



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 11.442-21-INA

[29 de marzo de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LOS
ARTÍCULOS 230; 248, LETRA C), E INCISO FINAL; 259, INCISO
FINAL; Y 261, LETRA A), DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

STEPHANIE ALEJANDRA MÁRQUEZ GRANIFO

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1910032392-6, RIT N° 11573-2019, SEGUIDO
ANTE EL SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 19 de julio de 2021, Stephanie Alejandra Márquez Granifo deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 230; 248, letra c), e inciso final; 259, inciso final; y 261, letra a), del Código Procesal Penal, para que produzca efectos en el proceso penal RUC N° 1910032392-6, RIT N° 11573-2019, seguido ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

Los preceptos legales cuestionados disponen:





Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.

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.**

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

Artículo 261.- Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

a) Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente.

En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;

Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente

En cuanto a los antecedentes del caso concreto, explica la parte requirente que, por sí y en representación de Asesorías e Inversiones Márquez Granifo y Compañía Abogados Asociados Spa, interpuso querrela criminal por los delitos de amenazas, robo con violencia e intimidación y daños en contra de Ximena Trinidad Gómez Hernández ante Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

En esta causa el Ministerio Público procedió a investigar, sin formalizar en definitiva la investigación, y solicitó al Juez de Garantía audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, decisión que así se tuvo por comunicada en audiencia de 27 de abril de 2021.

Luego de esa comunicación y a instancias de la misma parte requirente de inaplicabilidad de autos, y por resolución de 29 de abril de 2021, el juzgado de



garantía fijó audiencia para discutir el forzamiento de la acusación, audiencia que aún no se verifica, atendida la suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura Constitucional, y a la espera que se emita sobre el fondo de la inaplicabilidad de autos.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Luego, y en cuanto al conflicto constitucional planteado, la parte requirente afirma que, en la especie, la aplicación de los preceptos legales cuestionados importaría infringir los artículos 7°, 19 N° 2, 19 N° 3, incisos primero, tercero y quinto; 76 y 83 de la Constitución, toda vez que, frente a un proceso penal iniciado por querrela, en etapa de investigación no formalizada por el Ministerio Público, y aun cuando indica la actora existen diligencias investigativas pendientes solicitadas por ella como querellante –como unos peritajes a que alude a fojas 4-, la Fiscalía igual cierra la investigación y comunica la decisión de no perseverar, en aplicación de los preceptos legales impugnados y, por el principio de congruencia, frente a una investigación desformalizada se impedirá a la requirente, como víctima y querellante, forzar la acusación, y poder continuar con el proceso criminal, lo cual, afirma, conlleva desde luego la infracción del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, que garantiza el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; así como también la vulneración del 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que consagra el derecho al ejercicio de la acción penal por parte de la víctima.

Así, manifiesta la requirente que en la especie la aplicación de los preceptos legales cuestionados infringe la Constitución, toda vez que impiden a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo, y a ejercer su derecho a la acción penal, careciendo el querellante en el proceso criminal de vías procesales para poder perseverar en el proceso, como ofendido por el delito, y quedando así impedidos en su derecho a la tutela judicial efectiva.

Expresa la actora a fojas 5 que si el Fiscal opta *“por no perseverar, a la víctima o querellante, le caduca su derecho constitucional a una acción penal, quedando en la más absoluta indefensión, lo que va en contra directamente de: el artículo 7; el artículo 19 n°2, n°3 inciso 1°, 3° y 5°; artículo 76 y el artículo 83 de la Constitución Política de la República, ya que la formalización, es la única vía para hacer efectivo el derecho procesal de la víctima y no dejarla en la más absoluta indefensión como es el caso de autos. En el sentido, se comete reiteradamente el error en cuanto decir que el Ministerio Público tiene la exclusividad de la acción penal, siendo que dicha exclusividad se debe solamente a la investigación”*.

Agrega a fojas 6 y siguientes la infracción de la igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; así como la conculcación de los artículos 7°, 76 y 83, manifestando que el Ministerio Público *“trabaja bajo un principio de oficialidad, como un órgano administrativo autónomo, que tiene el mandato exclusivo de la investigación penal, además de poder ejercer la acción penal pública, a través de perseguir de oficio los delitos, cualquier a otra acción o pretensión escapa de su competencia y colisiona con otros organismos del estado como lo es el Poder Judicial al atribuirse facultades de establecer si alguien es inocente o culpable de un delito para perseguirlo o no, o pese a la suficiencia de pruebas negarse a que los imputados puedan ser perseguidos. Si bien se reconoce que según el artículo 83 de la carta magna, la acción penal es eventual para el Ministerio Público, no por*



ello, tiene la facultad de impedir que la víctima pueda ejercer su acción penal”, agregando que “la exclusividad del Ministerio Público es esencialmente en razón a la investigación, y no de la acción penal pública, que por tutela constitucional, corresponde a todos los ciudadanos en especial a las víctimas” (fojas 6).

A fojas 9 y siguientes cita precedentes de esta magistratura que han acogido acciones de inaplicabilidad similares a la de autos, citando al efecto los fallos recaídos en las sentencias roles N°s 5653, 6718, 7237 y 8060, entre otras, en las que esta Magistratura ha consignado 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”.

Y conforme a lo expuesto solicita la parte requirente se acoja su acción de inaplicabilidad.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue admitido a trámite y declarado admisible por la Primera Sala del Tribunal, ordenándose asimismo la suspensión del procedimiento en la gestión judicial invocada.

Conferidos los traslados sobre el fondo a las demás partes y a los órganos constitucionales interesados, fueron formuladas observaciones dentro de plazo por el Ministerio Público, instando por el rechazo del requerimiento en todas sus partes.

En su presentación de fojas 97 y siguientes, la Fiscalía afirma que la aplicación de los artículos 230; 248, letra c), e inciso final; 259, inciso final; y 261, letra a), del Código Procesal Penal, no genera efectos contrarios a las disposiciones de la Constitución Política invocadas por la actora.

Aduce que el propio artículo 83 de la Carta Fundamental, en su inciso primero, mandata al Ministerio Público en forma exclusiva la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, debiendo investigar los hechos que determinen la participación punible y aquellos que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, debiendo ejercer la acción penal pública; estableciéndose para este organismo persecutor penal condiciones para el ejercicio de sus funciones recogidas en su propia ley orgánica constitucional, que consagra el principio de objetividad, de modo que, en armonía con los derechos de la víctima, el Fiscal acuse sólo cuando la investigación proporcione fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado.

Así, sin perjuicio de las opciones que se otorgan al ofendido por el delito, la apreciación de si los hechos son constitutivos de delito, corresponde al órgano que por mandato constitucional expreso dirige en forma exclusiva la investigación y, “en su caso”, ejerce la acción penal, sin que se vean en consecuencia amagados los derechos de las víctimas, y concluyendo así que el Ministerio Público sólo debe formalizar y acusar, cuando tenga antecedentes serios y fundados, lo que no acontece en los casos sublite.

Agrega el Ministerio Público que, atendido el estado procesal de la gestión judicial invocada, en que ya se tuvo por comunicada la decisión de no perseverar y está



pendiente el forzamiento de la acusación, el cuestionado artículo 230 del Código Procesal Penal ya no puede producir los efectos denunciados, además de que no cuestiona el artículo 229 que define la formalización; y de que existe jurisprudencia uniforme de este tribunal que ha rechazado a lo menos en siete ocasiones requerimientos enderezados contra el mismo precepto legal, conforme a los fallos que se citan a fojas 104.

Refiere igualmente el Ministerio Público precedentes contenidos en sentencias de fondo de este Tribunal Constitucional, que han desestimado impugnaciones enderezadas en contra de los mismos artículos 248 letra c) e inciso final y 259 del mismo código, rechazado similares impugnaciones de inconstitucionalidad que las invocadas en el presente libelo de inaplicabilidad. Así, a fojas 115 cita entre otras, las STC roles N°s 1341, 1394, 1404, 2561, 2680 y 2858, que han reconocido que la decisión de no perseverar constituye una salida autónoma del proceso penal, que la Fiscalía ejerce facultativamente, y que se integra por elementos reglados y otros discrecionales, concluyendo así que el Ministerio Público sólo debe formalizar y acusar, cuando tenga antecedentes serios y fundados, lo que no acontece en el caso sublite.

Finalmente, señala el Ministerio Público respecto del cuestionamiento a los artículos 259 inciso final y 261 letra a) del Código Procesal Penal, que acá sólo hay reiteración por parte de la actora de los mismos argumentos pero llevados a etapas procesales posteriores, lo que igualmente conlleva el necesario rechazo de la acción de inaplicabilidad; y agrega que la exigencia de que la acusación particular sólo pueda referirse a hechos y personas incluidos en la formalización responde a exigencias incorporadas como resguardo de garantías aseguradas por la misma Carta Fundamental, por todo lo cual solicita el Ministerio Público el rechazo del requerimiento de fojas 1, en todas sus partes.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 23 de diciembre de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator. Con la misma fecha se adoptó el acuerdo y la causa quedó en estado de sentencia.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que la fundamentación de este fallo de mayoría se estructurará de la siguiente manera:

I. SOBRE LO IMPUGNADO: NORMAS OBJETADAS Y CONTEXTO.

- A) Los preceptos legales impugnados.
- B) Los argumentos centrales de las partes.
- C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.





II.- SOBRE EL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL: NATURALEZA Y EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL.

- A) Naturaleza del derecho a la acción penal.
- B) La acción penal como derecho: expresión constitucional, historia y jurisprudencia.

III.- ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO A LA ACCIÓN PENAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN?

- A) Desacertada caracterización de la posición interpretativa del ofendido o querellante respecto del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.
- B) El ofendido no interviene en la misma forma que el Ministerio Público en el proceso penal, pero su derecho a ejercer igualmente la acción penal no puede significar que la posibilidad de acusar dependa enteramente de la actividad de dicho órgano público.
- C) El ofendido 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.

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

V.- NO EXISTEN RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL QUERELLANTE.

- A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.
- B) Análisis sobre la insuficiencia o impertinencia de los resguardos procesales que se indican.
 - (1) El artículo 5° de la Ley N° 19.640.
 - (2) El artículo 7° de la Ley N° 19.640.
 - (3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640.
 - (4) La procedencia de la reapertura de la investigación (artículo 257 del Código Procesal Penal).
 - (5) El forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).
 - (6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (artículo 186 del Código Procesal Penal).

VI.- CONCLUSIONES.

I.- SOBRE LO IMPUGNADO: NORMAS OBJETADA Y CONTEXTO.

A) *Los preceptos legales impugnados.*

SEGUNDO. Que las normas legales del Código Procesal Penal cuya inaplicabilidad se solicita son las siguiente:

“**Artículo 230.-** Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el





procedimiento por medio de la intervención judicial. Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.”;

“**Artículo 248 letra c) e inciso final.**- "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.

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 inciso final.**- "Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

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

“**Artículo 261 letra a.**- Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito podrá:

a) Adherir a la acusación del ministerio público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación”.

B) Los argumentos centrales de las partes.

TERCERO.Que el requirente alega que de quedar a firme la aplicación de los preceptos legales impugnados que faculta discrecionalmente al Ministerio Público a no perseverar en el procedimiento, se concretaría un efecto inconstitucional por la vulneración del artículo 7°, artículo 19 N° 2, del artículo 19 N° 3, incisos primero, tercero y quinto, el artículo 76, y 83, incisos primero y segundo, de la Constitución Política de la República.





De acuerdo a lo manifestado por el requirente, con la aplicación de la decisión del Ministerio Público de no perseverar, le impiden el acceso a un procedimiento racional y justo, y a ejercer su derecho a la acción penal, careciendo el querellante en el proceso criminal de vías procesales para poder perseverar en el proceso, como ofendido por el delito, y quedando así impedidos en su derecho a la tutela judicial efectiva.

El Ministerio Público, por su parte, argumenta que los preceptos legales impugnando se ajustan a la Constitución, por cuanto la formalización es un acto propio del Fiscal y no comparece arbitrariedad alguna al caso concreto. Así mismo, señala que tanto la decisión de acusar como la de no perseverar comparten 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 de forma exclusiva la investigación.

Igualmente, que el Ministerio Público ejerce la investigación de los delitos, y, ejerce la acción penal “en su caso” y no, “en todo caso”.

C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.

CUARTO. Que, en primer lugar, de la revisión de la gestión judicial pendiente es posible constatar que el Ministerio Público no ha formalizado investigación contra imputado alguno. Paradójicamente, lo que el Ministerio Público hace es cerrar una investigación “desformalizada”.

En segundo lugar, la parte querellante solicitó al Ministerio Público, con fecha 5 de julio de 2019 y en la misma querrela, una serie de diligencias a la Fiscalía Centro Norte, las que son:

- 1.- Citación a declarar en calidad de testigo a doña Daniela Serrano Moya, RUT N° 19.136.880-0, bajo los apercibimientos del artículo 190 inc. 2° CPP.
- 2.- Oficio a 1° Comisaría de Santiago, a fin de identificar a pareja de carabineros que asistió al lugar de los hechos luego de denunciados.
- 3.- Citar a declarar a pareja de carabineros, una vez identificados, bajo los apercibimientos legales que correspondan.

En tercer lugar, el ente persecutor optó por comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, se procedió al cierre de la misma y se solicitó una audiencia para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento. Dicha audiencia tuvo lugar el 27 de abril pasado, oportunidad en la que se tuvo por comunicada la decisión de no perseverar.

Habiendo diligencias pendientes, la querellante solicitó la reapertura de la investigación, concediéndose por 60 días para tomar declaración a los testigos.



En cuarto lugar, y en virtud de lo anterior, el querellante solicitó al Juez de Garantía, la reapertura de la investigación para debatir acerca del forzamiento de una acusación, la que se fijó para el 27 de julio pasado y que no se ha realizado por la suspensión decretada en esta causa.

II.- SOBRE EL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL: NATURALEZA Y EXPRESIÓN CONSTITUCIONAL.

A) Naturaleza del derecho a la acción penal.

QUINTO. Que, en general, la legitimidad de la acción penal por parte del Estado, a través del Ministerio Público, deriva originariamente de la vulneración ilícita a los derechos de una persona (víctima de un delito), la cual, también, puede ser, en mayor o menor medida, relevante para la sociedad. Es decir, el interés público involucrado en la persecución penal no es incompatible con el reconocimiento de la participación de privados (por ejemplo, la víctima) en la misma, lo cual no significa la consagración de la autotutela privada, ni menos una renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado, expresado a través *del ius puniendi*.

En este sentido, la posibilidad de que la víctima pueda participar en el proceso penal a través de la titularidad (compartida o autónoma) de la pretensión punitiva no es una “concesión graciosa” del Estado. Consiguientemente, no puede asumirse que el interés de la víctima por que se haga justicia tiene una connotación de resarcimiento meramente privado, ajeno a cualquier consideración de interés público;

B) La acción penal como derecho: expresión constitucional, historia y jurisprudencia.

SEXTO. 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).

Con el fin de asegurar materialmente este 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).

No en vano se subrayó, con ocasión de la discusión en el Congreso de la reforma aludida en el párrafo precedente, 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).

A su vez, en un fallo de la Excma. Corte Suprema se destaca 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" (Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 12.908-14, de 12 de agosto de 2014).

En vista de lo antes ilustrado, 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°, como en el artículo 83, inciso segundo;

III.- ¿CUÁL ES EL ALCANCE DEL DERECHO DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO A LA ACCIÓN PENAL, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN?

A) Desacertada caracterización de la posición interpretativa del ofendido o querellante respecto del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

SÉPTIMO. Que en sentencias anteriores de este Tribunal, se ha efectuado una caracterización de las argumentaciones de quienes actuaron como querellantes requirentes que no se aviene con la posición argumentativa que se expresa en este fallo. En efecto, se ha sostenido, en primer lugar, que la víctima, ofendido o querellante tendría un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue (sentencia rol N° 1341, considerando 68° y sentencia rol N° 2561, considerandos 27° y 44° del voto por rechazar). Tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, como ocurre en este caso.

No puede desconocerse que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Sin embargo, tampoco puede desconocerse, como se explicará más adelante, que 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. Por tanto, es distinto plantear que el querellante tiene derecho, a través del Ministerio Público, a que se investigue (lo que no compartimos), que afirmar que una decisión de no perseverar en la investigación, la cual trae aparejada la imposibilidad de ejercer el derecho del querellante a acusar, no está sometida a control judicial.

Incluso más, no resulta apropiado plantear, como se hecho en votos anteriores por rechazar, que nuestra posición implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. El derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución es exigible en relación al legislador con el fin de que éste contemple un derecho a que, con el debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal.

En segundo lugar, se ha sostenido, también, que la víctima no tiene derecho a la condena del supuesto culpable del delito (sentencia rol N° 1341, considerando 72°



y sentencia rol N° 2561, considerando 49° del voto por rechazar). Nuevamente, tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en este caso. Nuestra posición no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso en términos de la condena del supuesto culpable. El derecho del querellante ofendido es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En efecto, nuestro planteamiento considera que el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido 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, sin perjuicio, en último término, de las determinaciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales de justicia;

B) El ofendido no interviene en la misma forma que el Ministerio Público en el proceso penal, pero su derecho a ejercer igualmente la acción penal no puede significar que la posibilidad de acusar dependa enteramente de la actividad de dicho órgano público.

OCTAVO. Que aunque 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, si el adverbio “igualmente” utilizado por la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 ha de tener algún sentido, debe concluirse que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma (y, desde luego, también en forma 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 (acusación 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;

NOVENO. Que, a diferencia de lo que se sostiene en algunos fallos anteriores de este Tribunal, 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 tal garantía de control judicial no existe, como ocurre en este caso concreto, la posibilidad de acusar sería enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal. La exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia –aunque sea parcial– de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. No se discute



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. 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. En presencia de un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público no le confiere una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En efecto, no debe olvidarse que 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) El ofendido 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.

UNDÉCIMO. Que una de las líneas argumentales de la posición contraria expresada en sentencias anteriores es la supuesta coherencia en el diseño del sistema procesal penal, el cual al concebir un modelo adversarial, permitiría sustentar una visión restrictiva del derecho al igual ejercicio de la acción penal por parte del ofendido. Sin embargo, el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial. Por el contrario, éste puede caracterizarse como uno híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación, la cual es escasamente aludida en votos de mayoría anteriores, es una demostración fehaciente de lo anterior.

Por lo manifestado en los considerandos previos, la posibilidad contemplada por el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

De la misma facultad conferida por la Constitución se desprende, también, 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 el consentimiento de un juez;



DUODÉCIMO. Que, como ya se adelantara previamente, no puede discutirse 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. Esta conclusión es una derivación lógica 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:

“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).

A propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal), manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal (artículo 83, inciso segundo, de la Constitución), Horvitz y López (2002, T.1, pp. 296-297) se preguntan 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.’” (énfasis agregado);

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

DECIMOTERCERO. Que la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal e impugnada en el presente requerimiento, es una decisión administrativa del órgano persecutor 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 por las razones que se indicarán, el ejercicio de esta facultad no es inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución.

En primer lugar, la decisión del órgano administrativo persecutor de no perseverar hace cesar la posibilidad de accionar penalmente. Esto 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.

En segundo lugar, el Código Procesal Penal no 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. El Código Procesal Penal 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 –no sólo la persecutoria del Ministerio Público– concluye con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

En tercer lugar, el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Estas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso. La igualdad de armas entre las partes o intervinientes –con pretensiones contrapuestas- para poder desplegar la prueba es de la esencia de un procedimiento racional y justo (Sentencias roles N°s 2323 y 2354, considerando 7°);

En cuarto lugar, 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, tal como ha ocurrido en la gestión pendiente;

DECIMOCUARTO. Que, en definitiva, 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 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;

V.- SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 230, 259 INCISO FINAL Y 261 LETRA A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

DECIMOQUINTO. Que el requirente solicita, asimismo, la inaplicabilidad de los artículos 230, 259 inciso final y 261 letra a), todos del Código Procesal Penal, cuya inconstitucionalidad, dada su conexión con el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal se aborda a continuación;



DECIMOSEXTO. Que, en relación al artículo 230 del Código Procesal Penal, éste autoriza al Ministerio Público, de manera totalmente discrecional, a decidir cuándo se formalizará una investigación. De acuerdo a la posición opuesta a la esgrimida en este fallo de mayoría, dicha prerrogativa sería, en primer lugar, consistente con la autonomía constitucional del ente persecutor, y con su facultad exclusiva de dirección de la investigación, de acuerdo al artículo 83 de la Constitución. Como respuesta a este argumento, basta con remitirse a los apartados anteriores.

Además, en segundo lugar, la posición por el rechazo plantea que la formalización sería un acto establecido en beneficio del imputado. Así, el imputado podría articular su defensa y preparar la prueba de descargo que estime pertinente, para así desvirtuar la investigación y – en caso de proceder - obtener el sobreseimiento, u ofrecer dichos medios probatorios para la audiencia de juicio oral. Al no requerirse la formalización para la acusación particular del querellante, el imputado carecería de la información y certidumbre necesaria para afrontar debidamente la imputación penal.

En contraste con la posición recién manifestada, este fallo de mayoría sostiene que la formalización no constituye un acto que tenga como único destinatario el imputado. En efecto, cabe tener presente, en primer lugar, que sólo desde la formalización, por ejemplo, el querellante puede preparar la demanda civil en el juicio penal (artículo 61). En segundo lugar, se requiere la formalización de la investigación para que el querellante pueda solicitar al Tribunal la prisión preventiva del imputado (artículo 140). Y, en tercer lugar, la víctima, a través del querellante, ve condicionado su derecho a ejercer la acción penal al hecho que el Ministerio Público formalice la investigación contra el querellado. Sin dicha formalización, el querellante no podrá solicitar el forzamiento de la acusación de acuerdo al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. Es precisamente en consideración a esto último que la aplicación del artículo 230 (la decisión del Ministerio Público de no formalizar una investigación) y del artículo 248 letra c), en su conjunto, producen el efecto de privar a la víctima, a través de la figura del querellante, del derecho a ejercer la acción penal consagrada en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

DECIMOSÉPTIMO. Que, en lo concerniente al artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, hay que tener presente que no sólo el artículo 248, letra c), ya analizado, constituye un obstáculo para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino también la disposición en comento. En efecto, dicha norma establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación (...)”.

La aplicación de la exigencia dispuesta en el inciso final del artículo 259 impide la eficacia de la acción penal del querellante. Es decir, de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podrá



jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Esto vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83;

DECIMOCTAVO. Que también se impugna **el artículo 261, letra a), del Código Procesal Penal**, el cual en su frase final dispone: “*siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación.*” En el mismo sentido del examinado artículo 259, este precepto establece un obstáculo para la efectividad de una acusación particular. De no declararse como inaplicable esta norma, junto a los preceptos ya impugnados, se mantendría la misma exclusión y condicionamiento del ejercicio de la acción penal al acto de formalización que, discrecionalmente, puede llevar a cabo el Ministerio Público;

VI.- NO EXISTEN RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL QUERELLANTE.

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

DECIMONOVENO. Que la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, en particular las sentencias roles N°s 1341 y 2561, sostienen que la facultad de no perseverar: (i) es una de carácter discrecional; (ii) es una de carácter investigativo y no jurisdiccional; (iii) es una en que no interviene el juez de garantía para su aprobación; y (iv) es una frente a la cual la víctima posee ciertos resguardos tendientes a evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que resulte perjudicial para la víctima querellante (ver la sentencia rol N° 1341, considerando 63º, y la sentencia rol N° 2561, considerando 53º y siguientes del voto por rechazar).

Los resguardos a los que aluden las referidas sentencias (insuficientes en nuestra opinión, en especial dadas las particularidades del caso concreto) son los siguientes:

(1) El artículo 5º 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 79º; sentencia rol N° 2561, considerando 53º del voto por rechazar);

(2) El artículo 7º 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 79º; sentencia rol N° 2561, considerando 53º del voto por rechazar);

(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°; sentencia rol N° 2561, considerando 54° del voto por rechazar);

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

(5) La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 82°; sentencia rol N° 2561, N° 56 del voto por rechazar); 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°; sentencia rol N° 2561, N° 58 del voto por rechazar);

B) Análisis sobre la insuficiencia o impertinencia de los resguardos procesales que se indican.

VIGÉSIMO. Que, como se manifestó con anterioridad, nos parece que los mecanismos que narra dicha sentencia para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal no son suficientes en este caso concreto, sea por su improcedencia o por su resguardo a intereses distintos de la acción penal. A continuación se hará un análisis de los supuestos resguardos:

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

VIGÉSIMO PRIMERO. Que el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que mira a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Sin embargo, no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado. 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. Nacería, entonces, 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo. Sin embargo, nuevamente no es posible 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. Mientras que la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito, 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. Este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerar esto 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.

VIGÉSIMO TERCERO. Que dicha norma 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.

En consecuencia, no parece que el artículo 32 b) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público sea 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.

De la misma manera, y sin perjuicio de lo previamente señalado, 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).

VIGÉSIMO CUARTO. Que el artículo 257 del Código Procesal Penal 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. La facultad recién 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).



VIGÉSIMO QUINTO. Que, 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-, 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).

El problema de la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor es acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 3º, 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).

Confirmando la ausencia de este tipo de resguardos, 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).

VIGÉSIMO SEXTO. Que tampoco resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, en relación al control judicial anterior a la formalización de la investigación. 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. Sin embargo, en dicho caso –tal como ocurrió en la especie– también resultaba extemporáneo solicitar el control judicial anterior a la formalización, ya que no existía una investigación en curso.

Esto explica, pues, que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia haya 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);

De la misma forma, 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);

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, “(...) 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);

VII.- CONCLUSIONES.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que de lo expuesto en este fallo de mayoría es posible concluir que: (i) existe un derecho constitucional del ofendido a ejercer la acción penal establecido especialmente por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución; (ii) el ejercicio de la acción pública por parte del ofendido (el requirente)



significa que éste puede perseverar o llevar adelante la pretensión punitiva a través de una acusación particular autónoma (o adhesiva de aquella que efectúe el Ministerio Público); (iii) el Código Procesal Penal reconoce (y no podría ser de otra forma dado el derecho constitucional aludido) que el querellante (ofendido) sí detenta el control de la acción penal pública en el juicio, incluso de manera absoluta y exclusiva, como ocurre con el forzamiento de la acusación; (iv) sin perjuicio de que el Ministerio Público no goza, en general, de la misma posición que el querellante ofendido, este último tiene una posición relevante, en particular tratándose del igual ejercicio de la acción penal reconocido fundamentalmente en el artículo 83 ya aludido; (v) dado lo anterior y parafraseando a un autor, la pregunta central 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 una posición prevalente para el Ministerio Público; (vi) la facultad del Ministerio Público (no controlada judicialmente) de no perseverar establecida en el artículo 248, inciso primero, letra c), del Código Procesal Penal, así como la discrecionalidad en la formalización de dicha investigación (art. 230), junto con las exigencias impuestas para una acusación en los artículos 259, inciso final, y 261, letra a), última frase, del mismo Código Procesal Penal, desconocen la posición relevante del querellante ofendido en cuanto al ejercicio de la acción penal, en especial si se tiene en consideración que, por las circunstancias de la gestión pendiente (existencia de una investigación “desformalizada”), no le es jurídicamente posible perseverar en la pretensión punitiva por la vía del forzamiento de la acusación; (vii) la jurisprudencia anterior de este Tribunal, la cual precede a la reforma constitucional por la cual se incorpora el actual inciso tercero del numeral 3º del artículo 19 (y que confirma más allá de toda duda razonable el carácter de derecho fundamental de la facultad de “ejercer igualmente la acción penal”), sostiene equivocadamente que existirían resguardos procesales suficientes a favor del querellante que evitarían un agravio inconstitucional a su derecho a ejercer la acción penal; (viii) sea por su improcedencia en este caso concreto o por tratarse de disposiciones tendientes a resguardar intereses distintos a los de la acción penal, las seis posibles vías de protección para el querellante ofendido respecto de un actuar inconstitucional del Ministerio Público resultan insuficientes; y (ix) la ausencia de resguardos normativos suficientes o pertinentes a favor del requirente (querellante ofendido) permite afirmar que la aplicación del precepto legal impugnado tiene el efecto de hacer cesar la pretensión punitiva y, con ello, la facultad conferida por la Constitución al ofendido para ejercer la acción penal;

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, por tanto, en consideración a lo antes expuesto debe acogerse el presente requerimiento respecto de los siguientes artículos del Código Procesal Penal: 248, inciso primero, letra c); 230; 259, inciso final; y 261, letra a), última frase. En efecto, tal como lo exige el artículo 93, inciso primero, número 6º de la Constitución, la aplicación de dichos preceptos legales en la gestión pendiente



resulta contraria a la Constitución por violar el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, de manera consecencial, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho a *“ejercer igualmente la acción penal”*.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, 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:

- 1) **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARAN INAPLICABLES LOS ARTÍCULOS 230; 248, LETRA C), E INCISO FINAL; 259, INCISO FINAL; Y 261, LETRA A), DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1910032392-6, RIT N° 11573-2019, SEGUIDO ANTE EL SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO.**

- 2) **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**

DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señor NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar la impugnación de fojas 1, por las siguientes razones:

I.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

1°. El dilema constitucional a sistematizar en el conflicto concreto del presente fallo, es el cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas impugnadas por infracción a el artículo 7° (principio de juridicidad), el artículo 19 n°2 (igualdad ante la ley); el artículo 19 n°3 inciso 1° (igual protección de la ley), inciso 3° (víctimas de delitos tienen derecho a asesoría y defensa a efecto de ejercer acción penal), e inciso 5° (nadie puede ser juzgado por comisiones especiales); el artículo 76 (exclusividad de juzgar y poder deber de los Jueces); y el artículo 83 inciso 1° (exclusividad dirigir investigación) e inciso 2° (facultad del ofendido del delito de poder ejercer la acción penal), todos de la Constitución Política de la República.



En particular, se pide la inaplicación - en el caso concreto- , ya que “el ministerio público no sólo no ha formalizado, como lo exigen los artículos anteriores que se detallan, sino que además ha hecho un ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, habida cuenta que no ha agotado la investigación, por cuanto todavía existen diligencias pendientes como el peritaje 2013 y 2014, y que pese a ello, todos los antecedentes investigados y peritajes realizados no solo sirven para formalizar la investigación sino para continuar la persecución penal en su contra. (fs. 4).

2º. Para abordar el cuestionamiento jurídico constitucional 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).

3º. De este modo, esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutivo 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 deben 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 disentimos, 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 conoció 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. 14º).

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

19º. 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 sentenciador, "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 fueren 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.

21°. 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 comprometiere 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. 3° N°12°).

d.- EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROPIAMENTE TAL.

22°. 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 inculcado, 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 querrellado. 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 fueren 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 esta 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 – Stephanie Márquez Granifo- por sí y en representación de Asesorías e Inversiones Márquez Granifo y Compañía de Abogados Asociados Spa, en contra de Ximena Trinidad Gómez Hernández, por los delitos de amenazas, robo con violencia e intimidación y daños, vinculados a la celebración de un contrato de prestación de servicios de abogado con la querrellada, en que durante la celebración de una reunión para resolver asuntos vinculados al pago de honorarios, la querrellada la habría amenazado, para posteriormente arrancar las páginas del contrato que contenía las firmas, las que introdujo en su boca e ingirió, momento en que se produce un forcejeo en que la querellante cae al suelo, además de que la querrellada la intentó morder, para posteriormente accionar violentamente contra artículos de oficina y huir del lugar.

La investigación que tuvo lugar en este caso, se refiere, habría cubierto todos los aspectos relacionados con el hecho denunciado y agotando las diligencias investigativas, se requirió audiencia para comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, audiencia que tuvo lugar el 27 de abril de 2021, oportunidad en la que se tuvo por comunicada la decisión de no perseverar. Posteriormente la querellante-requirente, solicita fijar otra audiencia para debatir acerca del forzamiento de una acusación, la que se encuentra pendiente de celebración, lo que anterior deja en evidencia, además, la falta de oportunidad del requerimiento.

32°. Que si bien los artículos 230, 259, inciso final y 261 letra a) del Código Procesal Penal son preceptos que forman parte de la estructura sistemática del ordenamiento punitivo adjetivo, la médula del requerimiento es si efectivamente existe la



posibilidad de forzar la acusación, por lo cual los razonamientos ya efectuados dejan establecido, que no es posible al tenor del artículo 83 de la Carta Política sea posible desarrollar por otro órgano o persona la labor persecutoria en los términos de excluir la facultad de rango constitucional que tiene el Ministerio Público en la investigación de los hechos punitivos, todos motivos que permiten calificar la acción constitucional de autos, como poco apta para lograr el objetivo de la cuestión de constitucionalidad deducida ni menos estimar algún grado de vulneración de la igualdad ante la ley y afectación de la tutela judicial efectiva, al privarle aparentemente a la querellante de la opción del ejercicio de la acción penal. Esto implicaría una afectación, como ya se señaló, sistemática y un cuestionamiento al nuevo ordenamiento adjetivo penal que rige desde el año 2000 en nuestro país.

VI.- CONCLUSIÓN.

33°. 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

El Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR concurre a la sentencia previniendo 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, 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.

3°. Que, el Ministerio Público es el órgano constitucional que ha comunicado, en la gestión judicial pendiente ante el juez de garantía, la decisión de no perseverar en el procedimiento. Esta decisión tiene como fundamento jurídico el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, disposición legal impugnada en el requerimiento, el cual se acogerá, declarándose la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma jurídica citada en el caso concreto.



Redactó la sentencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, la disidencia, el Ministro señor NELSON POZO SILVA, y la prevención, el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 11.442-21-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, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora 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 alerta sanitaria existente en el País.

Se certifica que los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN e IVÁN ARÓSTICA MALDONADO concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por haber cesado en el ejercicio de sus cargos.

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

