

Santiago, dieciocho de mayo de dos mil diez.

**VISTOS:**

Con fecha 5 de junio de 2009, Peter Wammes, factor de comercio, en representación de Visionone Chile S.A., ha deducido una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal.

La gestión pendiente en que incide la acción deducida es el proceso penal por delito de estafa, RUC N° 0810017721-9, RIT N° 10781-2008, sustanciado por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

En cuanto a los hechos en que apoya su requerimiento, señala el actor que, con fecha 25 de agosto de 2008, Visionone Chile S.A. interpuso en el referido proceso penal una querrela criminal en contra de Hugo Rodríguez de Marcos y en contra de todos quienes resulten responsables del delito de estafa, tipificado en el artículo 468 y sancionado en el artículo 467, N° 1, del Código Penal.

Señala que, pese a lo evidente del delito, el Fiscal del Ministerio Público procedió a cerrar la investigación y a ejercer la facultad de no perseverar en el procedimiento, establecida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, por cuanto, a su juicio, no se habrían reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, y que, para proceder a tal comunicación, se encuentra fijada una audiencia para el día 8 de junio de 2009.

Fundando su acción, argumenta que la aplicación del precepto objetado resulta decisiva en la resolución del asunto, en cuanto permite poner término al proceso criminal. Alega que, de esta manera, se vulnera la Constitución Política, toda vez que se hace imposible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisando los vicios de inconstitucionalidad, aduce que consisten en la trasgresión de los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 19, N°s 3 y 26, y 83 de la Ley Fundamental. Argumenta que éstos se producen de la manera que se expone a continuación.

Señala el requirente que la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal permite que el ente persecutor ponga término al proceso penal de manera discrecional y a su exclusiva voluntad, al no existir una adecuada instancia de contradicción que permita demostrar la eventual concurrencia de antecedentes suficientes para formalizar y acusar a los responsables del delito, no obstante existir ellos, como ocurre en la especie, lo que impediría el debido control jurisdiccional de las actuaciones del Ministerio Público.

Indica que, por lo anterior, la facultad que consagra el precepto impugnado impide al querellante el adecuado resguardo de su derecho a la acción y a obtener algún resultado con el ejercicio de la misma, desde el momento en que coloca una barrera infranqueable e incuestionable jurisdiccionalmente que impide la etapa de investigación y torna en imposible llevar el caso a juicio oral, todo lo cual importa la directa afectación de los derechos a la tutela efectiva y a una investigación racional que consagra el artículo 19, N° 3º, de la Constitución.

Mediante resolución dictada el día 23 de junio del año 2009, la Primera Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento de autos y ordenó suspender la tramitación de la gestión judicial en que incide, pasando los antecedentes al Pleno para su posterior sustanciación.

Con fecha 7 de agosto de 2009, el Ministerio Público evacuó el traslado conferido, presentando sus

observaciones al requerimiento de autos, las que pueden sintetizarse de la manera que sigue.

Precisando el estado de tramitación del proceso penal pendiente, señala que procedió a cerrar la investigación y a comunicar la decisión de no perseverar, en audiencia celebrada el día 8 de junio del año 2009. Indica que, en dicha oportunidad, el querellante solicitó la reapertura de la investigación instando por el desarrollo de determinadas diligencias, lo que fue rechazado por el Juzgado de Garantía. Esta decisión judicial fue objeto de un recurso de apelación que, previo recurso de hecho, se encuentra pendiente por la suspensión dispuesta en estos autos.

En cuanto a la acción deducida, el Ministerio Público señala que es primordial hacerse cargo de lo esgrimido por el requirente, en orden a que la norma objetada impide el debido control de las actuaciones del ente persecutor.

Argumenta al respecto que, contrariamente a lo expresado por el peticionario, la labor del fiscal del Ministerio Público sí se encuentra sujeta a numerosos controles administrativos y jurisdiccionales, porque se entiende que aquélla posee condiciones para, con la mediación judicial, afectar los derechos fundamentales de la personas.

Agrega que, sin perjuicio de ello, lo que en realidad pretende el actor es desviar el propósito que el constituyente ha establecido para la acción de inaplicabilidad, que no es otro que declarar inaplicables aquellas disposiciones cuya aplicación resulte contraria a la Carta Fundamental. Precisa que la afirmación anterior se confirma por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y permite solicitar el rechazo de la acción impetrada,

desde el momento que la acción de inaplicabilidad no es la vía para examinar y controlar la conducta de determinados funcionarios o juzgar si ésta se ajusta o no a la ley.

Continúa sus observaciones argumentando respecto a la materia que, a su juicio, realmente es objeto de examen en sede de inaplicabilidad. Indica sobre este punto que es necesario precisar que no obstante lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución -que pone en manos del Ministerio Público la dirección de la investigación en forma exclusiva-, el artículo 183 del Código Procesal Penal permite a todos los intervinientes -incluido el querellante- solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos y si bien el fiscal ordenará llevar a efecto las que estime conducentes, quien las solicita no sólo podrá recurrir ante el superior jerárquico, sino que, además, podrá hacerlo ante el Juez de Garantía luego del cierre de la investigación.

Puntualiza que, justamente, en esta última hipótesis, consagrada en el artículo 257 del aludido Código de enjuiciamiento, la ley autoriza a todos los intervinientes para reiterar la solicitud de las 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. Si el Juez de Garantía acoge dicha solicitud, la ley lo faculta para ordenar al Fiscal la reapertura de la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias.

Manifiesta el órgano persecutor que la importancia de las disposiciones mencionadas está dada porque constituyen un conjunto de mecanismos

disponibles para el querellante y los demás intervinientes, orientados al ejercicio de sus derechos frente al cierre de la investigación y eventual sobreseimiento de la acción penal. Estos mecanismos en nada se ven afectados por la decisión de no perseverar que se cuestiona en este caso.

Indica que, en el proceso penal pendiente, es un hecho que se ha ejercido el reseñado derecho consagrado en el artículo 257 del Código Procesal Penal, cuya resolución se encuentra pendiente en segunda instancia. Explica que, en el caso que la petición sea acogida, de conformidad al artículo 258 del citado Código, la consecuencia de ello es la reapertura de la investigación para el desarrollo de las diligencias aceptadas por el juez, las que, cumplidas, exigen por segunda vez el cierre de la investigación para proceder nuevamente de conformidad a las posibilidades que otorga el artículo 248 de aquel cuerpo legal.

Argumenta el ente persecutor que, por consiguiente, se está en presencia de un control de la investigación ejercido por el querellante a través del juez, cuyo propósito claramente es velar por la racionalidad y justicia de la investigación. De esta manera, atendido que el actor ha ejercido el mecanismo de control contemplado en el citado artículo 257, ha perdido vigor el requerimiento formulado en estos autos.

En lo que se refiere al contenido y alcance del precepto legal reprochado en autos, el Ministerio Público argumenta que resulta evidente que lo prescrito en la letra c) supone que eventualmente una investigación no pueda entregar fundamentos serios para acusar, en cuyo caso no procede que el fiscal presente acusación, cuestión que no resulta contraria

a la Ley Fundamental. Lo anterior, atendido que ésta, por una parte, autoriza al Ministerio Público para ejercer la acción penal "en su caso" y en la forma prevista por la ley, y, por otra, le entrega el mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación criminal, sino también aquellos que acrediten la inocencia del imputado, regla que, además, tiene una expresión precisa en el artículo 3º de la Ley N° 19.649, que se conoce como principio de objetividad o criterio objetivo de investigación.

Expresa que de lo expuesto, se desprende que la decisión de no perseverar y la de acusar comparten el mismo fundamento, esto es, la existencia de una investigación y la apreciación, por quien es el encargado exclusivo de dirigirla, acerca de si ella arroja o no antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Añade que, contrariamente a lo que parece decir el requerimiento -esto es, que la única alternativa que se ajustaría a la Carta Fundamental es la acusación del Ministerio Público-, la norma que faculta al fiscal para no acusar y, en cambio, solicitar el sobreseimiento o comunicar la decisión de no perseverar, no infringe la Constitución.

Sobre este punto, el órgano persecutor aduce que, según consta en la historia fidedigna de la Ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, la decisión de no perseverar fue introducida por el Senado, que sustituyó la disposición del proyecto del Ejecutivo que establecía como causal de sobreseimiento temporal el que los antecedentes reunidos no fueren suficientes para fundar una acusación. Explica que lo anterior se produjo teniendo en consideración que al ser el juez quien

decidiría esta causal de sobreseimiento, se estaba exigiendo la revisión y valoración judicial de la investigación, lo que pugnaba con el principio acusatorio y, además, forzaba al órgano jurisdiccional a intervenir de tal manera en la investigación que afectaba lo dispuesto en el inciso primero del artículo 83 de la Constitución. Precisa que, por ello, se optó por consagrar el mecanismo que actualmente establece la disposición objetada, en cuanto evita requerir una decisión judicial y que además no es definitivo, al tener su fundamento en la carencia de antecedentes probatorios para fundar la acusación.

Finalmente, el Ministerio Público aduce que la cuestionada prerrogativa de no perseverar en el procedimiento no es impedimento para llevar adelante una acusación sostenida por el querellante, atendido que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal, se permite al querellante requerir la autorización del Juez de Garantía para sostener una acusación con prescindencia del persecutor estatal, lo que tiene absoluta relación con lo dispuesto en los artículos 183 y 257 del citado cuerpo legal, tendientes a garantizar el desarrollo de una investigación que incorpore los elementos que los intervinientes estimen convenientes en miras al ejercicio de futuros derechos, todo ello por medio del Juez de Garantía.

Concluye esta argumentación final señalando que si bien existe una disputa interpretativa en torno a si el ejercicio por parte del querellante de los derechos establecidos en el artículo 258 del Código Procesal Penal requiere o no de una investigación formalizada, este punto y, en particular, la presencia de una formalización no son materia del

requerimiento que se dirige específicamente contra lo establecido en la letra c) del artículo 248 del citado Código.

Por escrito presentado el día 11 de agosto de 2009, el abogado Raúl Urrutia, en representación de don Hugo Rodríguez de Marcos, querellado en el ya individualizado proceso penal pendiente, evacúa el traslado conferido y solicita el rechazo del requerimiento en base a las razones que a continuación se pasan a exponer.

Señala que para analizar la procedencia de la impugnación de inconstitucionalidad efectuada, debe recordarse lo dispuesto por diversas normas del Código Procesal Penal.

Indica al respecto que, de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 248 del Código Procesal Penal, para proceder al cierre de la investigación el fiscal debe haber realizado todas las diligencias conducentes a efectuar la investigación.

Aduce que también es necesario recordar que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 113 del referido cuerpo legal, el querellante particular debe solicitar, en la interposición de la querrela, todas las diligencias necesarias para que el Ministerio Público las tome en consideración en la investigación. Agrega que, además, según lo ordena el artículo 183 del mismo Código, durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes pueden solicitar las diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

Esgrime que las disposiciones citadas permiten comprender que, para tomar la decisión de no perseverar en la investigación, el Ministerio Público



debe haber cerrado la investigación después de llevar a cabo todas las diligencias necesarias para agotarla, en las que han podido intervenir el querellante y el imputado. De esta manera, si el organismo persecutor decide no perseverar en el procedimiento, es porque ni el imputado ni el querellante, en su caso, han aportado medios que permitan sostener una acusación.

Precisa la afirmación anterior exponiendo que para el examen del reproche efectuado en estos autos, debe considerarse que del citado conjunto de normas se desprende que, si bien la Constitución otorga al Ministerio Público la facultad exclusiva para investigar, no es menos cierto que la ley permite solicitar diligencias al querellante e imputado, y sólo la reunión de todos esos antecedentes faculta al ente persecutor para determinar que las pruebas reunidas no le permiten sostener una acusación y para ejercer, en consecuencia, la facultad de no perseverar.

Continúa el requerido señalando que, además, el precepto impugnado debe armonizarse con el artículo 249 del Código Procesal Penal, toda vez que este último precisamente busca resguardar el debido proceso, pues exige, para la comunicación de no perseverar del Ministerio Público, que el fiscal la formule ante el Juez de Garantía, quien debe citar a una audiencia a todos los intervinientes. Agrega que, por otra parte, el inciso cuarto del artículo 258 le otorga al querellante particular el derecho de solicitar al Juez de Garantía que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo, es decir, que lo faculte para formular la acusación correspondiente, debiendo

sostenerla, en lo sucesivo, en los mismos términos que establece el Código para el Ministerio Público.

Concluye que, de las dos normas citadas, se hace manifiesto que si el querellante no está de acuerdo con la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, puede él mismo continuar con el proceso penal llevando adelante la acusación, por lo que si el legislador, con el fin de resguardar los derechos del querellante, le entrega la posibilidad de proseguir el juicio, la norma objetada no hace que el derecho a la acción sea ilusorio.

Expresa el requerido que, sin perjuicio de las disposiciones procesales citadas, también debe considerarse para resolver el requerimiento de autos lo dispuesto en el artículo 257 del código de enjuiciamiento criminal, en cuanto otorga al querellante otra posibilidad en miras a resguardar el debido proceso y el derecho a una investigación racional y justa. Precisa que esta disposición faculta a los intervinientes para que, una vez cerrada la investigación y hasta y durante la realización de la audiencia que establece el artículo 249 de dicho Código, reiteren la realización de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren solicitado y que el Ministerio Público hubiere rechazado, haciendo efectiva dicha posibilidad mediante una solicitud al Juez de Garantía para que éste las ordene.

El requerido concluye su presentación aduciendo que si bien una norma que impidiera una investigación racional y justa sería inconstitucional, en el caso sub lite la situación es totalmente distinta, desde el momento que ya se ha investigado y los intervinientes han podido ejercer durante toda la investigación los derechos que la ley les otorga,

llegándose a una etapa en que el Ministerio Público, que actúa bajo el principio de objetividad, considera que todos los antecedentes impiden sostener una acusación y comunica la decisión de no perseverar en la investigación.

Con fecha 24 de septiembre de 2009, se procedió a la vista de la causa y se escucharon los alegatos de los abogados Samuel Donoso Boassi, por la requirente; Raúl Urrutia Ávila, por el requerido en estos autos; Hugo Rodríguez de Marcos, y Hernán Ferrera Leiva en representación del Ministerio Público.

Por resolución dictada el día 24 de septiembre de 2009, el Pleno de esta Magistratura, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 30 la Ley N° 17.997, decretó como medida para mejor resolver la remisión por el Ministerio Público de copia autorizada de todos los antecedentes de la investigación realizada respecto de la causa en la que incide el requerimiento de autos. A su vez, ordenó al requirente presentar copia autorizada de los recursos de apelación y de hecho que habría formulado en dicha causa.

Dándose cumplimiento por el Ministerio Público y el requirente a lo ordenado, a fojas 124 esta Magistratura agregó a los autos los antecedentes solicitados y a fojas 125 se certificó que la presente causa se encuentra en estado de acuerdo.

**CONSIDERANDO:**

**I. LOS VICIOS DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADOS.**

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal*

*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;*

**SEGUNDO:** Que la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer o que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

**TERCERO:** Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

**CUARTO:** Que, en relación al primer requisito, en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad de un precepto legal en la gestión judicial consistente en el proceso penal por delito de estafa, RUC N° 0810017721-9, RIT N° 10781-2008, sustanciado por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, por lo que

existe gestión pendiente que se sigue ante un tribunal ordinario;

**QUINTO:** Que, en lo que se refiere al segundo requisito, la inaplicabilidad es formulada por el querellante en el proceso penal ya individualizado, por lo que tiene la calidad de parte en la gestión pendiente en la que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

**SEXTO:** Que, en el caso de autos, se impugna el artículo 248, inciso primero, letra c), del Código Procesal Penal, que puede resultar decisivo para la resolución del asunto y cuyo texto reza de la manera que sigue:

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

*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”;*

**SÉPTIMO:** Que, según se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente pretende la inaplicabilidad del precepto legal reprochado en estos autos, aduciendo, en síntesis, que la disposición impugnada, al otorgar al Ministerio Público la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, vulnera los derechos a una investigación racional y justa y a ejercer la acción penal pública, reconocidos en los artículos 19, N° 3°, y 83 de la Constitución. Precisa que las infracciones constitucionales se producirían en razón de que la aludida facultad le permite al ente persecutor decidir el término de la investigación penal e impedir que se llegue al juicio oral de manera discrecional y a su sola voluntad, toda vez que su ejercicio se encuentra exento de control jurisdiccional al no existir un contradictorio que permita al querellante cuestionar la decisión del Ministerio Público de no perseverar y la eventual falta de antecedentes para formalizar y acusar;

**OCTAVO:** Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre el problema de fondo planteado por el requirente. Así, corresponde analizar, en esta fase, los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto del precepto legal aplicable a la referida gestión judicial;

## **II. ACERCA DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

**NOVENO:** Que, para comprender el sentido y alcance de las facultades que el legislador procesal ha

otorgado al Ministerio Público, es menester recordar previamente lo prescrito en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, habida consideración de que este precepto, al establecer el marco fundamental de las funciones del aludido organismo de investigación, permite determinar las prerrogativas que aquél debe tener para desarrollar su cometido. Este precepto constitucional prescribe que:

*“Artículo 83.- Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, **dirigirá en forma exclusiva la investigación** de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, **ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.** 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.***

*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.*

*El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso”;*

**DÉCIMO:** Que la dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución que no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales. El constituyente, al consagrar al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo encargado de dirigir de manera privativa la investigación criminal, tuvo por objeto separar la investigación penal de la función jurisdiccional. Lo anterior queda de manifiesto si se atiende a los antecedentes de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, que crea el Ministerio Público. Durante su tramitación se señaló al respecto que: *“El proyecto de reforma constitucional planteado por el Gobierno no repone el Ministerio Público creado por la Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, parcialmente desmantelado por el D.F.L. N° 426, de 1927, sino que incorpora un nuevo órgano del Estado, que intervendrá antes de y durante el proceso penal, para investigar las conductas constitutivas de posibles delitos y ejercer en su caso la acción penal ante el órgano jurisdiccional. La necesidad de consagrar su existencia en la Constitución Política de la República viene determinada por la circunstancia de que algunas de las funciones que pasarán al Ministerio Público están actualmente radicadas en los tribunales ordinarios.”*(Primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 8 de abril de 1997);

**DECIMOPRIMERO:** Que de este modo, según consignara la entonces Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, en su exposición ante el Senado: *“El sistema procesal penal que se propone, cuyo primer y más significativo paso lo constituye la reforma constitucional que hoy conoce el Senado, separa radicalmente las funciones de investigar y de juzgar,*



*entregando la primera de ellas a un órgano de carácter autónomo, técnico y especializado denominado Ministerio Público, y la función de juzgamiento, a los jueces que componen el Poder Judicial” (Discusión general, Senado, 15 de abril de 1997). Más aún, los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema opinaron en similar sentido en un informe enviado al Congreso, en el cual se sostiene que “no existen razones valederas para mantener la actividad instructora en la esfera del Poder Judicial y no desplazarla al Ministerio Público. Son muchos los autores de prestigio de distintas procedencias que han preconizado la necesidad de atribuir al Fiscal la fase de investigación en el proceso penal. La dirección de la investigación por el Fiscal, puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional a cargo de un juez como se propone en el proyecto en informe. En estas condiciones los jueces, liberados de la función investigadora, podrán dedicar plenamente su actividad a juzgar que constituye la labor que propiamente les compete”;*

**DECIMOSEGUNDO:** Que, sin perjuicio de ello, el constituyente también se preocupó de dejar establecido de manera categórica que la dirección exclusiva de la investigación penal es una atribución de carácter netamente administrativo, por cuanto expresó en el ahora artículo 83 de la Ley Fundamental que el Ministerio Público *“en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”*. Al respecto, el senador Otero, durante la discusión de la reforma, señaló que esta precisión se condecía con la naturaleza no jurisdiccional de la investigación penal. Explicó al respecto que *“en el artículo 80 A se precisa la naturaleza, la denominación y las funciones de este nuevo organismo del Estado. Así, se*

establece que 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 destinadas a proteger a las víctimas y a los testigos. **A objeto de no dejar duda alguna de que éste es un órgano administrativo y no jurisdiccional, en la propia Constitución se ha señalado que "en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales".** Se ha sostenido que la función de investigar es privativa de los Tribunales de Justicia, por cuanto conocer e investigar son una misma cosa. Este es un claro error de Derecho. Nuestra Constitución Política entrega privativamente a los tribunales de justicia la facultad de conocer y de juzgar. Esto es, el tribunal debe resolver el conflicto con pleno conocimiento de los hechos que lo configuran, los cuales son establecidos por los medios de prueba legal. Esta es una realidad tanto en el proceso civil como en el proceso penal y, en ambos casos, la jurisdicción es una misma". Concluyendo luego que "por ello se ha establecido que **el Ministerio Público, bajo ninguna consideración o circunstancia, puede ejercer función jurisdiccional alguna.** Sólo puede investigar los hechos, buscar los medios de prueba para ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional y presentar la prueba reunida. No es distinto de la función que hoy ejerce el demandante en el proceso civil y el querellante en el proceso penal. Se hace necesario reiterar aquí, una vez más, que la creación del Ministerio Público es simplemente materializar un principio de derecho universal inamovible, cual es

*'no se puede ser Juez y Parte'.*" (Discusión general, Senado, 15 de abril de 1997);

**DECIMOTERCERO:** Que, por consiguiente, de la revisión de los antecedentes de la reforma constitucional que creó el Ministerio Público, puede apreciarse que ésta buscó separar las funciones de investigación y juzgamiento con el objeto de implantar por vía legal un sistema acusatorio que pusiera término al modelo inquisitivo que regía el proceso penal en Chile. Lo anterior se hacía necesario, atendido que, con anterioridad a la reforma a la Constitución, la investigación penal se encontraba radicada en los tribunales ordinarios y alguna doctrina estimaba que la investigación implicaba el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Una buena síntesis de lo anterior fue presentada por el ex Fiscal Nacional de la manera que sigue: *"El proyecto de Nuevo Código Procesal Penal de 1995 consideró, entre sus principales innovaciones, la de sustituir a los jueces en su atribución de investigar los ilícitos penales, reemplazándolos por los Fiscales en lo que se refiere a la dirección de las investigaciones. Al presentarse este nuevo proyecto, se desató una polémica doctrinaria acerca de si podría privarse a los tribunales ordinarios de justicia que tienen por misión conocer, juzgar y cumplir lo juzgado en las causas civiles y criminales, la etapa de investigación criminal. Los profesores, de la Universidad de Chile en dos declaraciones sostuvieron que la investigación formaba parte del conocimiento de las causas criminales, tesis que fue impugnada por otros profesores quienes sostuvieron que en los sistemas comparados, la investigación la llevaban los fiscales. La Corte Suprema por su parte, en opinión*

*dividida, aceptó que la investigación fuera encomendada a un órgano no jurisdiccional, pero ha entendido y lo ha expresado así en diversos informes, que la investigación es una simple acumulación de antecedentes por el fiscal para preparar la acusación ante los tribunales (...) Para superar las objeciones a que se ha hecho referencia, se suspendió la tramitación del nuevo Código Procesal Penal y se propuso una reforma constitucional en que se obtuvo el apoyo casi unánime del Congreso para separar la función de investigar del conocimiento y de la jurisdicción de los tribunales, de modo que el problema se solucionó directamente en la Constitución, sin perjuicio de que se agregara por indicación parlamentaria que en caso alguno, el M.P. podría ejercer funciones jurisdiccionales” (Guillermo Piedrabuena R., “La investigación en el nuevo proceso penal”, en Revista “Temas de Derecho”, año XV, N°s 1 y 2, Enero-Diciembre 2000);*

**DECIMOCUARTO:** 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 VIII, Editorial Jurídica, Santiago, 2002, pág. 217);*

**DECIMOQUINTO:** Que, en cuanto al contenido de la función de dirigir la investigación, también 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 de 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);*

### **III. INVESTIGACIÓN RACIONAL Y JUSTA.**

**DECIMOSEXTO:** Que en consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, N° 3°, de la Ley Suprema, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Lo anterior, pues se tuvo presente que, al ser la aludida investigación una actuación de carácter administrativo, ésta no se encontraba sujeta a los requisitos de racionalidad y justicia que sí debe respetar todo proceso jurisdiccional. Lo expuesto consta en los antecedentes de la tantas veces citada reforma constitucional en los siguientes términos: *"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.” (Senado, segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 13 de mayo de 1997). De este modo, como afirma el actual Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica Arancibia, “al mismo tiempo que se estableció este órgano público, se debió hacer también algunas modificaciones necesarias en otras disposiciones de la misma Constitución Política. Así, por ejemplo, en el artículo 19 N° 3, con relación a la garantía constitucional del debido proceso que se contiene en su inciso 5°, se dispone en su última parte: ‘corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas’. La modificación fue incluir la expresión ‘investigación’, que naturalmente está referida implícitamente al proceso penal, asimilando entonces la misma exigencia de racionalidad y de justicia no solamente al*

*procedimiento sino que a la investigación". Concluyendo que "por la reforma constitucional, al establecerse en un capítulo separado el Ministerio Público, otorgándose a éste en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos, debe entenderse que esta función que antiguamente correspondió a los tribunales de justicia, pierde el carácter jurisdiccional, porque precisamente se veda a un órgano de la jurisdicción el participar o tener parte activa en la investigación de los hechos punibles, ello sin perjuicio del poder que se le otorga a los tribunales para controlar cualquier medida decretada en la investigación y que pudiera afectar las garantías o derechos constitucionales de los imputados" (El Ministerio Público en la Constitución Política de 1980, en obra 20 años de la Constitución Chilena, Editorial Conosur, 2001, Editor: Enrique Navarro Beltrán, p. 570-571);*

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, atendido que la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, ***"buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de***



**persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial** y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior -o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización- no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados". Concluyendo que, por lo mismo, **"los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas,** lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó -por las razones que acabo de explicar- la

*exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público.” (Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);*

**DECIMOCTAVO:** Que del tenor de las anteriores consideraciones se desprende que si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño, pues como bien ha señalado este sentenciador *“esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación”* (sentencia Rol N° 1.467);

#### **IV. LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.**

**DECIMONOVENO:** Que lo que se cuestiona en el presente requerimiento de inaplicabilidad es la facultad de no perseverar en el procedimiento, la que constituye una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, 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. 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;

**VIGÉSIMO:** Que, como ha señalado recientemente esta Magistratura, 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, que no pueden ejercerse de manera arbitraria o abusiva, para cuyo efecto existen mecanismos de control;

**VIGESIMOPRIMERO:** Que, en primer lugar, para que proceda el ejercicio de la facultad de no perseverar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas *“las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”*. Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del Código Procesal Penal 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 las 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;

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

**VIGESIMOTERCERO:** Que, como tercer presupuesto, 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)). 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, Ed. Jurídica, 2002, pág. 150);

**VIGESIMOCUARTO:** 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 del Código Procesal Penal. Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, para oír sus planteamientos al respecto;

**VIGESIMOQUINTO:** 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, pero sin que ello importe en modo alguno arbitrariedad desde el momento que ello lo prohíbe el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República;

**VIGESIMOSEXTO:** Que, de esta forma, si bien la atribución de no perseverar es una facultad privativa del Ministerio Público, ella no puede ejercerse de manera abusiva o infundada, desde que así lo exige el mandato constitucional y, además, conforme a lo establecido en el artículo 249 del Código Procesal Penal, deberá citarse a una audiencia ante el juez de garantía, quien convocará a todos los intervinientes. En tal sentido, incluso existe jurisprudencia que ha señalado que *"aunque es verdad que el artículo 248 del Código Procesal Penal indica que lo que el Fiscal hace es sólo comunicar al Juzgado su decisión de no perseverar en el procedimiento, lo cierto es que el artículo 249 del mismo cuerpo legal indica que para llevar a cabo la institución de que se habla el Fiscal debe presentar al Juez de Garantía un requerimiento y éste citar a una audiencia. Tanto lo uno como lo otro llevan necesariamente a la conclusión de que el Juez debe dictar una resolución respecto de esa presentación del Fiscal. Es admisible concluir que el examen que pueda hacer el juez sea puramente formal, en cuanto a que se encuentre*

*realmente cerrada la investigación y quizás que ésta haya sido previamente formalizada, pero sea como fuere, la decisión del Juez de Garantía ha de pronunciarse admitiendo o rechazando el requerimiento del Ministerio Público” (Rol N° 145-2004, Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de noviembre de 2004). Del mismo modo, en otra sentencia, la Corte de Apelaciones de San Miguel estima que “no concurren los presupuestos requeridos en las normas precitadas para estimar agotada la investigación y consecuentemente a ello, que la señora fiscal a cargo de la misma se encontrare en la situación prevista en el artículo 248 ya citado de modo que le permitiera ejercer la facultad que se ha tenido por ejercida en la resolución que por esta vía se revisa”, agregando que debe tenerse presente que “el Ministerio Público se encuentra obligado a hacer todo lo que esté a su alcance a fin de clarificar los hechos que se le denuncian, lo que no aparece haberse cumplido a cabalidad en este caso”, lo que “conduce a estos sentenciadores a concluir que la investigación no se encuentra agotada, sino que existen diligencias como las solicitadas por el querellante que resultan necesarias al esclarecimiento de los hechos” (Rol N° 1450-2008, 25 de noviembre de 2008);*

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que, por otro lado, en relación a los derechos de la víctima, esta Magistratura ha aseverado 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". En efecto, "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);" (Roles N°s 1244 y 1445);*

**VIGESIMOCTAVO:** Que adicionalmente, como lo establece el artículo 257 del Código Procesal Penal ya citado, "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”, en cuyo caso “si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará”. En tal sentido, se ha afirmado por la doctrina que *“esta atribución judicial tiene por fin controlar que el ministerio público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación”* (María I. Horvitz Lennon, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, p. 579);

**VIGESIMONOVENO:** Que, así las cosas, las facultades investigativas privativas del Ministerio Público, si bien son discrecionales, incluyen elementos reglados y, además, deben entenderse en armonía con los derechos del afectado, quien puede ejercer un conjunto de prerrogativas tendientes a obtener la tutela jurisdiccional efectiva de sus intereses. Por consiguiente, no puede estimarse que la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento constituya una prerrogativa que vulnere por sí misma el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos o impida la tutela judicial efectiva de los intereses del querellante, a lo que debe agregarse que se trata de una actuación administrativa que no se encuentra exenta del todo de control procesal;

**V. LA APLICACION DEL PRECEPTO LEGAL AL CASO CONCRETO.**

**TRIGÉSIMO:** Que es menester precisar que este órgano jurisdiccional, en ejercicio de su competencia para conocer y resolver las acciones de inaplicabilidad, ha sido llamado a custodiar la



supremacía de la Constitución en aras de tutelar la adecuación de la actuación de los órganos del Estado a la esfera de su competencia, la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, en este examen de constitucionalidad no puede limitarse a confrontar el precepto impugnado con las disposiciones fundamentales que estatuyen las funciones de los distintos órganos, sino que además, y de manera imperativa, debe examinar si la aplicación del precepto legal vulnera los derechos que el orden supremo garantiza y que el actor pretende conculcados en la gestión judicial pendiente (sentencia Rol N° 1.380);

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que, para efectuar el análisis de la impugnación de autos, conviene recordar que esta Magistratura, en anteriores pronunciamientos, ha ido fijando la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, y al respecto la ha diferenciado de la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto del actual artículo 93 N° 6° con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa -y más bien abstracta- entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora, en cambio, se está en presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, todo lo cual relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el

texto constitucional anterior (Roles N°s 478, 546, 473, 517, 535, 718, 1.314, entre otros);

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que, atendido que ahora la decisión jurisdiccional de esta Magistratura recae en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sublite*, queda de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor a la que debía atribuírseles antes de 2005. Lo anterior, desde el momento que de ellas depende que el precepto legal objetado sea aplicable y decisorio en el proceso pendiente, como también que los efectos de la aplicación de una disposición legal puedan contravenir lo dispuesto en la Carta Fundamental;

**TRIGESIMOTERCERO:** Que, en efecto, como ha señalado la doctrina, *“la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente, a los fines perseguidos por ésta. De allí que en este instituto procesal -además del juez y de las partes- comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla”* (Lautaro Ríos Álvarez, Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional, Revista Estudios Constitucionales, N°

1, 2005, p. 77). De este modo, el examen que se efectúa en la acción de inaplicabilidad es *“entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que derivan de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten”* (Alejandro Silva Bascuñán, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, en Revista de Derecho Público N° 69, Tomo I, 2007, p. 370). Por consiguiente y considerando que la apreciación que se realizará en esta sentencia no dice relación con un juicio abstracto sobre la compatibilidad del precepto impugnado con la Carta Fundamental, sino con el efecto que su aplicación pueda tener en una gestión judicial pendiente, es imperativo atender a las circunstancias que particularizan el proceso penal pendiente en el que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, al respecto, debe señalarse que de la lectura del libelo del actor y de las argumentaciones vertidas en estrados, esta Magistratura ha podido constatar que las alegaciones del requirente no se condicen del todo con lo sucedido en la gestión pendiente, atendido el desarrollo que ha tenido el proceso penal. En efecto, y tal como ya se ha señalado tantas veces en esta sentencia, el actor adujo para fundar su requerimiento que la sola decisión del ente persecutor de no perseverar en el procedimiento finalizaría la investigación penal y terminaría con

el procedimiento sin un pronunciamiento jurisdiccional que controle el accionar del Ministerio Público, por lo que se vulneraría su derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos y su derecho a ejercer la acción penal, consagrados respectivamente en los artículos 19, N° 3°, y 83 de la Carta Fundamental;

**TRIGESIMOQUINTO:** Que, sin embargo, consta de la lectura de los antecedentes de investigación acompañados por el Ministerio Público a estos autos - en virtud de la medida para mejor resolver decretada a fojas 98- que la investigación no está finalizada y, más aún, que la decisión de no perseverar del ente persecutor no puso término a la misma, ya que la resolución que se pronunció sobre ella y sobre la solicitud de reapertura de la investigación se encuentra sometida a control jurisdiccional. En efecto, en audiencia celebrada con fecha 8 de junio, el Fiscal comunicó la decisión de no perseverar y el querellante solicitó la reapertura de la investigación y la práctica de pesquisas no realizadas, en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 257 del Código Procesal Penal. En su resolución, el Juez de Garantía tuvo por comunicada la decisión del Ministerio Público y negó la reapertura de la investigación y la realización de diligencias. Luego, el querellante dedujo recurso de apelación y el Juez de Garantía lo declaró inadmisibles por no proceder en contra de la resolución dictada. El querellante interpuso recurso de hecho ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que, con fecha 30 de junio de 2009, acogió el recurso sentenciando la procedencia de la apelación. Por consiguiente, existirá un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional referido a la solicitud de

reabrir la investigación y de realizar las correspondientes pesquisas, por lo que no es efectivo que la sola decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento termine arbitrariamente con la investigación penal sin un contradictorio que permita a los tribunales efectuar un control jurisdiccional de lo obrado en la investigación;

**TRIGESIMOSEXTO:** Que, sin perjuicio de la revisión judicial de la resolución recaída en las actuaciones del querellante y del Ministerio Público, cabe recordar que la facultad del aludido organismo de decidir no perseverar en el procedimiento no impide que el querellante pueda llevar adelante por sí mismo la correspondiente acusación. Y es que, como bien se señalara en el Mensaje del Código Procesal Penal, *“se propone que cuando la víctima se interese en la persecución su voluntad se imponga de modo absoluto”*. En efecto, el legislador procesal, como ya se ha indicado, estableció en el artículo 258 el instituto denominado *“forzamiento de la acusación”*, que permite al querellante solicitar al Juez de Garantía formular la acusación en el caso que el Fiscal haya comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento;

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que respecto al forzamiento de la acusación se ha precisado que busca permitir a la víctima un control procesal respecto del curso de su pretensión penal para evitar precisamente la arbitrariedad de los órganos del Estado. Al efecto, se ha señalado por la doctrina nacional que *“esta norma tiene su origen en una similar de la Ordenanza Procesal Penal alemana. El forzamiento de la acusación tiene su fundamento en la posibilidad de que la víctima promueva el control por parte de un tribunal independiente, de la vigencia del principio*

*de legalidad que corresponde cautelar al Ministerio Público (...) En el Senado se consideró razonable que el juez examinara la procedencia de la solicitud del querellante, siempre que no se afectaran las atribuciones exclusivas del Ministerio Público.”* (María Inés Horvitz y Julián López Masle, Derecho Procesal Penal chileno, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, página 588). Por lo mismo, se ha precisado que *“el establecimiento de esta institución en nuestro Código obedeció a la necesidad de potenciar la participación de la figura del ofendido por el delito en el procedimiento penal, fundamentalmente, en una etapa histórica de transición entre sistemas procesales diversos, más aún considerando la posición que, hasta entonces, a la víctima le había correspondido en el mismo. Dicha necesidad se vinculaba, asimismo, a protegerla de eventuales arbitrariedades de las que pudiera ser objeto por parte de los órganos del Estado y, en tal sentido, dotarla de herramientas que le permitieran hacer frente a tales instituciones”* (Marta Herrera Seguel, Conclusión de la etapa de investigación, citado en Cristián Maturana Miquel, “Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, página 93);

**TRIGESIMOCTAVO:** Que si bien en el caso de autos se ha aseverado que al no haber existido formalización del procedimiento -de manera previa a la comunicación de la decisión de no perseverar- se impediría el forzamiento de la acusación por cuanto aquel trámite sería un requisito para poder sostener la acusación, cabe al respecto tener presente que la jurisprudencia no ha estado conteste con tal planteamiento. Esto último ha sido resaltado por el profesor y ex Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena,

quien ha constatado que *"en Santiago, la mayoría de los jueces está aceptando el forzamiento de la acusación, no obstante que el fiscal se ha resistido a formalizar porque no existe otra solución justa para enmendar el posible vacío del C.P.P. La Corte de Apelaciones de Temuco, hace años, falló en el mismo sentido y el recurso de queja fue rechazado por la Corte Suprema"* (Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 21, junio de 2009, páginas 85 y 86). No obstante ello, por otra parte, la Corte Suprema en sentencia de 2009, acogiendo un recurso de queja, ha puntualizado que *"la resolución que tuvo por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, desde luego, por haber sido dictada por un Juez de Garantía en el ejercicio de sus funciones, es una actuación de carácter jurisdiccional, y es de aquellas que hace imposible la prosecución del procedimiento. En efecto, según aparece de los antecedentes agregados a estos autos, en la causa por delito de secuestro en que incide esta queja no ha existido formalización en contra de quien ha sido imputada por el querellante como autora de tal ilícito, situación que impide a este último hacer uso de la facultad que contempla el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, forzar la acusación por parte del Ministerio Público o, eventualmente, formularla él. Por lo anterior, atento lo dispuesto en el artículo 370 letra a) antes transcrito, tal decisión es susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de apelación"*. (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6742-2008, de 26 de febrero de 2009);

**TRIGESIMONOVENO:** Que, de esta manera, este sentenciador puede apreciar que el determinar que la formalización es o no un requisito previo para el

forzamiento, es una cuestión de interpretación de ley que, por lo demás, como ya lo ha señalado tantas veces esta Magistratura, escapa a la esfera de su competencia. No obstante, cabe recordar que la interpretación de la ley procesal penal debe también hacerse en consideración a los derechos de las víctimas. Así lo consignó esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1.380, razonando que *“con el fin de dilucidar la interpretación adecuada desde la Constitución, debe aclararse, en primer término, que cuando el inciso segundo del artículo 83 de la Ley Suprema, prescribe que: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”, no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”*. Agregando luego que, a su vez, *“el estudio de la historia fidedigna de la ley permite apreciar que el legislador dio fiel cumplimiento a aquel mandato, al establecer en el artículo 6º del Código Procesal Penal que: “El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento”*. En efecto, la discusión sostenida en el Senado, relativa a la norma en comento, manifiesta que se razonó acerca de la obligación de proteger a la víctima, precisándose el contenido de aquel deber en atención a las funciones



*de cada órgano. Específicamente, se consensuó que, si bien la Constitución encomienda al Ministerio Público la protección de la víctima, ello no lo convierte en garante de sus derechos, en circunstancias que el juez, en tanto órgano jurisdiccional, se encuentra obligado a velar por los derechos del imputado y de la víctima, contando para tal cometido con amplias facultades, sea que fuere requerido por alguno de ellos o que proceda a actuar por iniciativa propia (Pfeffer Urquiaga, Emilio. Código Procesal Penal anotado y concordado. 2ª Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 36-37)". Concluyendo en definitiva que "atendido el deber establecido en el artículo 5º de la Constitución Política, como también la obligación del juez de cautelar los derechos de la víctima, dispuesta en el invocado artículo 6º del Código Procesal Penal, resulta evidente que el ordenamiento jurídico chileno ha asignado al tribunal criminal la responsabilidad de asegurar, de conformidad a la ley, la protección de los derechos del ofendido y querellante durante el procedimiento penal"*

**CUADRAGÉSIMO:** Que, finalmente, este sentenciador considera necesario recordar que la acción de inaplicabilidad no ha sido tampoco concebida para impugnar actuaciones de carácter administrativo, como resultan ser las realizadas por el Ministerio Público en la dirección de la investigación penal. Al efecto, esta Magistratura ha señalado que *"la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no es posible que a través de ella se*

*discuta, como se trata de hacer en la especie, sobre actuaciones administrativas” (Rol N° 777);*

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** *Que, específicamente, en lo que se refiere al Ministerio Público ya se ha sentenciado que “la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal.(Roles N°s. 1008, 1018 y 1049). Y tal criterio puede extenderse también, en este caso, a la actuación de los órganos del Ministerio Público a que se ha hecho alusión” (Rol N° 1264). Más aún, esta Magistratura ya señaló en una ocasión que “la acción deducida no puede considerarse como razonablemente fundada, ya que no entrega argumentaciones sobre los efectos inconstitucionales que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna en la gestión judicial que se ha invocado, sino que razona sobre la opinión que le merece la actuación desarrollada por los órganos del Ministerio Público que han intervenido en la causa sub lite. Fundamentalmente, se reprocha tal actuación, calificándola como inconstitucional, por ser contraria y/o afectar los derechos de su parte, que sería la víctima denunciante de los hechos ilícitos antes señalados.” (Rol N° 1264). Por lo mismo, se ha sentenciado que “tampoco puede prosperar una acción de inaplicabilidad en que, bajo la aparente imputación de inconstitucionalidad en la aplicación de determinado precepto legal en una gestión judicial pendiente, en realidad se pretende cuestionar la*

*forma o modalidad en que determinadas autoridades han procedido en el cumplimiento de sus potestades privativas, cuando, precisamente, la ley ha atribuido expresamente al Juez de Garantía la tutela de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal” (Rol N°1244);*

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que, por consiguiente, si no procede reprochar las actuaciones administrativas del Ministerio Público en sede de control concreto de constitucionalidad, mal puede entonces pretenderse que esta Magistratura, mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad, le impida adoptar las decisiones que legalmente puede efectuar de manera exclusiva y ejercidas racionalmente, sobre la base de suposiciones sobre un proceder errado que desconozca los límites que la Constitución Política de la República y el legislador han establecido para el adecuado desarrollo de sus funciones, con pleno respeto de los principios del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima;

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que, por todas las motivaciones expuestas, es posible colegir que la acción de inaplicabilidad formulada no podrá ser acogida, atendido que el precepto legal impugnado no ha producido en su aplicación en el caso de autos un efecto contrario a la Constitución Política de la República en el estado actual del proceso penal pendiente.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 5º, 6º, 7º, 19 N° 3, 83 y 93, inciso primero, N° 6º, e inciso undécimo, 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 DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión decretada a fojas 37.**

**Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, 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;

**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, como se ha señalado en el considerando Séptimo de la sentencia, *“...los derechos a una investigación racional y justa y a ejercer la acción penal pública, reconocidos en los artículos 19, N° 3, y 83 de la Constitución”*;

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 desde el punto de vista de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y del 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 efectúe 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 es por ello que el Tribunal, al ejercitar el control concreto de constitucionalidad que le encomienda el artículo 93, inciso primero, 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 Enrique Navarro Beltrán y la disidencia, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**ROL N° 1.404-09-INA.**

Se certifica que los Ministros señores José Luis Cea Egaña y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firman, el primero por encontrarse con permiso y el segundo por estar haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Marcelo Venegas Palacios, y los 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, doña Marta De la Fuente Olguín.