jurisdiccionales a la supuesta víctima de un pretendido delito.

### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 2 de noviembre de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos del abogado Rodrigo Aros Chia, en representación de la requirente, y del abogado Hernán Ferrera Leiva, en representación del Ministerio Público.

Se adoptó acuerdo en igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

## **I. PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS**

**PRIMERO:** En estos autos, se ha ejercido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pretendiéndose la declaración de inaplicabilidad, por tal motivo, de dos preceptos del Código Procesal Penal.

Se trata, en primer lugar, del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Disposición que, a la letra, reza lo que sigue: "**Artículo 248. Cierre de la investigación.** Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: (...) c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación."

En segundo lugar, se impugna el inciso final del artículo 259 del Código Procesal, Penal. Aquella disposición, prescribe lo siguiente: "**Artículo 259.- Contenido de la acusación (...)** La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".

## **II.-LA GESTIÓN PENDIENTE DE AUTOS. SUS HECHOS FUNDAMENTALES (A) Y EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO (B)**

### **(A) HECHOS FUNDAMENTALES DE LA CAUSA SUBLITE**

**SEGUNDO:** Para brindar claridad a la presente sentencia, se pasa a exponer, brevemente, los hechos que resultan relevantes de la causa *sublite*:



- Con fecha 21.02.2019, la requirente presentó querrela en contra de Jens Meyernorbisrath y Laura Cecilia Fernández Junciel, y de todos quienes resulten responsables por los delitos de estafa agravada, prevista en el artículo 469 N° 3 del Código Penal; el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, prevista y sancionada en los artículos 470 N° 1 en relación al 467, ambos del Código Penal, y por el delito de lavado de activos, previsto en el artículo 27, letra a) de la Ley N° 19.913.
- Con fecha 02.03.2020, el Ministerio Público solicitó audiencia para comunicar decisión de no perseverar.
- Con fecha 03.04.2020, la querellante solicita la reapertura de la investigación respecto de diligencias específicas.
- Con fecha 31.08.2020, el Tribunal decretó la reapertura de la investigación por 90 días a fin de que se realicen por parte del órgano persecutor diligencias investigativas específicas.
- Con fecha 01.06.2021, el Tribunal tiene por comunicado el cierre de la investigación comunicada por el Ministerio Público.
- Con fecha 02.06.2021, el Ministerio Público solicitó audiencia para comunicar decisión de no perseverar.
- Con fecha 21.10.2021, el Juzgado de Garantía reprogramó la audiencia de no perseverar en el procedimiento para el día 17 de marzo de 2022.

**TERCERO:** De modo que, entonces, la gestión pendiente consiste en un proceso penal en que el requirente detenta la calidad de querellante, persiguiendo la responsabilidad de los querellados por los delitos de estafa, apropiación indebida y lavado de activos.

El Ministerio Público no formalizó la investigación – siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá - y comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, posibilidad que le es reconocida por el artículo 248, letra c), al persecutor estatal. Se encuentra pendiente la realización de la audiencia donde se comunicará la decisión de no perseverar en el procedimiento.

#### **(B) CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO**

**CUARTO:** En síntesis, la requirente sostiene que la aplicación de los preceptos impugnados, ambos de la codificación procesal penal, vulneraría – en el contexto de la gestión pendiente descrita en la consideración precedente – los artículos 19 N° 3 y 83; ambos de la Constitución Política.



**III.- LAS SENTENCIAS PREVIAS DE ESTA MAGISTRATURA Y SU FUNDAMENTO EN EL DERECHO QUE LA CONSTITUCIÓN ASEGURA AL OFENDIDO POR EL DELITO PARA EJERCER IGUALMENTE LA ACCIÓN PENAL (ARTÍCULO 83, INCISO 2º, DE LA CONSTITUCIÓN).**

**QUINTO:** Cabe señalar que la impugnación ahora planteada, no es novedosa para esta Magistratura, pues ya ha conocido y acogido, requerimientos semejantes al presente. Así se ha venido haciendo desde la STC Rol N° 5.653. En el mismo sentido, STC Roles N° 6718, 7237, 8142, 8798, 8925, 8887, 9266 y 9239.

En todos estos pronunciamientos que han analizado la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal, a veces como única norma impugnada, en otras en conjunto con otros preceptos del mentado cuerpo legal, siempre desde la perspectiva de los artículos 83, inciso segundo, y 19, N° 3º, inciso sexto, de la Constitución.

**SEXTO:** En dicho sentido, nuestra Magistratura, a partir del Rol N° 5.653, ha venido declarando la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, en ocasiones conjuntamente con otros preceptos del mismo cuerpo legal, en lo medular, porque su aplicación *“(...) viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3º, inciso sexto) que brinde protección al derecho a “ejercer igualmente la acción penal” (c. 6º, Rol N° 8.887), en relación con su inciso tercero -modificado en 2011-, al tenor del cual “las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”.*

Entendiendo, por ello, que *“(...) la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima. Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado” (c. 13º, Rol N° 8.887).*

**IV.- INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 248, LETRA C), Y 259, INCISO FINAL, AMBOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**





**SÉPTIMO:** En esta oportunidad, luego de realizada la vista de la causa y habiéndose oído al efecto los alegatos de las partes, este Tribunal ha resuelto acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Lo anterior, pues la aplicación de los preceptos reprochados viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3º, inciso sexto) que brinde protección al derecho a “*ejercer igualmente la acción penal*”.

**OCTAVO:** Antes de fundamentar la decisión estimatoria previamente anunciada, es menester señalar que para decidir así, este Tribunal no ha entrado a calificar la idoneidad de la investigación desformalizada que ha llevado el Ministerio Público, ni tampoco se ha detenido a evaluar la suficiencia de los motivos que ha tenido para no perseverar en ella. Es obvio, por cierto, que una decisión como ésta - cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya- debe alcanzar estándares de justificación a la altura de las actuales exigencias que el Estado de Derecho impone a las actuaciones de todos los órganos del Estado. Pero no nos corresponde, en esta sede o, al menos, en los términos en que se encuentra formulado el requerimiento, analizar o verificar que ese estándar se haya cumplido.

Tampoco está dentro de la atribución de control de constitucionalidad de preceptos legales, al tenor de la acción de inaplicabilidad intentada en estos autos, examinar la resolución judicial que ha tenido presente la comunicación de la decisión de no perseverar o la resolución que se pronuncie acerca de los recursos impetrados en su contra.

**NOVENO:** Despejado el punto anterior, en las consideraciones siguientes se hará referencia, en primer lugar, al derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, a sus fuentes constitucionales y algunas precisiones sobre su alcance (A).

Luego, se demostrará que el ejercicio de la facultad de no perseverar tiene una repercusión negativa en el anterior derecho del querellante (B), no existiendo resguardos – en el orden legal – que resulten suficientes y compatibles con el ejercicio del mismo (C). Dicha norma representa un obstáculo al ejercicio del mentado derecho. Finalmente, se expondrá una breve conclusión (D).

#### **A.- EL OFENDIDO POR EL DELITO Y LA TITULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL. FUENTES CONSTITUCIONALES DE ESTE DERECHO Y ALGUNAS PRECISIONES SOBRE SU ALCANCE.**

**DÉCIMO:** Respecto de la titularidad del ofendido por el delito – víctima – respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto “*el ofendido por el delito y las*



*demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal” (énfasis agregado).*

En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución - modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011 - establece que *“las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.”* (Énfasis agregado). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que *“la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”* (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

La jurisprudencia, por su parte, ha destacado que a la víctima se le reconoce *“la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516.”* (Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014).

**DÉCIMO PRIMERO:** De la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Por supuesto, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta – más bien inexistente - facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación al legislador, con el fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal.



**DÉCIMO TERCERO:** Igualmente, cabe precisar que reconocimiento del antedicho derecho no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del supuesto culpable.

El derecho del querellante – ofendido por el delito - es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva - por la vía de la acusación adhesiva o autónoma - con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia.

**DÉCIMO CUARTO:** Además, menester es señalar que es evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal – Ministerio Público – en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer igualmente la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público.

Si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio “igualmente” que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma – o también adhesiva - no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal - autónoma o adhesiva- lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima, tanto individual como social en tanto miembro de una comunidad, en que se haga justicia.

**DÉCIMO QUINTO:** Además, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer – igualmente - la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.

Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia – aun parcial - de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda



disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial.

**DÉCIMO SEXTO:** En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.

Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Asimismo, este tribunal considera que el ofendido por el delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce. Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior.

**DÉCIMO OCTAVO:** En vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la Constitución al ofendido por el delito, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial - artículo 248, inciso primero, letra a - para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento - artículo 248, inciso primero, letra c - no se necesita de la homologación jurisdiccional.



**DÉCIMO NOVENO:** Además, resulta indiscutible que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo.

La víctima sí puede representar el interés público, conclusión ésta que deriva lógicamente de la titularidad de la acción penal que por mandato de la Constitución tiene el ofendido.

La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce. En efecto, se afirma que *“El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas.”* (Énfasis agregado). (Horvitz, M. I., y López, J., 2002, “Derecho Procesal Penal Chileno”, T.1, p. 296).

Luego, a propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación - artículo 258 del Código Procesal Penal – que como se ha dicho ya en esta sentencia es manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal que tiene el ofendido ex artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, la doctrina se ha preguntado si:

*“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito? Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2º CPE, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura “un horizonte normativo enteramente nuevo”. Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público”* (Horvitz y López (2002), T.1, pp. 296-297).

**B.-EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR Y SU REPERCUSIÓN NEGATIVA EN EL DERECHO DEL QUERELLANTE A LA ACCIÓN PENAL. LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS CONSTITUYEN UN ÓBICE AL EJERCICIO DE DICHO DERECHO.**



**VIGÉSIMO:** En general, la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.

Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará a continuación, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Y es que el ejercicio de la función que el artículo 83 inciso primero de la Constitución confiere al Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, más allá de cualquier consideración doctrinaria o jurisprudencial al respecto, ha venido adoptando dos modalidades diversas.

Por una parte, aquellas investigaciones donde el Persecutor ejerce la atribución conferida en el artículo 229 y la formaliza, comunicando al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente la indagatoria en su contra respecto de uno o más delitos determinados; y, de otra, las investigaciones donde no se ha formalizado.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** En cada una de estas dos hipótesis, tanto las potestades del Ministerio Público como las atribuciones del Poder Judicial y la situación de imputados y víctimas es diversa por variados motivos.

Uno de ellos dice relación con la concreción del derecho a la acción que la Constitución reconoce a los querellantes, en caso que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar, pues -cuando se trata de una investigación formalizada- el querellante puede solicitar al juez que lo faculte para formular acusación, conforme a lo dispuesto en el artículo 258 incisos tercero y cuarto del Código Procesal Penal, en tanto que -cuando no ha mediado formalización- el querellante queda desprovisto de este derecho, sin que pueda resolverse en sentido contrario por autoridad judicial alguna, quedando a merced de la decisión adoptada por el Persecutor Fiscal. Máxime si, conforme a la aplicación que la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores ha venido adoptando en esta materia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 370 del mismo cuerpo legal, al fin y al cabo, carece de recursos para impugnar lo así decidido.

**VIGÉSIMO TERCERO:** De modo que la decisión que adopta el Ministerio Público, de no perseverar en el procedimiento no resulta inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal, cuando se trata, como en caso sub lite, de una investigación desformalizada.

Desde luego, pues aquella *hace cesar la posibilidad de accionar penalmente*, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.



En relación a lo anterior, ha de remarcarse que dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “decisión” del Ministerio Público que se “comunica” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “no sólo la persecutoria del Ministerio Público” culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

Igualmente, cabe agregar que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso.

Finalmente, la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa - solicitado por la defensa del imputado- respecto del delito en cuestión.

**VIGÉSIMO CUARTO:** De las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede – sin mediar control judicial de fondo - decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura.

**VIGÉSIMO QUINTO:** En cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), puede constituir un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo puede ser el artículo 259, inciso final.

**VIGÉSIMO SEXTO:** En efecto, aquella establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

La aplicación, sin más, de la exigencia dispuesta en este precepto, puede impedir la eficacia de la acción penal del querellante. Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podría llegar jamás a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, en ese entendimiento y esto sin perjuicio de lo que se razona en el considerando trigésimo octavo de esta sentencia, la situación que podría provocar dicha aplicación del precepto en comento, vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83, sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia.



**C.-NO HAY RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN POR PARTE DEL QUERELLANTE.**

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público se encuentra exenta de un control judicial efectivo.

Con ello se vulnera el derecho que al ofendido por el delito confiere el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, constatación que conlleva necesariamente la declaración del de inaplicabilidad de aquel, por ser la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** No obstante lo clara que resulta la conclusión anterior, es menester referirse a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, para evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique. En dicho sentido, se estimó en una de aquellas ocasiones, que “Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal” (STC Rol N° 2561, c. 55°).

Habiéndose acudido a aquellos como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC roles N° 1341 (considerando 63°) y 2680 (considerandos 47° a 55°) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos - en caso de empate - en las STC Roles N° 2561 (motivos 53 y siguientes del voto por rechazar) y 2858 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar), resulta necesario demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional – ya explicado – que produce la aplicación del precepto reprochado en el caso de autos.

**VIGÉSIMO NOVENO:** En las sentencias señaladas en el considerando precedente, se alude en los términos señalados, a los siguientes “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del Ministerio Público:

(1) El artículo 5° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; sentencia rol N° 2680, considerando 13°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

(2) El artículo 7° de la misma ley establece que “*las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia*”. Dicho control se extiende “*tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.*” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);





(3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que “corresponderá al Fiscal Regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo.” (Sentencia rol N° 1341, considerando 80°; motivo 54 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

(4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal) (Sentencia rol N° 1341, considerando 81°; motivo 55 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

(5) La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 82°; motivo 56 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); y

(6) El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 84°; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561).

**TRIGÉSIMO:** Como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia los considerandos vigésimo y vigésimo primero, resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción penal.

(1) *El artículo 5° de la Ley N° 19.640.*

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Dicha norma apunta a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Aquella no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado.

Entonces, si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. En aquel supuesto nacería una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad.

(2) *El artículo 7° de la Ley N° 19.640.*



**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Respecto de esta norma, cabe advertir que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo.

Nuevamente, resulta patente la imposibilidad de asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Lo anterior, pues la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito y las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. De allí que este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerarlo como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial.

*(3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640.*

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Sobre esta norma, cabe consignar que aquella establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo.

Sin embargo, el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden a no perseverar en la investigación, ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación.

De lo anterior se sigue que la disposición en examen no constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

*(4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal).*



**TRIGÉSIMO CUARTO:** Por su parte, cabe señalar que esta disposición permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado.

Como es obvio, la facultad mencionada no constituye mecanismo de resguardo alguno, debido a que, dado los antecedentes de la gestión judicial pendiente, no ha habido controversia respecto de la necesidad o no de nuevas diligencias.

*(5) El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).*

**TRIGÉSIMO QUINTO:** En el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación.

Lo anterior, al no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] *considerare oportuno*” (artículo 230 del Código Procesal Penal).

**TRIGÉSIMO SEXTO:** El problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución:

*“Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N° 358, Sesión N° 111, p. 23).*



**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación” (p. 78).

Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor.

(6) *Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal).*

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar.

A lo que ha de agregarse que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia han restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que: “El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que - objetivamente- pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los



intervinientes y al querellante, por lo que, **en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante;** (énfasis agregado). (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, considerando segundo).

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que: “ **el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal a favor del imputado** y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.” (énfasis agregado). (Considerando quinto, sentencia rol N° 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago).

En la misma línea de la conclusión anterior, cabe consignar que el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que “se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que “la persona afectada por una investigación” se refiere exclusivamente al posible imputado”. Citando a la profesora Marta Herrera, el ex Fiscal Nacional señala: “Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma.” En conclusión, y sin lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal “imputado” y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional”. (Piedrabuena, G., “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 23, junio de 2010, p. 19).

**TRIGÉSIMO NOVENO:** Además de la interpretación del artículo 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N°060, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 2014, en la que se recalca que el artículo 186 “tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público”. (p. 27). Asimismo, se afirma que “la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación **no** implica una



*carga procesal para el organismo. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar” “[y] no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.” (p. 28, el destacado es del texto original).*

#### D. ALCANCES FINALES

**CUADRAGÉSIMO:** Luego de todo lo que ha sido expuesto en orden a la estimación del presente requerimiento de inaplicabilidad, corresponde reiterar que cabe abordar el sistema procesal penal no desde el complejo normativo de rango legal, sino a partir de las normas constitucionales y los que efectos que ellas producen en las normas inferiores. Estas normas constitucionales son artículos 19 N° 3, 76 y 83.

De tal forma que, existe para todos los intervinientes, en todos los casos, el derecho a acceder a la justicia y a que se tutelen sus derechos fundamentales. Ello es garantizado con la posibilidad de acceder a los tribunales mediante el ejercicio de acciones, pero no debe olvidarse que también existe un derecho a que el querellante pueda poner en conocimiento y provoque finalmente el juzgamiento de sus pretensiones. De lo anterior se deriva que existe un derecho que conlleva la obligación correlativa de los tribunales de ejercer la jurisdicción.

Por ello, es posible concluir que la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunica al Tribunal su voluntad de no perseverar, no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** Es en la línea de lo anterior, que cabe entender que la aplicación que se ha venido haciendo de los preceptos impugnados, especialmente del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, pugna, efectivamente, con el derecho que la Carta Fundamental confiere a la víctima, pues el ejercicio de la acción no se satisface sólo cuando es posible iniciarla -querellándose-, sino que supone continuarla y poder desplegar los derechos que ella integra a lo largo del proceso para que sea cabal y oportuna la tutela judicial efectiva, a menos que sobrevengan actuaciones o hechos que le pongan término (como el abandono, el desistimiento o su desestimación por resolución judicial), pero no cabe admitir que ello pueda producirse por la decisión -no susceptible de ser controlada y, eventualmente, revertida por el Poder Judicial- del Ministerio Público.



**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Es importante destacar que no se trata, como pudiera erróneamente entenderse, de retrotraer la decisión de no perseverar comunicada por el Ministerio Público, forzándolo a una indagatoria que, cabe asumir seriamente, estima inconducente desde su perspectiva persecutora o situándolo, como se ha sostenido en estrados, ante la disyuntiva -eventualmente, improcedente, a su entender- en orden a formalizar como acto meramente instrumental o, incluso, a plantear el sobreseimiento.

La inaplicabilidad del artículo 248 letra c) no busca esos objetivos, pues no se trata de un control abstracto, sino que de un examen en el caso concreto donde, por aplicación de ese precepto legal, se vulnera el derecho que la Constitución confiere al requirente a proseguir su acción, acusando y, por ende, lo que la sentencia estimatoria debe alcanzar, lejos de revertir la opción del Ministerio Público -órgano constitucionalmente autónomo, entre otras cuestiones, para resolver si procede perseverar o no en una investigación-, es que se garantice y lleve a cabo el derecho a la acción del querellante en su faz acusatoria, a pesar de las decisiones que el Ente Persecutor adoptó en orden a no formalizar y a no perseverar.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO:** No resulta un obstáculo a lo anterior, el derecho del imputado a conocer por qué se lo ha investigado (desformalizadamente) y de qué se lo acusa, debiendo respetarse -sin duda- el principio de congruencia entre los términos de la querrela, la acusación y la sentencia, ya que, si bien “[s]e podrá invocar como obstáculo para que el querellante pueda acusar, la falta de formalización, aduciendo que al no haber formalización no se produciría la congruencia que requiere el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, entre ésta y la acusación. Sin embargo, expresamente el artículo 248 inciso final del Código Procesal Penal, creamos, resuelve en parte el tema, al establecer como uno de los efectos de la decisión de no perseverar, precisamente, que “se dejará sin efecto la formalización de la investigación”. Por consiguiente, siempre que se apruebe la decisión de no perseverar, nunca existirá formalización y en consecuencia, el principio de congruencia se limita, en este caso, al que deberá existir entre la acusación particular y la sentencia definitiva, como lo exige el inciso primero del artículo 341 del Código Procesal Penal” (Nicolás Orellana Solari: “Comentarios sobre la Procedencia de Comunicar la Decisión de No Perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la Investigación esté Cerrada y Formalizada de acuerdo a lo establecido en el Artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno”, *Ars Boni et Aequi*, N° 5, 2009, p. 76).

Esta sentencia, en todo caso, ha conjurado el riesgo de que el artículo 259, inciso final, pueda ser invocado en términos de menoscabar el derecho que al querellante reconoce el artículo 83, inciso 2°, de la Constitución, al haber accedido a la declaración de su inaplicabilidad.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO:** En suma, ésta sentencia estimatoria conduce a inaplicar el artículo 248 letra c), y también el artículo 259, inciso final, por lo que -a pesar de la comunicación del Ministerio Público- queda subsistente la investigación



llevada a cabo desformalizadamente para que el querellante pueda, dentro de plazo y conforme a los requisitos legales, acusar, por lo que, al inaplicarse ese precepto legal, debe proseguirse conforme al orden consecutivo legal, de tal manera que "(...) *la querellante puede forzar la acusación, debiendo tenerse como hechos que servirán de base a los cargos que formule aquellos en que sustenta su querella*" (c. 2º, Rol N° 1.615-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago).

**CUADRAGÉSIMO QUINTO:** En razón de lo argumentado a lo largo de la presente sentencia, no cabe sino concluir que la aplicación de los **artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal**, impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, motivo por el cual habrán de ser inaplicados y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 248, LETRA C); Y 259, INCISO FINAL, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. OFÍCIESE.**
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**DISIDENCIA**

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:**

**I.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS.**

1º. El dilema constitucional a sistematizar en el conflicto concreto del presente fallo, es el cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma impugnada por infracción a los artículos 19 N°3, inciso sexto, en relación con los artículos 76, inciso segundo y 83, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República,





particularmente por infringir el derecho al ejercicio de la acción penal de la víctima-querellante.

En particular, se pide la inaplicación - en el caso concreto- por cuanto “la Fiscalía ha cerrado la investigación, y dentro del marco de una investigación desformalizada, y lejos de encontrarse agotada, ha solicitado al 2° Juzgado de Garantía, se disponga la celebración de una audiencia – la que se ha fijado para el 21 de octubre próximo -, en la que el ente persecutor ejerciendo el derecho previsto en el literal c) del art. 248 del Código Procesal Penal, procederá a comunicar la decisión de no perseverar, hipótesis que, atendido que en este caso no existe formalización, impedirá a la víctima – querellante y requirente en autos, privándole el derecho de sostener personalmente la acción penal, a través del expediente del forzamiento de la acusación, en los términos previstos en el art. 258 del citado cuerpo legal.” (fs. 29)

2°. Para abordar el cuestionamiento jurídico constitucional antes señalado, resulta pertinente en dicho análisis considerar lo expresado en el motivo 13 de la sentencia de este órgano de 23 de junio de 2002 (Rol N°325), cuando señala que: “Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, “es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho.”.

Complementando lo anterior, la hermenéutica tópica ha considerado la “presunción de legitimidad” o “interpretación de conformidad a la Constitución”, que el tribunal ha aplicado de manera reiterada. De sus fallos se infiere que los preceptos que le corresponde controlar deben estimarse, en principio, constitucionales, válidos o legítimos y que sólo deben declararse inconstitucionales, una vez que un análisis depurado de ellos, lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental (Valenzuela Somarriva, Eugenio, Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional, Cuaderno N° 31, Tribunal Constitucional de Chile, 2006, p.35).

3°. De este modo, esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutorio sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada “razonabilidad técnica”, configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley procesal



penal y los medios que se planifica para lograr el objetivo. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos.

## II.- NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. IMPUGNACIÓN SISTEMÁTICA.

4º. Que, “la naturaleza del nuevo sistema penal y las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia se condicen con los objetivos alcanzados por la justicia penal. En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. El sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de justicia pública, en el cual se castiga al culpable por un mal similar al que él ha causado. Es en la Edad Media tardía en que surge un nuevo modelo de proceso penal conocido como “Proceso Inquisitivo”. Se trata de un proceso de investigación controlado e impulsado oficialmente, en donde el proceso penal pierde el carácter adversarial y antagónico entre ofensor y ofendido que tenía en su origen, para pasar a constituirse en una **relación “bipolar”** entre juez y acusado. De esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. El sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modificó tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal (STC 1341 cc. 17 a 20) “.

5º. Que, “cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, ésta pierde la imparcialidad y la independencia que debe esperarse de quien ejerce la función jurisdiccional, puesto que esta persona ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado. La Reforma Procesal Penal elaboró y desarrolló las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento en que se garantizara la imparcialidad e independencia del juzgador respecto del imputado. Para lograr dichos objetivos, se separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional. Así, el Ministerio Público juega un rol protagónico dentro del nuevo proceso penal, al ser el órgano encargado de dirigir la investigación de modo exclusivo y materializar, de este modo, uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal que era separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas” (STC 1341 cc. 21 a 25) (En el mismo sentido, STC 1445 c. 12, STC 2702 c. 14).



### III.- PERTINENCIA CONSTITUCIONAL DE LA NORMA PROCESAL PENAL CUESTIONADA.

#### A.- La atenuación del principio de legalidad en el nuevo proceso penal

6º. El principio de legalidad en su faceta procesal “enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, hacerla cesar a su mero arbitrio”. El proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así comprendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal. En ese sentido, se ha otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad. En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, “la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deber ser usados de manera eficiente. Permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. La persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos” (STC 1341 cc. 27 a 33).

#### B.- La facultad de no perseverar

7º. Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministro Público en el proceso de dirección de la investigación. Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales. En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas “las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”. Como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a dicho cierre. Como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. En cuarto lugar, es necesario que la facultada de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal. La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía. Dicha característica tiene



relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos. Durante la tramitación legislativa se consideró que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional. La víctima respecto de la cual se ejerce la facultad de no perseverar, no queda en la indefensión, ni tampoco la aplicación de dicha facultad por parte del Ministerio Público vulnera su derecho a la defensa, su derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos ni la obligación del Ministerio Público de investigar“(STC 1341 cc. 45 a 56, 61 a 63 y 86) (En el mismo sentido, STC 1394 cc. 19 a 24 y 27 a 29, STC 1404 cc. 19 a 24, STC 2026 cc. 14 a 20, STC 2697 c.14).

#### **C.- Contexto de la investigación penal. La víctima no posee un derecho a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.**

8º. A pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que, excepcionalmente, ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencia de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos. La estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, “pautada” por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos. Si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito (STC 1341 cc. 64 a 73)(En el mismo sentido STC 1244 c. 36, STC 2680 c.41).

#### **D.- La dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público. Potestad Constitucional Superior.**

9º. El legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas. Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que “ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”. El constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. En el proceso de dirección de la investigación del Ministerio puede actuar



ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo (STC 1341 cc. 34 a 44) (En el mismo sentido, STC 1394 c. 14, STC 1380 CC. 6 Y 7, STC 2680 c.16, STC 2702 c.14).

**E.- El art. 186 CPP no entrega la tutela al imputado, sino a Jueces para que controlen el monopolio del Ministerio Público del avance del proceso penal.**

10º. El artículo 186 del Código Procesal Penal relativo al control previo a la formalización, constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado. De esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación de las normas relativas a la formalización de la investigación confieran al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución (STC 138 c.18)(En el mismo sentido, STC 2510 c.20, STC 2680 cc. 54 y 55).

**F.- Las facultades de los Fiscales de investigar y formalizar no son actos discrecionales**

11º. Las facultades de investigar y, luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas (STC 815 c.3).

**G.- Principio de congruencia**

**G.1.- Derecho a defensa y principio de congruencia en el proceso penal**

12º. El Código Procesal Penal consagra un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa (STC 1542 c.5).

**G.2.- Formalización y principio de congruencia**

13º. La acusación, en el sistema procesal penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en



ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa (STC 1542 cc. 5 y 6). El nuevo proceso penal obedece a un preclaro sistema de principios reformadores y adecuadores al moderno proceso penal comparado.

### **G.3.- Relación del principio de congruencia con el debido proceso**

14º. Un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver. El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y de las personas materia de la acusación, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica. Una posible infracción a este principio no podría verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo en la gestión pendiente. Sólo con la dictación de la sentencia se puede determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal (STC 2314 cc. 12, 13 y 27).

## **IV.- ARGUMENTOS PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO**

15º. La Constitución no contiene norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (STC 821 c.8) (En el mismo sentido, STC 2702 c.30).

16º. A juicio de quienes disintimos, el conflicto constitucional deducido en autos no guarda relación, no obstante, lo desarrollado en la sentencia, con la mayor o menor facultad que el sistema procesal penal le otorga a la víctima del delito. Ésta puede “ejercer igualmente la acción penal” (artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querrela; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).

La opción del legislador procesal penal chileno “fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador- pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público (Horvitz Lennon, María



Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.)” (STC 5653, cº 15º, disidencia).

17º. El Tribunal Constitucional ha conocido en diversas oportunidades, vía acciones de inaplicabilidad, impugnaciones al artículo 248, letra c), y en otras respecto del 259, inciso final, ambas del Código Procesal Penal, la mayoría de ellos desestimados ya sea por mayoría de votos, o en empate. Quienes suscribimos este voto disidente reafirmamos dicha jurisprudencia que, estimamos, se aviene con la Constitución y el modelo institucional que instaura la Reforma Procesal Penal vigente en Chile desde el año 2000.

**a. LAS FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO SE DEBEN INTERPRETAR A LA LUZ DE SU RESPETO A LA CONSTITUCIÓN Y A LA LEY, LA QUE CONTIENE LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DE INVESTIGAR LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITOS.**

18º. El Ministerio Público tiene la exclusividad de dirigir la investigación penal, lo que además reviste una garantía de control judicial sobre la misma: “...la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, “buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior -o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización- no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados”. Concluyendo que, por lo mismo, “los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través



de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó -por las razones que acabo de explicar- la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público.”(Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);(STC 1445 cc. 14°).

#### **b.- FACULTADES PRIVATIVAS DEL MINISTERIO PÚBLICO SON DISCRECIONALES, PERO NO ARBITRARIAS.**

19°. Las facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales pero no arbitrarias: “...si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este órgano, “esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación” (sentencia Rol N° 1.467);” (STC 1445 cc. 15°).

20°. Si bien la formalización de la investigación es una actuación que sólo toca realizar al Ministerio Público, el legislador, con el fin de asegurar una investigación racional y justa, ha establecido el control procesal de la investigación mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación. En efecto, el Código Procesal Penal permite, entre otros controles: a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (artículo 183); b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184); c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueron objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186); d) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232); y e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Sentencia Rol N° 1.244); STC 1445 c. 20°).





c.- **FACULTADES EXCLUSIVAS DE DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN SE MATERIALIZAN EN EL PRINCIPIO DE EFICACIA, DONDE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL FACULTA AL MINISTERIO PÚBLICO EL CONDUCIR LA INVESTIGACIÓN DE FORMA EXCLUSIVA.**

21º. Las facultades exclusivas de dirección de la investigación materializan el “principio de eficacia”, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva: “...en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además, puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiére gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230, CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, “**la nueva concepción del Principio de Legalidad**” que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva.

Dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal; (STC 2680-14 c. 3º N°12º).

#### d.- **EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROPIAMENTE TAL.**

22º. El artículo 259, consagra un principio esencial de la reforma procesal penal: el principio de congruencia: “..., que a la letra dice: “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”) tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se



satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa.

23°. Lo razonado en el motivo precedente debe conducir a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe, necesariamente, ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada.

La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal a cargo del caso, los querellantes queden en la indefensión al verse impedidos de llevar adelante la persecución penal contra el querellado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnímoda que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueron objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice (artículo 186 del citado cuerpo legal);(STC 1542 cc. 5°,6° y 7°).

#### **V.- CASO CONCRETO Y SU IMPLICANCIA.**

24°. En nada afecta el texto constitucional el ejercicio exclusivo de investigar los hechos punibles y la participación, como tampoco que el Ministerio Público para ejercer la acción penal de manera que respete el Principio de Legalidad penal, sea depositario del mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también aquellos que acrediten la inocencia del imputado.

25°. Que en esta cadena lógica, tanto la decisión de acusar como la de no perseverar, tienen idéntico fundamento, el cual consiste en que exista una investigación y que la apreciación lleve a la conclusión de tener suficientes antecedentes para acusar en un juicio, todo en virtud del mandato constitucional que le permite al Ministerio Público dirigir la investigación.

26°. Al confrontar las variables del Principio Acusatorio y el fin de separar la función investigativa de aquella de naturaleza jurisdiccional, la revisión, la valoración y la ponderación de los antecedentes emanados de la investigación nos



conduce indefectiblemente a la exclusividad en la dirección que la indagatoria de imputaciones penales en la constitución quedó en manos del Ministerio Público.

27°. Que, del mismo modo, “imputar e investigar” los hechos punibles y la participación se engarzan con el Principio Acusatorio el cual corre aparejado con el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial.

28°. La falta de prueba incriminatoria, genera el medio consagrado en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, donde al evaluarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental invocándose tutela judicial y control jurisdiccional del cometido del Ministerio Público, esta Magistratura ha concluido de “la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad” (STC ROL N°2680-15 y 2858-15 de data junio de 2016).

29°. El estatuto de la víctima debe interpretarse en armonía con el conjunto de derechos que el proceso penal atribuye a la víctima durante el desarrollo del enjuiciamiento penal y además, en el proceso investigativo, entre los cuales destaca la petición al Fiscal de aquellas diligencias pertinentes y útiles, para establecer la verosimilitud de los hechos indagados, y en el evento de una negativa se podrá reclamar al tenor del artículo 183 del Código Procesal Penal; asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación según el artículo 184 del Código Procesal Penal y las vías especiales de los artículos 186 y 257 del mismo cuerpo legal, en el sentido de poder ejercer el derecho a asistir e intervenir en las distintas instancias y la solicitud de reapertura de la indagatoria, a fin de realizar diligencias.

30°. Junto a lo anterior, también es dable entender que la falta de formalización en los términos del artículo 229 del Código Procesal Penal consagra que se encuentra en manos del Ministerio Público la comunicación que dicho precepto se refiere lo cual está en concordancia con la norma del artículo 83 de la Constitución y su indagación de los delitos en forma exclusiva. Esta Magistratura en los Roles Nos. 458 y 1001, en virtud del control preventivo de constitucionalidad de sendas reformas legales se estableció que era el deber de un funcionario del Ministerio Público y en ejercicio de sus actuaciones que ambos actos jurídicos procesales, llámense investigación y formalización, son actos exclusivos del órgano persecutor. Esta última circunstancia, además, aparece reforzada en el artículo 232, inciso final del Código Procesal Penal.

31°. Que no es posible mediante el arbitrio de la inaplicabilidad cuestionar el sistema acusatorio, teniendo al trasluz el sistema inquisitivo, tratándose en el caso concreto de una causa iniciada por querrela presentada por la requirente por el delito de administración fraudulenta y en su caso apropiación indebida. La investigación que tuvo lugar en este caso, cubriendo todos los aspectos relacionados con el hecho denunciado, ha cumplido diversas etapas, y efectivamente en mayo de 2019 se rechazó por un Juzgado de Garantía una solicitud de sobreseimiento, en agosto de 2020 se



dispuso la reapertura de la investigación y en esta última etapa se solicitó apercibimiento de cierre por la defensa de los querellados, y una vez cerrada la investigación se adoptó la decisión de no perseverar cuya comunicación está pendiente para la audiencia de 21 de octubre de 2021.

## VI.- CONCLUSIÓN.

32°. Que atendido lo razonado previamente, no resulta pertinente aceptar las razones y motivaciones planteadas en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1 y siguientes, circunstancias que llevan a los disidentes a desechar la acción impetrada en la presente causa.

## PREVENCIÓN

**Se previene que el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR** concurre a la sentencia teniendo, además, presente lo que sigue:

1°. Que, la jurisdicción constitucional se erige como una garantía fundamental para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, por lo cual las sentencias que emanen de su seno producen en todas las autoridades públicas la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir. De modo que, la autoridad que infringe dicha obligación, vulnera lo dispuesto en el artículo 6° de la Carta Fundamental;

2°. Que, siendo el Ministerio Público el órgano constitucional que ha comunicado, en la gestión judicial pendiente, ante el juez de garantía competente la decisión de no perseverar en el procedimiento, cuyo fundamento jurídico es el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, disposición legal impugnada en el requerimiento, acción que se acoge, declarándose la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma jurídica citada en el caso concreto;

3°. Que, en razón de lo anterior, corresponde que el órgano persecutor, parte requerida, realice todas aquellas diligencias necesarias para dar cumplimiento a la sentencia de estos autos constitucionales, en el entendido que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, le corresponde dirigir en forma exclusiva la investigación de la causa en que incide la presente sentencia.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y la disidencia, el Ministro señor NELSON POZO SILVA.

La prevención corresponde al Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 11.325-21-INA**



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.