

Santiago, quince de abril de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha cinco de marzo de dos mil nueve, el abogado Rolando Franco Ledesma, en representación de Raúl González Guzmán, ha formulado una acción de inaplicabilidad respecto del artículo 248 del Código Procesal Penal en la causa seguida ante el Tribunal de Garantía de Pucón, RUC 0810018505-K, RIT 982-2008, sobre delito de estafa en contra de quienes resulten responsables, respecto de la cual actualmente se encuentra pendiente un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 192-2009.

Señala el requirente que con fecha 3 de septiembre de 2008, interpuso ante el Juzgado de Garantía de Pucón una querrela por los delitos de estafa y apropiación indebida en contra de José Agustín Acuña Fuentes y las demás personas que resultaren responsables.

Indica el actor que el señor Acuña Fuentes se habría aprovechado del vínculo de cercanía que se habría formado entre ambos a raíz de la necesidad jurídica del requirente de encontrar una vía legal para asegurar la situación de sus familiares en relación a ciertos bienes inmuebles de su propiedad. Prosigue señalando que el requerido, abusando de su avanzada edad, de su precaria situación tanto económica como de salud, además de su desconocimiento del derecho chileno y su soledad dentro de Chile -ya que está radicado desde hace muchos años en Canadá-, lo convenció para que realizara una serie de actos jurídicos y suscribiera una gran cantidad de documentos que finalmente le permitieron apropiarse de dichos bienes, no existiendo por parte del actor ninguna intención de transferirle el dominio de los mismos.

Expresa que después de presentada la querrela como víctima de estafa y apropiación indebida, el

fiscal a cargo de la causa, con fecha 19 de noviembre de 2008, solicitó al tribunal de garantía la declaración de sobreseimiento definitivo por no configurarse, a su entender, un engaño suficientemente constitutivo del delito de estafa.

Dicha solicitud, sin embargo, fue rechazada por el tribunal de garantía con fecha 13 de enero de 2009, considerando que *"... a pesar de que la instancia por la cual se generó el negocio fue a instancia de la misma víctima y la relación de confianza, estima este Juez que la forma en que fue realizado el hecho constituye un engaño, constituye un fraude que debe ser visto por la vía penal, por cuanto en definitiva a través del mismo, el imputado obtuvo un bien que voluntariamente no le habría querido entregar la víctima si hubiese entendido las consecuencias finales del mismo, tomando en consideración en especial la edad y el país donde vive la víctima, que es Canadá..."* (fs. 209)

Agrega el actor que, no obstante lo resuelto por el tribunal de garantía, con fecha 20 de enero de 2009 el Ministerio Público procedió a cerrar la investigación y a solicitar audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la misma, señalando que *"...no se han reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación"* y *"que la víctima del delito investigado, ha sido oída en relación a lo que más adelante se decide, sin que haya aportado antecedentes que, a juicio de esta fiscalía, contribuyan a fundar una acusación"* (fs. 213).

Precisa que la audiencia para informar de la decisión de no perseverar en la investigación tuvo lugar el 24 de febrero de 2009. En aquella oportunidad, afirma, se opuso a la decisión del fiscal, pero el tribunal de garantía rechazó la oposición señalando que *"...del análisis de la carpeta del Ministerio Público este Juez a podido observar, también habiendo sido este Juez, quien presidió la*

audiencia de sobreseimiento definitivo, la cual requería un cierre de investigación anterior, ha quedado establecido que la verdadera fecha de cierre fue efectivamente la que señaló el Ministerio Público, por cuanto consta con fecha 19 de noviembre de 2008, allí se ejercieron los derechos y también compareció la parte querellante...” Por lo tanto, “...siendo establecido la fecha real del cierre, como lo ha señalado el órgano persecutor es del mes de Noviembre de 2008, la oposición al cierre de la investigación es extemporánea de acuerdo lo establece el artículo 257 del Código Procesal Penal por lo cual no se accede a la solicitud de la parte querellante”.

En consecuencia, en dicha oportunidad, el tribunal de garantía resolvió: *“tégase presente lo comunicado por el Ministerio Público en cuanto a No Perseverar en el Procedimiento por no haber reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación”* (fojas 216).

Frente a esta resolución, con fecha 2 de marzo de 2009, el requirente presentó un recurso de apelación que actualmente está pendiente ante la Corte de Apelaciones de Temuco, y posteriormente interpuso un requerimiento de inaplicabilidad ante esta Magistratura, la que resolvió suspender el procedimiento ante el tribunal de fondo.

En su escrito de inaplicabilidad, el requirente se refiere al sentido de la facultad del Ministerio Público para no perseverar en la investigación. Señala que sólo se puede ejercer dicha atribución cuando efectivamente se hayan efectuado diligencias de investigación útiles -es decir que realmente conduzcan al esclarecimiento de los hechos- pero que éstas no tengan éxito. Agrega que en la gestión pendiente dicha facultad se aplicó de manera incorrecta pues el fiscal se habría limitado a contar solamente con las declaraciones de la víctima y del querellado.

Aduce el actor que la forma en que el Ministerio Público ha dado aplicación al artículo 248 del Código Procesal Penal, con respaldo del tribunal de garantía, ha sido decisiva en la causa, al impedirle en la práctica proseguir con la persecución penal.

En ese sentido, considera que se ha vulnerado el artículo 83 inciso primero de la Constitución Política, que establece el deber del Ministerio Público de dirigir la investigación, ya que en este caso -afirma- el órgano persecutor ha decidido no perseverar frente a hechos que son constitutivos de delito y que no han sido investigados.

Agrega que, por otra parte, también se habría violado el artículo 83 inciso segundo de la Carta Política que dispone la facultad del ofendido por el delito de ejercer la acción penal. En la gestión pendiente, argumenta, la decisión del Ministerio Público le impide continuar por su propia cuenta con la acción penal, ya que para ello la formalización es un requisito previo y en la gestión pendiente la causa no se encontraba formalizada.

Por estas razones, además, se habría infringido su derecho a la defensa y su derecho a un procedimiento y una investigación racional y justa, contemplados en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En efecto, enfatiza, la conducta del Ministerio Público lo ha dejado en la más completa indefensión, afectando la esencia de tales derechos, con lo cual también se habría vulnerado el artículo 19 N° 26 de la constitución que reconoce el principio de la esencialidad de los derechos.

Por resolución de 10 de marzo de 2009 la Segunda Sala de esta Magistratura suspendió el procedimiento de la gestión pendiente, y con fecha 18 de marzo de 2009 declaró admisible el requerimiento.

El 6 de abril de 2009 el Ministerio Público hace observaciones al requerimiento, solicitando que éste sea rechazado en todas sus partes.

En primer término señala que a través de la referida acción de inaplicabilidad se está reclamando de un supuesto uso incorrecto de la facultad de no perseverar por parte del Ministerio Público. Sin embargo, afirma, el examen de inaplicabilidad consiste no en revisar la conducta del requerido, sino en examinar si la aplicación de una norma determinada en una gestión pendiente produce un efecto contrario a la Constitución. En ese sentido, señala, la causa de la inconstitucionalidad debe encontrarse en la misma disposición objetada y no en otros elementos, como ocurriría en la presente impugnación.

Por otra parte, señala, la actividad investigativa del Ministerio Público está sujeta a una serie de controles tanto jerárquicos como jurisdiccionales de los que el requirente no ha hecho ejercicio en la gestión pendiente.

Tampoco ha ejercido, señala, los derechos de solicitar la reapertura de la investigación y el forzamiento de la acusación contemplados en los artículos 257 y 258 del Código Procesal Penal respectivamente, normas que articulan las opciones legales del querellante en miras al cierre de la investigación. En efecto, precisa, respecto del forzamiento de la acusación el querellante ejerció dicho mecanismo para luego desistirse explícitamente y en audiencia de dicho propósito.

En ese sentido, expresa, la supuesta situación de indefensión en que se encontraría el requirente ha sido una situación en la que él voluntariamente se ha colocado por no ejercer sus derechos ni hacer uso de los controles que permitían fiscalizar el actuar del Ministerio Público.

En todo caso, enfatiza, no es efectivo que el fiscal no hubiere desarrollado actividad de investigación.

Por todas estas razones, agrega, la norma objetada no resultaría contraria a la Carta Fundamental.

Luego agrega que, de todos modos, es preciso tener presente que se ha impugnado todo el artículo 248 del Código Procesal Penal y no sólo su letra c); respecto de las letras a) y b), afirma, la impugnación no estaría fundada razonablemente ya que en realidad no existe en el requerimiento ningún fundamento para sostener a su respecto una objeción constitucional.

Por último, en cuanto al hecho de que la facultad de no perseverar corresponda al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía, señala que ello se justifica en el sistema instaurado por el Código Procesal Penal, en el que la investigación no forma parte de las atribuciones y competencias del órgano jurisdiccional.

Con fecha 4 de mayo de 2009 se ordenó traer los autos en relación y con fecha 27 de agosto del mismo año se procedió a la vista de la causa, a la cual concurrieron, conforme al certificado que rola a fojas 65, los Ministros señores Juan Colombo Campbell (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Culminada la vista, y con la misma fecha, se decretó una medida para mejor resolver, que se cumplió conforme consta en autos.

El señor Juan Colombo Campbell, quien estuvo presente en la vista de la causa según se indicó, cesó en su cargo de Ministro del Tribunal Constitucional antes de que se diera cuenta de la aludida medida para

mejor resolver, la que tuvo lugar el día 8 de abril de 2010. De este modo, tampoco concurrió a la adopción del respectivo acuerdo, que aconteció el mismo día, conforme al certificado que rola a fojas 235. No obstante la cesación en el cargo del Ministro señor Colombo, existió quórum para adoptar el acuerdo, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO. Que en el presente requerimiento se impugna la disposición contenida en el artículo 248 del Código Procesal Penal, que dispone:

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

a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;

b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se

hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido."

SEGUNDO. Que la gestión pendiente sobre la cual se formula el presente requerimiento de inaplicabilidad consiste en una causa por estafa y apropiación indebida, RUC 0810018505-K, RIT 982-2008, seguida ante el Tribunal de Garantía de Pucón, que actualmente se encuentra en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, para la resolución de un recurso de apelación.

En dicha causa, el requirente presentó, con fecha 3 de septiembre de 2008, una querrela como víctima de una supuesta estafa y apropiación indebida.

Frente a dicha querrela, con fecha 19 de noviembre de 2008, el fiscal a cargo de la causa solicitó al tribunal de garantía la declaración de sobreseimiento definitivo de la misma por no configurarse, a su entender, un engaño suficientemente constitutivo del delito de estafa. El tribunal de garantía, sin embargo, rechazó dicha solicitud con fecha 13 de enero de 2009, por estimar que los hechos de la causa efectivamente constituían un engaño que debía ser conocido por la vía penal.

Una semana después, no obstante, con fecha 20 de enero de 2009, el Ministerio Público procedió a cerrar la investigación y a solicitar audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la misma.

Con fecha 24 de febrero de 2009 se llevó a cabo la audiencia para informar de la decisión de no perseverar en la investigación. En aquella oportunidad, el querellante de autos se opuso a dicha decisión, pero el tribunal de garantía interpretó que la investigación

estaba cerrada al momento de solicitarse el sobreseimiento definitivo, es decir, en noviembre de 2008. De este modo, señaló que existía una razón formal para no considerar la oposición al cierre, ya que la investigación se habría cerrado desde hacía bastante tiempo y la oposición sería extemporánea.

En consecuencia, el tribunal de garantía tuvo presente la decisión del Ministerio Público de no perseverar en la investigación.

TERCERO. Que el requirente afirma que en la gestión pendiente se aplicó de manera incorrecta la facultad de no perseverar, contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Señala que esta facultad sólo debe aplicarse cuando falten los antecedentes suficientes para fundar una acusación; sin embargo, afirma, en la gestión pendiente la decisión de no perseverar es más bien el resultado de la velada intención de no investigar, que de una falta de antecedentes. En efecto, señala, en la investigación el fiscal se limitó a contar solamente con las declaraciones de la víctima y del querellado.

Agrega que todo ello se agrava por el hecho de que, en la gestión pendiente, la investigación aún no estaba formalizada. Al respecto sostiene que dado que la formalización depende de la discrecionalidad del Ministerio Público, los derechos de las víctimas también dependen de dicha discrecionalidad, puesto que *"el querellante no se encuentra en condiciones de continuar por sí mismo con la acción penal toda vez que para ejercer ésta, la formalización es requisito necesario"* (fs. 6).

En consecuencia, prosigue, la aplicación incorrecta de la facultad de no perseverar lo ha dejado en la más

completa indefensión y le ha impedido ejercer los derechos que la Constitución le reconoce. Específicamente, se habría transgredido su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19 N° 3 CPE), su derecho a la acción penal (art. 83, inc. Inciso, CPE), el principio de la esencialidad de los derechos (art. 19 N° 26 CPE) y la obligación básica de investigación por parte del Ministerio Público (art. 83 CPE).

II. CUESTIONES PREVIAS.

CUARTO. Que antes de hacernos cargo de dichas objeciones, se debe dejar constancia de que en el presente requerimiento de inaplicabilidad se ha impugnado la totalidad del artículo 248 del Código Procesal Penal, en circunstancias que la objeción constitucional sólo se dirige en contra de la facultad de no perseverar, contemplada en la letra c) de dicho artículo.

QUINTO. Que, por otra parte, no corresponde a esta Magistratura analizar la razón por la cual el juzgado de garantía rechazó la oposición del querellante respecto de la decisión de no perseverar. Esta razón, que según ya referimos tenía relación con una cuestión formal respecto de la fecha de cierre de la investigación, no es una cuestión que corresponda dilucidar a esta Magistratura constitucional.

SEXTO. Que, en el mismo sentido, tampoco corresponde a este Tribunal hacerse cargo del hecho de que en la gestión pendiente el fiscal de la causa no haya formalizado. En efecto, en el presente requerimiento ni siquiera se ha impugnado el artículo 230 del Código Procesal Penal, que se refiere a la formalización.

SÉPTIMO. Que, por último, no le corresponde a este Tribunal enjuiciar la conducta del Ministerio Público. La eventual arbitrariedad con la que habría actuado el

fiscal al aplicar la facultad de no perseverar en la investigación, es una cuestión que debe ser dilucidada en las instancias correspondientes que establece la ley, a través de los controles administrativos y jurisdiccionales a los que esta sentencia también hace referencia.

III. JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

OCTAVO. Que, entrando derechamente al análisis de las objeciones formuladas, cabe señalar, en primer lugar, que a través de diversos requerimientos de inaplicabilidad presentados ante esta Magistratura, se ha planteado que la discrecionalidad con la que puede actuar el Ministerio Público en relación a ciertas instituciones de la investigación procesal penal, atentaría en contra de los derechos de la víctima en el proceso penal.

Específicamente, mediante dichos recursos se ha cuestionado la constitucionalidad de la interpretación de acuerdo a la cual el control jurisdiccional anterior a la formalización de la investigación, establecido en el artículo 186 del Código Procesal Penal, sólo está establecido en favor del imputado y no de la víctima; también se ha objetado la discrecionalidad con que cuenta el fiscal para determinar si formaliza o no la investigación, y la oportunidad de la misma (arts. 229 y 230 CPP); además, se ha impugnado la facultad del fiscal para solicitar ante el juez de garantía, y con acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP); asimismo, se ha puesto en tela de juicio la facultad del fiscal para declarar cerrada la investigación (art. 248 CPP); y, finalmente, se ha cuestionado la facultad del fiscal para solicitar al juez de garantía la aplicación del procedimiento simplificado (art. 390 CPP).

NOVENO. Que, como se aprecia, todas las materias referidas en el considerando anterior tienen la raíz común de contener una eventual tensión entre las facultades del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal.

DÉCIMO. Que, en la resolución de esa tensión, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido evolucionando desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél.

Dicha evolución puede apreciarse en la dictación, en orden cronológico, de las siguientes sentencias: STC rol N° 815 de 19-08-2008, que se pronuncia sobre la supuesta inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 230 CPP; STC rol N° 1244 de 02-06-2009, cuyo requerimiento impugnaba los artículos 229, 230 y 237 CPP; STC rol N° 1337, de 20-08-2009, donde se cuestiona la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 230 y 186 CPP; STC rol N° 1380 de 3-11-2009, que se pronuncia sobre los mismos artículos del fallo anterior; STC rol N° 1467 de 29-12-2009, en que se cuestionaba el artículo 230 del CPP; STC rol N° 1535 de 28-01-2010, donde se cuestionaba la imposibilidad del querellante de apelar frente a la exclusión de ciertas pruebas que establece el artículo 277 del CPP; y la STC rol N° 1445, de 29-01-2010, donde se impugnaba, entre otros aspectos, la suspensión condicional del procedimiento simplificado en el CPP.

UNDÉCIMO. Que, en el primer fallo sobre esta materia (STC rol N° 815), este Tribunal sostuvo que el derecho a la acción penal se encontraba consagrado expresa y categóricamente en la Constitución, y que cualquier

razonamiento que condujera a privar a la víctima de dicho derecho debía ser descartado, pues de ese modo se subordinaba el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor penal. En virtud de esos primeros razonamientos, entonces, se concluía que la facultad de formalizar no podía entenderse como una facultad discrecional del fiscal, ya que dicha interpretación atentaba en contra del derecho a la tutela judicial efectiva.

La referida sentencia dispuso, en ese sentido, lo siguiente:

“CUARTO.-** Que, para una acertada inteligencia de la cuestión sometida al conocimiento y resolución de este Tribunal, cabe recordar que la investigación no formalizada comienza a partir de un hecho que el propio Ministerio Público ha calificado como delito. Si lo formaliza, nace el proceso penal; **si no lo hace, nunca llegará a la potestad del órgano jurisdiccional, lo que significa, por una parte, subordinar a una decisión del persecutor estatal el ejercicio de la jurisdicción y, por la otra, como consecuencia obvia y necesaria, privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental a tener un proceso racional y justo en el cual pueda hacer valer sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia. En consecuencia, interpretada armónicamente la Constitución después de la modificación del artículo 19 número 3° por la Ley N° 19.519, debe necesariamente concluirse que la investigación está concebida como una vía para llegar a un proceso jurisdiccional, forma prevista por el Constituyente para la solución de los conflictos penales una vez que exista convicción en torno a la existencia del hecho punible, sin perjuicio de que éstos puedan ser objeto de una acusación o terminar por los otros

mecanismos establecidos por la ley.

Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma."

"DECIMOSEGUNDO.- Que en el sentido antes expuesto, entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que pueda derivar la decisión de no investigar y eventualmente archivar, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela, como ocurre en el caso sub lite, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la negación de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta, como lo ordena el artículo 7º de la Constitución.

De lo anterior se desprende que al ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado, la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser

humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. **Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución,** principio que surge nítidamente a la luz de la historia fidedigna de la Ley N° 19.519 de 1997, que sin lugar a dudas de ninguna especie buscó dejar a salvo el rol y los derechos del ofendido, fortaleciendo justamente las garantías resultantes de la tutela judicial efectiva por la vía de salvar expresamente el derecho a la querrela y a la investigación racional y justa (...)."

"VIGESIMOCUARTO.- Que de las consideraciones expuestas y de la historia de la norma cabe entonces concluir que el derecho al ejercicio de la acción penal se encuentra consagrado de forma expresa y categórica por la Constitución (...)."

"CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que la obligación de investigar, entendida como carente de la obligación de formalizar cuando la víctima desea proseguir con el proceso penal, no es conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues significa la denegación de la misma al impedir el acceso al proceso, lo que es particularmente grave cuando la propia resolución judicial que no le da lugar al forzamiento de la formalización reconoce este razonamiento (considerando 11 de la resolución de fecha 4 de enero de 2007, de la Corte de Apelaciones de Rancagua)." (Las negritas son nuestras).

DUODÉCIMO. Que, como ya se señaló, los razonamientos antes referidos han sido atenuados por la jurisprudencia posterior mediante la incorporación de elementos que han

permitido ir construyendo un equilibrio entre los derechos de la víctima y las facultades del fiscal.

Así, en primer lugar, se reconoce, tanto al querellante como a la víctima, el derecho a plantear sus pretensiones tanto durante la fase de investigación que realiza el fiscal, como durante la formalización y también en el caso en que el fiscal decida no formalizar (considerando 15º STC rol N° 1244). En segundo lugar, se le proscribe al fiscal el uso de una discrecionalidad que pueda afectar los derechos del imputado, querellante o víctima (cons. 17º, STC rol N° 1244). Se razona que si bien la pesquisa que realiza el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo que sujete la investigación a parámetros de racionalidad y justicia (considerando 22º, STC rol N° 1535). Por eso, se reformó la Constitución, en el artículo 19 N° 3, para incorporar tales exigencias (considerando 13º, STC rol N° 1445). La exclusividad de la investigación no impide sino que, por el contrario, requiere de mecanismos legales de control de que la actividad persecutoria se someta a aquellas exigencias (considerando 14º, STC rol N° 1445). Dicho control se traduce, entre otras cosas, en una serie de derechos que tienen los intervinientes en el proceso penal (considerando 20º, STC rol N° 1445).

En tercer término, se plantea que la formalización es un paso de la investigación de carácter garantista, que busca que el imputado sepa de la imputación que se dirige en su contra y pueda ejercer sus medios de defensa (considerando 17º, STC rol 1445). Siendo una actividad propia y exclusiva del Ministerio Público, la forma y la oportunidad para llevar a cabo la formalización es un corolario del mismo concepto de formalización: la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de

uno o más delitos (cons. 5º, STC rol N° 1337; cons. 7º, STC rol N° 1467).

En cuarto lugar, se indica que la dirección exclusiva de la investigación penal a cargo del Ministerio Público es una atribución que no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales. La reforma procesal penal separó la labor de investigación de la función de juzgamiento, que en el antiguo procedimiento estaban unidas. Por eso, el Ministerio Público es un órgano administrativo, no jurisdiccional (considerandos 9º, 10º y 11º, STC rol N° 1145). No obstante, la exclusividad que corresponde al fiscal en relación con la formalización no significa que éste no deba justificar debidamente su proceder cuando no ha formalizado, todo ello en conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal (en ese sentido, cons. 6º, STC rol N° 1337; cons. 10º y sgtes., STC rol N° 1380). Se expresa que el control que ejerce el juez de garantía en virtud del artículo 186 CPP es el que ayuda a evitar que la discrecionalidad de la formalización se convierta en un monopolio arbitrario por parte del fiscal (STC rol N° 1380, cons. 18º)

Como quinto elemento, se señala que la formalización es un instituto cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el artículo 83, inciso primero, de la CPE, ya que en su virtud corresponde al Ministerio Público dirigir "en forma exclusiva" la investigación de los hechos constitutivos del delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (cons. 6º, STC rol N° 1380). La labor de comunicar y de determinar la oportunidad de la formalización sería una consecuencia de lo anterior (cons. 7º, STC rol N° 1380; cons. 8º, STC rol N° 1467).

En sexto lugar, se indica que el inciso segundo del artículo 83 CPE, al señalar que el ofendido por el delito podrá ejercer igualmente la acción penal, sitúa a este sujeto en un plano de igualdad con el ministerio público y además consagra el derecho a la acción penal como un verdadero derecho (cons. 14º, STC rol N° 1380). El derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye tanto el derecho a la acción como el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, se extiende a los actos preparatorios al acceso al tribunal oral en lo penal (considerando 20º, STC rol N° 1535). El que la Constitución haya otorgado a la víctima la posibilidad de actuar en el proceso penal, implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales (considerandos 26º y 38º, STC rol N° 1535).

DECIMOTERCERO. Que, como puede apreciarse, esta jurisprudencia ha avanzado en reconocer y desarrollar un concepto de “discrecionalidad no arbitraria”, aplicable al Ministerio Público dentro de la investigación penal.

El fiscal, al tener la dirección exclusiva de la investigación, puede ejercer ciertas facultades de manera discrecional. Sin embargo, esa discrecionalidad debe estar sujeta a un control que verifique que ésta no se esté ejerciendo de modo arbitrario.

DECIMOCUARTO. Que, por otra parte, es necesario señalar que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Como señala una doctrina clásica en la materia (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón; Curso de Derecho Administrativo; T. I; Edit. Civitas; Madrid, 2002; págs. 454 y sgtes.), la discrecionalidad, en primer lugar, se ubica en el terreno de la configuración de las potestades públicas. La potestad es un poder de actuación que da una norma jurídica a un órgano del Estado con una finalidad determinada. Las potestades son atribuciones configuradas por la norma, que a su vez son entregadas a

un órgano definido del Estado. No se trata, por tanto, de una atribución que espontánea o libremente cree o se autoatribuya el órgano respectivo. La potestad la otorga el ordenamiento jurídico. Es, por eso, un caso de remisión legal. En segundo lugar, no hay potestades discrecionales absolutas; lo que existe son elementos de dicha atribución que pueden tener rasgos de ese carácter. Por eso, se afirma que en la potestades íntegramente regladas, los elementos que las configuran (su titular, la forma en que se ejercen, su finalidad, la forma que adoptan los actos que se dictan en su ejercicio, la oportunidad de su ejercicio, los hechos y fundamentos en que se fundan, etc.) están detalladamente definidos por la norma que las confiere. En la potestad discrecional, en cambio, hay uno o más de dichos elementos abiertos, entregados al órgano respectivo para ser completados por su apreciación subjetiva. Ello implica que el órgano debe optar entre elementos igualmente justos o equivalentes. Mientras que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten un enunciado preciso y el órgano que los interpreta tiene una sola opción válida, en la discrecionalidad, en cambio, el órgano puede optar entre alternativas igualmente legítimas; hay, en este sentido, una suerte de libertad de opción entre alternativas intercambiables o equivalentes.

Como señalan los autores recientemente citados (ob. cit., pág. 457), la razón de la existencia de potestades con elementos discrecionales radica, por una parte, en que en la potestad íntegramente reglada no hay espacio para ningún juicio subjetivo, salvo el de constatación o verificación del supuesto para su ejercicio. Ese diseño puede hacer extremadamente difícil su aplicación. Por la otra, hay un criterio de eficacia. Para lograr ciertos propósitos de modo idóneo, el legislador convoca a la apreciación singular de un órgano determinado.

Indudablemente, en la discrecionalidad puede existir un margen mayor para la arbitrariedad por esa posibilidad de opción. Pero arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado; es un simple "porque sí"; por eso la tendencia a hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario, en cambio, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda; y hay una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica en fundamentos objetivos (ob. cit., págs. 480 y 481). La posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia, es un tema del control de la discrecionalidad.

DECIMOQUINTO. Que, ahora bien, a pesar de que todos los fallos que se han pronunciado sobre la discrecionalidad del fiscal lo han hecho sobre la facultad y oportunidad para formalizar, dicha jurisprudencia se puede extrapolar a otras instituciones en las que el fiscal tiene discrecionalidad, como es la facultad para no perseverar en la investigación.

IV. CUESTIONES A RESOLVER EN LA PRESENTE SENTENCIA.

DECIMOSEXTO. Que la existencia de la facultad de no perseverar en el procedimiento, cuestionada en este requerimiento de inaplicabilidad, nos conduce a dos problemas fundamentales del antiguo sistema de proceso penal, que la Reforma Procesal Penal pretendió subsanar.

Tales problemas son, por una parte, el principio de legalidad procesal, que regulaba y regía en el antiguo sistema procesal penal, y, por otra, la concentración, en la persona del juez, de las funciones de acusar y juzgar.

Las razones por las cuales la Reforma Procesal Penal consideró que tales cuestiones eran problemáticas, obedecen a una nueva forma de asumir y entender el proceso penal y la persecución penal.

Por ello, en este fallo analizaremos cuál es el objetivo del sistema de persecución penal y cómo éste ha ido cambiando (V); luego revisaremos cómo la Reforma Procesal Penal intenta resolver la concentración de las funciones de acusar y juzgar en manos del juez (VI) y posteriormente revisaremos de qué modo la Reforma atenúa el principio de legalidad procesal que regía en el antiguo sistema (VII).

Luego de analizar los temas ya enunciados, precisaremos qué significa que el Ministerio Público tenga el monopolio y exclusividad sobre la dirección de la investigación (VIII), qué significa y en qué consiste la dirección de la investigación (IX) y la facultad de no perseverar (X). Finalmente, analizaremos cuáles son los derechos de la víctima en el nuevo proceso penal (XI).

V. EL OBJETIVO DEL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL Y SUS TRANSFORMACIONES

DECIMOSÉPTIMO. Que corresponde hacer un breve recuento sobre las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia.

En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. En esa época, el derecho penal no era sino un asunto privado de reacción del ofendido o de su clan en contra del ofensor. Los límites de la venganza no estaban bien regulados, dependían del *“grado de excitación de los afectados y conducía a luchas interminables”* (Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General; Segunda Edición; Editorial Jurídica; Santiago, 2003; pág. 20) De este modo, el proceso penal nació como una competencia entre dos adversarios, como una rivalidad que debía ser resuelta.

Posteriormente, el sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de venganza o justicia pública en que se castiga al culpable con un mal similar al que él ha causado. Este es un progreso en relación al sistema anterior, puesto que la pena que se impone al culpable encuentra limitación en la equivalencia del mal causado. Además, la organización de la represión del delito es asumida por las autoridades, las que además establecen tribunales para que conozcan de los respectivos procesos.

De todos modos, la persecución penal mantiene su carácter adversarial hasta entrada la Edad Media, de modo que cuando el aparato de justicia comienza a desarrollarse, la imagen del proceso penal como la de dos adversarios ante un tribunal parecía algo normal. Valga agregar que esta fórmula fue reforzada por algunos textos de la antigüedad romana y que hacia el siglo XI fue la Iglesia Católica la que comenzó a asumir la jerarquía del nuevo aparato burocrático jerárquico de justicia que había comenzado a desarrollarse.

Es la expansión de la Iglesia el fenómeno que cambiará la forma de concebir el proceso penal. En efecto, la referida expansión logró aumentar el tamaño de la esfera estatal y sustituir el lugar que originalmente ocupaba la víctima en el proceso por la "communitas politica". Es en este contexto, en la Edad Media tardía - especialmente en el período que se ha denominado "Inquisición"-, en que surge este 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.

"El nuevo sistema representó un cambio completo respecto a la situación (...) existente con anterioridad. La persecución se organizó sobre la base del trabajo en

secreto de oficiales de la Iglesia. Estos oficiales fueron llamados inquisidores y, además, de jugar el rol de perseguidores también actuaron en el rol de jueces. El sistema también introdujo reglas racionales de evidencia (el sistema de prueba legal o tasada) como una reacción en contra de las ordalías. Junto con lo anterior, el procedimiento era altamente verticalizado en cuanto permitía un control jerárquico muy intenso de las decisiones adoptadas en los niveles inferiores por parte de las autoridades superiores de la jerarquía eclesiástica. En cuanto al ámbito de competencia del sistema inquisitivo, al principio se tuvo la pretensión de regular el castigo de conductas que eran consideradas como atentados en contra de doctrinas básicas de la religión católica, tales como la brujería y la herejía pero, en la práctica, también cubrió hechos que hoy en día son considerados como seculares, dándole un verdadero carácter mixto a su competencia.” (Duce, Mauricio, y Riego Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 39).

El modelo inquisitivo fue adoptado posteriormente por los gobernantes continentales seculares. (Damaska, Mirjan R.; *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*; Editorial Jurídica; traducido por Andrea Morales Vidal; Santiago, 2000; págs. 320 y sgtes.) En nuestro país y en toda Hispanoamérica dicho sistema fue impuesto por España a través de su legislación colonial. Este fue el sistema vigente en Chile hasta la entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal.

DECIMOCTAVO. Que de esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. Por ello se ha señalado que si bien los órganos jurisdiccionales *“no tienen monopolio alguno en la aplicación del derecho privado, sí lo tienen cuando se*

trata de la actuación del derecho penal, de modo que no existe aplicación de este derecho fuera del proceso". (Montero Aroca, Juan; Gómez, Juan Luis; Montón Redondo, Alberto; Barona, Silvia; Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal; XVII edición; Editorial Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009; pág. 11). Este monopolio del derecho penal obedece a su vez a un triple monopolio que se presenta de modo escalonado: un monopolio estatal -que implica la prohibición de la autotutela y la no disposición de la pena por parte de los particulares-, un monopolio judicial -en cuya virtud son sólo los órganos jurisdiccionales quienes pueden aplicar el derecho penal- y un monopolio procesal- de acuerdo al cual la forma de aplicar el derecho penal se realiza exclusivamente a través de un proceso y no de cualquier forma. (Montero Aroca y otros, ob. cit., pág. 11).

DECIMONOVENO. Que el proceso inquisitivo, como se ha señalado, se caracteriza por *"investigar todos los delitos con plena intensidad e, idealmente, llegar a la instancia de sancionarlos"* (Duce, Mauricio y Riego Cristián; ob. cit.; pág. 179). Esto es lo que se ha dado en llamar principio de legalidad procesal. Por otra parte y por la misma razón enunciada, el proceso inquisitivo se caracteriza por reunir en un solo órgano la función de investigar y de acusar.

VIGÉSIMO. Que el sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modifica, tal como se explicará a continuación, tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal.

VI. SEPARACIÓN DE FUNCIONES EN LA REFORMA PROCESAL PENAL.

VIGESIMOPRIMERO. Que uno de los pilares de la Reforma Procesal Penal consistió en separar en órganos distintos las funciones administrativas o investigativas y las

jurisdiccionales (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Ministerio Público; Editorial Jurídica Conosur; Santiago, 1997).

Esta idea "...tiene sus fuentes inspiradoras en la doctrina y en los sistemas comparados que no aceptan que la investigación y el juzgamiento puedan llevarse a cabo por un mismo órgano público. El sistema chileno de acumulación de funciones de investigación y el juzgamiento, a lo cual se agrega la acumulación de la función de acusar en el proceso penal, no tiene defensores hoy por hoy de parte de ninguna opinión autorizada". (Piedrabuena Richard, Guillermo; Introducción a la Reforma Procesal Penal; Editorial Fallos del Mes; Santiago, 2000; pág. 13).

VIGESIMOSEGUNDO. Que el motivo por el cual ya no existen defensores del antiguo sistema penal obedece a la idea de 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 ya ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado.

VIGESIMOTERCERO. Que 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, la Reforma Procesal Penal 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 que incorporaba y regulaba en la misma Carta Fundamental al nuevo órgano que se encargaría de dirigir la investigación en el proceso penal, que era el nuevo Ministerio Público (Ley de Reforma Constitucional N° 19.519).

VIGESIMOCUARTO. Que en dicha Reforma se incorporó a este nuevo órgano -el Ministerio Público- como el encargado de la investigación procesal penal; pero se tuvo presente que el hecho de separar las facultades investigativas de las jurisdiccionales no significaba que sólo las cuestiones propiamente jurisdiccionales debían respetar los parámetros establecidos por la Constitución, mientras que las cuestiones investigativas quedaban a salvo de toda regulación. Al contrario, el constituyente se preocupó de ampliar la exigencia de un proceso racional y justo, estableciendo tal mandato en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, plenamente aplicable a la investigación procesal penal.

Según consta de la historia de dicha ley, la referida reforma fue propuesta a través de la indicación N° 1 de los senadores Diez y Piñera; al respecto, el senador Diez señaló que:

“...la indicación apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento.

De otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la

investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados."

La referida indicación fue aprobada unánimemente, únicamente con modificaciones de redacción. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 13 de mayo de 1997).

VIGESIMOQUINTO. Que, en conclusión, 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. En consecuencia, se incorpora un cambio estructural y de fundamental importancia en el antiguo sistema procesal inquisitivo para dar lugar al nuevo proceso penal.

VII. REFORMA PROCESAL PENAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.

VIGESIMOSEXTO. Que, como ya se indicó, 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 entendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal.

VIGESIMOSÉPTIMO. Que el principio de legalidad *"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"*.

(Horvitz Lennon, María Inés, López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno; Tomo I; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 46).

VIGESIMOCTAVO. Que, en ese sentido, se le han 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. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma”*. (Duce, Mauricio, y Riego Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 195).

Es lo que consagra, respecto de la investigación, el artículo 166 del CPP. Este dispone, en su inciso segundo, que *“cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”*.

La ley, entonces, puede establecer excepciones.

VIGESIMONOVENO. Que 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.

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48).

TRIGÉSIMO. Que este principio configura las facultades del Ministerio Público desde el mismo inicio de la Reforma Procesal Penal. Por ello, en el Mensaje de la ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley N° 19.696), se consignó que *“este organismo debe, además de cumplir su rol específico como órgano acusador del procedimiento penal, asumir la función de ordenar la utilización de los recursos represivos del sistema conforme a criterios generales, conocidos y legitimados por medio de la discusión pública y frente a órganos representativos de la comunidad”*.

Dicho principio quedó plasmado, por su parte, en el artículo 6° de la LOCMP que dispone:

“Artículo 6°.- Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones.

Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones.”

Enseguida, dicho principio está recogido en materia de control jerárquico. Este 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" (artículo 7º, LOCMP).

A continuación, dicho principio se recoge en normas relativas al personal que contempla la LOCMP. Así, conforme a su artículo 77, el sistema de remuneraciones del personal del Ministerio Público debe contemplar bonos por desempeño individual basados en los resultados de la evaluación del personal y bonos de gestión institucional por el cumplimiento de las metas que se establezcan. Estas dicen relación "*con la oportunidad y eficiencia del desempeño laboral y con la calidad de los servicios prestados*". El mismo criterio de eficiencia se aprecia en la evaluación del personal, que regulan los artículos 78 y siguientes. Esta debe considerar "*a lo menos, el cumplimiento de metas establecidas y la calidad del trabajo realizado*".

Además, con la misma lógica enfocada hacia la eficiencia y el aprovechamiento de los recursos, puede citarse el art. 277, inciso final, del CPP, que dispone que "*si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto*". Con ello se salvaguarda que el Ministerio Público no se embarque en una profundización del proceso cuyos resultados, por falta de pruebas, no serán los proyectados. También pueden convocarse, en esta línea, el archivo provisional (artículo 167) y la facultad para no iniciar investigación (artículo 168).

TRIGESIMOPRIMERO. Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. En efecto, se ha señalado que *“una de las características centrales de los sistemas de enjuiciamiento criminal, según lo ha descrito la criminología moderna, es, más allá de las normas legales que los regulan, su carácter selectivo. (...)La facultad descrita se explica porque en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público, de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir una pista para la obtención de resultados. Un ejemplo evidente de esta circunstancia está constituido por la multiplicidad de los delitos contra la propiedad que son denunciados en nuestro país, que son cometidos por una persona desconocida de la víctima o respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes.(...) Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad.”* (Riego, Cristián, y Duce, Mauricio; La etapa de la investigación en el nuevo proceso penal; en Nuevo Proceso Penal; Carocca, Alex, y otros; Santiago, 2000; págs. 113 y 114).

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, por otra parte, es fundamental tener presente que 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. En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, *"las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor."* (Duce, Mauricio, y Riego, Cristián; Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 78)

TRIGESIMOTERCERO. Que el hecho de que se trate de una persecución penal pública y no privada tiene una relevancia fundamental al momento de evaluar la legitimidad del rol que se le asigna al ofendido por el delito dentro del respectivo modelo de persecución penal.

En el nuevo modelo diseñado por la Reforma Procesal Penal, se ha justificado abundantemente la necesidad de que el Ministerio Público pueda actuar con discrecionalidad, ya que con ello se beneficia al sistema de manera completa e íntegra. Ello no obsta, como se analizará más adelante, a que también se reconozcan derechos a la víctima dentro del proceso y a que exista control sobre su actuación.

VIII. EXCLUSIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

TRIGESIMOCUARTO. Que el rol que ocupa el Ministerio Público en el nuevo proceso penal, rompe con el antiguo sistema inquisitivo no sólo en la manera en que entiende el principio de legalidad procesal tal como imperaba en el antiguo sistema procesal, al introducir elementos de discrecionalidad, sino también en que encarna la

intención de la Reforma de separar las funciones investigativas de las jurisdiccionales, asumiendo las primeras de modo exclusivo.

Desde ambos puntos de vista, se puede apreciar que 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.

TRIGESIMOQUINTO. Que dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que *“ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”*. Además, en relación a ese punto se afirma que *“cabalmente el carácter de exclusividad con que se otorga al Ministerio Público la tarea de dirigir la investigación, constituye la alteración más importante que en este punto se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se deja fuera de ella en materia penal al Poder Judicial que había tenido a su cargo desarrollarla. Hemos hecho ya presente (...) cómo la actual Constitución, a diferencia de la anterior, que sintetizaba la función del Poder Judicial en la tarea de juzgar, la descompone en tres fases o etapas, como son las de conocer, de resolver y de ejecutar lo juzgado, y cómo, dentro del conocimiento, se comprende todo lo encaminado a llegar a investigar los hechos sobre los cuales ha de recaer el juzgamiento, el cual, por su parte, ha de ajustarse a las reglas de un justo y racional procedimiento (art. 19, N° 3, inciso quinto). Cabalmente, como consecuencia de la reforma en estudio, la misma Ley N° 19.519 modifica el precepto constitucional recién citado exigiendo “un procedimiento y una investigación racionales y justos” (...) Pues bien, en virtud de la creación del Ministerio Público y de las funciones que a este organismo autónomo se otorgan, se ha suprimido, dentro de la fase del conocimiento, propio de los tribunales, la tarea de la investigación en materia*

criminal, dejando a éstos en tal aspecto exclusivamente el establecimiento de los hechos.

*La alteración fundamental en este aspecto, al comparar el nuevo régimen con el del ordenamiento anterior, se **halla en que no corresponde ahora dar a conocer a los órganos del Poder Judicial los hechos que pudieran tener carácter delictuoso, sino que deben denunciarse al Ministerio Público***". (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; Tomo VII; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; pág. 217). (Las negritas son nuestras)

TRIGESIMOSEXTO. Que en el texto original contenido en el Mensaje el artículo 83, inciso primero (que correspondía al artículo 80 bis, inciso primero, del proyecto original), la facultad de investigar del Ministerio Público no revestía el carácter de exclusividad que hoy tiene. (Al respecto véase Otero Lathrop, Miguel; El Ministerio Público; Lexis Nexis Conosur; Santiago, 2002; págs. 18 y sgtes., y Mensaje de la Ley N° 19.519)

La norma original del proyecto disponía, en su inciso primero:

"Artículo 80 bis.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales."

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que dicha exclusividad fue incorporada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado mediante una indicación sustitutiva. A través de dicha indicación la Comisión aprobó un nuevo texto para el proyecto de ley en estudio,

con el objeto de convenir líneas generales que luego facilitarían la discusión del proyecto en el Parlamento. En relación a las funciones y atribuciones del Ministerio Público, se señaló, entre otras cuestiones, que:

*“(...) la indicación asigna al Ministerio Público las de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, **para lo cual le corresponderá, en forma exclusiva, investigar los hechos que configuren un delito,** los que determinen una participación punible en él y los que acrediten la inocencia del imputado; adoptar medidas para amparar y proteger a las víctimas y a los testigos; impartir órdenes directas durante la investigación a la policía, la que deberá cumplirlas de inmediato y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad; empero, si dichas órdenes pudieren perturbar o vulnerar derechos del imputado o de terceros garantizados por la Constitución, requerirán orden judicial previa. El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido de su derecho a querellarse.”* (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Primer Informe, pág. 24, “Funciones y atribuciones del Ministerio Público”).

De este modo, el artículo 80 bis del Mensaje -que pasa a ser el nuevo artículo art. 80 A- dispone en su nuevo inciso primero:

“Artículo 80 A.- *Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos que configuren el*

delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.” (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Primer Informe, pág. 42, “Texto del proyecto de la Comisión”)

TRIGESIMOCTAVO. Que, según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado respecto del proyecto que se examina, una serie de indicaciones tuvieron por objeto cuestionar el texto del inciso primero del artículo 80 A aprobado por la Comisión en Primer Informe, en lo que tenía relación con el monopolio investigativo del Ministerio Público.

En efecto, la indicación N° 5, de la H. Senadora señora Feliú, la N° 6, de los Senadores Diez y Piñera, y la N° 7, del senador Urenda, propusieron -entre otros asuntos- eliminar la exclusividad del Ministerio Público en la investigación.

En los tres casos, sin embargo, la Comisión rechazó la respectiva indicación de forma unánime, por estimar que éstas se apartaban *“...de una línea central del proyecto, que opta precisamente por reconocer al Ministerio Público el monopolio de la investigación...”*. Por otra parte, la Comisión dejó constancia de que *“...los actos de instrucción que pueden ordenar los jueces no alteran el hecho que la investigación será siempre dirigida por los fiscales.”* (Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, Segundo Informe).

TRIGESIMONOVENO. Que, según se aprecia en los antecedentes expuestos, el constituyente decidió de

manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. Ésta *“...representó una decisión irreversible del constituyente (...) Por esto, en la reforma procesal penal pendiente ya no se podrá controvertir esta vía de solución de la justicia penal, aun cuando en cierta manera subsisten algunos problemas por cuanto el nuevo órgano “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”* (Piedrabuena Richard, Guillermo; ob. cit.; pág. 55).

IX. SIGNIFICADO DE LA FUNCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

CUADRAGÉSIMO. Que en relación a la facultad investigativa, se ha señalado que:

“...dar la función de dirigir la investigación al Ministerio Público representa uno de los cambios más importantes de la reforma, ya que significa que los jueces se desprenden de una de las responsabilidades que tradicionalmente habían ejercido en nuestro país. Esta función del Ministerio Público es vista como un aspecto clave en el nuevo sistema para asegurar la imparcialidad judicial y para permitir que la investigación de los delitos sea realizada con parámetros de mayor eficiencia (...). (Duce J., Mauricio, y Riego R., Cristián; ob. cit.; pág. 135).

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, en cuanto al contenido de la función de dirigir la investigación, se ha precisado que: *“a los fiscales les corresponde “dirigir la investigación” y no “investigar”, porque quien ejecuta materialmente esas acciones es la policía u otros órganos auxiliares.*

Con todo, debemos observar que se prohíbe a la policía calificar el fundamento, la oportunidad, justicia y legalidad de las órdenes recibidas, declarando la norma

constitucional que deberán cumplirlas de inmediato y sin más trámite.

Lo anterior se entiende que es sin perjuicio de que se permite a la policía requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando se trate de órdenes que afecten el ejercicio de garantías constitucionales del imputado o de terceros.

*En cuanto a las **finalidades de la investigación, ella persigue establecer la existencia del delito, la participación del delincuente, o su inocencia.** Durante la discusión parlamentaria se dejó constancia que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entregan al Ministerio Público en razón de su función investigadora **no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de la inocencia: no es el investigado, entonces, quien deberá acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso**". (Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio, y Nogueira Alcalá, Humberto; Derecho Constitucional; Tomo II; Editorial Jurídica; Santiago, 1999; pág. 265). (Las negritas son nuestras)*

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, tal como se ha señalado, corresponde al fiscal, en la medida que progresa la investigación, y si en ese sentido se encaminan los antecedentes, ir debilitando la presunción de inocencia establecida en beneficio del imputado.

Las atribuciones que la ley le confiere en la dirección de la investigación, "...significa(n) que el Ministerio Público se hace responsable de **que la investigación sea realizada y de sus resultados.**

*Lo primero es señalar que en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de **que ésta sea llevada adelante o se realice.** En segundo término, la dirección de la investigación importa que el Ministerio Público es quien*

define la estrategia de persecución del caso. Luego, que el Ministerio Público cuenta con facultades para realizar, en forma autónoma o delegada, diligencias concretas de investigación. Finalmente, esta facultad le concede el Ministerio Público la dirección funcional de la policía para los efectos de realizar la investigación..." (Duce J., Mauricio y Riego R. Cristián; ob. cit. pág. 135). (Las negritas son nuestras)

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, como ya se ha referido, en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio 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 (art. 166 CPP); además puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratase no comprometiére gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (art. 170 CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (art. 230 CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP); puede declarar el cierre de la investigación (art. 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 (art. 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas 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.

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, 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, como se expondrá a continuación, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal.

X. LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la facultad de no perseverar en el procedimiento es una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248, letra c), del CPP, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo. 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 Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación.

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, en efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas para llevar adelante luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar.

CUARAGESIMOSÉPTIMO. Que, como se aprecia, el fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 CPP, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojen

los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional.

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, en consecuencia, la facultad que le permite al fiscal acusar es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano encargado de dirigir la investigación del proceso penal de modo exclusivo.

CUADRAGESIMONOVENO. Que, no obstante, 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”* (encabezado del artículo 248 CPP). Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del CPP en relación con el artículo 257 del mismo Código. En virtud de los artículos citados, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal, por su parte, tiene la obligación de ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Luego, si rechaza dicha solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia. Por otra parte, dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de

diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

QUINCUAGÉSIMO. Que, como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los días siguientes a dicho cierre. Así lo establece el artículo 248 del CPP: *“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...”*

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que, 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. Para acusar, es necesario que el Ministerio Público *“estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado”* (artículo 248, letra b)).

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, en efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse *“... en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquellas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar.”* (Núñez Vásquez, Cristóbal; Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral; Jurídica; 2002; pág. 150).

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que, en cuarto lugar, es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 249 CPP.

Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, el defensor, la víctima y el querellante, para oír sus planteamientos al respecto. (Núñez Vásquez, Cristóbal; ob. cit.; pág. 152).

QUINCUAGESIMOCUARTO. Que, como se aprecia, la atribución del fiscal en relación con su facultad de no perseverar, es una potestad con elementos reglados y con elementos discrecionales.

Varias de las condiciones que se establecen para ejercer dicha facultad también proceden respecto de las otras facultades del artículo 248 CPP. Así, para la procedencia del sobreseimiento también se deben realizar las diligencias pertinentes y se debe convocar a una audiencia. Sin embargo, a diferencia de la facultad de no perseverar, en el caso del sobreseimiento los antecedentes reunidos deben permitir concluir que se da alguna de las causales de sobreseimiento establecidas en los artículos 250 y 252 CPP. Por otra parte, la misma reunión de antecedentes es necesaria para ejercer la facultad de acusar, pero en ese caso de los antecedentes reunidos se debe concluir que existe un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la investigación.

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que es cierto que la decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. 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.

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que en ese sentido, la jurisprudencia ha señalado que:

“3º) Que de lo expuesto en los dos fundamentos que anteceden y teniendo presente que el modelo de sistema que impera en el Código Procesal Penal consiste en entregar sólo al Ministerio Público la investigación, y por eso a ellos exclusivamente les corresponde valorar el mérito de la misma, y por ende, lo que decidan a su respecto no está sujeto a revisión por parte del Juez respectivo.” (Corte de Apelaciones de Valdivia, 04/03/2009, Rol N° 75-2009).

En el mismo sentido:

“7º) Que, por último, de la historia fidedigna de la ley surge que el Senado “incluyó una tercera opción para el fiscal, consistente en que comunique la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, esto es, la circunstancia que se contempla al comienzo de la última causal de sobreseimiento definitivo. En tal caso, por consiguiente, no se decretará sobreseimiento, sino que, al igual que ocurre con la formalización de la investigación, se tomará conocimiento de un decisión del ministerio público, sobre la cual no le corresponderá pronunciarse al juez de garantía, sin perjuicio de la ulterior revisión que de ella pudiere efectuarse (E. Pfeffer. Código Procesal Penal, 2ª Edición, pág. 395).” (Corte de Apelaciones de San Miguel, 15/12/2008, Rol N° 1552-2008).

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que, a diferencia de la facultad de no perseverar, el sobreseimiento ha sido definido como una resolución jurisdiccional: *“aquella resolución mediante la cual el tribunal dispone el término del procedimiento o su suspensión, a propuesta del Ministerio Público o a petición del imputado, y en los casos que señala la ley”* (Aguilar Aranela, Cristián; Manual de Derecho Procesal Penal Oral; Tomo I; Editorial Metropolitana; Santiago, 2004; pág. 396).

QUINCUAGESIMOCTAVO. Que las características del sobreseimiento justifican que éste se someta a las decisiones del juez de garantía. El sobreseimiento procede por causales específicas establecidas en el Código, y ni las causales que motivan la declaración de sobreseimiento definitivo, ni las que justifican la declaración de sobreseimiento temporal, son equiparables a la insuficiencia de antecedentes que motiva la aplicación de la facultad de no perseverar en la investigación.

Por esa razón, se ha señalado que *“a la luz de las causales que el actual artículo 252 del CPP contiene, la posibilidad de que un procedimiento penal se paralice “hasta que se presenten mejores datos” no tiene recepción en el nuevo sistema, como veremos (en tal caso el Fiscal debería comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento).”* (Chahuán Sarrás, Sabas; ob. cit.; pág. 245).

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, en cuanto a sus efectos, el sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada. En cambio, la facultad de no perseverar en la investigación produce los efectos establecidos en el artículo 248, inciso final: *“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.”

SEXAGÉSIMO. Que la naturaleza administrativa e investigativa de la facultad de no perseverar justificó que se la tratara como una causal autónoma de cierre de la investigación, durante la etapa de discusión del CPP en el Congreso Nacional.

En efecto, desde el Anteproyecto contenido en el Mensaje del Nuevo Código de Procedimiento Penal hasta el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, la falta de antecedentes para fundar una acusación por parte del Ministerio Público fue considerada como una causal que facultaba al fiscal para solicitar el sobreseimiento temporal y al juez de garantía para decretarla.

Así, entonces, el primitivo artículo 318 contenido en el proyecto, disponía: *“...practicadas las diligencias que hubiere considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal del ministerio público **declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la instrucción.**”* (Las negritas son nuestras)

Que, no obstante, en la última fase de tramitación parlamentaria en el Senado se modificó el criterio de acuerdo al cual la falta de antecedentes justificaba una declaración de sobreseimiento, pasando a constituir una causal autónoma de cierre de la investigación.

SEXAGESIMOPRIMERO. Que el criterio para introducir la referida modificación obedeció a la idea de 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 y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional (en ese sentido se puede revisar el Oficio del Ministerio Público, Fn. 556, de 18 de noviembre de 2003, que relata la historia legislativa referida).

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que dicho criterio no hizo más que aplicar el principio general que atraviesa y sostiene a la Reforma Procesal Penal y que se traduce en *“separar las funciones de investigar y la de juzgar, entregando a órganos distintos cada una de estas funciones”* (Historia Legislativa Ley N° 19.519 que Crea el Ministerio Público (D.O.16.09.97) (Boletín 1943-07)).

SEXAGESIMOTERCERO. Que, en conclusión, la facultad de no perseverar en la investigación es una expresión de las facultades discrecionales que se le han otorgado al Ministerio Público para llevar adelante la dirección de la investigación de manera exclusiva. Ello no obsta a que dicha discrecionalidad esté sometida a varios requisitos, ya que se trata de una discrecionalidad no arbitraria. Por otra parte, ésta corresponde al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía. Ello se justifica en que ésta es una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, y por ello se diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación del juez de garantía. El hecho de que no intervenga el juez de garantía, sin embargo, no significa que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal. En efecto, como se señalará a continuación, la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al Ministerio Público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal.

XI. DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

1. La víctima en la Reforma Procesal Penal

SEXAGESIMOCUARTO. Que el hecho de que la Reforma Procesal Penal entregue al Ministerio Público el monopolio de la investigación en el proceso penal, no significa que la víctima del respectivo delito no tenga derechos en el mismo, ya sea en la investigación, ya sea en las etapas posteriores.

SEXAGESIMOQUINTO. Que, en efecto, se ha señalado que *“el Código Procesal Penal profundiza en buena medida el régimen de participación de la víctima en el proceso penal, adecuándolo a los requerimientos del desarrollo social actual. (...)*

La tendencia a una equiparación del querellante particular al ministerio público como portador legítimo de una pretensión punitiva se advierte ya con la ley de Reforma Constitucional N° 19.519, que crea el ministerio público, cuando se introduce una norma en el inciso 2° del artículo 80 A CPE que establece que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. Con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público, equiparación que, como veremos, no ha recibido el aplauso unánime de la doctrina”. (Horvitz Lennon, María Inés, y López Masle, Julián; ob. cit.; pág. 289).

En el mismo sentido, se ha observado que *“a diferencia del texto que viene a reemplazar, el nuevo Código observa una preocupación constante por este sujeto tan importante que es la víctima, al grado que no parece exagerado afirmar que una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal es, precisamente, su preocupación por dicha víctima, como se demuestra con la exigencia legal que impone que en todo recinto policial, de juzgados de*

garantía, de tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en un lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas (art. 137 Código Procesal Penal)” (Tavolari Oliveros, Raúl; ob. cit., pág. 301)

SEXAGESIMOSEXTO. Que, en relación a los derechos de la víctima, esta Magistratura ha aseverado que:

“DECIMOQUINTO: Que para el cumplimiento de las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una investigación “racional y justa”, el Código Procesal Penal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso criminal.
(...)

DECIMOSEXTO: Que, así, el Código Procesal Penal permite:

- 1) 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. Si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (art. 183);
- 2) Que el imputado o los demás intervinientes puedan

asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (art. 184);

3) 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 (art. 186);

4) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (arts. 231 y 232);

5) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (art. 258);” (STC roles N°s 1244 y 1445).

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que, sin perjuicio de lo señalado por esta Magistratura, la doctrina ha clasificado los derechos de la víctima en el proceso penal del siguiente modo (Tavolari Oliveros, Raúl; ob. cit.). En primer lugar, ha señalado que existe el **derecho de protección**, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía (art. 6° CPP, art. 78 CPP, art. 83 CPP, art. 109, letra a), CPP, art. 1° Ley 19.640, art. 20, letra f), Ley 19.640, art. 34, letra e), Ley 19.640, art. 32, letra g), Ley 19.640, art. 19 Ley 19.640, art. 14 COT y 80 A CPE). En segundo lugar, está el **derecho de intervención** (art. 111 CPP -posibilidad de presentar querrela-; art. 258 CPP -posibilidad de forzar la acusación-; art. 261 CPP -posibilidad de adherir a la acusación o formular acusación particular; art. 157 CPP- posibilidad de solicitar medidas cautelares reales durante la investigación-; art. 83 CPE -derecho a la

acción penal. En tercer lugar, se encuentra el **derecho de audiencia** (art. 78, letra d), CPP, art. 109, letra d), CPP, art. 237 CPP -derecho a ser oída antes de que el fiscal pidiere o se resolviere sobre la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada-; art. 169 CPP -derecho a producir la intervención del juez de control cuando el fiscal estima que no corresponde instruir-; art. 109 CPP -derecho a ser oída antes del pronunciamiento sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa-; art. 170, inciso tercero CPP -puede manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal para que el juez de garantía deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. En cuarto lugar, está el **derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas** (art. 109, letra f), CPP; art. 33 Ley 19.640; art. 167 CPP; art. 7º Ley 19.640; Libro III CPP). Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría **"otros derechos"** (art. 314 CPP, entre otros).

2. No existe un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue.

SEXAGESIMOCTAVO. Que a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. Antes de definir dicho eventual derecho, es necesario determinar la posición que ocupa cada actor dentro del sistema procesal penal.

SEXAGESIMONOVENO. Que la función de investigar es una potestad del Ministerio Público; pero el Ministerio tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador

han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia.

SEPTUAGÉSIMO. Que la víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias 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.

En ese sentido ya se ha pronunciado esta Magistratura al señalar:

“TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en

el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;" (STC rol N° 1244, de 2 de junio de 2009).

SEPTUAGESIMOPRIMERO. Que, en consecuencia, 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.

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. Que 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.

SEPTUAGESIMOTERCERO. Que, sobre la inexistencia de dicho derecho subjetivo, se ha referido que: *"Hay que entender que en el proceso penal la decisión de iniciar la investigación penal -salvo en los delitos de "acción privada"- comporta la asunción de una actividad pública, aun en el caso de que se inicie por denuncia o querrela particular. Es que en este último caso no hay tutela de intereses privados en juego. El que se querrela no está pidiendo tutela para un interés propio sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del ius perseguendi. No puede*

haber de este modo un derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la "acción penal", ni siquiera para la víctima. Los individuos no tienen el derecho de someter a juicio penal a otro ciudadano." (Bordalí Salamanca, Andrés; No Hay Ejercicio del Derecho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el Artículo 230 del Código Procesal Penal; Revista de Derecho; Universidad Austral; pág. 247).

3. Cómo interpretar el artículo 83 de la Constitución.

SEPTUGESIMOCUARTO. Que, de acuerdo a lo señalado, hay que interpretar el sentido del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Dicha disposición reza: *"El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal."* ¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la acción penal? Al respecto se ha señalado que *"una alternativa es entender que cuando la Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querrela y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querrellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero tener derecho a querrellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido*

por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querrela particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal, porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1º, CPR).” (Bordalí Salamanca, Andrés; ob. cit.; pág. 248).

SEPTUAGESIMOQUINTO. Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (art. 167 CPP), no iniciar investigación (art. 168 CPP), cerrar la investigación

(art. 248 CPP) o formalizar (art. 230 CPP), la víctima puede querellarse en cualquier momento (arts. 111 y 112 CPP), desistirse (118 CPP) y abandonar la querrela (art. 120 CPP).

De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio, se establecen facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y los otros, derechos.

4. Responsabilidad del Ministerio Público por conductas arbitrarias.

SEPTUAGESIMOSEXTO. Que el hecho de que la víctima no tenga un derecho subjetivo a la investigación y que no sea totalmente equiparable al Ministerio Público en el proceso penal, no significa que ésta esté sujeta a las eventuales arbitrariedades que pudiere cometer el fiscal.

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO. Que dicho asunto se subrayó en la discusión legislativa de la Ley N° 19.519, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

“El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la posibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querrela, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el

derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querrela, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez.” (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 11 de junio de 1997, Historia de la Ley N° 19.519, Boletín 1943-07).

SEPTUAGESIMOCTAVO. Que, por lo mismo, puede afirmarse que el Código Procesal Penal está estructurado de tal modo que cada institución en la que el fiscal puede actuar con cierta discrecionalidad, tiene un mecanismo de seguro en favor de la víctima y de sus intereses.

SEPTUAGESIMONOVENO. Que, por ello, el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, Ley N° 19.640, dispone como principio general que *“el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.”* Y con el mismo sentido, el artículo 7° de la misma 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.”* Y que 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”*

OCTOGÉSIMO. Que, a su vez, el artículo 32 b) de la Ley 19.640 establece 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;”.

Dicha disposición debe ser relacionada, por ejemplo, con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la misma ley, que disponen respectivamente que las infracciones de los deberes y prohibiciones en que incurran los fiscales serán sancionadas disciplinariamente, de oficio o a requerimiento del afectado, con alguna de las medidas que indica el precepto, y que la remoción, en el caso de un fiscal adjunto, procederá cuando incurra en alguna de las circunstancias

siguientes:

“1) Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

2) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas.

3) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas.

4) Incumplimiento grave de sus obligaciones, deberes o prohibiciones.”

OCTOGESIMOPRIMERO. Que, el sistema de seguro en favor de los intereses de la víctima también opera en el caso del sobreseimiento y de la facultad de no perseverar.

En efecto, en el caso del sobreseimiento, la intervención del juez de garantía es necesaria (arts. 248 y 256 CPP), pero además procede en contra de la declaración de sobreseimiento el recurso de apelación (art. 253 CPP), los intervinientes deben ser escuchados en la respectiva audiencia, y se puede forzar la

acusación en los términos establecidos en el artículo 256 CPP.

Por su parte, en el caso de la facultad de no perseverar en la investigación, procede la reapertura de la investigación (art. 257 CPP).

En efecto, el Ministerio Público ha planteado que dicha reapertura procede incluso si es que la facultad de no perseverar se ha ejercido existiendo formalización (MP, Oficio Fn. 556, 18 de noviembre de 2003). Para apoyar esta postura se ha argumentado que:

- 1) *"...el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no parece una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sentido, **cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema.** Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos."*
- 2) *En segundo lugar, se ha señalado que tanto la decisión de no perseverar como la formalización no producen cosa juzgada, por lo que la decisión de no perseverar no sería impedimento para que posteriormente se volviera a realizar una nueva formalización: "El hecho de que la cosa juzgada, como sabemos, sea un efecto propio de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, que se traduce en la eficacia que hace inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta ya a impugnación, sea por vía ordinaria o extraordinaria, tiene relación con el origen mismo del acto revestido de la autoridad de cosa juzgada. Vale decir, SÓLO podemos hablar de este efecto tratándose de resoluciones jurisdiccionales porque sólo el órgano*

jurisdiccional tiene la autoridad para decidir acerca de la responsabilidad (penal en este caso) de una persona y los consiguientes efectos importantísimos que de esta conclusión pueden derivarse (privación o restricción de derechos). El Ministerio Público no tiene la autoridad suficiente para decidir acerca de la responsabilidad penal de las personas, sólo puede sostener una postura en un sentido determinado. Por ello, una nueva formalización por parte del ente persecutor no implica, por obvio que parezca, una condena y, por lo tanto, no necesita estar revestido de la autoridad de cosa juzgada ni de algún efecto análogo al mismo.” (las negritas son nuestras)

OCTOGESIMOSEGUNDO. Que, además de la reapertura, podría proceder en este caso, si existiese formalización, la posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 CPP.

OCTOGESIMOTERCERO. Que, a su vez, el artículo 186 del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente:

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

OCTOGESIMOCUARTO. Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 186, esta Magistratura ya se ha pronunciado señalando que de acuerdo a *“la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opondría a que el juez de la causa entienda que el querellante es una persona afectada y aplique el artículo 186 del Código Procesal Penal accediendo a la petición de aquel interviniente de controlar la investigación no formalizada.”* (STC rol N° 1380, cons. 12; en el mismo sentido, STC rol N° 1337 y STC rol N° 1467).

XII. CONCLUSIÓN.

OCTOGESIMOQUINTO. Que, en consecuencia, la víctima tiene derechos que puede ejercer en el curso del proceso penal, de modo que la discrecionalidad con que se ha dotado al Ministerio Público no significa que el fiscal pueda actuar de modo arbitrario.

En efecto, éste está sometido a todos los sistemas con que se aseguran los intereses de la víctima y se limita la esfera de acción del órgano persecutor. Por otra parte, la Constitución obliga directamente al Ministerio Público al establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Dicha modificación se incorporó, según se expresó, especialmente para extender la garantía del debido proceso a la investigación efectuada por el fiscal.

OCTOGESIMOSEXTO. Que, en consecuencia, de acuerdo a lo expresado largamente en esta sentencia, la víctima respecto de la cual se ejerce la facultad de no perseverar, no queda en la indefensión al modo que lo ha afirmado el requirente, 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. Como ya se señaló, el Código Procesal Penal establece un sistema de aseguramiento de derechos en favor de la víctima, para cada caso en que el Ministerio Público puede actuar con discrecionalidad. Además, dicha discrecionalidad es siempre una discrecionalidad con elementos reglados, pues está sometida a una serie de requisitos, de modo que se asegura un control sobre las actuaciones del fiscal. A pesar de que no se puede afirmar, según se ha desarrollado en esta sentencia, que la víctima tenga un derecho a que se investigue, o a sustituir al Ministerio Público en la investigación, es cierto que el nuevo proceso penal le otorga tal cantidad de resguardos y derechos en el proceso penal, que incluso se puede hablar de una especie de equivalencia entre ésta y el Ministerio Público.

Por todas estas razones se rechazará el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Y VISTO: lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2° y 26°, y 83, ambos de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1 Y QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DECRETADA.

El Ministro señor Marcelo Venegas Palacios (Presidente) previene que, atendido el mérito de los antecedentes del proceso y examinada la carpeta de investigación RUC 0810018505-K, remitida por el Fiscal Regional (S) del Ministerio Público de la Araucanía señor Sergio Moya Domke, agregada a fojas 68 y siguientes, concluye que la

acción deducida por el requirente no logra configurar un verdadero conflicto de constitucionalidad en relación con el precepto legal impugnado, sino que se dirige más bien a formular un reproche a la conducta funcionaria desplegada por el respectivo fiscal del Ministerio Público, para lo cual la acción de inaplicabilidad consagrada en el N°6 del artículo 93 de la Carta Fundamental no resulta la vía idónea, motivo por el cual concurre al rechazo del requerimiento teniendo presente únicamente lo razonado en los considerandos PRIMERO a SÉPTIMO de la sentencia, sin suscribir las demás consideraciones de ésta.

La Ministra señora Marisol Peña Torres previene que no comparte lo señalado en el capítulo V y en el considerando vigesimotercero, párrafo segundo, de esta sentencia, por considerar que en dichos acápites se efectúa una argumentación propia de un control abstracto de constitucionalidad. Igualmente, no comparte lo razonado en los considerandos quincuagesimoséptimo, quincuagesimooctavo y quincuagesimonoveno, por estimar que en ellos se abunda sobre un detalle ajeno al conflicto constitucional que se trata de resolver en el caso de autos.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre al fallo, teniendo presente exclusivamente lo señalado en los capítulos I, II, VIII, IX (con excepción del considerando 43°), X y XI (únicamente respecto de los considerandos 64° a 67°). Del mismo modo, tiene en consideración que el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, en cuanto regula la facultad de no perseverar del Ministerio Público, debe interpretarse en términos tales que la investigación practicada haya sido efectuada de manera "racional y justa", tal como lo ordena perentoriamente el artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política de la República y lo

ha reiterado recientemente esta Magistratura (Rol N° 1445), a lo que debe agregarse que dicha decisión debe ser debidamente aprobada por un juez de garantía, en los términos establecidos en el artículo 249 del mismo código, resolución que es susceptible de ser apelada, como ha ocurrido en el caso de autos. Por último, estima este previniente que la acción impetrada parece más bien dirigida a la actuación administrativa del órgano investigador que al precepto legal en cuestión, materia que ciertamente escapa a la esfera propia de la acción de inaplicabilidad, como reiteradamente lo ha sentenciado este Tribunal (entre otros, Roles N° 1264/2008 y 1268/2009).

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que la competencia específica que tiene este Tribunal Constitucional al conocer un requerimiento de inaplicabilidad se limita al examen de los posibles efectos contrarios a la Constitución que, en la gestión judicial que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, puede producir el o los preceptos legales impugnados.

No corresponde, entonces, con ocasión de un requerimiento de inaplicabilidad dirigido contra un determinado precepto legal de un Código, hacer un análisis de la constitucionalidad del cuerpo legal en su conjunto, y menos de su mérito;

2. Que, por consiguiente, en el requerimiento que nos ocupa, el Tribunal Constitucional debe limitarse a examinar la posible aplicación contraria a la Constitución que reciba el único precepto legal impugnado y que no es otro que el artículo 248 del Código Procesal Penal en su letra c);

3. Que, para ajustarse a la Constitución, la interpretación y aplicación de los preceptos legales ha de efectuarse de modo tal que los principios y normas constitucionales sean respetados y produzcan efecto, debiendo, por consiguiente, rechazarse toda aplicación que traiga como resultado el desconocimiento o ineficacia de los mismos, pues, la Ley Fundamental debe informar efectiva y no sólo nominalmente la actuación de los órganos del Estado, incluidos los que tienen a su cargo la dirección de una investigación criminal y los que ejercen jurisdicción;

4. Que, en el caso de autos, se impugna la aplicación que ha recibido la disposición contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, que faculta al fiscal de la causa para “[c]omunicar 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”.

Dicha norma, ha sido impugnada en su aplicación judicial por transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos y la obligación básica de investigar por parte del Ministerio Público;

5. Que la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre con la facultad que tiene para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, no está sujeta a la aprobación del juez de garantía como lo dispone el artículo 248, letra a), en relación con los artículos 250 y 252, del Código Procesal Penal;

6. Que existe, por consiguiente, una diferencia sustancial cara a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y al derecho constitucional a la acción del ofendido-querellante particular, en caso que el fiscal solicite el sobreseimiento y en caso que comunique la decisión de no perseverar en el procedimiento, pues, en la primera de estas situaciones

no depende de su sola voluntad el término de la investigación, lo que sí ocurre en la última de ellas, en la cual no es un órgano dotado de jurisdicción -el juez de garantía- quien lo decide sino un órgano administrativo;

7. Que, no obstante la falta de control judicial de la comunicación del fiscal de no perseverar en la investigación, el querellante puede solicitar al juez de garantía que le autorice a formular la acusación y sostenerla en los mismos términos que pudiere hacerlo el Ministerio Público (artículo 258, incisos tercero y cuarto, del Código Procesal Penal);

8. Que, sin embargo, no debe olvidarse que conforme al artículo 259 del Código Procesal Penal que regula el contenido de la acusación, ésta "sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica" (inciso final);

9. Que, en el caso de autos, estamos precisamente frente a una investigación no formalizada, por lo cual la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, misma que no requiere de aprobación judicial como se ha indicado, trae como consecuencia la imposibilidad para el querellante de ejercer de modo útil la acción penal y obtener la tutela efectiva de sus derechos, pues, aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, ésta no podrá cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal;

10. Que, como puede apreciarse, son las circunstancias peculiares de la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad las que determinan la aplicación contraria a la Constitución del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal -y no un examen abstracto de su constitucionalidad-, y es por ello que el Tribunal, al ejercitar el control concreto de constitucionalidad que le encomienda el artículo 93 N° 6 de la Carta

Fundamental, debe a juicio de los disidentes declarar la inaplicabilidad del precepto legal impugnado.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, las prevenciones sus respectivos autores y la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1.341-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por sus Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.