



000290
doscientos noventa

1

Santiago, veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 25 de junio de 2018, Francisco González Castro, e Inversiones Río Abril Limitada, deducen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, para que surta efectos en el proceso penal RUC N° 1710002999-5, RIT N° 16056-2017, causa acumulada al RUC N° 1610043676-4, seguido ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

Los preceptos legales impugnados disponen:

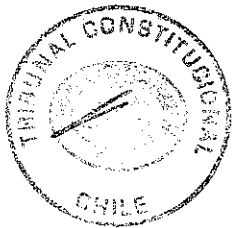
Art. 230.- "Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

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

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

El requerimiento fue conocido por la Segunda Sala de este Tribunal, que lo admitió a tramitación y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión judicial en que incide (fojas 39). Se hicieron parte en autos el Ministerio Público (fojas 49), los querellados Eduardo Bobadilla López y Alberto Daiber Vuillemin (fojas 57), y la querellada Rosita Acuña Valenzuela (fojas 67), y luego de evacuar los traslados conferidos y de verificarse audiencia para oír alegatos al efecto, la misma Sala declaró admisible el requerimiento. (fojas 119). En cuanto al fondo del asunto constitucional, sólo formuló observaciones el Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento (fojas 239).

En relación con los antecedentes de la gestión judicial en que incide la acción de inaplicabilidad deducida, conforme se explica en el libelo, puede consignarse en síntesis, que los requirentes Francisco González Castro, e Inversiones Río Abril Limitada interpusieron querrela criminal por el delito de estafa en contra de los doctores Eduardo Bobadilla López y Alberto Daiber Vuillemin y de la abogada Rosita Acuña Valenzuela. Los hechos consisten en que los requirentes vendieron un





terreno a los doctores para construir 2 edificios, cuyo precio se pagaría con la entrega de departamentos. Al efecto, los médicos constituyeron una sociedad, y luego, a través de una dación en pago simulada, traspasaron los departamentos a otra sociedad, sin entregarlos a los querellantes; quienes, no obstante perseguir civilmente en sede judicial el cumplimiento de la obligación de hacer de suscribir las escrituras de traspaso de los departamentos, no pudieron llevarlo a cabo, ni tampoco disponen de bienes sobre los cuales resarcirse los perjuicios por el incumplimiento, atendido que los médicos, como se dijo, habrían desviado el dominio de las propiedades a otra sociedad.

En esas circunstancias, los actores interponen la querrela por estafa contra los doctores y la abogada, en causa conocida originalmente por el 4° Juzgado de Garantía de Santiago. Señalan que antes de la formalización de la investigación, que estaba solicitada por la fiscalía local de Las Condes, este Tribunal se declaró incompetente, traspasando el asunto al 7° Juzgado de Garantía de Santiago, y a la Fiscalía Centro Norte.

Agregan que, el nuevo Fiscal a cargo, José Morales Opazo, no ha instado por la formalización de la investigación ni la práctica de diligencias, dejando la causa en inactividad por más de seis meses, aun cuando los querellantes y requirentes le han pedido que solicite al Tribunal fecha de audiencia para formalizar; y aun cuando los mismos requirentes pidieron directamente al Tribunal, conforme al artículo 186 del Código Procesal Penal, que cite al Ministerio Público para que formalice, presentación que se encuentra pendiente de proveer

Así, y entrando al fondo del asunto constitucional planteado, indican los actores que, en el caso concreto, la aplicación de los artículos 230, inciso primero, y 186, del Código Procesal Penal, genera efectos inconstitucionales, infringiendo los artículos 19, N° 3; y 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Explican los actores que el artículo 186, dispone el control judicial anterior a la formalización, permitiendo a "cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado", pedir al Juez de Garantía que fije plazo para que el Fiscal formalice. Sin embargo, indican que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han entendido que la "persona afectada por la investigación" es el imputado y no, como en la especie, el querellante o víctima, quienes así, quedan excluidos de esta posibilidad de control judicial, u otra idónea para poder instar por la formalización.

Luego, el artículo 230, inciso primero, en cuanto a la oportunidad de la formalización, consigna que el Fiscal podrá formalizar la investigación cuando lo considerare oportuno. Así, en la especie, ante la simple negativa de Fiscal, aparece que a las requirentes se les despoja de su derecho a ejercer y sostener la acción penal, en contradicción abierta al artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, que asegura igualmente al ofendido por el delito el derecho a la acción penal. Lo anterior, asimismo, importa infringir el artículo 19 N° 3, incisos tercero y sexto, en



000291

3

doscientos noventa y uno

cuanto al derecho a la acción penal y al debido proceso que se asegura a toda persona.

Concluyen los requirentes que la aplicación de los preceptos impugnados al caso concreto, importa que el Fiscal, arbitrariamente y sin control judicial posible, impide al querellante proseguir con la acción penal, quedando por la sola voluntad del Fiscal que no formaliza, impedido aquél de la posibilidad de acusar o forzar la acusación y proseguir con el juicio oral, en abierta infracción a sus derechos constitucionales.

En su traslado sobre el fondo, que obra en presentación de 23 de agosto de 2018 (fojas 239), el Ministerio Público solicita que se rechace el requerimiento de inaplicabilidad impetrado, en todas sus partes.

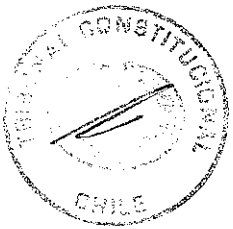
Así, en primer lugar, afirma que la aplicación al caso del artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, es puramente teórica, atendido que el estado procesal de la gestión es una audiencia de sobreseimiento pendiente solicitada por la defensa de los querellados, la que eventualmente podría poner término legal al proceso, sin incidencia del artículo 230 impugnado.

Además, los requirentes impugnan la preceptiva sobre oportunidad de la formalización, pero no el artículo 229 del Código, que define la formalización como un acto propio del Fiscal; ni el artículo 230, inciso segundo, que dispone escenarios en que el Fiscal es obligado a formalizar; de modo que la declaración de inaplicabilidad sería ineficaz en los efectos buscados por los actores, lo que redundaría en el necesario rechazo del requerimiento.

Añade la Fiscalía que, en todo caso, el artículo 230 en su aplicación no infringe el derecho a la acción ni el derecho a defensa. En efecto, indica que el hecho de que la formalización sea un acto propio del Fiscal se ajusta a la Constitución desde que, precisamente, en su artículo 83 aquella reserva la investigación de los delitos exclusivamente al Ministerio Público; y que este Tribunal Constitucional, en jurisprudencia que se cita, igualmente ha afirmado dicha constitucionalidad.

Luego, respecto de la impugnación del artículo 186 del Código, el Ministerio Público igualmente desvirtúa todo efecto inconstitucional en su aplicación, desde ya, por la contradictoriedad en el argumento de los requirentes que, al tiempo de solicitar la inaplicabilidad del precepto, lo han invocado en su aplicación ante el Juez de Garantía para solicitar la formalización.

Luego, los actores cuestionan la interpretación que indican como dominante de la doctrina y jurisprudencia, en orden a que el artículo 186, no consideraría a los querellantes como "afectados" para efectos de pedir al juez que inste por la formalización. Ello, a todas luces, es un asunto de mera interpretación legal, de resorte del juez del fondo e impertinente en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.





- Por resolución de 27 de agosto de 2018 (fojas 259), se ordenó traer los autos en relación y, en audiencia de Pleno del día 19 de marzo de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha (certificado a fojas 289).

Y CONSIDERANDO:

I.- Conflicto constitucional planteado.

PRIMERO: Los requirentes en autos son querellantes de sendas causas seguidas ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago por el delito de estafa del artículo 468 del Código Penal. Lo relevante es que la etapa procesal en la que se encuentran esas causas es la mera investigación, sin formalización alguna y en estado de pendiente. La última gestión es la reprogramación de la audiencia para discutir el sobreseimiento solicitado por la defensa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 literal a) del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Los preceptos legales reprochados son los incisos primeros de los artículos 186 y 230 del Código Procesal Penal los que señalan lo siguiente:

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

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

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

TERCERO: El fundamento del reproche radica en la circunstancia fáctica que los requirentes, querellantes en la causa penal, habían obtenido de la Fiscalía Local de Las Condes, que estuvo a cargo inicialmente de la investigación, una audiencia de formalización la que no llegó a realizarse por la declaración de incompetencia del Juzgado de Garantía respectivo, traspasando la causa a la Fiscalía Centro Norte. A



000292

5

doscientos noventa y dos

partir de este momento nunca se ha procedido a la denominada audiencia, han transcurrido más de seis meses y la Fiscalía se ha negado a la formalización. Se solicitó, de conformidad al artículo 186 del Código Procesal Penal, fijarle al Ministerio Público una fecha para la formalización de la investigación, lo que está pendiente en concepto de los requirentes.

Adicionalmente, éstos reclamaron el cambio de fiscal, lo que fue denegado por su superior jerárquico, de conformidad con el artículo 32 b) de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Los requirentes afirman que en virtud del artículo 230 el fiscal ha podido negarse a formalizar la investigación. Situación anterior que no contaría con un mecanismo efectivo de tutela judicial, por cuanto el artículo 186 sería ineficaz para solucionar los desacuerdos entre la fiscalía y el querellante que requiere la formalización, por cuanto desde la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido que esta última disposición niega a sujetos distintos de los imputados la posibilidad de su utilización (voz "afectados"). De suerte tal que la formalización de la investigación se volvería una potestad privativa del fiscal, respecto de la cual no existen controles judiciales eficaces.



CUARTO: Las normas constitucionales estimadas vulneradas, en la interpretación del requirente, son el artículo 83 de la Constitución, en cuanto ésta le reconoce a la víctima el derecho a ejercer la acción penal, derecho reafirmado por la Ley N° 20.516 que amplió los derechos de las víctimas en el inciso tercero del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución. Específicamente, su ejercicio de la acción penal por parte del querellante-víctima impide la posibilidad de acusar o forzar la acusación si no media la previa formalización de la acusación por parte del fiscal. Eso convierte en ilusorio el igual ejercicio de la acción penal.

Adicionalmente, estima infringido el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, por cuanto la aplicación de estos preceptos legales deviene en un resultado inconstitucional por transformar la investigación y el procedimiento en injustos e irracionales al hacerlos depender del capricho de un fiscal del Ministerio Público.

II.- Criterios interpretativos que guiarán esta sentencia.

QUINTO: Esta materia ya ha sido planteada en variadas sentencias de este Tribunal respecto de las cuales nos haremos cargo. Sin embargo, cabe partir con la misma constatación de una de ellas. "Lo anterior, no obsta a la facultad del Tribunal Constitucional de reconocer diferencias en el vicio invocado que emanan no sólo del contraste entre el precepto impugnado y las normas constitucionales supuestamente infringidas, sino que también del efecto inconstitucional reconocido en el caso concreto en que éste incide. Dicho efecto inconstitucional no sólo depende de las circunstancias del caso, sino que también del avance y refinamiento



de la jurisprudencia en la valoración del daño o lesión constitucional" (STC 2510, c. 8°).

SEXTO: Los criterios que guiarán esta sentencia son los siguientes. Primero, la víctima tiene derechos en el proceso penal pero que no son simétricos a las potestades que ejerce el Ministerio Público. Segundo, la identidad igualitaria de las estrategias entre la parte querellante particular y el Ministerio Público no son todas consistentes con los principios de oficialidad, legalidad y objetividad que orientan su comportamiento. Tercero, el acto de investigación antecede a la formalización de un delito y la Constitución dota de garantías a los ciudadanos cuando impone requisitos para su formalización, otorgando un margen de discrecionalidad al Ministerio Público para verificar su oportunidad de hacerlo o no. Cuarto, la Constitución ha entregado a la competencia del juez el forzamiento de una formalización como manifestación de que la investigación deba ser racional y justa para todos los intervinientes, pero especialmente, en contra del imputado.

a.- Los derechos de la víctima en el proceso penal no son asimilables a las potestades del Ministerio Público.

SÉPTIMO: La víctima tiene un reconocimiento constitucional reforzado por dos reformas constitucionales. La primera, con la Ley N° 19.519 que estableció el Ministerio Público como contenido institucional que hace parte de la estructura constitucional. En ese contexto, se le reconoce un deber al Ministerio Público en orden a adoptar las "medidas para proteger a las víctimas" (artículo 83). Y a reivindicar el derecho del "ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley [las que] podrán ejercer igualmente la acción penal".

La segunda ley de reforma constitucional es la Ley N° 20.516 en el año 2011 que perfeccionó la garantía constitucional del derecho a defensa de las víctimas indicando que "la ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efectos de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes" (inciso tercero del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución).

Esta última reforma vino a articular como derecho fundamental lo que se entendía solamente como deber del Estado de permitir que el ofendido tuviera siempre la posibilidad de llevar su controversia ante un juez natural. De este modo, la incorporación, dentro del catálogo de derechos, del derecho a ejercer la acción penal se transforma en un auténtico derecho del ofendido a querellarse (Historia de la Ley N° 20.516, Informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, p.38).

OCTAVO: El efecto de refuerzo que han tenido estas dos reformas constitucionales evidencia la apreciación que tiene el constituyente sobre la posición desmejorada en la que se encontraban las víctimas dentro del proceso penal. Sin embargo, sigue dependiendo de las iniciativas legales que concreten una



000293

7

doscientos noventa y tres

mejor defensa de sus derechos ("la ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales ..."). Sin embargo, tal reconocimiento así como el hecho de que se trate de derechos sujetos a desarrollo legislativo, nos lleva a concluir que se está lejos de configurar un escenario de igualdad estricta de todas las pretensiones y en toda etapa procesal respecto de todos los intervinientes del proceso penal.

La posición de los ofendidos o víctimas se manifiesta en un conjunto de derechos procesales básicos establecidos por el artículo 109 del Código Procesal Penal dentro de los cuales destacan los siguientes: a) Solicitar medidas de protección. b) Presentar querellas. c) Ejercer acciones civiles para perseguir la responsabilidad civil del imputado. d) Ser oída por el fiscal antes que ese funcionario solicite la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. e) Ser oída por el tribunal antes que este se pronuncie sobre el sobreseimiento temporal o definitivo o la absolución del imputado, o dicte otra resolución que ponga término al proceso. f) Impugnar la resolución que ordene el sobreseimiento o absuelva al imputado.

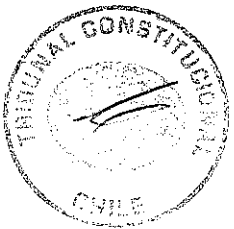
Salvo la primera medida, todas las demás requieren que la víctima tenga la posibilidad de representación por un abogado habilitado. De esta manera, la reforma constitucional de la Ley N° 20.516 vino a poner a las víctimas (personas naturales) en una cierta situación de equivalencia con los imputados los que contaban con institucionalidad y defensa garantizada.

Sin embargo, no es posible concebir que esa búsqueda de una correlativa igualdad de armas pueda extenderse a las potestades que ejerce el Ministerio Público.

NOVENO: El Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 2510 ha manifestado este punto con claridad.

La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurada por el artículo 19 N° 3, inciso primero, no significa que todos los intervinientes en la persecución criminal gocen de un estatuto igualitario en cada una de sus fases. El mismo artículo 19, N° 3, identifica materias en que distintos intervinientes tienen garantías diferenciadas: derecho a defensa, derecho a la debida intervención de letrado, derecho a asesoramiento y defensa jurídica, derecho a no ser juzgado por comisiones especiales. La obligación del legislador de asegurar un procedimiento racional y justo y una investigación racional y justa no está asociada a la creación de un estatuto igualitario para todos quienes participan en la persecución y proceso penal.

Por ende, en cuanto invocan derechos que dimanen directamente desde la Constitución no es posible asumir un test formalmente igualitario. Las relaciones que median entre las potestades del Ministerio Público en esa faceta *vis a vis* los derechos de las víctimas no son comparables.





DÉCIMO: En tal sentido, no existe igualdad entre el Ministerio Público y los particulares que intervienen en el proceso penal en la fase de investigación y esta desigualdad cuenta con un fundamento que excluye la arbitrariedad. No es admisible sostener que la entrega exclusiva al Ministerio Público de las facultades de dirigir la investigación, investigar y, durante su desarrollo, formalizar, responde a una voluntad no gobernada por la razón, mero apetito o capricho del Poder Constituyente, pues se trata de una atribución que permite la persecución criminal en el marco del deber del Estado de servir a la persona humana y dar protección a la población (artículo 1º de la Constitución), respetando y promoviendo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5º de la Constitución). Si la investigación pudiese ser dirigida o realizada por particulares no sería posible asegurar durante su desarrollo su servicio a la persona humana, ni su propósito de dar protección a la población, ni el respeto o promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La efectividad de la persecución criminal según la descripción recién anotada, lo es sin perjuicio de contar con mecanismos de revisión internos y externos que permitan asegurar su progreso conforme a principios y normas constitucionales. Tal examen lo realizaremos más adelante.

b.- La identidad igualitaria de las estrategias entre la parte querellante particular y el Ministerio Público no son todas consistentes con los principios de oficialidad, legalidad y objetividad que deben orientar su comportamiento.

DECIMOPRIMERO: Las discrepancias por la manera en que enfrenta una investigación el Ministerio Público y la teoría del caso definida por las víctimas, y sus asesores, puede divergir fundado en la diversa posición de sujetos procesales que tienen ambos.


Lo que está en juego es el efecto de la identidad de la teoría del caso entre ambas partes a toda costa. Esa identidad puede producirse de un modo circunstancial pero no es posible concebirla como un ejercicio ineluctable a todo evento.

Lo cierto es que la identidad estratégica puede acontecer sin problemas en solo una de las direcciones posibles. Esto es en el acoplamiento de la posición de los querellantes particulares a las tesis del Ministerio Público. Esta fórmula es una opción razonable para las víctimas porque las libera de la carga de probar. Es más, permite que las prerrogativas del Ministerio Público actúen a su favor. Medios compulsivos, auxilio policial, técnicas intrusivas y la pluralidad de opciones procesales del Ministerio Público le permiten abrir razonables mejores oportunidades a las víctimas de sustentar un caso y, en definitiva, de acceder a reparaciones y a respuestas estatales integrales que mitiguen los efectos del delito sufrido.



Sin embargo, la dificultad estriba en el divorcio entre las posturas del Ministerio Público y la asesoría técnica de las víctimas, especialmente, en su fase inicial de dar pasos tendientes a la formalización así como la divergencia en las salidas alternativas y compensaciones que generan diferencias estratégicas entre las partes procesales.

Hay que demostrar que estas estrategias diferentes son un auténtico problema constitucional de las víctimas, lo cual está lejos de manifestarse de un modo evidente. En el caso planteado en autos está referida a la inacción del Ministerio Público. No obstante, en el ejercicio de contraste de opciones sí quedan algunos efectos institucionales en los cuales cabe profundizar y por lo mismo el eje esencial de la presente sentencia es el examen de los principios y las acciones posibles del Ministerio Público.



DECIMOSEGUNDO: La actividad del Ministerio Público se funda, en cuanto organismo estatal, en el deber estatal de "dar protección a la población y a la familia" (inciso 5° del artículo 1° de la Constitución). En tal sentido, su tarea se enmarca en una dimensión amplia de seguridad que implica ser uno de los organismos encargados de velar por la creación y recreación de la condición social de seguridad esencial que permita a todos los integrantes de la comunidad nacional tener una garantía básica de derechos que facilite y promueva a todos su mayor realización posible (inciso 4° del artículo 1° de la Constitución). Sabemos que los delitos en una sociedad alteran la trayectoria de vida individual, familiar, comunitaria o social y, especialmente, de víctimas y testigos, los que demandan protección (artículo 83 de la Constitución).

La diversa gravedad de los delitos y la existencia real de los fenómenos de la delincuencia y violencia en la sociedad contemporánea, implican el deber de satisfacer el interés público que demanda la sociedad para su propia convivencia.

DECIMOTERCERO: Esta aproximación amplia se traduce en un ejercicio técnico penal de la respuesta frente al fenómeno delictivo. El propio Capítulo VII de la Constitución lo destina a la organización del Ministerio Público y establece un conjunto de atribuciones constitucionales y legales a este órgano.

El Ministerio Público orienta su actuar por una diversidad de principios, algunos de los cuales se derivan directamente desde la Constitución y otros son puramente legales. Entre estos últimos, está la eficiencia, la unidad de actuación, la jerarquía o la responsabilidad. No obstante, lo relevante son los principios constitucionales y, en especial, tres: oficialidad, objetividad y legalidad. Hay otros que emanan desde la Carta Fundamental pero que no son verificables en una causa como la presente, por ejemplo, los principios de transparencia y probidad, sobre los cuales no nos referiremos.

DECIMOCUARTO: Entre los principios inicialmente prefigurados desde la Constitución está el de oficialidad. Es así como el Ministerio Público "dirigirá en



forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito" (artículo 83 de la Constitución).

Este principio "es una consecuencia del monopolio de la coacción por parte del Estado moderno. Conforme a este principio, el Estado tiene la atribución privativa del ejercicio de la acción penal pública para el esclarecimiento y sanción de los delitos, sin necesidad de esperar la excitación de la víctima o de un tercero. La víctima puede denunciar el delito o intervenir en el procedimiento como testigo, pero nada de ello es necesario para que tenga lugar el correspondiente proceso penal. El fundamento de este principio es la existencia de un interés público por la que los hechos punibles sean siempre perseguidos penalmente, incluso en ausencia o contra la voluntad de la víctima" (Horvitz, María Inés y López, Julián (2002), *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, p. 150).

El principio de oficialidad es una de las manifestaciones más evidentes de la civilizada heterotutela que exige un distanciamiento esencial respecto de la satisfacción de justicia por parte de las propias víctimas. En oposición a la autotutela, la oficialidad es el modo en que los Estados democráticos de Derecho persiguen los delitos de un modo que la satisfacción de justicia sea materia de interés público y nos recuerde que las víctimas renuncian a su pretensión de hacer justicia y a castigar por sí mismas, evitando toda venganza privada.

Por lo mismo, en línea de principio, la oficialidad permite que las víctimas se acoplen en dirección a las estrategias estatales, pero al revés puede comprometer el interés público. Por lo mismo, el principio de oficialidad tiene limitaciones en delitos de acción penal pública previa instancia particular o en delitos cuya persecución exige el cumplimiento de condiciones objetivas de procesabilidad. Asimismo, dentro de las excepciones están los delitos de acción penal privada y "los supuestos en que el juez de garantía acceda al forzamiento de la acusación, esto es, aquellos casos en que el ejercicio y sostenimiento de la acción penal pública corresponda al querellante particular" (Horvitz y López (2002), p. 151).

Esta circunstancia permite ir al fondo del debate planteado en autos, respecto de los cuales nos haremos cargo expresamente.

DECIMOQUINTO: La Constitución demanda al Ministerio Público que no puede dirigir esta investigación exclusiva oficial de cualquier modo. Se le encarga "investigar los hechos constitutivos de delito" tanto en "los que determinen la participación punible" así como "los que acrediten la inocencia del imputado" (inciso primero del artículo 83 de la Constitución). Esta articulación equilibrada de objetivos deviene en el desarrollo del principio de objetividad con que debe comportarse el Ministerio Público.

El principio de objetividad se encuentra ratificado en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público el que indica que "en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo a ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que



000295

11

cincuenta y cinco

funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

El principio de oficialidad no implica una suerte de subrogación estatal en los derechos de la víctima, sino que procura el establecimiento de una auténtica institucionalidad que permita tener la independencia necesaria respecto de los hechos, los imputados y las víctimas para resolver con justicia un caso de valoración penal.

Por eso este principio de oficialidad es matizado por el principio de objetividad. Si bien ambos principios tienen límites, su verificación es una demostración de que no le es posible a un fiscal del Ministerio Público abanderizarse con la teoría del caso de la asesoría de la víctima si ésta no lo persuade y ésta se corresponde con la verdad procesal que emana de las pruebas. Parte de las tareas del Ministerio Público es atender a todos los elementos que lleven a desvirtuar los efectos inculpatorios en contra de un imputado y que los posea. No es posible desconocer que el Ministerio Público se debe a la sociedad y no es éste abogado de la víctima ni el representante de su interés.

DECIMOSEXTO: Una de las orientaciones fundamentales del Ministerio Público para actuar con objetividad y oficialidad, en la representación del interés público, es actuando conforme al principio de legalidad, tanto en lo sustantivo penal como en lo adjetivo procedimental.

Más allá de los artículos 6° y 7° de la Constitución, el principio de legalidad penal tienen una especificación iusfundamental al circunscribir al legislador qué cuestiones son delitos y cuáles son las penas admisibles en una sociedad democrática, conforme a parámetros constitucionales (artículo 19, numeral 1°, inciso cuarto; numeral 3°, incisos séptimo, octavo y noveno; numeral 7°, literales f, g) y h) así como en el artículo 63, numeral 3° de la Constitución).

Asimismo, en la valoración de esos preciados bienes jurídicos, cuando son infringidos en la práctica, el Derecho tiene un modo específico de juzgarlos bajo un debido proceso penal, demandado directamente desde el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto de la Constitución, ciñéndose a criterios de justicia y racionalidad, desde la investigación penal.

La legalidad penal impone al Ministerio Público límites claros para alinearse con el legislador en la interpretación de los hechos que éste estima deben ser punidos en nuestro país. Hay márgenes interpretativos que se rigen por principios restrictivos (prohibición de la analogía en materia penal; establecimiento excepcional de leyes penal en blanco propias, etc.). En definitiva, concebir el Derecho Penal como el último instrumento al cual echar mano.

La empatía con las víctimas que pueda manifestar el Ministerio Público, no puede llevar nunca a éste a alinearse con estrategias que vulneren el principio de legalidad sustantivo.





c.- El acto de investigación antecede a la formalización de un delito y la Constitución dota de garantías a los ciudadanos cuando impone requisitos para su formalización, otorgando un margen de discrecionalidad al Ministerio Público para verificar su oportunidad de hacerlo o no.

DECIMOSÉPTIMO: El Tribunal Constitucional en varias oportunidades ha conocido de requerimientos que impugnaban el artículo 230 del CPP, y en dos de ellos también se reprochaba la aplicación del artículo 186 del CPP (SSTC 1380 y 1484). Conociendo sobre el fondo de la impugnación, sólo acogió uno de los requerimientos (STC 815), rechazando los otros ocho (SSTC 1244, 1337, 1380, 1467, 1445, 1484, 2510 y 2858), el último de ellos por empate (STC 2858).

El artículo 230 del Código Procesal Penal, referido a la oportunidad de formalización de la investigación, es conceptualmente previo al dilema del artículo 186 del Código Procesal Penal. Si éste último regula el forzamiento judicial de la formalización es justamente porque el Ministerio Público tiene su poder discrecional para definir la oportunidad de hacerlo. Dicho de otra manera, estos preceptos operan como una regla general y una excepción. Por esto, cabe partir recordando el examen del artículo 230 del Código Procesal Penal impugnado:

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

DECIMOCTAVO: El Tribunal Constitucional ha rechazado los referidos requerimientos con base en los siguientes argumentos. El constituyente ha confiado en el Ministerio Público, de manera privativa, la función de dirigir la investigación penal.

"(...) es del caso señalar que la formalización del procedimiento, definida en el artículo 229 del Código Procesal Penal como *"la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados"*, es un instituto cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 83 de la Constitución, en cuanto éste encomienda al Ministerio Público dirigir *"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" (STC 1380, c. 6°).

DECIMONOVENO: "A partir del razonamiento precedente, es comprensible que la ley haya entregado a los fiscales del Ministerio Público la labor de comunicar la existencia de una investigación -denominada formalización del procedimiento-, como también la facultad de fijar la oportunidad en que ésta se llevará a cabo. En



efecto, ambas prerrogativas son consecuencia de que el constituyente haya confiado al Ministerio Público, de manera privativa, la función de dirigir la investigación de aquellos hechos que revisten un carácter criminal" (STC 1380, c. 7°).

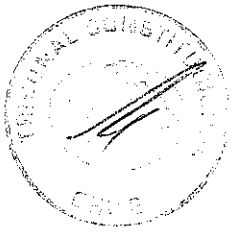
Por ende, no se puede por la vía de la inaplicabilidad sustituir la titularidad de la competencia del Ministerio Público definida desde la Constitución ni la libertad/responsabilidad con la que la ejerce. Por lo mismo, el legislador ha impuesto algunos límites que reconocen esa titularidad pero que le impone restricciones a esa libertad/responsabilidad en cuestiones que lo obligan a formalizar si requiere determinadas "diligencias de investigación, recepción anticipada de prueba o la resolución de medidas cautelares" (inciso segundo del artículo 230 del CPP). Estos límites son manifestación de otra regla constitucional que exige que "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" (inciso tercero del artículo 83 de la Constitución).

De esta manera, la investigación penal previa a toda formalización se encuentra frente a una oportunidad de acreditar un interés público pero también de afectar la trayectoria vital de las personas cuando se dirigen de un modo arbitrario. Son tantos los derechos fundamentales que se pueden afectar a terceros que la propia Constitución reconoce la garantía de autorización judicial previa como el mecanismo procesal que cautela esos derechos.

VIGÉSIMO: La aplicación de este precepto legal no afecta los derechos de la víctima. "... el que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal en el momento que lo juzgue adecuado, de conformidad al mérito y al avance de las pesquisas que dirige, no obstaculiza el desarrollo del proceso penal ni vulnera los derechos del querellante. Lo anterior, atendido que, como se expondrá en las motivaciones posteriores, la legislación procesal prevé los mecanismos necesarios para que el juez de garantía controle la actuación de los fiscales y, de esta manera, promueva los derechos de la víctima querellante" (STC 1380, c. 9°).

VIGESIMOPRIMERO: "En efecto, puede esgrimirse, contra lo argumentado por el requirente, que *"la adecuada interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal hace que justamente sea ese precepto el que impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima para impulsar el proceso penal y obtener la sentencia del juzgador criminal cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible"* (sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1337)" (STC 1380, c. 10°).

VIGESIMOSEGUNDO: La facultad de formalizar no es una atribución por completo discrecional. Hemos sostenido que el Ministerio Público está atado a verificar todo el conjunto de elementos que permitan sostener una formalización.





Para ello, la formalización no puede ser un acto administrativo sencillo ni de mero trámite. Ha de preceder, por una exigencia natural de racionalidad y justicia, de una investigación que tenga el nivel de exhaustividad suficiente que permita no sólo sortear una formalización sin errores formales sino que sostenerse en el tiempo de un modo plausible.

Las personas imputadas en una formalización sin controversia jurídica solo tienen por defensa su presunción de inocencia. Por lo mismo, el acto de investigación que antecede a la formalización de un delito implica que desde la Constitución se dote de garantías a los ciudadanos potencialmente imputados en un delito, imponiendo requisitos para su formalización. En tal sentido, es lógico y coherente que el legislador otorgue un margen de discrecionalidad al Ministerio Público para verificar su oportunidad de hacerlo o no.

Y como contrapartida, en un escenario de equilibrio, cuando los imputados estimen que hubo una "formalización arbitraria", "podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo disponga la Ley Orgánica Constitucional respectiva" (inciso tercero del artículo 232 del Código Procesal Penal en relación con los artículos 32, literal b) y 33 de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 del Ministerio Público). La queja a los fiscales es una realidad de nuestro sistema.

VIGESIMOTERCERO: El legislador, en cumplimiento de su obligación de asegurar una investigación racional y justa, ha previsto mecanismos que permiten revisar por órganos jurisdiccionales, a instancia de parte, el ejercicio de la facultad privativa del fiscal de formalizar. Como ha resuelto este Tribunal en el pasado: *"la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar no se encuentra exenta del control judicial, atendido que cualquier asomo de abuso que pudiera atribuirse a su ejercicio (e incluso su no ejercicio arbitrario), puede ser contrarrestado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, el que correctamente interpretado, según lo asentado por esta Magistratura en sentencias de inaplicabilidad roles N° 1.337 y N° 1.380, (...), permite inducir la formalización por la vía de obtener que el Juez de Garantía pida un informe sobre las pesquisas efectuadas y, eventualmente, le fije un plazo al fiscal para formalizar la investigación"* (STC Rol N° 14.69, considerando décimo). Como se ha afirmado por el Tribunal Constitucional, el artículo 186 *"empodera al juez, en tanto responsable de cautelar los derechos de la víctima y querellante, para controlar a solicitud de este interviniente, la prerrogativa que otorga el artículo 230 a los fiscales del Ministerio Público, consistente en determinar la oportunidad de formalizar la investigación"* y que dicho artículo *"constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado y, de esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación del inciso primero del artículo 230 confiera al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución"* (STC Rol N° 1388, considerandos decimoséptimo y decimoctavo).



000297

doscientos noventa y siete

Como se ha resumido en la STC Rol N° 1469, mediante la correcta interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal "se puede conjurar cualquier arbitrariedad que derive de la negativa a formalizar" (prevención del Ministro señor Francisco Fernández Fredes)" (STC 2510, considerando 20°).

d.- La Constitución ha entregado a la competencia del juez el forzamiento de una formalización como manifestación de que la investigación deba ser racional y justa para todos los intervinientes, pero especialmente, en contra del imputado.

VIGESIMOCUARTO: Este requerimiento trae a colación tanto la facultad del Ministerio Público de escoger la oportunidad de formalización por delito determinado, según le otorga dicha atribución el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal. Pero también se cuestionan los controles judiciales previos a una formalización en relación con las opciones que pueda adoptar el Ministerio Público, impugnando el artículo 186 del Código Procesal Penal.

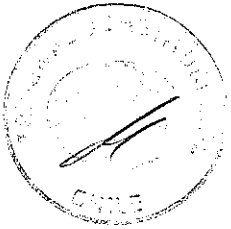
VIGESIMOQUINTO: El artículo 186 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente:

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

Este precepto legal impugnado debe entenderse a la luz de la actual inacción del Ministerio Público, puesto que lo cuestionado es el forzamiento de la formalización, esto es, se pretende transformar la acción de inaplicabilidad de un transitivo no hacer por una obligación de hacer. Por lo tanto, hay que situarla en el contexto de las atribuciones de los artículos 168 y 169 del Código Procesal Penal.

VIGESIMOSEXTO: Los artículos 168 y 169 del Código Procesal Penal indican lo siguiente:

"Artículo 168. Facultad para no iniciar la investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía".





"Artículo 169. Control judicial. En los casos contemplados en los dos¹ artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva.

Si el juez admitiere a tramitación la querrela, el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales".

VIGESIMOSÉPTIMO: Lo que está en cuestión por el requirente es si tal decisión de abstención puede llevar al Ministerio Público a un acto de capricho, desidia o arbitrariedad que, pese a la querrela particular, le impida a las víctimas ejercer su derecho a la acción penal. Para verificar este reproche hay que ver si nos encontramos frente a una atribución sometida a: a) control judicial y, b) si dicho control razona sobre la base de pautas o criterios objetivos, razonables y ponderados.

VIGESIMOCTAVO: a) Control judicial. En los preceptos legales 168 y 169 ya identificados, se regulan los efectos de la facultad del Ministerio Público de no iniciar la investigación penal. Se trata de una atribución del organismo persecutor regulada por esos dos preceptos legales. Es un acto administrativo de abstención, adoptado con anterioridad a la formalización de la investigación, con un carácter fundado y sometido expresamente a control judicial ("someterá a la aprobación del juez de garantía"). Y si ese control no fuere suficiente es plausible apremiar al fiscal para que dé sus razones ante el juez de garantía ("podrá provocar la intervención del juez de garantía") deduciendo la querrela particular.

Se sostiene por el requirente que se trataría de un acto caprichoso del Ministerio Público. Esto implicaría calificarlo como un acto que se produce de forma aparentemente azarosa o arbitraria y aunque resulte original o llamativo no obedecería a criterio alguno.

No obstante, esta apreciación no se corresponde con los mecanismos que el Código Procesal Penal ha definido para el dilema planteado. Desde el mensaje de la referida codificación nos indica que "con la misma orientación de relevar la posición de la víctima en el procedimiento criminal se plantea la mantención de la posibilidad de la querrela como modo de intervención formal en el procedimiento, considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de control de la instrucción exista mérito suficiente para ello".²

Por ende, ya no se trataría solamente de indicar que el Ministerio Público actúa de manera caprichosa por la no formalización sino que tal capricho alcanzaría al propio juez de garantía quien comparte la no formalización por no hallar mérito a la acusación particular.

¹ El caso aludido es el relativo a la decisión del Ministerio Público de decretar el archivo provisional de una causa.

² Mensaje del Código Procesal Penal.



VIGESIMONOVENO: B) Pautas del control objetivo y razonable. Una cuestión es que el fiscal del Ministerio Público esté sometido a un control judicial, pero tratándose de controlar una abstención estatal, resulta plausible examinar las pautas de dicho control.

El Código Procesal Penal ofrece ese estándar de pautas para que un juez de garantías controle la actividad resultante en una omisión del Ministerio Público. Las pautas son de muy distinto carácter y dependerán sustantivamente del delito investigado. Por ello, y sin que implique un orden correlativo, las pautas o criterios objetivos pueden ser los siguientes. En primer lugar, examinando el modo en que se desplegó su investigación exclusiva conforme a la indagación de hechos constitutivos de delitos, que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (artículo 3° del CPP). En segundo lugar, se analiza que se sustente la acción en el estudio de todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación, especialmente dirigidas a la orientación de las tareas policiales, todo conforme a la aplicación del principio de objetividad (artículo 77 del CPP). En tercer lugar, la propia querrela particular contiene criterios de inadmisibilidad para el juez de garantía relativos a oportunidad de presentación, hechos no constitutivos de delitos, extinción de la responsabilidad penal del imputado o deducida por persona no autorizada por la ley (artículo 114 del CPP). Asimismo, en cuarto término, puede que los hechos no comprometieren gravemente el interés público (artículo 170 del CPP). Todo ello puede devenir en la dictación de un sobreseimiento definitivo por el juez de garantía, especialmente, conforme a los literales a) y d) del artículo 250 del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO: Demostrado que normativamente no es posible concebir que la actividad del fiscal no sea susceptible de control sobre la base de audiencias judiciales y bajo criterios razonables y objetivos, en los preceptos legales aludidos y no reprochados en esta causa. Por ende, nos situamos frente a un diseño institucional que no está disponible para admitir actos u omisiones caprichosas ni arbitrarias del Ministerio Público. Es evidente que ello no impide que puedan existir algunas circunstancias anómalas, ajenas a un examen de esta sede, pero los controles de constitucionalidad de la ley se realizan sobre la base de una recta interpretación de la norma que, en este caso, reconocen la presencia de controles judiciales expresos.

Hay que recordar que lo omitido es formalizar una investigación por lo que un fiscal ha de tener la precaución suficiente por los efectos relevantes para la propia causa, puesto que la formalización es el presupuesto necesario y lógico de una posterior acusación. Pero lo esencial es que puede producir efectos de notoriedad de la indagación estatal sobre las personas imputadas, sea que se le apliquen medidas cautelares personales o reales. Y, sobre todo, una cierta ignominia pública por el efecto de las denominadas "penas de banquillo"³ por el solo

³ Alejandro Nieto García (2008), *El desgobierno de lo público*, Ariel.



hecho de formalizar el acto por el cual se comunica que se dirige una investigación en contra de una persona. Cuestión nada baladí en una sociedad democrática.

TRIGESIMOPRIMERO: Aun así, el requirente cuestiona el artículo 186 del Código Procesal Penal, precepto que permite que "cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizada judicialmente" le puede pedir al juez de garantía que ordene informar de los hechos investigados y fijar un plazo para que el Ministerio Público formalice la misma, cuestiones que no son excluyentes.

La doctrina se pregunta, al igual que el requirente en autos, ¿y qué pasa si no formaliza?

"Sobre el particular, se ha señalado que nos encontramos en una materia respecto de la cual existe un vacío legal. Cuatro posturas se han sostenido al respecto: a) Cabe aplicar un sobreseimiento definitivo por aplicación extensiva del artículo 247 (...) b) Mientras el vacío legal no sea solucionado por el propio legislador no es dable al intérprete atribuir sanciones que exceden el marco legal al no estar contempladas específicamente y ni siquiera derivar de las normas generales del Derecho Procesal, y por ello no podría hacerse extensiva la facultad del artículo 247 (...). Estimamos que no cabe duda que el imputado podrá solicitar a las autoridades superiores al fiscal que se ha negado a formalizar dentro de un determinado plazo, que se le impongan las sanciones respectivas, por haber incumplido con un deber que le impone una resolución judicial, si lo anterior obedece a un acto arbitrario. C) Una tercera posición ha sido la de sostener que a partir del día de la negativa a formalizar del Ministerio Público y hasta que ella se mantenga, toda información que se obtenga a partir de ese día se obtendría con infracción al derecho de defensa material y conforme a ello sería inutilizable en contra del imputado. D) Una última postura, que resulta muy atendible y que podría ser complementaria de la segunda de ellas, nos señala que si bien es cierto que la formalización constituye una facultad discrecional para el Ministerio Público, el juez de garantía también cuenta con facultades discrecionales que, dependiendo de la intensidad de afectación de derechos, puede y debe utilizar de herramienta para garantizar la igualdad de armas entre los intervinientes".⁴

TRIGESIMOSEGUNDO: El tipo de alternativas caracteriza el problema jurídico planteado. Primero, como una cuestión propia de una omisión legislativa. ¿Cabría preguntarse cómo, mediante una inaplicabilidad de un precepto, se resolvería una omisión normativa? En segundo lugar, se trata de una materia propia de interpretación legal. En tercer término, algunas de ellas admiten la posición del requirente, en cuanto víctima, y no en cuanto imputado que parece ser el sentido en el que fue normado este supuesto. Justamente, una de esas interpretaciones

⁴ Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl (2012), *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Segunda edición, actualizada y complementada, Abeledo-Perrot, Thomson Reuters, pp. 642-643.



000299

doscientos noventa y nueve

requeriría el artículo 186 del Código Procesal Penal para sostener esa interpretación, más que su exclusión.

III.- Aplicación de criterios al caso concreto.

TRIGESIMOTERCERO: Conectaremos estos criterios con los últimos recién indicados. El requirente cuestiona el artículo 186 del Código Procesal Penal en circunstancias que parece evidente que le afectaría en su estrategia del caso si se acoge este requerimiento expurgando dicho precepto de su solución normativa. Hay una confusión en este aspecto puesto que un asunto es que exista una duda interpretativa sobre el alcance de a quiénes normativamente regula, abarcando a la víctima en la hipótesis del requirente. La reducción en alegatos por parte del requirente a una sola parte del artículo 186 del Código Procesal Penal confirma esta idea.

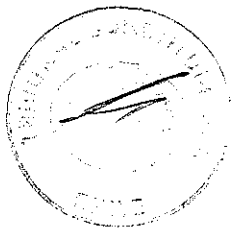
Por lo mismo, este Tribunal ratifica su criterio que requiere de una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal a objeto de evitar toda arbitrariedad en la etapa de no formalización. Siendo así en las Sentencias Roles N°s 1337, 1380, 1484 sostuvimos que si bien la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales de justicia ha entendido la facultad contemplada en el artículo 186 como circunscrita únicamente al imputado respecto de una investigación no formalizada, en estricto rigor y aplicando la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opone a que el juez de la causa haga aplicación de este precepto, en cuyo caso dicha aplicación no solo no infringiría la Constitución sino que, por el contrario, permitiría respetar cabalmente la letra y el espíritu del inciso segundo del artículo 83 constitucional.

Y, por las dos razones antes indicadas, no parece razonable que el resultado de ese examen sea la exclusión de dicho precepto legal. Con lo cual, esta parte del raciocinio planteado será rechazada.

TRIGESIMOCUARTO: Sin embargo, hay que verificar el alcance de la gestión pendiente en relación con la hipotética declaración de inaplicabilidad.

En ejercicio del artículo 93, literal f) del Código Procesal Penal, los imputados solicitaron la declaración de sobreseimiento definitivo. Por ende, la audiencia tiene por objeto debatir el efecto jurídico que implica tal circunstancia, la que, conforme al artículo 251 del Código Procesal Penal, de ser acogida produce el efecto de cosa juzgada. En tal sentido, no se ve cual puede ser la incidencia de los dos preceptos impugnados que apuntan a otra etapa procesal muy diferente.

Por lo demás, en esta audiencia se determina un control judicial suficiente que permitirá decretar la decisión de sobreseimiento definitivo o -en un ejercicio interpretativo de normas legales que es irrelevante como decisión pero que permite verificar la aplicación de los preceptos reprochados- puede decretarse un sobreseimiento temporal habida cuenta que se requiere la resolución previa de una cuestión civil [literal a) del artículo 252 del Código Procesal Penal], en la medida que





tal cuestión subsista como pendiente, asunto que no es resorte de este Tribunal definirlo. Para ello este Tribunal ha tenido a la vista a fs. 274 del expediente la Sentencia de 2 de diciembre de 2016 Rol N° 9968/2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago relativo a la interpretación de los hechos investigados pero ahora en sede civil como contrato de dación en pago.

TRIGESIMOQUINTO: Respecto del artículo 230 del Código Procesal Penal en el inciso impugnado no resulta ser relevante a los efectos prácticos puesto que la facultad de no formalizar está regulada por otras normas del mismo cuerpo legal. Es así como la formalización del procedimiento, definida en el artículo 229 del Código Procesal Penal como *“la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”*, es un instituto cuyos alcances se originan y justifican a partir de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 83 de la Constitución, en cuanto éste encomienda al Ministerio Público dirigir *“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.

De esta forma, si es que hipotéticamente el Tribunal declara la inaplicabilidad de los preceptos reprochados, ello resultará abiertamente insuficiente para resolver el problema planteado.

TRIGESIMOSEXTO: Finalmente, y conforme a los criterios delimitados en esta sentencia resulta claro que la víctima tiene derechos en el proceso penal pero no son idénticos al ejercicio de potestades del Ministerio Público. La exclusividad, oficialidad, legalidad y objetividad con la que debe actuar el organismo persecutor le impide estar obligada a ceñirse a las pautas del querellante particular. El ejercicio de la defensa del interés público de la sociedad y de la investigación de lo punible definido por el legislador exige la autonomía suficiente respecto de las víctimas, aún a costa de no formalizar investigaciones que carezcan de los elementos que hagan plausible encontrarnos frente a la indagación de hechos constitutivos de delitos, que determinen la participación punible y, así como, de los que acrediten la inocencia del imputado.

El acto de investigación antecede a la formalización de un delito y la Constitución dota de garantías a los ciudadanos cuando impone requisitos para su formalización, otorgando un margen de discrecionalidad al Ministerio Público para verificar su oportunidad de hacerlo o no. Este no sino el reconocimiento del principio de oportunidad. Asimismo, la Constitución ha entregado a la competencia del juez el forzamiento de una formalización como manifestación de que la investigación deba ser racional y justa para todos los intervinientes, pero especialmente, en contra del imputado.



000300

trescientos

TRIGESIMOSÉPTIMO: Por las consideraciones efectuadas precedentemente, este Tribunal declarará que, en el caso concreto sometido a su decisión, la aplicación de los artículos 186 y 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, no vulnera los artículos 19, numeral 3º incisos tercero y sexto, así como el inciso segundo del artículo 83º de la Constitución Política procediendo a rechazar el requerimiento.

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

SE RESUELVE:

- 1) **QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**
- 2) **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIASE AL EFECTO.**
- 3) **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR**



DISIDENCIA:

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, quienes estuvieron por **acoger** el requerimiento, teniendo para ello en consideración la siguiente argumentación:



1º.- La fundamentación del voto por acoger el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

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

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

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

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

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

- A) Desacertada caracterización de la posición interpretativa del ofendido o querellante respecto del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.
- B) El ofendido no interviene en la misma forma que el Ministerio Público en el proceso penal, pero su derecho a ejercer igualmente la acción penal no puede significar que la posibilidad de acusar dependa enteramente de la actividad de dicho órgano público.
- C) El ofendido sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce.

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

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

- A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.
- B) Análisis sobre la insuficiencia o impertinencia de los resguardos procesales que se indican.

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

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

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

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

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

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

VI.- CONCLUSIONES.

000301
trescientos uno

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

A) LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS.

2º.- Las normas legales cuya inaplicabilidad se solicita son las siguientes:

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

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

"Artículo 186. Control judicial anterior a la formalización de la investigación. ...

B) LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LAS PARTES.

3º.- El requirente alega que de quedar a firme la aplicación de los preceptos legales impugnados que facultan discrecionalmente al Ministerio Público a ejercer la acción penal, a través de la formalización de la investigación, se concretaría un efecto inconstitucional por la vulneración de los artículos 19 N° 3, incisos 3º y 6º, y 83, inciso segundo de la Constitución Política de la República. De acuerdo a lo manifestado por el requirente, con la negativa de formalización del Ministerio Público se está impidiendo, en la práctica, que la víctima – a través de los querellantes - accedan a un pronunciamiento judicial (que no sea meramente formal) sobre cualquier diligencia investigativa relevante y respecto al término de la acción penal. El requirente alega que las normas impugnadas generan "(...) una situación de indefensión, que no tiene solución conforme al Código Procesal Penal, atendido que la formalización es una potestad que sólo puede ejercer el Fisco (cuando lo estime oportuno, a lo que en este caso se ha negado arbitrariamente, sin que exista mecanismo jurisdiccional idóneo para controlar dicha decisión (o falta de decisión), impidiendo así la continuación del procedimiento y haciendo ilusorio el derecho de mi parte a ejercer y sostener la acción penal ." (fs. 6).

El Ministerio Público, por su parte, señala que el artículo 230, inciso primero, que pone en manos de dicho órgano la formalización se ajusta plenamente a la





Constitución, dado que el artículo 83 de la Carta Fundamental otorga al ente persecutor la dirección exclusiva de la investigación.

Asimismo, el Ministerio Público alega que el requirente no tendría efecto en la gestión pendiente al no haberse solicitado la declaración de inaplicabilidad de una serie de normas que mantienen la discrecionalidad del Ministerio Público en la decisión de formalización. Así, por ejemplo, los artículos 229 y 230 inciso segundo.

Respecto de la impugnación del artículo 186, el Ministerio Público considera que el requirente está buscando la declaración de inaplicabilidad de una interpretación mayoritaria de la norma, pero no del artículo mismo del Código Procesal Penal. Finalmente, el ente persecutor insiste que no se aprecia cómo la aplicación de esta norma vulneraría la Constitución.

C) LOS HECHOS FUNDAMENTALES DE LA GESTIÓN PENDIENTE.

4°.- En primer lugar, el requirente interpone querellas por el delito de estafa, sancionado en el artículo 468 del Código Penal.

En segundo lugar, el Ministerio Público solicita realiza audiencia de formalización de la investigación en contra de los querellados, fijándose por parte del 4° Juzgado de Garantía de Santiago una audiencia para tal efecto el día 5 de septiembre de 2017, en donde previo a la formalización el Tribunal declara su incompetencia y remite los antecedentes al 7° Juzgado de Garantía de Santiago (fojas 34).

Luego de esta resolución, con fecha 23 de junio de 2018 el querellante solicita al 7° Juzgado de Garantía de Santiago que se cite al Ministerio Público a audiencia a objeto de formalizar la investigación, o que se fije una fecha para ello.

El Tribunal, con fecha 25 de junio de 2018, rechaza la solicitud, señalando que corresponde al Ministerio Público como facultad privativa la decisión de formalizar la investigación (fojas 81 del expediente).

En tercer lugar, de la revisión de la gestión judicial pendiente es posible constatar que el Ministerio Público no ha formalizado, a la fecha, investigación contra imputado alguno.

Finalmente, y tal como se explicará, se está en presencia de un diseño defectuoso de un subsistema de normas procesales penales que, dada la práctica consistente del Ministerio Público, genera un efecto inconstitucional agravante para el querellado. Las normas impugnadas impiden que el querellante pueda

000302
trescientos dos

ejercer la acción penal, dado que la decisión de formalizar resulta discrecional, sin control judicial alguno, por parte del Ministerio Público.

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

A) Naturaleza del derecho a la acción penal.

5°.- En general, la legitimidad de la acción penal por parte del Estado, a través del Ministerio Público, deriva originariamente de la vulneración ilícita a los derechos de una persona (víctima de un delito), la cual, también, puede ser, en mayor o menor medida, relevante para la sociedad. Es decir, el interés público involucrado en la persecución penal no es incompatible con el reconocimiento de la participación de privados (por ejemplo, la víctima) en la misma, lo cual no significa la consagración de la autotutela privada, ni menos una renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado, expresado a través del *ius puniendi*.

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

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

6°.- El artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto "el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán **ejercer igualmente la acción penal**" (énfasis agregado).

Con el fin de asegurar materialmente este derecho, el artículo 19, N° 3°, inciso tercero, de la Constitución – modificado por la reforma constitucional de fecha 11 de julio de 2011 - establece que "las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de **ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.**" (énfasis agregado).

No en vano se subrayó, con ocasión de la discusión en el Congreso de la reforma aludida en el párrafo precedente, que "la ubicación de esta propuesta en el capítulo III dispararía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente" (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).





A su vez, en un reciente fallo de la Excma. Corte Suprema se destaca que a la víctima se le reconoce "la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516" (Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 12.908-14, de 12 de agosto de 2014).

En vista de lo antes ilustrado, el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizado por la Constitución tanto en su artículo 19, N° 3°, inciso sexto, como en el artículo 83, inciso segundo;

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

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

7°.- En sentencias anteriores de este Tribunal, se ha efectuado una caracterización de las argumentaciones de quienes actuaron como querellantes requirentes que no se aviene con la posición argumentativa que se expresa en este voto. En efecto, se ha sostenido, en primer lugar, que la víctima, ofendido o querellante tendría un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue (sentencia rol N° 1341, considerando 68° y sentencia rol N° 2561, considerandos 27° y 44° del voto por rechazar). Tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, como ocurre en este caso.

No puede desconocerse que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Sin embargo, tampoco puede desconocerse, como se explicará más adelante, que la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. Por tanto, es distinto plantear que el querellante tiene derecho, a través del Ministerio Público, a que se investigue (lo que no compartimos), que afirmar que una decisión tan relevante como la formalización de la investigación, la cual trae aparejada la imposibilidad de ejercer el derecho del querellante a acusar, no está sometida a control judicial.

En efecto, el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, mas no con una supuesta (y en último término,



inexistente) facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

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

En segundo lugar, se ha sostenido, también, que la víctima no tiene derecho a la condena del supuesto culpable del delito (sentencia rol N° 1341, considerando 72° y sentencia rol N° 2561, considerando 49° del voto por rechazar). Nuevamente, tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en este caso. Nuestra posición no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso en términos de la condena del supuesto culpable. El derecho del querellante ofendido es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En efecto, nuestro planteamiento considera que el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido implica la posibilidad de someter a control judicial la discrecionalidad del Ministerio Público respecto a formalizar la investigación, sin perjuicio, en último término, de las determinaciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales de justicia.

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

8°.- Aunque la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, si el adverbio "igualmente" utilizado por la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 ha de tener algún sentido, debe concluirse que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma (y, desde luego, también en forma adhesiva) no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal (acusación autónoma o adhesiva), lo cual legitima implícitamente el interés de la





víctima (tanto individual como social, en tanto miembro de una comunidad) en que se haga justicia;

9º.- A diferencia de lo que se sostiene en algunos fallos anteriores de este Tribunal, el derecho de la víctima a ejercer, igualmente, la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan (en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones) acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva. Si tal garantía de control judicial no existe, como ocurre en este caso concreto, la posibilidad de acusar sería enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal. La exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia –aunque sea parcial- de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a ejercer la acción penal, o que se persevere en la pretensión punitiva. No se discute la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;

10º.- La Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima. En presencia de un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público no le confiere una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En efecto, no debe olvidarse que el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;

C) El ofendido sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce.


11º.- Una de las líneas argumentales de la posición contraria expresada en sentencias anteriores es la supuesta coherencia en el diseño del sistema procesal penal, el cual al concebir un modelo adversarial, permitiría sustentar una visión restrictiva del derecho al igual ejercicio de la acción penal por parte del ofendido. Sin embargo, el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial. Por el contrario, éste puede caracterizarse como uno híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más



evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior.

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

De la misma facultad conferida por la Constitución se desprende, también, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial (artículo 248, inciso primero, letra a)), para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento (artículo 248, inciso primero, letra c)) no se necesita el consentimiento de un juez;



12°.- Como ya se adelantara previamente, no puede discutirse que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo. La víctima sí puede representar el interés público. Esta conclusión es una derivación lógica de la titularidad de la acción penal que por mandato de la Constitución tiene el ofendido. La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce:

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

A propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal), manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal (artículo 83, inciso segundo, de la Constitución), Horvitz y López (2002, T.1, pp. 296-297) se preguntan si:

"¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este



procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito?

Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 8o A (sic) inciso 2º CPE, que consagra al ofendido por el delito 'y las demás personas que determine la ley' como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura "un horizonte normativo enteramente nuevo". Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. 'La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público.'" (énfasis agregado);

IV.- SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 230, INCISO PRIMERO, Y 186 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

13º.- El requirente solicita la inaplicabilidad de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal, cuya inconstitucionalidad se aborda a continuación;

14º.- En relación con el artículo 230 del Código Procesal Penal, éste autoriza al Ministerio Público, de manera totalmente discrecional, a decidir cuándo se formalizará una investigación contra un imputado.

En general, la facultad de formalizar la investigación por parte del Ministerio Público es una decisión administrativa del órgano persecutor, por la cual pone en conocimiento de un imputado, en presencia del juez de garantía competente, que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos.

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

La decisión del órgano administrativo persecutor de no formalizar la investigación impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.



En efecto, cabe tener presente, en primer lugar, que sólo desde la formalización, por ejemplo, el querellante puede preparar la demanda civil en el juicio penal (artículo 61). En segundo lugar, se requiere la formalización de la investigación para que el querellante pueda solicitar al Tribunal la prisión preventiva del imputado (artículo 140). Y, en tercer lugar, la víctima, a través del querellante, ve condicionado su derecho a ejercer la acción penal al hecho que el Ministerio Público formalice la investigación contra el querellado. Sin dicha formalización, el querellante no podrá solicitar el forzamiento de la acusación de acuerdo con el artículo 258 del Código Procesal Penal. Es precisamente en consideración a esto último que la aplicación del artículo 230, inciso primero (la decisión del Ministerio Público de no formalizar una investigación) produce el efecto de privar a la víctima, a través de la figura del querellante, del derecho a ejercer la acción penal consagrada en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

15°.- En segundo lugar, **respecto al artículo 186 del Código Procesal Penal**, dicha norma no contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no formalizar una investigación. El Código Procesal Penal se refiere a la formalización de la investigación como una "comunicación" que realiza el Ministerio Público "cuando considere oportuno". En consecuencia, la acción penal –no sólo la persecutoria del Ministerio Público– depende de la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.



El artículo 186, impugnado en autos, no representa una forma de control judicial efectiva para la decisión discrecional del Ministerio Público y, en definitiva, priva al querellante del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal.

La norma exige que exista una persona "afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente", que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación "desformalizada" del Ministerio Público. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es derivada del hecho que impide al querellante el ejercicio de otras facultades legales, como el forzamiento de la acusación.

Tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia haya restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que:



"El precitado artículo [186], al referirse a una persona "que se considere afectada por una investigación", está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que -objetivamente- pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1º del artículo 7º del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante, por lo que, en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante; (énfasis agregado). (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, considerando segundo).

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2º Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que:

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

De la misma forma, el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que "se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que "la persona afectada por una investigación" se refiere exclusivamente al posible imputado". Citando a la profesora Marta Herrera, el ex Fiscal Nacional señala: "Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma. (...) "En conclusión, y sin



lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal 'imputado' y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional". (Piedrabuena, G., "Control judicial anterior a la formalización de la investigación", en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 23, junio de 2010, p. 19);

Además de la interpretación del artículo 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N°060, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 2014, en la que se recalca que el artículo 186 "(...) tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público". (p. 27). Asimismo, "(...) la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación no implica una carga procesal para el organismo (...). Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar (...) [y] no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado." (p. 28, el destacado es del texto original);

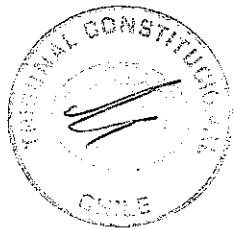
Finalmente, el Ministerio Público puede decidir no formalizar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación por parte del ente persecutor. Estas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso.

16°.- En definitiva, no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede (sin control judicial de fondo) decidir discrecionalmente la formalización de la acusación, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;

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

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

17°.- La jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, en particular la sentencia rol N° 2858, sostienen que la formalización de la investigación: (i) es una





de carácter discrecional; (ii) es una de carácter investigativo y no jurisdiccional; (iii) es una en que no interviene el juez de garantía para su aprobación; y (iv) es una frente a la cual la víctima posee ciertos resguardos tendientes a evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que resulte perjudicial para la víctima querellante (ver la sentencia rol N° 2858, considerando 21°)

Los resguardos que existirían para evitar la arbitrariedad en la decisión del Ministerio Público son:

(1) El artículo 5° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público";

(2) El artículo 7° de la misma ley establece que *"las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia."* Dicho control se extiende *"tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones"*;

(3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que *"corresponderá al Fiscal Regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo"*;

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

(5) La posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal, y

(6) El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal, al cual ya nos hemos referido previamente en este voto.

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

18°.- Como se manifestara con anterioridad, nos parece que los mecanismos aludidos para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal no son suficientes, sea por su improcedencia o por su resguardo a intereses distintos de la acción penal. A continuación se hará un análisis de los supuestos resguardos:



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

19°.- El artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que mira a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Sin embargo, no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado. Si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. Nacería, entonces, una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

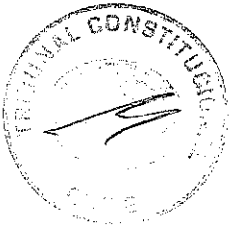
(2) El artículo 7° de la Ley N° 19.640.

20°.- El artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo. Sin embargo, nuevamente no es posible asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Mientras que la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito, las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. Este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerar esto como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial.

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

21°.- Dicha norma establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo. Sin embargo, en este caso concreto, los requerellantes presentaron ante el Fiscal Regional de la Fiscalía Regional Centro Norte una reclamación por *"infracción al principio de unidad de acción del Ministerio Público, por manifiesta inactividad en las labores investigativas y por haber adelantado opinión a las víctimas respecto del término de la causa"* (fojas 24), no acogiendo la Fiscalía Regional la presentación administrativa realizada.

En consecuencia, no parece que el artículo 32 b) de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público sea un resguardo a los efectos del ejercicio discrecional de la formalización por parte del órgano persecutor.





De la misma manera, y sin perjuicio de lo previamente señalado, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal en cuanto al conocimiento de la reclamación interpuesta reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

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

22º.- El artículo 257 del Código Procesal Penal permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado. La facultad recién mencionada no constituye mecanismo de resguardo alguno, debido a que, dado los antecedentes de la gestión judicial pendiente, no ha habido controversia respecto de la necesidad o no de nuevas diligencias;

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

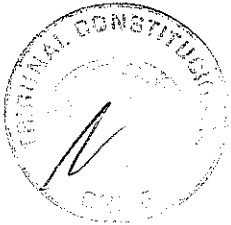
23º.- En el caso concreto, el efecto inconstitucional de la ausencia de formalización se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal –esto es, el forzamiento de la acusación–, justamente por no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] *considerare oportuno*” (artículo 230 del Código Procesal Penal).

El problema de la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor es acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 3º, de la Constitución: *“Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer*

000308
trescientos ocho

absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. (...) Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N° 358, Sesión N° 111, p. 23).

Confirmando la ausencia de este tipo de resguardos, en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre "Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal", se instruye a los fiscales que "[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas (...)" (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que "[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación (...)" (p. 78). Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor;



VI.- CONCLUSIONES.

24°.- De lo expuesto en este voto por acoger es posible concluir que: (i) existe un derecho constitucional del ofendido a ejercer la acción penal establecido especialmente por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución; (ii) el ejercicio de la acción pública por parte del ofendido (el requirente) significa que éste puede perseverar o llevar adelante la pretensión punitiva a través de una acusación particular autónoma (o adhesiva de aquella que efectúe el Ministerio Público); (iii) el Código Procesal Penal reconoce (y no podría ser de otra forma dado el derecho constitucional aludido) que el querellante (ofendido) sí detenta el control de la acción penal pública en el juicio, incluso de manera absoluta y exclusiva, como ocurre con el forzamiento de la acusación; (iv) sin perjuicio de que el Ministerio Público no goza, en general, de la misma posición que el querellante ofendido, este último tiene una posición relevante, en particular tratándose del igual ejercicio de la acción penal reconocido fundamentalmente en el artículo 83 ya aludido; (v) dado lo anterior y parafraseando a un autor, la pregunta central no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar una posición prevalente para el Ministerio Público; (vi) la



facultad del Ministerio Público (no controlada judicialmente) de no formalizar una investigación (art. 230), en cuanto constituye un requisito insalvable para el ejercicio de la acción penal por parte del querellante regulado en el artículo 258 del Código Procesal Penal, desconoce la posición relevante del querellante ofendido en cuanto al ejercicio de la acción penal, en especial si se tiene en consideración que, por las circunstancias de la gestión pendiente (existencia de una investigación "desformalizada"), no le es jurídicamente posible perseverar en la pretensión punitiva por la vía del forzamiento de la acusación; (vii) la jurisprudencia de este Tribunal sostiene equivocadamente que existirían resguardos procesales suficientes a favor del querellante que evitarían un agravio inconstitucional a su derecho a ejercer la acción penal; (viii) sea por su improcedencia en este caso concreto o por tratarse de disposiciones tendientes a resguardar intereses distintos a los de la acción penal, las seis posibles vías de protección para el querellante ofendido respecto de un actuar inconstitucional del Ministerio Público resultan insuficientes; y (ix) la ausencia de resguardos normativos suficientes o pertinentes a favor del requirente (querellante ofendido) permite afirmar que la aplicación del precepto legal impugnado tiene el efecto de hacer cesar la pretensión punitiva y, con ello, la facultad conferida por la Constitución al ofendido para ejercer la acción penal;

25°.- Por tanto, estos Ministros consideran que debe acogerse el presente requerimiento respecto de los artículos 230, inciso primero, y 186 del Código Procesal Penal. En efecto, tal como lo exige el artículo 93, inciso primero, número 6° de la Constitución, la aplicación de dichos preceptos legales en la gestión pendiente resulta contraria a la Constitución por violar el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, de manera consecuencial, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho a "*ejercer igualmente la acción penal*".

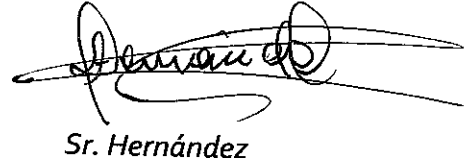
Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino, y la disidencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

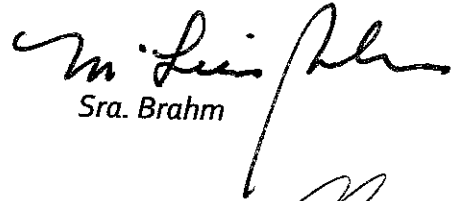


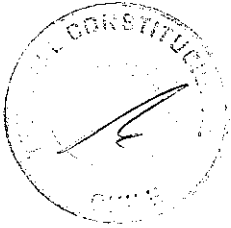
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.
Rol N° 4940-18-INA.

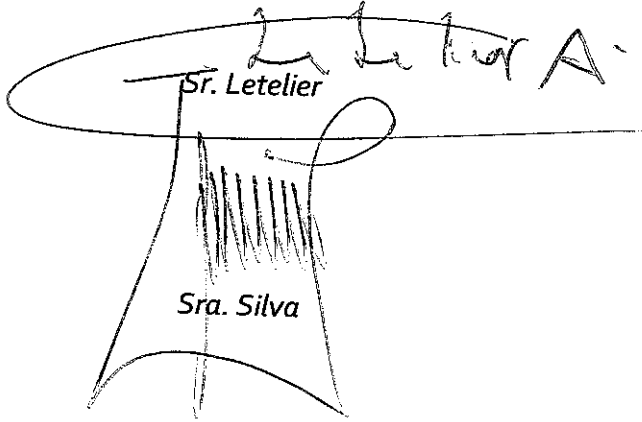

Sr. Aróstica

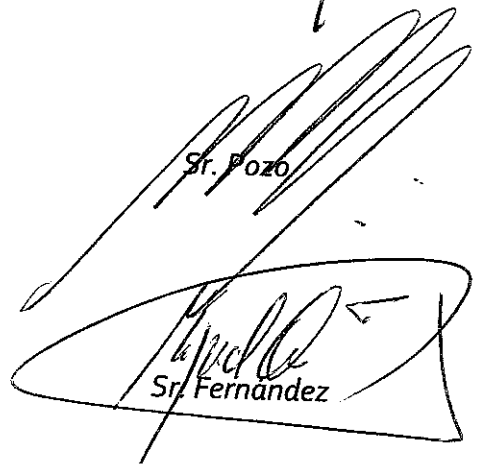

Sr. García

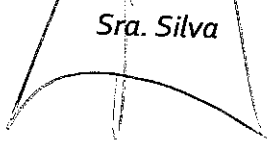

Sr. Hernández

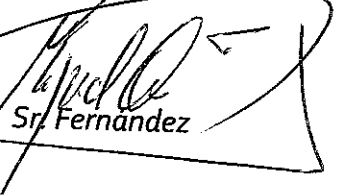

Sra. Brahm




Sr. Letelier


Sr. Pozo


Sra. Silva


Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.
Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.