

Santiago, catorce de agosto de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 21 de junio de 2011, Laura Muñoz Aramayona, por sí y en representación de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión "y c)" del artículo 256 del Código Procesal Penal, incorporado en el Párrafo 7°, Título I, Libro II, de dicho cuerpo legal, relativo a la conclusión de la investigación.

El artículo que contiene el precepto impugnado dispone:

"Artículo 256.- Facultades del juez respecto del sobreseimiento. El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248".

Refiriéndose a los hechos que fundan su acción, señala que conforme a la doctrina y a lo resuelto por este Tribunal, viene en formular una cuestión de constitucionalidad, en el marco de la aplicación de una norma a un caso concreto. En este orden de ideas, expone que la gestión invocada es un proceso penal en el cual las requirentes son querellantes, en contra de dos de los hijos de la actora, doña Laura Muñoz Aramayona, por el

delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicios de terceros.

Explica que en el año 1990 constituyó, junto a otros socios, la sociedad que representa, cuyo patrimonio ha sido formado por varios bienes inmuebles de su propiedad que ha ido aportando, llegando a conformar un capital social de más de seis mil millones de pesos, que incluía cuarenta y siete inmuebles, entre ellos, los arrendados a una cadena de supermercados.

Agrega que, al momento de consumarse el delito, era dueña del 52% de los derechos sociales y el resto era de sus tres hijos en partes iguales, que la representación de la sociedad le correspondía a ella y que nominalmente tenían también facultades de administración dos de los otros socios actuando conjuntamente, a efectos de poder tomar decisiones cuando estuviera ausente.

Señala que, encontrándose fuera del país junto a su hija, en diciembre del año 1990, los dos querellados, en su calidad de socios y representando a la sociedad, concurrieron a la celebración de otro contrato de sociedad, aportando cada uno de ellos el 0,1% del capital social y la sociedad requirente de inaplicabilidad, el 99,8% equivalente a todo su patrimonio inmobiliario, procediendo a establecer que la nueva sociedad sería administrada por dos socios actuando conjuntamente.

Precisa que de esta forma los querellados despojaron a la sociedad requirente de sus bienes, la privaron a ella como persona natural de toda facultad de administración y aumentaron de manera ilícita su participación en las utilidades derivadas de la

administración de los inmuebles, subiendo su porcentaje en las utilidades, en uno que a fojas tres se señala, que es proporcionalmente bajo, pero que en los montos globales "no resulta insignificante", forjando así una apariencia contractual para apropiarse de los ingresos de "Laura Muñoz Aramayona y Compañía", generándole el riesgo de caer en insolvencia por incumplir las obligaciones que tiene con ellos mismos.

Como consecuencia de lo anterior presentó querrela ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, acumulándose durante el transcurso de la investigación, antecedentes suficientes para dar por establecido la perpetración del delito tipificado en el artículo 471 N° 2 del Código Penal.

Agrega que, aunque a esta Magistratura no le corresponde pronunciarse acerca del mérito de la investigación, ella consiguió acreditar la simulación y la celebración del contrato, mientras estaba fuera de Chile, y a cientos de kilómetros de la ciudad de Temuco, específicamente en la ciudad de Santiago, constatándose que la apariencia de la nueva sociedad permitió que figuren a nombre de ella los inmuebles, transferidos por medio de las respectivas inscripciones conservatorias practicadas por el Conservador de Bienes Raíces de Temuco, a pesar de lo cual la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, ha continuado percibiendo las rentas de arrendamiento conforme a los contratos celebrados y que ha seguido pagando los dividendos hipotecarios y las contribuciones, por lo que la nueva y aparente propiedad carece de contenido real, ya que ni

siquiera se han realizado en virtud de ella actos de conservación.

Expresa que también acreditó el perjuicio, según detalla a fojas seis, por lo cual solicitó al fiscal la formalización de la investigación en noviembre del año 2010, cuestión a la cual se proveyó que “no ha lugar por ahora, a la espera de la realización de diligencias que se decretarán”, tras lo cual, el 16 de marzo de 2011, estando pendiente el pronunciamiento del fiscal acerca de importantes diligencias que su parte solicitó, detalladas a fojas 7, el fiscal adjunto comunicó al Juzgado de Garantía el cierre de la investigación y solicitó el sobreseimiento definitivo, petición que además formuló el defensor de los imputados, dos días después.

Frente a dicha decisión, hizo uso, sin éxito, de dos mecanismos administrativos para provocar el control de la actividad del fiscal:

a) En primer lugar, dedujo una reclamación ante el fiscal regional, en conformidad al artículo 183 del Código Procesal Penal y a los artículos 32 y 44 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, para que se emitiera un instructivo particular y así se ordenara al fiscal a cargo la práctica de las diligencias en cuestión y posteriormente se formalizara la investigación. Esta solicitud fue rechazada, por el Fiscal Regional, basándose en que el fiscal adjunto tenía una distinta apreciación penal de los hechos, que fue formalmente aprobada por aquel. Esta valoración no se expresa por escrito, pero consiste en que el persecutor considera que los hechos corresponden a la figura de

administración fraudulenta, no tipificada en el derecho chileno, cuestión que la requirente considera caprichosa.

b) En segundo lugar, y considerando lo anterior, ocurrió ante el juez de garantía, de conformidad a lo razonado por la jurisprudencia de este Tribunal, para solicitar que en virtud del artículo 186 del Código Procesal Penal se fijara un plazo para que el fiscal formalizara la investigación. Con fecha 17 de junio de 2011, dicha solicitud fue rechazada, razonando que este instituto se establece frente a la inactividad del fiscal, a fin de generar certeza jurídica a los intervinientes, cuestión que no ocurre en el caso, toda vez que se manifestó voluntad positiva de sobreseer.

Por tal razón, indica que existe un control jurisdiccional pendiente respecto de la arbitrariedad en el accionar del Ministerio Público, lo que deberá discutirse y resolverse, conjuntamente con la solicitud de sobreseimiento definitivo, en la audiencia decretada y que aún se encuentra pendiente. No obstante lo cual, expresa que el precepto impugnado, aunque el juez niegue lugar a la solicitud de sobreseer, deja a salvo la facultad del ente persecutor de no perseverar en la investigación, con el mismo efecto de hacer cesar el ejercicio de la acción a pesar de la voluntad manifestada por el querellante.

Así las cosas, considera vulnerado el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva, violando así los artículos 19, numeral 3° y 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Reforzando sus argumentos, hace presente lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 815, acerca de que la discrecionalidad en la no continuación de la investigación por el persecutor, sin ponerle término legalmente, vulnera la Carta Fundamental, para dar cuenta de que dicha tesis ha evolucionado hacia la "discrecionalidad no arbitraria" y controlada, aplicable al Ministerio Público, para lograr un equilibrio entre los derechos de la víctima y los poderes del fiscal, manifestación de lo cual es la facultad del Juzgado de Garantía de denegar la solicitud de sobreseer. Agrega que el ejercicio de la acción por parte de la víctima es un derecho amparado por la Constitución, según esta Magistratura, y que la facultad de no perseverar no puede ser ejercida arbitrariamente, cuestión que resulta decisiva en este caso en la medida que el Ministerio Público desea sobreseer y si no se le permite podrá decidir no perseverar.

Con fecha 30 de junio de 2011, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación la acción y suspendió el procedimiento en la gestión invocada.

A fojas 55 compareció el Ministerio Público y solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento planteado ante esta Magistratura, haciendo presente que en el nuevo proceso penal hay roles para el ofendido por el delito que derivan del diseño del sistema, en el que se han establecido diversos tipos de salidas que conviven con variadas modalidades de controles jurisdiccionales y administrativos.

Señala el órgano persecutor penal, que del

requerimiento se constata que la actora ha usado los mecanismos de control que el ordenamiento procesal penal le otorga y que está pendiente el pronunciamiento de la solicitud de sobreseer, que se sujeta a control judicial de doble instancia. Expone que se plantea una cuestión hipotética sujeta a demasiadas variables, lo que transforma la acción en un reclamo abstracto, al pretenderse limitar las atribuciones del Ministerio Público, más aún cuando el cierre de la investigación, se encuentra sujeto al control jurisdiccional, conforme lo dispone el artículo 257 del Código Procesal Penal.

Expone que, sin perjuicio de lo alegado por la requirente de autos, es perfectamente aplicable el cierre de la investigación con decisión de no perseverar, según lo dispone el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, pues la norma no ha sido impugnada y la norma impugnada solo la reafirma. De lo cual deriva que no se está en presencia de un precepto legal dotado de autonomía y suficiencia, susceptible de producir un resultado sometido a control de inaplicabilidad, como lo razonó esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1212-2009, de lo que se concluye que la inaplicabilidad formulada no puede tener efecto decisivo en la gestión invocada.

Los imputados, por medio de su abogado, comparecieron a fojas 63 y siguientes, exponiendo que existen otras acciones civiles referidas a los mismos hechos, relativas a designación de árbitro, simulación de contrato, indemnizaciones, acceso a información financiera, reparto de utilidades, designación de

administrador, y disolución de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía, según detalla a fojas 65 y siguientes.

A fojas 68 -precisan- que la requirente omite antecedentes relativos al endeudamiento que generó en la empresa, a la cláusula de arbitraje existente, a las operaciones de autocontratación que se verificaron, entre otras cosas, agregando que no se han repartido utilidades en 5 años, haciendo presente que todos los actos que cuestiona son legítimos. Agregan que la requirente sólo pretende administrar la sociedad primitiva sin intervención ni opinión de los demás socios.

A mayor abundamiento, explican que el requerimiento de inaplicabilidad es puramente dilatorio, al haberse llegado a la convicción -después de la investigación- de que no estaría configurada una conducta delictiva, erigiéndose un nuevo obstáculo para sobreseer, por lo cual la acción sería inadmisibile y sólo busca entorpecer la disolución y liquidación de la sociedad Laura Muñoz Aramayona y Compañía por un árbitro, al punto que el abogado de la querellante llegó a pretender citar como imputados al abogado defensor y a dos colegas más de su estudio.

Del mismo modo, solicita la declaración de inadmisibilidad porque el precepto no se aplicará y si se aplica no sería decisivo, tornando inútil la eventual declaración de inaplicabilidad, la que tiene el carácter de abstracta, en el marco de una improbable e hipotética cadena de hechos. Señala que en la solicitud de reapertura la norma impugnada no tiene relevancia y solo

tras ello se discutirá el sobreseimiento, cuyo pronunciamiento es perfectamente apelable. Así, se pretende que este Tribunal ejerza funciones de Juez de Garantía, de Corte de Apelaciones y de Ministerio Público en un control preventivo y disciplinario de dichos órganos, cuestión que sería del todo improcedente.

Agrega que se quiere privar al Ministerio Público de la facultad de no perseverar y que la declaración de inaplicabilidad no tendría efecto alguno ya que no se ve cómo podría evitarse que se ejerza la potestad exclusiva y excluyente de no perseverar en la investigación, que se manifiesta en un acto administrativo unilateral, en el cual el actor no tiene derecho alguno salvo presenciar dicha comunicación, según se señala a fojas 72.

Sostiene que existen mecanismos de control de la discrecionalidad no arbitraria, según los estándares fijados por este mismo Tribunal y que si el querellante no está conforme con lo obrado en la investigación ni con su sistema de control eso no significa que el Tribunal Constitucional tenga que revisar dicho procedimiento.

Concluye exponiendo que el requerimiento carece de fundamento plausible, reiterando lo ya afirmado, añadiendo que -incluso- la comunicación de la decisión de no perseverar es apelable y afirmando que estamos en presencia de un conflicto entre privados y no uno de tipo penal, solicitando finalmente la inadmisibilidad del requerimiento, con costas.

Con fecha 16 de agosto, en votación dividida, fue declarado admisible el requerimiento y posteriormente se

confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 220, el Ministerio Público evacuó el traslado conferido, reiterando los antecedentes de hecho de la gestión pendiente, reafirmando que lo impugnado no es un precepto legal y que no resulta decisivo en la resolución de la gestión. Expone que se está en presencia de un control abstracto e hipotético, que conforme a la jurisprudencia de este Tribunal haría improcedente la acción de inaplicabilidad.

Señala que la expresión legal impugnada no produce efectos inconstitucionales, pues la contraria sostiene que la denegatoria de sobreseimiento se volvería estéril al quedar a salvo la facultad del Ministerio Público de no perseverar, lo que vulneraría su derecho a la acción. En cuanto a esta alegación, el órgano persecutor penal expone que el sobreseimiento y la facultad de no perseverar cubren espacios diferentes. El primero se refiere a si los hechos constituyen o no un ilícito penal. Y la segunda se asocia a la insuficiencia de elementos fundantes de una acusación.

Por otro lado, argumenta, que no se cuestiona la facultad de no perseverar de la letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal, sino sólo su subsistencia en un caso hipotético.

En cuanto a la constitucionalidad de esta forma de término de la indagación, indica que este Tribunal ha desestimado por motivos de fondo tres requerimientos de inaplicabilidad recaídos en el artículo 248, letra c), del cuerpo legal anteriormente citado (Roles N°s 1341,

1394 y 1404).

De esta manera, reitera, que por vía del artículo 248 del Código Procesal Penal, esta facultad subsiste y estima que lo que realmente se busca es impedir que el sobreseimiento se vuelva a discutir, cuestión que se ve reafirmada por el artículo 257 del mismo Código, que establece el mismo mecanismo en la reapertura de la investigación -el asunto pendiente- norma sobre la que no se formula reparo de inconstitucionalidad.

Expresa que el resultado de una eventual declaración de inaplicabilidad significaría que el artículo 256 del Código Procesal Penal, mantendría sus disposiciones en la parte que dispone que denegado el sobreseimiento el fiscal podría acusar si estima que hay fundamento serio para enjuiciar a las personas contra quienes se hubiere formalizado la investigación, lo que es acorde con el artículo 83 de la Constitución Política de la República, en tanto especifica que el ente persecutor tiene a su cargo la investigación en forma exclusiva y que podrá ejercer en su caso la acción penal, lo que tiene el mismo origen que el hecho de no perseverar: la existencia de una investigación y la apreciación que el fiscal hace de ella.

Finalmente, afirma que este caso es diferente al Rol N° 815, pues en él se reprochaba que el fiscal no procedía ni a formalizar ni a poner término a la investigación, lo que no ocurre en la especie.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la acción.

Concluida la tramitación del proceso se ordenó

traer los autos en relación.

Con fecha 15 de diciembre se realizó la vista de la causa, alegando los abogados de las partes. Con posterioridad se adoptó el acuerdo.

CONSIDERANDO:

**I. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A
CONOCIMIENTO DE ESTA MAGISTRATURA.**

PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República, dispone que es atribución de este 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”*. La misma norma constitucional dispone, en su inciso decimoprimer, que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y añade 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”*;

SEGUNDO: 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;

TERCERO: Que, tal como se ha señalado en la parte expositiva, la gestión pendiente en la que tendrá efecto el presente pronunciamiento de inaplicabilidad consiste en el proceso penal por delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicios de terceros, RIT N° 12.640, RUC N° 1010013862 - 5, originado por querrela presentada ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago;

CUARTO: Que la acción de autos ha sido formulada por la querellante en la gestión penal descrita en el considerando anterior, por lo que tiene la calidad de parte en el proceso pendiente en el que incidirá esta sentencia;

QUINTO: Que se ha solicitado un pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "y c)", comprendida en la parte final del artículo 256, del Código Procesal Penal.

El texto cuya inaplicabilidad se pretende reza de la manera que sigue:

"Artículo 256.- Facultades del juez respecto del sobreseimiento. El juez de garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento

planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248”;

Por su parte, la aludida letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal, señala que el Fiscal, al declarar cerrada la investigación, podrá -en caso de decidir no solicitar el sobreseimiento o formular acusación- dentro de los diez días siguientes *“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.”;*

SEXTO: Que el actor funda su reproche, argumentando que la aplicación del precepto impugnado vulneraría el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva, trasgrediendo así los artículos 19, numeral 3º y 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Respecto de la primera de las normas alegadas como trasgredidas, expresa el requirente, que el precepto legal impugnado impide el adecuado control jurisdiccional de una decisión arbitraria del fiscal, lo que sería contrario a la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En cuanto a la segunda norma alegada como infringida, su aplicación permitiría que el fiscal

adoptara la decisión de no perseverar por no ser la conducta constitutiva de delito, aun cuando el juez competente ya la habría declarado típica al rechazar el sobreseimiento definitivo solicitado; lo cual, en opinión de la requirente, supondría el ejercicio de dicha atribución con abierta infracción del control jurisdiccional a que ya fue sujeta y de manera abiertamente abusiva;

SÉPTIMO: Que, atendido que la actora ha fundado su requerimiento argumentando esencialmente sobre la inconstitucionalidad de la posibilidad eventual de ejercer una facultad que le otorga el legislador procesal al Ministerio Público, esta Magistratura, para resolver el conflicto de autos, desarrollará su sentencia en cinco acápite, en atención a lo que esta misma judicatura ha resuelto en casos similares. El primero de ellos se referirá a la competencia del Ministerio Público para dirigir de manera exclusiva la investigación penal. El segundo versará sobre lo expresado por este órgano jurisdiccional respecto de que la investigación debe ser racional y justa. El tercero recapitulará lo sentenciado en relación a la facultad de no perseverar. El cuarto analizará los mecanismos de control jurisdiccional de la actuación del Ministerio Público. El quinto se centrará en el carácter abstracto e hipotético del requerimiento de autos. Finalmente, se analizará la improcedencia de la inaplicabilidad como una vía para revisar las actuaciones administrativas del Ministerio Público;

II. ACERCA DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

OCTAVO: Que, para comprender el sentido de las facultades legales conferidas al Ministerio Público, es menester recordar lo prescrito en el artículo 83 del Código Político, habida consideración de que este precepto, al establecer el marco fundamental de las funciones del aludido organismo de investigación, permite determinar las prerrogativas que éste debe tener para desarrollar su cometido. Este precepto constitucional prescribe:

*“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. (...)" (Énfasis agregado);

NOVENO: 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);

DÉCIMO: Que así, 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"*;

DECIMOPRIMERO: Que, sin perjuicio de ello, el constituyente también se preocupó de dejar establecido que la dirección exclusiva de la investigación penal es

una atribución de carácter netamente administrativa, 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);*

DECIMOSEGUNDO: Que, por consiguiente, de la revisión de los antecedentes de la Reforma Constitucional que crea 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 de 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);

III. INVESTIGACIÓN RACIONAL Y JUSTA.

DECIMOTERCERO: Que, en consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente decidió expresamente 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 administrativa, 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) (Énfasis agregado).

De este modo, como afirma el ex 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 justos’. 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, 2001, Ed. Enrique Navarro Beltrán);

IV. LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

DECIMOCUARTO: Que lo que se cuestiona en el presente requerimiento de inaplicabilidad en definitiva, al eliminar la remisión que efectúa el artículo 256 del Código Procesal Penal a la letra c), del artículo 248 del mismo cuerpo legal, es la facultad de no perseverar en el procedimiento, la que constituye una salida autónoma en el proceso 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;

DECIMOQUINTO: 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 cumplan una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ella existan elementos discrecionales, que no pueden ejercerse de manera arbitraria o abusiva, para cuyo efecto existen mecanismos de control;

DECIMOSEXTO: 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;

DECIMOSEPTIMO: 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...”*;

DECIMOCTAVO: 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);

DECIMONOVENO: 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;

VIGESIMO: 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;

V. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

VIGESIMOPRIMERO: Que, atendido que la Constitución Política de la República exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la

actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público.

En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, ***“buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior -o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización- no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados”***. Concluyendo que, por lo mismo, ***“los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las***

decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó -por las razones que acabo de explicar- la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público.” (Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);

VIGESIMOSEGUNDO: 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);

VIGESIMOTERCERO: Que, de lo señalado en el capítulo anterior se desprende que, 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;

VIGESIMOCUARTO: Que 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);

VIGESIMOQUINTO: *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);

VIGESIMOSEXTO: 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);

VIGESIMOSEPTIMO: 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;

VI. CARÁCTER ABSTRACTO E HIPOTÉTICO DEL REQUERIMIENTO.

VIGESIMOCTAVO: 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).

En la especie, según ya se ha explicado con más detalle en el considerando sexto de esta sentencia, el peticionario, que actúa en calidad de querellante en el proceso penal pendiente, ha impugnado una parte de un precepto legal -la remisión a la letra c), del artículo 248 del Código Procesal Penal- alegando que su aplicación vulneraría el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva;

VIGESIMONOVENO: 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);

TRIGESIMO: 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;

TRIGESIMOPRIMERO: 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;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que al respecto debe señalarse que de la lectura del libelo de la actora y de las alegaciones en estrados, esta Magistratura ha podido constatar que el requerimiento de autos se encuentra más bien construido sobre hechos hipotéticos y eventuales, toda vez que la acción deducida descansa sobre dos supuestos cuya ocurrencia es del todo incierta en el proceso penal concreto. En primer lugar, que del mérito de los antecedentes acumulados en la gestión pendiente, se resuelva positivamente el sobreseimiento definitivo solicitado por el fiscal. Y, especialmente, que el Ministerio Público, frente a una decisión negativa del Juzgado de Garantía respecto de la solicitud de sobreseimiento, haga uso de su facultad de no perseverar;

TRIGESIMOTERCERO: Que, en lo que se refiere al sobreseimiento definitivo, como acto jurídico procesal del tribunal que pone término o suspende, total o parcialmente el proceso penal, que tiene la naturaleza jurídica de una resolución judicial o de un acto jurisdiccional, *“jamás podrá ser dispuesto por parte del Ministerio Público, correspondiéndole a este solo proponer su dictación al tribunal”*(Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López, Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2010, p. 657). Luego, la posibilidad de dictar un

sobreseimiento es atribución exclusiva del juez de garantía, en la que nada tiene que ver el Ministerio Público.

En otras palabras, podría suceder que los antecedentes recopilados en el expediente de investigación den lugar a otras vías procesales para solucionar el conflicto penal o dar curso progresivo a los autos, que no incluyan necesariamente el aludido sobreseimiento, por lo que su aplicación no es más que un hecho futuro, incierto e hipotético y que, por tanto, no integra ni particulariza necesariamente el caso sub-lite.

A mayor abundamiento, la misma requirente hace presente que confía que del mérito de los antecedentes probatorios acumulados en la gestión pendiente, el Juzgado de Garantía rechazará, por arbitraria y caprichosa, la decisión del Ministerio Público, declaración que no hace más que reafirmar la inexistencia de un reclamo concreto de constitucionalidad por parte de la requirente;

TRIGESIMOCUARTO: Que lo mismo se puede predicar en cuanto a las actuaciones del Ministerio Público a las que la requirente hace referencia, especialmente, respecto de la posibilidad de ejercer la facultad de no perseverar, toda vez que consiste en una decisión privativa del ente persecutor que aún no forma parte del caso concreto y respecto de la cual no existe fórmula alguna que permita avizorar con algún grado de razonabilidad que efectivamente se adoptará. Por consiguiente, en este punto, la actora también ha sustentado la impugnación sobre circunstancias fácticas que no configuran el caso

concreto, sino que tan sólo constituyen especulaciones sobre el eventual curso futuro del proceso penal;

TRIGESIMOQUINTO: Que este sentenciador ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre requerimientos fundados en supuestos hipotéticos, expresando al respecto que *“tales cuestionamientos no configuran un asunto de aquellos que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura, en ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución le confiere”* (Rol N° 1.267).

Lo anterior, habida consideración de que como también se precisara con anterioridad, *“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 resulta ser razonablemente fundada la acción que, como la interpuesta a fojas uno, efectúa una mera conjetura hipotética acerca del efecto que provocaría la aplicación”* (Rol N° 1.049 de 2009);

TRIGESIMOSEXTO: Que de todo lo razonado en las motivaciones precedentes, debe concluirse que el requerimiento de autos no podrá prosperar, desde el momento en que, al apoyarse en elucubraciones sobre el curso futuro del proceso penal pendiente, prescindiendo de circunstancias concretas y reales, envuelve más bien una pretensión de inconstitucionalidad en abstracto respecto de institutos procesales como lo son el cierre de la investigación por la vía del sobreseimiento y la facultad de no perseverar que le corresponde a los

fiscales del Ministerio Público en el ejercicio de sus competencias exclusivas;

VII. SE PRETENDE MAS BIEN IMPUGNAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, como lo ha señalado esta Magistratura en reiteradas oportunidades, 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);

TRIGESIMOCTAVO: 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.”* (Roles N°s 1264 y 1445).

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”* (Roles N°s 1244 y 1445);

TRIGESIMONOVENO: Que, por consiguiente, si no procede reprochar las actuaciones 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, 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;

CUADRAGESIMO: Que, por todas las motivaciones expuestas, es posible colegir que la acción de inaplicabilidad formulada no podrá ser acogida, atendido que se ha efectuado un reproche de inconstitucionalidad en abstracto e hipotética de una disposición, a lo que debe agregarse que no corresponde a través de esta vía impugnar las actuaciones administrativas del Ministerio Público, sin perjuicio de lo cual corresponderá a los jueces de garantía -en su oportunidad- revisar la adecuada juridicidad de las eventuales decisiones administrativas de investigación, las que deben ser justas y racionales, de todo lo cual se deduce que la disposición impugnada no tiene la aptitud en el caso concreto de producir efectos contrarios a la Constitución Política en el estado actual del proceso penal pendiente.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19 N° 3, 83 y 93, inciso primero, N° 6°, 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. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento, oficiándose al efecto.

Adoptada con el voto en contra de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por acoger el requerimiento en virtud de las siguientes consideraciones:

1. Que, para ajustarse a la Constitución, la 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 posible 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;

2. Que, en el caso de autos, se impugna la aplicación que puede recibir la expresión "y c)" del artículo 256 del Código Procesal Penal, artículo éste que al fijar las facultades del juez de garantía en la audiencia en que le corresponde pronunciarse respecto a la solicitud de sobreseimiento presentada por el fiscal, dispone que en el caso en que el juez rechace dicha solicitud, dejará a salvo las atribuciones del Ministerio Público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248, las que, respectivamente, le facultan para "formular acusación" (letra b), y 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" (letra c), siendo esta última, por consiguiente, la atribución que el Ministerio Público no podría ejercitar si se acoge el requerimiento de inaplicabilidad de autos;

3. Que la norma impugnada lo ha sido por vulnerar el derecho a una investigación racional y justa, el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y el derecho a la tutela judicial efectiva;

4. 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.

5. Que, es cierto que frente a la comunicación del fiscal de no perseverar en la investigación, el querellante puede dirigirse al juez de garantía a objeto de que éste le autorice a formular la acusación y sostenerla en los mismos términos que pudiese hacerlo el Ministerio Público (artículo 258, incisos tercero y cuarto, del Código Procesal Penal) ;

6. 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);

7. Que, en el caso de autos, estamos frente a una investigación no formalizada, por lo cual la decisión del fiscal de no perseverar en el procedimiento, 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, pues aunque el juez de garantía le autorizara a formular la acusación, ésta no podría cumplir con todas las exigencias del artículo 259 del Código Procesal Penal;

8. Que, en cambio, de no aplicarse en el caso que nos ocupa la atribución contenida en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal -que es el efecto que se produciría al acogerse el requerimiento de inaplicabilidad presentado-, el Ministerio Público únicamente podría poner término a la investigación sin formular la acusación si solicita al juez de garantía que decrete el sobreseimiento definitivo o temporal;

9. Que, existe una diferencia sustancial cara al derecho constitucional a la acción del querellante particular cuando el fiscal solicita el sobreseimiento y cuando comunica 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 si 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;

10. Que, como puede apreciarse, la posible aplicación de la atribución conferida al Ministerio Público por la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, resulta contraria a la Constitución

Política, razón por la que a juicio de los ministros que suscriben esta disidencia debiera acogerse la inaplicabilidad deducida.

Redactó la sentencia el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán y la disidencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2026-2011-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, doña Marta De la Fuente Olgúin.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.