



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9796-20

[29 de septiembre de 2021]

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

BORIS ALBERTO SAAVEDRA MATTE

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1810029208-0, RIT N° 5058-2018, SEGUIDO
ANTE EL OCTAVO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, EN
CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL
ROL N° 5858-2020-PENAL

VISTOS:

Con fecha 22 de noviembre de 2020, Boris Saavedra Matte, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 230; 248, letra c); 259, inciso final; y 261, letra a), del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 1810029208-0, RIT N° 5058-2018, seguido ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 5858-2020-Penal.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“Código Procesal Penal

(...)



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

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

(...)

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

(...)

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

(...)

Art. 259.- Contenido de la acusación. (...)

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

(...)

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

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

(...)"



Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Indica el actor que la gestión pendiente se sustancia ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en que dedujo querrela por delitos de apropiación indebida y falsificación de instrumento privado en contra de doña Rosario Vial Valenzuela, doña Sarita Marín Salas y don Alejandro Dumay Claro. Expone que, no obstante los antecedentes probatorios desarrollados en la indagatoria y los que fueron debidamente acompañados, en noviembre de 2019 el Ministerio Público solicitó al Juzgado de Garantía el sobreseimiento definitivo de la causa, no obstante existir diligencias pendientes de investigación. Incidentado lo anterior por su parte, expone que fue acogida la solicitud de reapertura de la investigación, ordenándose, expone a fojas 5, a la Fiscalía, la realización de peritaje, otorgándole un plazo.

Agrega que, si bien el peritaje ordenado se realizó, éste no abarcó años previos a los que fueron materia de la pericia. En audiencia de noviembre de 2020 el Ministerio Público comunicó decisión de no perseverar en el procedimiento, solicitando su parte autorización para proceder al forzamiento de la acusación, lo que fue rechazado por el Tribunal.

Por lo anterior interpuso recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Refiere que solicita la declaración de inaplicabilidad de un grupo de normas del Código Procesal Penal en razón de que el Ministerio Público no ha formalizado como lo exige la normativa cuestionada, sino que, también, ha hecho un ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, habida cuenta que no ha agotado la investigación, existiendo diligencias pendientes tanto para que pueda proceder a formalizar como para continuar la persecución penal contra los imputados.

Explica que las normas cuestionadas contravienen el artículo 83 de la Constitución, en cuanto la facultad dada por al Ministerio Público es de exclusividad de la investigación en el proceso penal, la cual se extralimita al grado de pasar a ser un órgano jurisdiccional, convirtiéndose en el órgano que da impulso a todas las pretensiones punitivas de las víctimas y querellantes.

Por tanto, indica, que únicamente el Ministerio Público pueda ejercer la acción penal de los ciudadanos en el proceso penal, implica en dejar sin aplicación el artículo 83 inciso segundo, de la Carta Fundamental, lo cual contraría la interpretación que ha establecido el Tribunal Constitucional a este respecto.

Unido a lo anterior, explica que la normativa infringe el artículo 19 N° 2 de la Constitución, vulnerándose la igualdad ante la ley y la prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, puesto que, a través de no formalizar la investigación, se impide el ejercicio de los derechos de la víctima, lo cual, también, vulnera la garantía del artículo 19 N° 3 inciso primero, de la Constitución, respecto de la igual protección



de la ley en el ejercicio de los derechos, puesto que se impide directamente ejercer la acción penal.

Agrega infracción a la garantía del Artículo 19 N° 3, inciso tercero, de la Constitución, ya que del acto de formalización que le concede el artículo 230 del Código Procesal Penal al Ministerio Público, la víctima no tiene tutela ni voz efectiva ante la “oportuna o eventual” decisión del fiscal.

Así, explica, querellante y víctima quedan sin vías para hacer perseverar su derecho a acción penal pública, en perjuicio a las actuaciones monopolizadas del Ministerio Público, con lo que deviene en inexistente el derecho constitucional que se otorga a los ofendidos y a todos los demás ciudadanos que puedan ejercer igualmente la acción penal.

Por ello explica también, se infringe la garantía del artículo 19 N° 3 inciso quinto, de la Constitución, ya que es el propio Ministerio Público el que hace las veces de Tribunal, al impedir que los imputados sean Juzgados por un tribunal imparcial, tomando el rol de investigador y juez, al ser el acto de la formalización exclusivo y excluyente por parte del Ministerio Público. Refiere que el ciudadano debe acatar la decisión discrecional, no hay un control fidedigno de las diligencias mínimas de los fiscales, siendo esto necesario para adoptar alguna de las decisiones del artículo 248.

Agrega infracción al artículo 7 de la Constitución, al atribuirse competencias que superan con creces su facultad de investigar, toda vez que no puede el Ministerio Público investigar y determinar quiénes son culpables y quienes inocentes a priori, facultad expresamente reservada al Poder Judicial, según lo regula el artículo 76 de la Carta Fundamental.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 26 de noviembre de 2020, a fojas 84, disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 17 de diciembre de 2020, a fojas 174, se declaró admisible, confiriéndose traslados de fondo.

A fojas 91, con fecha 30 de noviembre de 201, se hace parte en autos la Defensoría Penal Pública, en representación de Alejandro Dumay Claro.

Traslado

A fojas 183, con fecha 6 de enero de 2021, evacúa traslado el Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento

Señala que en la gestión pendiente el Ministerio Público ya comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, por lo que se trata de una



impugnación, en lo que respecta al artículo 248 c), de una norma ya aplicada, por lo que se pide, a través de la acción de inaplicabilidad, una revisión de lo comunicado.

El precepto objetado recoge una de las tres opciones que surgen para el Fiscal del Ministerio Público una vez que ha cerrado la investigación, consistentes en, la cuestionada, en la comunicación de su decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Las otras dos alternativas son las de acusar y solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa.

Indica que el artículo 83 de la Constitución, al señalar que le corresponde al Ministerio Público tanto la investigación de los hechos que determinen la participación punible como aquellos que acrediten la inocencia del imputado, establece condiciones para el ejercicio de sus funciones, recogidas por el artículo 3º de la Ley Nº 19.640 que, a su vez, consagra el principio de objetividad. Cuando la Constitución señala que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal en su caso, ello está reflejado en el nivel legal precisamente en el artículo 248 del Código Procesal Penal.

Añade que la regla de la letra b) del artículo 248 del Código Procesal Penal, norma que, una vez cerrada la investigación, el fiscal podrá formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

La regla analizada, así, argumenta, impone al Ministerio Público la obligación de verificar si la investigación que dirige en forma exclusiva, proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento, toda vez que le corresponde sostener la acción penal de acuerdo a la Constitución, en su caso, y sin perjuicio de las opciones que el ordenamiento otorga el ofendido por el delito.

Desarrolla que determinar si existen o no fundamentos serios para formular una acusación es una actividad que fue retirada del ámbito de competencias de la judicatura a resguardo de la imparcialidad del juez y el predominio del principio acusatorio. Luego, en tanto el ejercicio de una acusación pende de la obtención de fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado, proporcionados por la investigación, es que la regla que recoge esta última hipótesis, del artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal, abarca igualmente la hipótesis en la que la investigación no entrega tales fundamentos, en cuyo caso, no procede que el fiscal presente acusación.

Esto último, agrega el Ministerio Público, no se opone al texto constitucional que autoriza al Ministerio Público para ejercer la acción penal en su caso y en la forma prevista por la ley y le entrega el mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación, sino, también, aquellos que acreditan la inocencia del imputado.



Así, tanto la decisión de acusar como la de no perseverar, comparten el mismo fundamento.

En el nivel constitucional, añade, esto es reflejo del carácter exclusivo con que el Ministerio Público ejerce la investigación de los delitos, y de la función consistente en ejercer “en su caso”, y no “en todo caso”, la acción penal.

Acota el persecutor penal público que la decisión de no perseverar se ajusta a dos reglas constitucionales, esto es, la que consagra la exclusividad del Ministerio Público en la labor investigativa, y la que manda investigar tanto los hechos que determinen la participación punible como los que acrediten la inocencia del imputado, lo que además es reforzado por las exigencias constitucionales que enlazan el principio acusatorio con el derecho a ser Juzgado por un Tribunal imparcial.

Hace presente que conoce las sentencias estimatorias de este Tribunal de requerimientos dirigidos contra el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, y que se fundan en la falta de controles judiciales de la decisión de no perseverar en el procedimiento. El fundamento referido a la falta de control judicial, explica, genera dos dificultades. En primer término, que, siendo un mecanismo de jurisdicción negativa, con la inaplicabilidad del precepto no se obtiene como resultado un control judicial, y el segundo, que el proceso quedaría, en teoría y dependiendo de la oportunidad en que se pida la inaplicabilidad, reducido a dos posibles opciones para el Fiscal, esto es, acusar o pedir sobreseimiento.

El Código Procesal Penal, añade, no recoge una hipótesis de sobreseimiento temporal como las reguladas en el artículo 409 N°1 y N° 2 del Código de Procedimiento Penal, por lo que dicho sobreseimiento sólo es posible en las circunstancias que recoge el artículo 252 del cuerpo adjetivo hoy vigente. El resultado será, teóricamente, un procedimiento en el que el Fiscal tendrá que formular una acusación cada vez que no pueda afirmar el sobreseimiento, que está restringido a las hipótesis del sobreseimiento definitivo y las tres de sobreseimiento temporal que recoge el Código Procesal Penal o, ya no deberá formular acusación en su caso, sino en todo caso que no pueda sostener el sobreseimiento.

Esto último, agrega el Ministerio Público, produce una serie de consecuencias de las que no se hace cargo el requerimiento, pero que se vislumbran en conflicto con lo dispuesto en el artículo 83 de la Carta Política, y con las garantías de racionalidad y justicia del proceso penal.

Añade que las objeciones al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, se refieren a la falta de formalización, siendo ésta una actividad que, conforme a la ley, en concordancia con la Constitución, sólo corresponde llevarla a cabo al Ministerio Público, siguiendo lo previsto en el artículo 229 del Código Procesal Penal.

La formalización no es un acto intrascendente, y tan es así que la norma procesal penal admite, en el artículo 232, inciso final, del Código Procesal Penal, que



el imputado reclame ante las autoridades del Ministerio Público si considera que la formalización ha sido arbitraria.

En lo que concierne a la impugnación al artículo 230 del Código Procesal Penal, indica que el requirente no objeta el precepto legal que define la formalización como un acto que es propio del Fiscal y que tiene lugar ante el Juez de Garantía, esto es, el artículo 229 del Código Procesal Penal. De excluirse la aplicación del precepto, quedaría subsistente aquella regla que pone la formalización dentro de la esfera de actividades que son propias del Fiscal del Ministerio Público, criterio ya sostenido por este Tribunal en su jurisprudencia respecto de impugnaciones a dicha norma.

Acota el Ministerio Público que, del hecho que la formalización de la investigación sea una actividad propia del Fiscal del Ministerio Público se ajusta a la Constitución, la que ha puesto en manos del Ministerio Público la investigación de los delitos, con exclusividad, como se lee en su artículo 83, sometiéndolo a parámetros que, previo a dicho etapa procesal, antes no tenía, incluyendo la de concluir la indagatoria dentro del plazo de dos años.

La premisa, por tanto, de la jurisprudencia del Tribunal, es que la formalización es un acto exclusivo del organismo investigador.

En la impugnación a los artículos 259, inciso final, y 261, literal a), del Código Procesal Penal, solicita el rechazo, en tanto, conforme lo ya señalado en torno al artículo 248 c), se proyecta igual reclamo a ulteriores etapas del procedimiento.

En efecto, argumenta, el conflicto alude al escenario que describe el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, una vez cerrada la investigación y comunicada la decisión de no perseverar, pero el problema sigue siendo la falta de una formalización, circunstancia que, a su vez, es consecuencia de que aquella formalización del artículo 229 del Código Procesal Penal, de cargo del Ministerio Público y se inscribe dentro de su órbita de facultades, lo que tampoco encierra una infracción constitucional.

Añade que cualquier análisis de las reglas contenidas en el artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, exige detenerse en las menciones que la norma demanda de la acusación, menciones ligadas a la exigencia de correlación entre acusación y sentencia, toda vez permiten que el acusado conozca la acusación y cuente con la posibilidad de preparar adecuadamente su defensa, aspectos que son resguardados por una causal de nulidad.

Por lo anterior solicita el rechazo del requerimiento deducido.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 17 de junio de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por vía remota, del abogado Alejandro Ávila Huerta, por la requirente, y del abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio



Público. Se adoptó acuerdo el día 13 de julio de 2021, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

PRIMERO: En estos autos, se ha ejercido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pretendiéndose la declaración de inaplicabilidad, por tal motivo, de cuatro preceptos del Código Procesal Penal.

Estos son los artículos 230, 248, letra c), 259, inciso final y 261, letra a), cuyo texto fue reproducido en la parte expositiva de la presente sentencia.

II.-LA GESTIÓN PENDIENTE DE AUTOS. SUS HECHOS FUNDAMENTALES (A) Y EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO (B)

(A) HECHOS FUNDAMENTALES DE LA CAUSA SUBLITE

SEGUNDO: Para brindar claridad a la presente sentencia, se pasa a exponer, brevemente, los hechos que resultan relevantes de la causa *sublite*:

- El requirente interpuso querrela en contra de doña Rosario Vial Valenzuela, Sarita María Angélica Marín Salas, Alejandro Andrés Dumay Claro y en contra de todos los que resulten responsables en calidad de autores apropiación indebida y falsificación de instrumento privado. Los querrellados son miembros del Comité de Administración del Edificio Ubicado en calle Las Hortensias 2877, Comuna de Providencia, y en la querrela se hace referencia a la falta de respaldos de gastos comunes del Edificio cuya comunidad es integrada también por el querellante y requirente de inaplicabilidad. En su querrela, el ahora requirente de inaplicabilidad apunta al período cuyo límite es el mes de septiembre de 2017, durante el cual, señala, los fondos provenientes de los gastos comunes fueron depositados en la cuenta corriente de una de las querrelladas, no existiendo registros contables que respaldaran ciertos gastos, razón por la cual se interpuso una querrela infraccional ante el Primer Juzgado de Policía Local de Providencia.

Como se indica en la misma presentación, el querellante es demandado ejecutivamente por la comunidad para el cobro de gastos comunes adeudados (Rol C-37065-2017, del 21° Juzgado Civil de Santiago), proceso en el que fueron rechazadas las excepciones opuestas por el ejecutado encontrándose pendiente la resolución de un recurso de apelación ejercido por su parte.



- Con fecha 06.11.2020, luego de un primer cierre de la investigación que fue revertido por el Juzgado de Garantía de conformidad a lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal, finalmente la indagatoria fue cerrada y se comunicó la decisión de no perseverar en audiencia celebrada en dicha fecha.

- Con fecha 11.11.2020, la parte querellante ejerció un recurso de apelación que ingresó a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con el N° 5858-2020 Penal, que se encuentra pendiente. Mediante dicho recurso se critica la decisión del Juzgado de Garantía de no permitir el forzamiento de la acusación, la que pide dejar sin efecto y dictar en su reemplazo otra que dé curso a la acusación de acuerdo al artículo 258 del Código Procesal Penal. La tramitación del recurso de apelación se encuentra suspendida por orden de nuestra Magistratura.

TERCERO: De modo que, entonces, la gestión pendiente consiste en un proceso penal en que el requirente detenta la calidad de querellante, persiguiendo la responsabilidad de los querellados por los delitos apropiación indebida y falsificación de instrumento privado.

El Ministerio Público no formalizó la investigación – siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá - y comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, posibilidad que le es reconocida por el artículo 248, letra c), al persecutor estatal. El Tribunal tuvo por comunicada la decisión de no perseverar, habiendo apelado la requirente de tal resolución, arbitrio cuya resolución se encuentra pendiente por haber suspendido el procedimiento, esta Magistratura.

(B) CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

CUARTO: En síntesis, la requirente sostiene que la aplicación de los preceptos impugnados, ambos de la codificación procesal penal, vulneraría – en el contexto de la gestión pendiente descrita en la consideración precedente – los artículos 19 N° 3 y 83; ambos de la Constitución Política.

III.- LAS SENTENCIAS PREVIAS DE ESTA MAGISTRATURA Y SU FUNDAMENTO EN EL DERECHO QUE LA CONSTITUCIÓN ASEGURA AL OFENDIDO POR EL DELITO PARA EJERCER IGUALMENTE LA ACCIÓN PENAL (ARTÍCULO 83, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN)

QUINTO: Cabe señalar que la impugnación ahora planteada, no es novedosa para esta Magistratura, pues ya ha conocido y acogido, requerimientos semejantes al presente. Así se ha venido haciendo desde la STC Rol N° 5.653. En el mismo sentido, STC Roles N° 6718, 7237, 8142, 8798, 8925, 8887, 9266 y 9239.

En todos estos pronunciamientos que han analizado la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal, a veces como única norma impugnada, en otras en conjunto con otros preceptos del mentado cuerpo legal, siempre desde la



perspectiva de los artículos 83, inciso segundo, y 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución.

SEXTO: En dicho sentido, nuestra Magistratura, a partir del Rol N° 5.653, ha venido declarando la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, en ocasiones conjuntamente con otros preceptos del mismo cuerpo legal, en lo medular, porque su aplicación *“(...) viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, 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” (c. 6°, Rol N° 8.887), en relación con su inciso tercero -modificado en 2011-, al tenor del cual “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”.*

Entendiendo, por ello, que *“(...) la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima. Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, 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. 13°, Rol N° 8.887).*

IV.- INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 248, LETRA C), Y 259, INCISO FINAL, AMBOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

SÉPTIMO: En esta oportunidad, luego de realizada la vista de la causa y habiéndose oído al efecto los alegatos de las partes, este Tribunal ha resuelto acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Lo anterior, pues la aplicación de los preceptos reprochados viola el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y, también, como consecuencia de aquello, 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”*.

OCTAVO: Antes de fundamentar la decisión estimatoria previamente anunciada, es menester señalar que para decidir así, este Tribunal no ha entrado a calificar la idoneidad de la investigación desformalizada que ha llevado el Ministerio Público, ni tampoco se ha detenido a evaluar la suficiencia de los motivos que ha tenido para no perseverar en ella. Es obvio, por cierto, que una decisión como ésta -cualquiera sea la naturaleza que se le atribuya- debe alcanzar estándares de



justificación a la altura de las actuales exigencias que el Estado de Derecho impone a las actuaciones de todos los órganos del Estado. Pero no nos corresponde, en esta sede o, al menos, en los términos en que se encuentra formulado el requerimiento, analizar o verificar que ese estándar se haya cumplido.

Tampoco está dentro de la atribución de control de constitucionalidad de preceptos legales, al tenor de la acción de inaplicabilidad intentada en estos autos, examinar la resolución judicial que ha tenido presente la comunicación de la decisión de no perseverar o la resolución que se pronuncie acerca de los recursos impetrados en su contra.

NOVENO: Despejado el punto anterior, en las consideraciones siguientes se hará referencia, en primer lugar, al derecho a la acción penal que tiene el ofendido por el delito, a sus fuentes constitucionales y algunas precisiones sobre su alcance (A).

Luego, se demostrará que el ejercicio de la facultad de no perseverar tiene una repercusión negativa en el anterior derecho del querellante (B), no existiendo resguardos – en el orden legal – que resulten suficientes y compatibles con el ejercicio del mismo (C). Dicha norma representa un obstáculo al ejercicio del mentado derecho. Finalmente, se expondrá una breve conclusión (D).

A.- EL OFENDIDO POR EL DELITO Y LA TITULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ACCIÓN PENAL. FUENTES CONSTITUCIONALES DE ESTE DERECHO Y ALGUNAS PRECISIONES SOBRE SU ALCANCE

DÉCIMO: Respecto de la titularidad del ofendido por el delito – víctima – respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece que tanto *“el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”* (énfasis agregado).

En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente dicho 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). Pertinente resulta destacar que en la discusión de la reforma aludida, se hizo hincapié en que *“la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”* (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

La jurisprudencia, por su parte, ha destacado 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.”
(Corte Suprema. Rol N° 12.908-14, de 12.08.2014).

DÉCIMO PRIMERO: De la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que 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.

DÉCIMO SEGUNDO: Por supuesto, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

Sin embargo, 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. No ha de perderse de vista que 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, pero no con una supuesta – más bien 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.

Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta 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.

DÉCIMO TERCERO: Igualmente, cabe precisar que reconocimiento del antedicho derecho no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del supuesto culpable.

El derecho del querellante – ofendido por el delito - es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva - por la vía de la acusación adhesiva o autónoma - con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia.

DÉCIMO CUARTO: Además, menester es señalar que es evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal – Ministerio Público – en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer igualmente la acción penal, en cuanto a la



posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público.

Si bien 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, el adverbio “igualmente” que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma – o también 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 – 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.

DÉCIMO QUINTO: Además, es necesario precisar 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 la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia – aun parcial – de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial.

DÉCIMO SEXTO: En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.

Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, 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.

DÉCIMO SÉPTIMO: Asimismo, este tribunal considera que el ofendido por el delito 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. Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como 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.

DÉCIMO OCTAVO: En vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la Constitución al ofendido por el delito, 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 de la homologación jurisdiccional.

DÉCIMO NOVENO: Además, resulta indiscutible 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, conclusión ésta que deriva lógicamente 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. En efecto, se afirma que *“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).

Luego, a propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación - artículo 258 del Código Procesal Penal – que como se ha dicho ya en esta sentencia es manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal que tiene el ofendido ex artículo 83, inciso 2º, de la Constitución, la doctrina se ha preguntado si:

“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito? Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2º CPE, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal. BASCUÑAN advierte que esta norma constitucional configura “un horizonte normativo enteramente nuevo”. Según este autor, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio público” (Horvitz y López (2002), T.1, pp. 296-297).

B.-EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR Y SU REPERCUSIÓN NEGATIVA EN EL DERECHO DEL QUERELLANTE A LA ACCIÓN PENAL. LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS CONSTITUYEN UN ÓBICE AL EJERCICIO DE DICHO DERECHO

VIGÉSIMO: En general, la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal.

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

VIGÉSIMO PRIMERO: Y es que el ejercicio de la función que el artículo 83 inciso primero de la Constitución confiere al Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, más allá de cualquier consideración doctrinaria o jurisprudencial al respecto, ha venido adoptando dos modalidades diversas.



Por una parte, aquellas investigaciones donde el Persecutor ejerce la atribución conferida en el artículo 229 y la formaliza, comunicando al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente la indagatoria en su contra respecto de uno o más delitos determinados; y, de otra, las investigaciones donde no se ha formalizado.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En cada una de estas dos hipótesis, tanto las potestades del Ministerio Público como las atribuciones del Poder Judicial y la situación de imputados y víctimas es diversa por variados motivos.

Uno de ellos dice relación con la concreción del derecho a la acción que la Constitución reconoce a los querellantes, en caso que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar, pues -cuando se trata de una investigación formalizada- el querellante puede solicitar al juez que lo faculte para formular acusación, conforme a lo dispuesto en el artículo 258 incisos tercero y cuarto del Código Procesal Penal, en tanto que -cuando no ha mediado formalización- el querellante queda desprovisto de este derecho, sin que pueda resolverse en sentido contrario por autoridad judicial alguna, quedando a merced de la decisión adoptada por el Persecutor Fiscal. Máxime si, conforme a la aplicación que la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores ha venido adoptando en esta materia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 370 del mismo cuerpo legal, al fin y al cabo, carece de recursos para impugnar lo así decidido.

VIGÉSIMO TERCERO: De modo que la decisión que adopta el Ministerio Público, de no perseverar en el procedimiento no resulta inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal, cuando se trata, como en caso sub lite, de una investigación desformalizada.

Desde luego, pues aquella *hace cesar la posibilidad de accionar penalmente*, impidiendo 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 relación a lo anterior, ha de remarcarse que dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “*decisión*” del Ministerio Público que se “*comunica*” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “no sólo la persecutoria del Ministerio Público” culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

Igualmente, cabe agregar que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas diligencias pendientes no



sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso.

Finalmente, la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa - solicitado por la defensa del imputado- respecto del delito en cuestión.

VIGÉSIMO CUARTO: De las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que 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 mediar control judicial de fondo - decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura.

VIGÉSIMO QUINTO: En cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), puede constituir un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo puede ser el artículo 259, inciso final.

VIGÉSIMO SEXTO: En efecto, aquella establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

La aplicación, sin más, de la exigencia dispuesta en este precepto, puede impedir la eficacia de la acción penal del querellante. Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podría llegar jamás a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, en ese entendimiento y esto sin perjuicio de lo que se razona en el considerando trigésimo octavo de esta sentencia, la situación que podría provocar dicha aplicación del precepto en comento, vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83, sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En cuanto a la impugnación del artículo 230 del Código Procesal Penal, es menester considerar que éste autoriza al Ministerio Público, de manera totalmente discrecional, a decidir cuándo se formalizará una investigación.

Es relevante considerar, a efectos de apreciar adecuadamente la trascendencia del precepto, que la formalización no constituye un acto que tenga como único destinatario el imputado.

En efecto, cabe tener presente, en primer lugar, que sólo desde la formalización, por ejemplo, el querellante puede preparar la demanda civil en el juicio penal (artículo 61). En segundo lugar, se requiere la formalización de la investigación para que el querellante pueda solicitar al Tribunal la prisión preventiva del imputado (artículo 140). Y, en tercer lugar, la víctima, a través del querellante, ve condicionado su derecho a ejercer la acción penal al hecho que el Ministerio Público formalice la



investigación contra el querellado. Sin dicha formalización, el querellante no podrá solicitar el forzamiento de la acusación de acuerdo al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal.

Es precisamente en consideración a esto último que la aplicación del artículo 230 (la decisión del Ministerio Público de no formalizar una investigación) y del artículo 248 letra c), en su conjunto, producen el efecto de privar a la víctima, a través de la figura del querellante, del derecho a ejercer la acción penal consagrada en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución;

VIGÉSIMO OCTAVO: En cuanto a la impugnación del artículo 261, letra a), del Código Procesal Penal, el cual en su frase final dispone: *“siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación.”*

En el mismo sentido del examinado artículo 259, este precepto establece un obstáculo para la efectividad de una acusación particular. De no declararse como inaplicable esta norma, junto a los preceptos ya impugnados, se mantendría la misma exclusión y condicionamiento del ejercicio de la acción penal al acto de formalización que, discrecionalmente, puede llevar a cabo el Ministerio Público.

C.-NO HAY RESGUARDOS PROCESALES SUFICIENTES Y COMPATIBLES CON EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA ACCIÓN POR PARTE DEL QUERELLANTE

VIGÉSIMO NOVENO: Según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, confiere al Ministerio Público se encuentra exenta de un control judicial efectivo.

Con ello se vulnera el derecho que al ofendido por el delito confiere el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, constatación que conlleva necesariamente la declaración del de inaplicabilidad de aquel, por ser la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto.

TRIGÉSIMO: No obstante lo clara que resulta la conclusión anterior, es menester referirse a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, para evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que le perjudique. En dicho sentido, se estimó en una de aquellas ocasiones, que *“Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal”* (STC Rol N° 2561, c. 55°).

Habiéndose acudido a aquellos como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC roles N° 1341 (considerando 63°) y 2680 (considerandos 47° a 55°) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos - en caso de empate - en las STC Roles N° 2561 (motivos 53 y siguientes del voto por rechazar) y 2858 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar), resulta necesario demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional



– ya explicado – que produce la aplicación del precepto reprochado en el caso de autos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: En las sentencias señaladas en el considerando precedente, se alude en los términos señalados, a los siguientes “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del Ministerio Público:

(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” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; sentencia rol N° 2680, considerando 13°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

(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.*” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

(3) El artículo 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que “*corresponderá al Fiscal Regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la Fiscalía Regional a su cargo.*” (Sentencia rol N° 1341, considerando 80°; motivo 54 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

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

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

(6) El control judicial anterior a la formalización de la investigación del artículo 186 del Código Procesal Penal (Sentencia rol N° 1341, considerando 84°; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia los considerandos vigésimo y vigésimo primero, resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción penal.

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



TRIGÉSIMO TERCERO: Dicha norma apunta a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Aquella no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado.

Entonces, 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. En aquel supuesto nacería 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

TRIGÉSIMO CUARTO: Respecto de esta norma, cabe advertir que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo.

Nuevamente, resulta patente la imposibilidad de 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. Lo anterior, pues la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la ley a una persona por su participación en un hecho ilícito y 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. De allí que este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerarlo 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

TRIGÉSIMO QUINTO: Sobre esta norma, cabe consignar que aquella establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo.

Sin embargo, el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre *“Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”*, obliga a que cada ejercicio de la facultad de no perseverar sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden a no perseverar en la investigación, ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación.

De lo anterior se sigue que la disposición en examen no constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la



práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.

Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

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

TRIGÉSIMO SEXTO: Por su parte, cabe señalar que esta disposición 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.

Como es obvio, la facultad 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)

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación.

Lo anterior, al no haberse formalizado previamente la investigación por el Ministerio Público. Es decir, aun cuando se alegue que el Código Procesal Penal permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la facultad de no perseverar, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del Ministerio Público, quien legalmente está autorizado para formalizar “cuando [lo] *considerare oportuno*” (artículo 230 del Código Procesal Penal).

TRIGÉSIMO OCTAVO: El problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución:

“Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal



que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del Ministerio Público para que los abogados particulares o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N° 358, Sesión N° 111, p. 23).

TRIGÉSIMO NOVENO: Abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación” (p. 78).

Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor.

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

CUADRAGÉSIMO: Respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar.

A lo que ha de agregarse que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales de primera instancia como de los tribunales superiores de justicia han restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal de forma tal de



excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que: *“El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que - objetivamente- pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante, por lo que, en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante; (énfasis agregado).* (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, considerando segundo).

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que: *“ el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal a favor del imputado y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.”* (énfasis agregado). (Considerando quinto, sentencia rol N° 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago).

En la misma línea de la conclusión anterior, cabe consignar que 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)

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: 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, se afirma que *“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).

D. ALCANCES FINALES

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Luego de todo lo que ha sido expuesto en orden a la estimación del presente requerimiento de inaplicabilidad, corresponde reiterar que cabe abordar el sistema procesal penal no desde el complejo normativo de rango legal, sino a partir de las normas constitucionales y los que efectos que ellas producen en las normas inferiores. Estas normas constitucionales son artículos 19 N° 3, 76 y 83.

De tal forma que, existe para todos los intervinientes, en todos los casos, el derecho a acceder a la justicia y a que se tutelen sus derechos fundamentales. Ello es garantizado con la posibilidad de acceder a los tribunales mediante el ejercicio de acciones, pero no debe olvidarse que también existe un derecho a que el querellante pueda poner en conocimiento y provoque finalmente el juzgamiento de sus pretensiones. De lo anterior se deriva que existe un derecho que conlleva la obligación correlativa de los tribunales de ejercer la jurisdicción.

Por ello, es posible concluir que la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunica al Tribunal su voluntad de no perseverar, no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés.



CUADRAGÉSIMO TERCERO: Es en la línea de lo anterior, que cabe entender que la aplicación que se ha venido haciendo de los preceptos impugnados, especialmente del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, pugna, efectivamente, con el derecho que la Carta Fundamental confiere a la víctima, pues el ejercicio de la acción no se satisface sólo cuando es posible iniciarla -querellándose-, sino que supone continuarla y poder desplegar los derechos que ella integra a lo largo del proceso para que sea cabal y oportuna la tutela judicial efectiva, a menos que sobrevengan actuaciones o hechos que le pongan término (como el abandono, el desistimiento o su desestimación por resolución judicial), pero no cabe admitir que ello pueda producirse por la decisión -no susceptible de ser controlada y, eventualmente, revertida por el Poder Judicial- del Ministerio Público.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Es importante destacar que no se trata, como pudiera erróneamente entenderse, de retrotraer la decisión de no perseverar comunicada por el Ministerio Público, forzándolo a una indagatoria que, cabe asumir seriamente, estima inconducente desde su perspectiva persecutora o situándolo, como se ha sostenido en estrados, ante la disyuntiva -eventualmente, improcedente, a su entender- en orden a formalizar como acto meramente instrumental o, incluso, a plantear el sobreseimiento.

La inaplicabilidad del artículo 248 letra c) no busca esos objetivos, pues no se trata de un control abstracto, sino que de un examen en el caso concreto donde, por aplicación de ese precepto legal, se vulnera el derecho que la Constitución confiere al requirente a proseguir su acción, acusando y, por ende, lo que la sentencia estimatoria debe alcanzar, lejos de revertir la opción del Ministerio Público -órgano constitucionalmente autónomo, entre otras cuestiones, para resolver si procede perseverar o no en una investigación-, es que se garantice y lleve a cabo el derecho a la acción del querellante en su faz acusatoria, a pesar de las decisiones que el Ente Persecutor adoptó en orden a no formalizar y a no perseverar.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: No resulta un obstáculo a lo anterior, el derecho del imputado a conocer por qué se lo ha investigado (desformalizadamente) y de qué se lo acusa, debiendo respetarse -sin duda- el principio de congruencia entre los términos de la querrela, la acusación y la sentencia, ya que, si bien "*[s]e podrá invocar como obstáculo para que el querellante pueda acusar, la falta de formalización, aduciendo que al no haber formalización no se produciría la congruencia que requiere el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, entre ésta y la acusación. Sin embargo, expresamente el artículo 248 inciso final del Código Procesal Penal, creemos, resuelve en parte el tema, al establecer como uno de los efectos de la decisión de no perseverar, precisamente, que "se dejará sin efecto la formalización de la investigación". Por consiguiente, siempre que se apruebe la decisión de no perseverar, nunca existirá formalización y en consecuencia, el principio de congruencia se limita, en este caso, al que deberá existir entre la acusación particular y la sentencia definitiva, como lo exige el inciso primero del artículo 341 del Código Procesal Penal*" (Nicolás Orellana Solari: "Comentarios sobre la Procedencia de Comunicar la Decisión



de No Perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la Investigación esté Cerrada y Formalizada de acuerdo a lo establecido en el Artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno”, *Ars Boni et Aequi*, N° 5, 2009, p. 76).

Esta sentencia, en todo caso, ha conjurado el riesgo de que el artículo 259, inciso final, y también los artículos 230 y 261, letra a), puedan ser invocados en términos de menoscabar el derecho que al querellante reconoce el artículo 83, inciso 2°, de la Constitución, al haber accedido a la declaración de su inaplicabilidad.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En suma, ésta sentencia estimatoria conduce a inaplicar el artículo 248 letra c), en conjunto con los artículos 230, el artículo 259, inciso final, y 261, letra a), todos del Código Procesal Penal, por lo que -a pesar de la comunicación del Ministerio Público- queda subsistente la investigación llevada a cabo desformalizadamente para que el querellante pueda, dentro de plazo y conforme a los requisitos legales, acusar, por lo que, al inaplicarse ese precepto legal, debe proseguirse conforme al orden consecutivo legal, de tal manera que “(...) *la querellante puede forzar la acusación, debiendo tenerse como hechos que servirán de base a los cargos que formule aquellos en que sustenta su querrela*” (c. 2°, Rol N° 1.615-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: En razón de lo argumentado a lo largo de la presente sentencia, no cabe sino concluir que la aplicación de los cuatro preceptos impugnados en autos, 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, motivo por el cual habrán de ser inaplicados y así se declarará.

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

SE RESUELVE:

- I. **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 230; 248, LETRA C); 259, INCISO FINAL; Y 261, LETRA A), DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1810029208-0, RIT N° 5058-2018, SEGUIDO ANTE EL OCTAVO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE**



**APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL ROL N° 5858-2020-PENAL.
OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA
EN AUTOS. OFÍCIESE.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, y de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

I.- IDENTIFICACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

1° En la causa rol N° 9796-20 el requirente Boris Alberto Saavedra Matte interpuso la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de los artículos 230; 248, letra c); 259, inciso final; 261, letra a), del Código Procesal Penal.

El objeto de dicha interposición es sustraer los mencionados preceptos legales de la decisión del caso concreto seguido en la gestión pendiente consistente en la causa penal seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago (rol 5058-2018), en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 5858-2020), por recurso de apelación, el que se encuentra pendiente de vista y fallo.

2° El requirente dedujo querrela criminal por los delitos de apropiación indebida de dineros y falsificación de instrumento privado, en contra de miembros de un comité de administración. Los querrellados habrían distraído para fines personales los fondos provenientes de los gastos comunes y falsificado los estados de gastos comunes para ocultar el fraude.

No estando formalizada la investigación, en audiencia de 6 de noviembre de 2020, se tuvo por comunicada la decisión de comunicación de no perseverar del Ministerio Público y se rechazó la solicitud de forzamiento de la acusación. En contra de la resolución, el requirente dedujo recurso de apelación, pidiendo que se dé curso al forzamiento de la acusación.

3° El conflicto constitucional planteado supone que la mencionada decisión del Ministerio Público, sostenida en los preceptos legales enunciados e impugnados, es contraria a los artículos 7° y 19 Nos. 2° y 3°, inciso primero, tercero y quinto, 76 y 83, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, por cuanto, en el caso concreto, la no formalización de la investigación y el ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, han anulado los derechos de la víctima en el proceso penal, dejándola en absoluta indefensión.



4° En cuanto a las disposiciones impugnadas éstas abarcan la facultad del fiscal de formalizar en el momento que lo considere oportuno, según lo indica el artículo 230 del Código Procesal Penal; la comunicación de la decisión de no perseverar indicada en el literal c) del artículo 248 del Código Procesal Penal; el principio de congruencia penal identificado en el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal y las facultades del querellante asociadas a la previa formalización, según lo regula el artículo 261 del Código Procesal Penal.

La deliberación que sostendremos en esta disidencia dice relación con identificar el eje central del conflicto de aquellos que son laterales, aun cuando no menos importantes. En tal sentido, describiremos el problema previo del cuestionamiento al principio de congruencia penal. De la misma manera, vincularemos la determinación sobre el momento de formalizar como una cuestión que está en la base de la discusión de fondo sobre la comunicación de la facultad de no perseverar.

II.- LA PROCEDENCIA DE CUESTIONAR LA OPORTUNIDAD DE FORMALIZAR Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

5° El requerimiento impugna de un modo amplio el **artículo 230** del Código Procesal Penal el que regula la:

“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.”.

6° En la perspectiva del requirente el cuestionamiento al mencionado precepto dice relación con el efecto inconstitucional que produce en la igualdad ante la ley, vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución, por cuanto la mencionada norma le otorga un poder discrecional arbitrario al Ministerio Público (“cuando considerare oportuno”) configurando un impedimento para el ejercicio de la acción penal pública (que le compete a la víctima y no al Ministerio Público entendido como una potestad excluyente y exclusiva).

7° El Tribunal Constitucional tiene una jurisprudencia consolidada sobre esta materia que ha devenido en el rechazo del mencionado precepto por las razones que enunciaremos. La base de estas estimaciones se refiere a las sentencias 815/2007; 1244/2008; 1337/2009; 1380/2009; 1445/2009; 1467/2009; 2510/2013; 2858/2015 y 4940/2018.



La primera cuestión es si es posible realizar una distinción entre las facultades del Ministerio Público respecto del marco de actuación de la víctima en el proceso. Esta diferencia emana directamente desde la Constitución, en las facultades que le otorga al Ministerio Público en las diferencias entre “investigación” y “procedimiento”, particularmente, desde el artículo 19, numeral 3°. En tal sentido, ya no se trata de identificar un mismo ejercicio, sino que en aquél que le corresponde al Ministerio Público pudiese otorgar el artículo 230 del Código Procesal Penal atributos arbitrarios.

En segundo lugar, en su artículo 83, “entrega la facultad de investigar los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, al Ministerio Público de modo exclusivo y que, por ende, las facultades de dirigir la investigación, investigar y formalizar no son otorgadas ni reconocidas a los particulares que intervienen en el proceso penal. Al crear el propio texto fundamental dos fases en la persecución criminal, el legislador está obligado a respetar la naturaleza de cada una de ellas y a establecer las garantías de racionalidad y justicia exigidas por la Constitución” (STC 2510, c. 13°).

En tercer término, esta facultad del Ministerio Público no puede ser compartida con particulares porque comprometería el sentido por el cual el Estado debe estar al servicio de la persona humana y dar seguridad y protección a la población.

En consecuencia, la actividad investigativa previa no es una causa que permita no hacer nacer la perspectiva de la igualdad en el proceso. No obstante, éste se difiere al momento del ejercicio de la acción penal pública, tanto por aplicación del artículo 19, numeral 2° como el N° 3 respecto de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En definitiva, más allá del cuestionamiento a todo el artículo 230 del Código Procesal Penal, el reproche se traslada a la facultad de la oportunidad con la cual define el Ministerio Público la facultad de formalizar. Esa oportunidad no está entendida en el momento de lo que mejor le plazca y bajo cualquier forma o medio. Esa oportunidad, por el contrario, se funda en la plausibilidad de sostener la acción penal en el tiempo habida cuenta de que concurren los elementos básicos para iniciar la actividad punitiva estatal respecto de un delito y una persona imputada. Esa exigencia de oportunidad lo torna en un momento respecto del cual no hay una cierta vuelta atrás en el orden de la investigación racional y justa.

8° Otras razones adicionales nos llevan a descartar la perspectiva de cuán decisivo es el cuestionamiento al artículo 230 del Código Procesal Penal.

Primero, porque como lo reconoce el mismo requirente, “la formalización de la investigación es un acto de comunicación en que el fiscal frente al juez de garantía, le informa al imputado, de los delitos que se le atribuyen y su grado de participación (Artículos 229 y 230 del C.P.P.), sin que la decisión del fiscal constituya una resolución



jurisdiccional” (fs. 8 del expediente). De este modo, no es susceptible de separar el artículo 230 del 229. De este modo, es irrelevante la inaplicabilidad de este artículo puesto que la facultad del Ministerio Público subsiste íntegramente en el artículo 229 del Código Procesal Penal.

Adicionalmente, la formalización de la investigación, al poner en manos del Ministerio Público el acto de comunicación al imputado del desarrollo de una investigación, se ajusta plenamente a la Constitución que encarga a dicho órgano la dirección exclusiva de esa misma investigación. La formalización modifica el parámetro de la investigación, puesto que le impone un límite temporal de concluir la dentro de dos años y a la vez da inicio a un conjunto de facultades para las partes, como la petición de diligencias que antes le estaban completamente vedadas.

Finalmente, no está explicado cómo puede incidir en su carácter decisivo el sustraerlo del juzgamiento respectivo.

9° En este ejercicio introductorio corresponde resolver una cuestión impugnada por el requirente.

Éste amplía el ámbito de los preceptos legales cuestionados al artículo 261, literal a) del Código Procesal Penal, el que indica lo siguiente:

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

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

10° Este precepto legal, en la perspectiva del requirente, ofrece un obstáculo insalvable al hacer depender de la formalización (“siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación”) el ejercicio de las facultades del querellante de un modo adherido o separado de la actividad del Ministerio Público.

Sin decirlo, pareciera entender que es un impedimento o gabela que obstruye el acceso a un derecho fundamental.

11° Sin embargo, como lo hemos sostenido, fundada la constitucionalidad de la decisión de formalizar en el marco de las potestades que la propia Carta Fundamental le atribuye al Ministerio Público, de un modo diferenciado de la víctima, parece lógico que el inicio del proceso mismo está en dicho acto de formalización. En consecuencia, los derechos procesales se ejercen de modo independiente con este acto de partida. En la perspectiva de estos disidentes, este punto de partida habilita, de un modo lógico, aquello que la norma predica, esto es, las facultades que le permiten al querellante sostener la teoría del caso del Ministerio Público u otra propia, en el



ámbito interpretativo de la diversa calificación de los hechos o de la imputación. En nada de ello, se puede ver un obstáculo, sino que el inicio de la etapa procedimental conducente a una decisión conforme al debido proceso.

12° De este modo, en el ejercicio de plausibilidad constitucional no se ve cómo pueda producir una infracción al artículo 19, numeral 2°, en ninguna de sus variables ni por aplicación isonómica de la norma por tratarse de intervinientes distintos reconocidos en posiciones diferentes desde la Constitución (artículo 19, numeral 3°, inciso 6° en relación con el artículo 83) y, por arbitrariedad, ya que se funda en esa diferencia un ejercicio razonable que habilita al ejercicio de una actividad pública que es parte de una atribución estatal que representa la *ultima ratio* de la reacción normativa frente a conflictos de apariencia *prima facie* penal.

III.- LA CUESTIÓN PREVIA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PENAL Y EL CUESTIONAMIENTO AL ARTÍCULO 259 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

13° El artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal dispone que: “la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”.

14° Este precepto legal cautela el principio de congruencia penal que vincula la formalización con la acusación previa y ésta con la sentencia condenatoria posterior. Entre ellas, debe haber identidad. Por lo mismo, la contracara de la disposición objetada es el artículo 341 del mismo Código, que en su inciso primero dispone que “la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ellos”. La formalización antecede a la acusación del mismo modo que la acusación es el requisito necesario de la condena, en caso de existir ésta.

15° Sin embargo, cabe precisar que la congruencia se desenvuelve sólo en el plano fáctico. No es posible extenderse a hechos, circunstancias o a la individualización de personas no formalizadas ni acusadas previamente. En consecuencia, queda libre de tal análisis el relativo a la calificación jurídica de los hechos. Dicho coloquialmente, podemos discrepar en el derecho y somos dueños de nuestras propias opiniones, pero no podemos tener nuestros propios hechos. La base sobre la que reposa el Derecho Penal y la Constitución, en particular, es que esa investigación “de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado” (incisos primero y tercero del artículo 83 de la Constitución) son los habilitantes para una interpretación normativa racional posterior.

16° El sistema acusatorio funciona sobre la base de que nadie puede ser condenado por una cuestión diferente a la que se ha sido acusado. La vinculación de la acusación con la formalización es la que identifica el inciso final del artículo 259 del



Código Procesal Penal. ¿Qué pasaría si desapareciese el deber de congruencia penal por ser inaplicable por inconstitucional dicha norma?

17° En esta parte del voto por acoger, nos indican que el requirente no quiere depender de la formalización del Ministerio Público, y por idénticas razones es que se ha impugnado el artículo 259 del Código Procesal Penal. En el fondo el problema es el mismo, puesto que lo que se pretendería salvar inaplicando esta norma es la necesidad de que haya existido una formalización, en el evento que el Ministerio Público haya decidido no realizarla. En efecto, si no se exigiera esa congruencia, se podría acusar sin que haya existido formalización.

18° Por eso quiénes acogen nos dicen que “la aplicación, sin más, de la exigencia dispuesta en este precepto, puede impedir la eficacia de la acción penal del querellante. Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no podría llegar jamás a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, en ese entendimiento y esto sin perjuicio de lo que se razona en el considerando trigésimo octavo de esta sentencia, la situación que podría provocar dicha aplicación del precepto en comento, vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo 83, sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia” (c. 26° de la STC 9999/2020 respecto del artículo 259 del Código Procesal Penal).

Rechazamos por todos los efectos inconstitucionales que generaría acoger la inaplicabilidad del artículo 259 inciso final

19° En esta parte no examinaremos el caso concreto, como tampoco lo hace la sentencia, puesto que lo único debatible aquí son los efectos jurídicos de sustraer el principio de congruencia penal de nuestra sistemática procesal.

Esta determinación confunde la discrecionalidad de la formalización, debatido en los artículos 248 y 261 del Código Procesal Penal, con la discrecionalidad en la calificación jurídica de los hechos, debatido tangencialmente con ocasión del artículo 259 del Código Procesal Penal.

Eliminar como inaplicable por ser un “obstáculo” a la formalización el principio de congruencia penal es afectar derechos constitucionales, convencionales y legales.

20° En cuanto a los derechos constitucionales, el principio de congruencia cautela la prohibición del juzgamiento “por sorpresa”.

En primer lugar, a través de la garantía de la imparcialidad del Tribunal. Si aparecen nuevos hechos en la condena estoy configurando en el mismo acto “acusación y condena” afectando el modo en que el propio tribunal conoció de los hechos.

En segundo lugar, afecta el derecho a defensa jurídica (artículo 19, numeral 3°, inciso segundo de la Constitución). La defensa del acusado se preparó sobre la base



de una acusación previa, basada en hechos sobre los cuales se realizó una formalización anterior. La transformación posterior modifica hechos, impidiéndole a la defensa hacerse cargo seriamente de la nueva acusación. Con ello, está ausente el principio de contradicción que permite una ponderación judicial debida. Condenar sin previa acusación fiscal es condenar sin fundamento ni defensa respecto de hechos desconocidos.

El principio de congruencia más que un derecho de un acusado es la obligación que pesa sobre la investigación a objeto que los hechos por los cuales se acusó y formalizó sean siempre los mismos. Este principio dispositivo del proceso penal entraña una regla del derecho a defensa. Es evidente que si no existiera esta congruencia podría terminar siendo acusada una persona por los hechos respecto de los cuales jamás podría haberse defendido (STC 1542/2010, cc. 5° y 6°).

En tercer lugar, porque afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizada en el artículo 19, numeral 3°, inciso 1°, puesto que abrogar el derecho a la congruencia entre formalización y acusación, implica que ya no existiría una “igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” de un modo que afecta la igualdad de armas entre el Ministerio Público, el querellante y el imputado.

En cuarto lugar, afecta el debido proceso, puesto que toda persona tiene derecho a un procedimiento racional y justo. No es racional impedir hacerse cargo de nuevas pruebas inculpatorias que justifican el juicio. Y no es justo, incorporar acusaciones respecto de las cuales no hemos tenido noticia alguna y que impiden preparar una adecuada defensa. La ausencia del principio de congruencia vulneraría el inciso sexto, del numeral 3°, del artículo 19 de la Constitución.

En quinto lugar, afecta el artículo 8° de la Constitución puesto que eliminar la congruencia en un juicio penal esencialmente público, eliminaría el deber estatal de informar previamente aquello sobre lo cual estoy acusado o formalizado.

21° También afecta derechos convencionales. Efectivamente, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone el acceso a garantías judiciales mínimas, dentro de las cuales “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”, sustentando un derecho de defensa material y no solo formal.

22° Adicionalmente, también importa una estimación de afectaciones puramente legales. Sustraer el deber de congruencia es modificar, sustantivamente, el régimen de las nulidades procesales. Hay que tener presente que puede configurar un motivo de nulidad absoluta (artículo 374, literal f), del Código Procesal Penal).

23° En síntesis, compartimos la reflexión emanada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español de defensa del principio de congruencia penal puesto que “la razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la



acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo; 17/1988, de 16 de febrero, de 28 de febrero y 95/1995, de 19 de junio). En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre).” (Sonia Calaza López, “Principios rectores del proceso judicial español, Revista de Derecho UNED, NÚM. 8, 2011, p. 74.)

24° En consecuencia, sirvan estas razones para desestimar el requerimiento en lo que dice relación con el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal. Hemos demostrado que la liberación de un “obstáculo”, como sería respetar el deber de congruencia penal, genera peores consecuencias constitucionales, convencionales y penales que las que se pretenden remediar, tanto cualitativa como cuantitativamente.

IV.- LA SENTENCIA QUE ACOGE EL REQUERIMIENTO EN ESTE CASO

25° Tres tipos de argumentos da esta sentencia para acoger el requerimiento. Uno relativo al estatuto constitucional del ofendido por el delito y su titularidad. Un segundo, relativo al ejercicio de la facultad de no perseverar y su repercusión negativa en el derecho del querellante a la acción penal. Y uno tercero, que cuestiona que los resguardos legales de la decisión de no perseverar que ha adoptado el Ministerio Público sean efectivos.

La sentencia no hace referencia alguna al caso concreto a efecto de verificar cómo aplican estos criterios al asunto traído a autos.

26° En cuanto al estatuto constitucional del ofendido por el delito y la titularidad del derecho a la acción penal, la sentencia argumenta los siguientes tópicos:

- El derecho del ofendido por el delito a ejercer la acción penal.
- El ofendido como distinto al Ministerio Público.
- Que este derecho no contiene un efecto de resultado necesario, sino que solo a un ejercicio mismo de la acción penal.
- El derecho del ofendido no puede quedar enteramente supeditado al Ministerio Público.
- La exclusividad de la función constitucional del Ministerio Público debe estar sujeta a control judicial.
- El ofendido por el delito representa un interés público.
- En consecuencia, puede forzarse la acusación por el ofendido.



27° En lo relativo al ejercicio de la facultad de no perseverar y su repercusión en el actuar del querellante, la sentencia nos dice lo siguiente:

La decisión de no perseverar es una decisión administrativa del Ministerio Público que pone “término a la acción penal”.

Es una decisión sin control judicial, aún existiendo diligencias pendientes.

El artículo 261 del Código Procesal Penal exige formalización previa vulnerando el derecho a la acción.

28° Finalmente, en cuanto a los resguardos y equilibrios con los que procede el Ministerio Público en el ejercicio de la facultad de no perseverar, esta minoría insistirá en que no han sido desvirtuados los argumentos sostenidos antes como sentencia. Asimismo, el ejercicio abstracto de la decisión revela que no hay una forma práctica de realizar ese tipo de respuestas.

V. CAMBIO JURISPRUDENCIAL QUE RATIFICA ESTA SENTENCIA

29°. Discrepamos de esta decisión, que viene a ratificar un cambio en la jurisprudencia de este Tribunal que ha rechazado requerimientos de inaplicabilidad análogos al fallado en estos autos, ya indicados en la sentencia.

Quienes suscribimos este voto queremos dejar constancia, en esta disidencia, de que este cambio jurisprudencial no sólo tiene consecuencias en el caso concreto que debe ser vinculado con la acción constitucional deducida en esta causa, sino que, también, con el modelo que estructura el Código Procesal Penal en armonía no sólo con las directrices dogmáticas de un modelo adversarial y acusatorio reformado, sino que con la arquitectura que, a dicho efecto, ha moldeado la Constitución, que, estimamos, reafirma la potestad del Ministerio Público para ejercer la decisión de continuar con una indagatoria cuando, de los antecedentes de su investigación y en ejercicio del principio de oficialidad y de la objetividad que debe guiar su actividad, no cuente con fundamentos para sustentar una acusación o, por el contrario, impetrar el sobreseimiento definitivo.

La solución de la sentencia genera una fórmula binaria para ejercer la acción penal pública: o el Ministerio Público acusa (exigiéndole implícitamente que se forme convicción de la existencia de un hecho punible y de la participación del acusado en el mismo) o pide el sobreseimiento, que genera efecto de cosa juzgada penal, en ambos comprometiendo el principio de objetividad e imparcialidad que debe guiar el actuar del Ministerio Público. De inaplicar la facultad de no perseverar por el Ministerio Público no surge, como contrapartida, que sea la parte querellante la que pueda ejercer por sí sola acción penal reemplazando al persecutor penal.

30°. Este cambio jurisprudencial genera un enfoque distinto para conceptualizar la forma en que se desarrolla el ejercicio de la acción penal pública en Chile. Desde la Constitución se ha configurado un sistema que descansa en una



comprensión básica: la acción penal es, precisamente, pública, y su ejercicio descansa en forma primordial en las decisiones que, en el marco de la política criminal previamente definida por el legislador democrático en armonía con la Constitución, ha definido el Ministerio Público. La sentencia de esta causa sostiene la necesidad de dejar supeditadas decisiones administrativas a la estructura jurisdiccional, cuestión que, tanto en una línea argumental de texto como desde la doctrina, es compleja.

31°. Esta decisión se enmarca en una visión que estima como constitucional una mayor ampliación de las facultades de la víctima querellante. Ello hace necesario desarrollar brevemente ciertas cuestiones relativas al proceso penal y la vinculación de quienes están llamados a intervenir en éste.

VI. NATURALEZA Y FIN DEL PROCESO PENAL

32°. El proceso penal puede conceptualizarse como el ciclo de actos normados que nacen con el fin de establecer, en el marco del debido proceso, una pena o medida de seguridad a una persona si se constata la ocurrencia de un delito y con cumplimiento obligatorio establecido por la autoridad. El proceso busca conocer la verdad procesal a través del desarrollo de medios probatorios obtenidos en apego a las garantías fundamentales y que tiene, en la sentencia del juez, el paso cúlmine para privar de derechos fundamentales a una persona, de ser acogida la pretensión punitiva.

Por lo expuesto, el *ius puniendi* del Estado se realiza a través de un proceso inequívocamente de naturaleza pública. La exclusividad del derecho al castigo es de resorte social y encuentra fundamento directo en la Constitución, a través de su artículo 83. Para ello, se ordena que “la investigación sea justa y racional”, conforme lo exige el inciso sexto, del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, principalmente para la persona imputada por el Estado, que debe orientar el proceso bajo esos criterios desde la primitiva denuncia hasta la completa ejecución de la eventual sanción.

33°. En un esquema clásico, el proceso penal sólo estaba enfocado en la relación que se concretiza en la interacción, por un lado, del Estado, interesado en que se aplique una pena por un juez y por otra, del imputado, quien puede defenderse a través de abogado de los cargos que sobre él se formulen, y que tiene en Chile sustento constitucional en el artículo 19 N° 3, inciso segundo. Es una triple praxis entre acusador, defensor y juez.

No obstante dicho esquema, durante el siglo XX la víctima adquirió mayor relevancia para participar en el proceso penal. La doctrina ha estudiado en profundidad este tránsito, en tanto el ofendido tuvo protagonismo en épocas primitivas y luego fue neutralizado con el establecimiento de la soberanía estatal [Bovino, Alberto (1998). “La participación de la víctima en el procedimiento penal”. En *Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del



Puerto, p. 415.]. La víctima pasó a contar con derechos en el proceso penal, cuestión que se consagró vinculada con la idea -no modificada- de establecer la persecución y juzgamiento de los delitos como una política exclusiva y excluyente del Estado.

Lo indicado no fue simplemente una concesión de prerrogativas. Se enmarcó en un importante tránsito para dotar al imputado de garantías fundamentales para enfrentar la investigación penal llevada a cabo por el Estado. Pero, la discusión durante la segunda mitad del siglo XX se enmarcó en dos cuestiones: la posibilidad de establecer igualdad de armas entre víctima e imputado y, como corolario inequívoco, sustraer desde el principio de oficialidad que demandaba la investigación y sanción de todos los casos luego de un juicio, a la posibilidad de negociar salidas alternativas al proceso.

34°. En dicho debate doctrinario, recogido por diversas legislaciones procesales penales, tanto continentales como anglosajonas, se enmarca la discusión respecto de las facultades del Ministerio Público para no avanzar en una investigación por no contar con suficiente prueba para sustentar una acusación y, como contrapartida, permitir que la víctima ejerza acción penal pública. Esta última cuestión es compleja, dado que la víctima acciona en el marco de su propia pretensión, no representando a la sociedad en el marco del desvalor asociado a la contravención penal, por lo que, bajo ningún respecto, ejercería acción penal *pública*.

Esta última cuestión ha sido fuertemente discutida. Por un lado, se ha debatido que la participación de la víctima pueda ser comprendida dentro de los objetivos a perseguir por un sistema que, en su estructura, tiene como fin la sanción punitiva del Estado, esto es, la realización del Derecho penal sustancial, lo que sería ajeno a las necesidades de contar con una víctima activa y con plena injerencia en el proceso.

Pero este argumento encuentra eco parcial en el sistema. Los artículos 53 y siguientes del Código Procesal Penal distinguen las formas en que se ejerce la acción penal: pública, pública previa instancia particular o privada, reconociendo activamente instancias procesales para la víctima y su faz querellante. Pese a ese matiz, el sistema chileno sigue conceptualizando, como regla general, la persecución penal entendida como una política pública, oficial y excluyente en manos de un órgano que la realiza en nombre del Estado.

35°. Por ello, el legislador, para tender a generar igualdad de armas entre el persecutor y el imputado concretiza, por ejemplo, el deber del Ministerio Público de poner toda la información y antecedentes de cargo a disposición del imputado antes de la apertura del juicio (artículo 260 CPP), o la obligatoriedad de la defensa técnica, incluso provista por el Estado (artículo 8° CPP). Por otro lado, y desde un punto de vista material, el acusador debe vencer el obstáculo que supone la carga de la prueba y la superación de un estándar de convicción. Conforme al artículo 340 del Código Procesal Penal, sólo puede dictarse dictar sentencia condenatoria cuando se adquiera convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la existencia del hecho punible objeto de la acusación y de la participación culpable del acusado.



36°. Estando el proceso penal destinado a la comprobación del hecho delictivo, imponiendo la pena por medio del proceso [Lima, Aury (2000). “Fundamento de la existencia del proceso penal”. Revista de Derecho Procesal N° 1, pp. 21-48, p. 21], éste debe ser su principal fin, utilizando los ciudadanos la tutela judicial del Estado, ya que han delegado a éste la represión de las conductas delictivas. Esta es la razón que hace nacer el *ius puniendi* como institución. Ello evidencia el carácter instrumental del proceso penal a efectos de imponer, eventualmente, una pena o medida de seguridad. Esa es su razón de ser, en tanto, como enseña Mirjan Damaska, el proceso penal es concebido como una política de Estado para la eventual aplicación de la sanción que, antes, determinó el legislador democrático [Damaska, Mirjan (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal)*. Andrea Morales Vidal (trad.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 345-346.]

Por lo señalado, es que el proceso es el camino necesario para la pena [Lima (2000), p. 25.], estando definida su instrumentalidad en función del Derecho penal y de la sanción. Así, no hay delito sin pena, ni pena sin delito y proceso, ni proceso penal sino para determinar el delito y actuar la pena [Lima (2000). p. 26, como aplicación de la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*]. Estas razones fundamentan el principio de necesidad del proceso, siendo sus características la exclusividad estatal del Derecho penal, de los tribunales y de la actividad procesal-[Lima (2000) 26].. Esta instrumentalidad del proceso penal es la razón misma de su existencia, y le permite desarrollarse como un sistema de protección de los derechos y garantías individuales.

VII. IUS ET PROCEDATUR: LA ACCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

37°. Como bien ha fallado la jurisprudencia española, a las víctimas no les corresponde el derecho a la pena o a su aumento, lo que es exclusivo del sentenciador luego de un debido proceso legal, sino que acceso al proceso mismo en que ello se decidirá. Como una manifestación del monopolio estatal de la sanción, a los ofendidos se les entrega el *ius ut procedatur*: el derecho a accionar de conformidad con las reglas del proceso justo, obteniendo una respuesta razonable y fundada en derecho [Chocrón, Ana (2008). “Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal español”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLI, N° 122, p. 697; Sánchez, María Aquilina (2003). “Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Vol. XXI, p. 603], pero en que el monopolio lo tiene el persecutor público respecto del impulso procesal acusatorio.

38°. Dicha idea de la tutela judicial efectiva está consagrada en el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, entregando el derecho a la acción por parte del ofendido junto a la principal, ejercida por el Ministerio Público. La Constitución establece, en dichos términos, que “[e]l ofendido por el delito y de las demás personas que establece la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.



Lo último no debe aproximarnos a una idea que no puede tener asidero doctrinario ni constitucional, esto es, que puede existir igualdad de armas en la relación procesal penal entre imputado y ofendido. Y ello se enmarca en la sistemática de funcionamiento del Código Procesal Penal vigente. El cambio, por ejemplo, del abandono de la acción popular que establecía el antiguo inciso primero del artículo 93 en el Código de Procedimiento Penal de 1906 a una acción del querellante teniendo como legitimario activo sólo al ofendido, su representante legal o heredero testamentario, es una concretización de lo indicado.

39°. Ahora bien, del hecho de que el Estado se hubiese adjudicado el monopolio de lo penal, su ejercicio no puede desatender la necesidad de justicia que el ofendido legítimamente tiene, en tanto titular del bien jurídico lesionado [Hirsch, Hans Joachim, “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal”. En *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc: Buenos Aires, 199, p. 100.]

Por ello no se sostiene, rechazando el requerimiento de estos autos, una nula participación de la víctima en el proceso penal. Una cuestión así es impracticable y contraria al mandato del artículo 83 de la Constitución, que ha dotado a la víctima de acción penal en conformidad con la ley.

40°. La opción del legislador procesal penal chileno fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador- pero que se acota a su interés privado. Así, **a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público** [Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.]

VIII. LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR EN EL PROCEDIMIENTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

41°. Tal como lo señaló la sentencia de estos autos, el Tribunal Constitucional ha conocido en diversas oportunidades, vía acciones de inaplicabilidad, impugnaciones al artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, todos antiguamente desestimados ya sea por mayoría de votos, o en empate. Quienes suscribimos este voto disidente reafirmamos dicha jurisprudencia que, estimamos, se aviene con la Constitución y el modelo institucional que instaura la Reforma Procesal Penal vigente escalonadamente en Chile desde el año 2000.

a. **Las facultades del Ministerio Público se deben interpretar a la luz de su respeto a la Constitución y a la ley, la que contiene la atribución exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delitos**



42°. En términos generales, la jurisprudencia ha señalado diversas cuestiones que, a nuestro juicio, mantienen plena vigencia en esta causa, centrándose en un argumento que resulta fundamental para la resolución del conflicto constitucional de autos: las potestades que, de forma exclusiva y excluyente ejerce el Ministerio Público, no están ajenas a la exigencia de que sean desarrolladas con apego a la Constitución y la ley, dado que discrecionalidad no se asocia a arbitrariedad. Los lineamientos generales que, desde esta formulación se disgregan, serán analizados a continuación.

43°. Conforme la sistemática del Código Procesal Penal, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación es necesario que se cumpla con una serie de requisitos previos. **No es una decisión que puede tomarse en forma infundada o sin mérito.** Existen elementos que reglan la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos exista discrecionalidad.

Así, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas *“las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”*. Luego, que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los diez días siguientes a dicho cierre respecto de tres fórmulas: acusar (ejercer acción penal con una pretensión punitiva), no perseverar o solicitar sobreseimiento. De no perseverar, y en el marco del cierre de la indagatoria, es preciso que, habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación.

También es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia especialmente convocada con ese objeto y por solicitud del fiscal. Y allí surge el problema que, conforme lo señala la requirente de inaplicabilidad y es recogido por esta sentencia, generaría una contravención a la Constitución: la decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía. Como se expuso en STC Rol N° 1341, dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la estructura del Derecho procesal penal vigente en Chile. Luego de la Reforma Procesal Penal se separan del todo las funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos. Someter, por el contrario, a la aprobación del juez de garantía la decisión del Ministerio Público, implica, en necesaria consecuencia, que el sentenciador realiza un análisis de mérito en la forma, condiciones y decisiones que han guiado la actividad investigativa, cuestión que es privativa y exclusiva del Ministerio Público, en tanto ejerce acción penal pública y no hace, sino que recoger el mandato constitucional del artículo 83. La jurisprudencia de este Tribunal así lo ha recogido:

i) “El Constituyente ha establecido un órgano con autonomía para el ejercicio de la persecución penal pública, dotándolo de diversas atribuciones en el contexto de la exclusividad con que cuenta en la investigación de los hechos punibles y los que determinen la participación culpable, conforme al principio de objetividad, que si bien implica razonable discrecionalidad para el cumplimiento de su rol público, está



siempre sujeto a la constitucionalidad y legalidad, así como al necesario control jurisdiccional". (STC Rol N° 6735, c. 20°, recogiendo la jurisprudencia previa de STC Rol N° 2680, c. 19°; y la resolución de inadmisibilidad recaída en Rol N° 6216, c. 13°).

ii) "El rol exclusivo del Ministerio Público en la persecución criminal no supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales". (STC Rol N° 1.341, c. 12°).

iii) "(...) el hecho de separar las facultades investigativas de las jurisdiccionales no significaba que sólo las cuestiones propiamente jurisdiccionales debían respetar los parámetros establecidos por la Constitución, mientras que las cuestiones investigativas quedaban a salvo de toda regulación. Al contrario, el Constituyente se preocupó de ampliar la exigencia de un proceso racional y justo, estableciendo tal mandato en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, plenamente aplicable a la investigación procesal penal". (STC Rol N° 1341, c. 24°).

iv) "(El Ministerio Público) como todo órgano del Estado, por autónomo que sea constitucionalmente, debe respetar las atribuciones y la legalidad que rige a otras instituciones" (STC Rol N° 2934, c. 12°).

v) "Durante la tramitación legislativa se consideró que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional. La víctima respecto de la cual se ejerce la facultad de no perseverar, no queda en la indefensión, ni tampoco la aplicación de dicha facultad por parte del Ministerio Público vulnera su derecho a la defensa, su derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos ni la obligación del Ministerio Público de investigar.". (STC Rol N° 1341, c. 56).

44°. Esta síntesis jurisprudencial denota una cuestión clara: no se trata de asumir que el Ministerio Público desarrolle su actuar investigativo para establecer el hecho punible y la participación culpable, fuera de los límites del ordenamiento jurídico; por el contrario, la sistemática que regula la legalidad de los medios probatorios y la sanción del recurso de nulidad refuerzan que existe un control de la legalidad de su actuar y el respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes.

El problema se vincula con un acápite muy específico: la posibilidad de que sea el juez de garantía quien, previo a que el fiscal adjunto del Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar, efectúe un análisis de mérito de esta decisión y, eventualmente, la permita o rechace, para recién ahí, el persecutor comunique su decisión administrativa. Justamente, el artículo 83 de la Constitución nos recuerda que el Ministerio Público "en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales", lo que supone su libertad para adoptar previamente las decisiones administrativas.



b. El Ministerio Público se rige por el principio de objetividad y se enmarca dentro del control jurisdiccional de la afectación de derechos de terceros

45°. Frente a lo anterior es necesario definir ciertas cuestiones en las que hay acuerdo: el control jurisdiccional debe existir siempre que haya la posibilidad de que determinadas actividades de investigación afecten derechos fundamentales de terceros, en el contexto de la indagatoria. Que al Ministerio Público le rige el principio de objetividad, por lo que, so pena de incumplir su rol y deber constitucional, debe investigar tanto lo que inculpa como lo que exculpa. Que, por tanto, una investigación cerrada debe implicar, en el contexto de la responsabilidad administrativa que puede pesar sobre el fiscal adjunto, el despliegue de todas las indagaciones conducentes a, eventualmente, acreditar el ilícito denunciado y la participación que en el mismo le podría corresponder al imputado.

Por lo mismo, el mecanismo consagrado en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal no es definitivo ni concluye irremediabilmente la causa, y en esos términos se ha dicho que representa la “procedimentalización de un estado intelectual de duda” - sentencia de la Excm. Corte Suprema Ingreso N° 24.698-20.

c. Los derechos de las víctimas son un supuesto siempre, pero en este caso no está en juego el igual ejercicio de la acción penal

46°. A juicio de quienes disentimos, el conflicto constitucional accionado en autos no guarda relación, no obstante lo desarrollado en la sentencia, tanto con la mayor o menor facultad que el sistema procesal penal le otorga a la víctima del delito. Ésta puede “ejercer igualmente la acción penal” (artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querrela; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).

d. ¿Solo acusar o sobreseer? Los efectos de eliminar la atribución de no perseverar en la investigación y su irrelevancia para el caso concreto

47° Si el argumento es que la víctima querellante no puede “ejercer igualmente la acción penal”, en tanto el Ministerio Público ha solicitado audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en la investigación y dicha decisión, sin que la causa esté formalizada, le imposibilita a la querellante, luego, forzar acusación y sostener por sí sola la acción penal, el problema no se resuelve por la vía de inaplicar la norma que posibilita al Ministerio Público comunicar decisión de no perseverar.



Ello reducirá la solución a dos caminos para el persecutor público: o acusa o pide sobreseimiento definitivo. Y no puede hacer lo primero si, desde el cumplimiento irrestricto que debe al principio de objetividad, no mantiene elementos probatorios para sostener una acusación; y, tampoco lo segundo, si no cuenta con antecedentes que le permitan formarse convicción, por ejemplo, desde el listado que formula el artículo 250 del Código Procesal Penal, de que el imputado es completamente inocente de la imputación que hizo nacer la indagatoria.

La Constitución le exige, ahora desde el artículo 19, numeral 3°, que la investigación sea “racional y justa”. No es un estándar de racionalidad carecer de los elementos necesarios para activar un proceso penal al margen de una investigación sólida. No es racional sustituir la investigación por la voluntad persecutora de la víctima. Y no es justo formalizar un proceso penal dirigido en contra de un imputado respecto del cual no existe convicción alguna de su participación desde el inicio.

En este punto se debe hacer notar que el Código Procesal Penal no recoge una hipótesis de sobreseimiento temporal como las reguladas en el artículo 409 N°1 y N° 2 del Código de Procedimiento Penal, de suerte que aquel sobreseimiento sólo es posible en aquellas circunstancias que recoge el artículo 252 del primero de los códigos mencionado.

48°. La inaplicabilidad acogida no permite al juez de garantía rechazar la comunicación de no perseverar en la investigación que realice el fiscal; sólo la elimina del sistema y deja al persecutor con dos posibilidades, ya referidas. Desde esta inaplicabilidad, en los términos en que ha sido acogida y fallada, no se posibilita que, luego, la parte querellante pueda sostener acción penal forzando acusación, ya que ello transformaría la sentencia de autos en un mecanismo de modificación arquitectónica del proceso penal vigente, en que siguen subsistiendo mecanismos como la congruencia, en que la acusación, tratándose de delitos que están clasificados bajo la fórmula de acción penal o acción penal pública previa instancia particular, exigen congruencia entre formalización, acusación y sentencia, presentándose el recurso de nulidad que contempla el artículo 374, literal f) del Código Procesal Penal, como una sanción a la vulneración a dicho principio.

Ejercer la decisión de no perseverar en el procedimiento, a diferencia de lo sostenido por la sentencia, no puede entenderse como una decisión que, a todo evento, sea perjudicial a la víctima. En el rol del Ministerio Público debe primar, siempre, el ejercicio de la acción penal conforme la Constitución y la ley, a través del principio de objetividad. Este principio no está en contra del imputado o de la víctima; es un deber imperativo de actuación. Entregar una decisión de esta naturaleza a la ponderación jurisdiccional puede significar, en la práctica, acusaciones en que la objetividad decae, en tanto una acusación del Ministerio Público exige convicción en el fiscal que sostiene la acusación, en todos los casos en que ésta se presenta, de la existencia del hecho punible y de la participación culpable de la persona que es acusada y respecto de quien se sostiene pretensión punitiva.



49° En el mismo contexto, disentimos de lo razonado por la sentencia, en tanto se argumenta que el Ministerio Público podría comunicar su decisión de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. No debe dejar de considerarse que la comunicación de no perseverar se origina, necesariamente, siempre, en todos los casos, en una indagatoria cerrada, en que se desplegó actividad investigativa por el fiscal adjunto, y que ésta no permitió acreditar hecho punible ni participación, en los términos de la *notitia criminis* que originó dicha indagatoria. Allí está el corazón del principio de objetividad y del cumplimiento responsable de los deberes esenciales de la actividad que realizan los fiscales adjuntos. Por ello no puede, en derecho, estimarse que una indagatoria cerrada cuente con diligencias pendientes que, eventualmente, permitan sostener una acusación. Cuestión diversa es que, una vez comunicada la decisión de no perseverar, surjan antecedentes para reabrir la indagatoria y eventualmente sustentar acción penal. Ello es paradigmático en los delitos de connotación sexual, imprescriptibles desde la vigencia de la Ley N° 21.160, puesto que los antecedentes probatorios pueden surgir muchos años después de la original denuncia o develación de la víctima.

50° Luego, también disentimos del otro argumento desplegado en la sentencia. En ella, al cuestionar que la decisión de no perseverar puede imponerse por sobre la convicción del juez de garantía en torno a desechar sobreseer definitivamente una investigación, no considera que ello es consecuencia de una cuestión no vinculada con la institución de no perseverar: es la resolución de un juez que, en los términos del artículo 250 del Código Procesal Penal, no estimó que el hecho investigado no era constitutivo de delito; o que no está establecida *claramente* la inocencia del imputado, entre otras hipótesis. Denegar un sobreseimiento definitivo en caso alguno puede significar que, del mérito de los antecedentes de la investigación, en el momento en que es discutido el sobreseimiento, surja con claridad la acreditación del hecho y de la participación punible. El juicio de sobreseimiento genera cosa juzgada en materia penal, por ello requiere un estándar de convicción alto no sólo para inactivar la indagatoria, sino que para que ésta se cierre del todo y se imposibilite su eventual nueva apertura.

51°. Por tanto, no se trata de sustraer al Ministerio Público del control jurisdiccional en los casos en que exista eventual vulneración a los derechos fundamentales de los intervinientes o de terceros afectados; de que su actividad investigativa no sea “racional ni justa”; o que la sistemática vigente incumpla con la posibilidad de que el ofendido por el delito accione en conformidad con la ley. Por el contrario, a través de estos autos se evidencia una discrepancia con la decisión legislativa y constitucional de instaurar un modelo acusatorio reformado, en que es un ente dotado de autonomía constitucional el encargado de ejercer acción penal pública, separando con absoluta claridad las facultades de investigación y juzgamiento. Por ello no podemos compartir lo razonado, en orden a que la ponderación jurisdiccional –antes de la sentencia- de la suficiencia de las pruebas es



una cuestión del todo ajena al modelo procesal penal chileno y que sí existe, como contrapartida clara, en el caso de que se autorice a la querellante a forzar la acusación, en tanto el Estado persecutor penal ha decidido no ejercer acción y ésta, en lo sucesivo, pasará a ser detenida por un particular. Ello sí requiere un inequívoco juicio de mérito dado que, como se enunció *supra*, se dota de persecución penal a la víctima querellante. Se le entrega el ejercicio de un rol que, antes, está reservado al Estado.

En dicho contexto, la decisión de inaplicar la facultad de no perseverar en la investigación significa que, en la práctica, **se busca generar en vía jurisdiccional un control de mérito del contenido y avance de la indagatoria fiscal**. El problema de la causa, más bien, y que se vincula estrechamente con lo argumentado por la requirente de inaplicabilidad, es la negativa del fiscal adjunto a formalizar la investigación respecto de la parte querellante, no obstante, a su juicio, haber reunido suficiente evidencia del hecho ilícito y de la participación punible.

Pero ello excede el marco de la acción de inaplicabilidad deducida y del conflicto constitucional que ha sido sometido al conocimiento y resolución de este Tribunal.

52° Finalmente, la sentencia centra su examen en que los resguardos a favor de la víctima no serían tales y describe 6 vías.

Primero, el artículo 5° de la Ley 19.640 (*“el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”*) que desestima porque *“no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima”*.

Segundo, el artículo 7° de la Ley N° 19.640 (*“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”*) que apunta a la *“responsabilidad disciplinaria”* del fiscal que promueve la facultad de no perseverar con lo que no se garantizan los derechos directos de la víctima.

Tercero, el camino del artículo 32 literal b) de la Ley N° 19.640 (*“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”*) que en el ámbito administrativo permite entender como no razonable que la misma autoridad consultada y que aprueba previamente sobre la facultad de no perseverar, sea la que termine pronunciándose sobre la responsabilidad administrativa.

Cuarto, la procedencia de la reapertura de la investigación del artículo 257 del Código Procesal penal, la que no aplicaría porque no hay controversia.

Quinto, la disposición del artículo 258 sobre forzamiento de la acusación, que nuevamente la sentencia estima como no relevante frente al impedimento de no formalizar.



Sexto, la disposición del artículo 186 en cuanto al control judicial anterior a la formalización de la investigación. Lo que para la doctrina y variada jurisprudencia sólo se estimaría como un beneficio para el imputado y no para la víctima.

53° Detrás de estas observaciones sobre las dificultades para el resguardo de los derechos de las víctimas parece sostenerse una dimensión unilateral del sentido del proceso penal como un ejercicio de resarcimiento de intereses de ésta.

Tal perspectiva olvida que los hechos y la verdad judicial son “la condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa” (Taruffo, Michele (2008), La prueba, Marcial Pons, Madrid, p. 23] En materia penal, la intensidad de los bienes jurídicos en juego exige desde el inicio una construcción procesal que reivindique el sentido público del mismo, puesto que la activación de la maquinaria represiva estatal aparece como una manifestación de última razón.

En consecuencia, nada impide que un ejercicio fiscal inadecuado, autorizado bajo determinadas condiciones por el Fiscal Regional, no pueda ser resuelto de un modo favorable para las víctimas o sus representantes.

En síntesis, no existe un derecho a todo evento de satisfacción de esos intereses porque la función del proceso es verificar la verdad procesal conducente a su ponderación reflexiva.

IX.- APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO

54° El **requerimiento es improcedente**. El requirente impugna un conjunto de preceptos legales relativos a las posibilidades de actuación del querellante en el proceso penal, lo que constituye un reproche abstracto y de carácter genérico a la forma en que el legislador reguló la intervención del querellante en el proceso penal.

55° **Presenta cuestiones de mera legalidad y la norma ya se aplicó**. El requerimiento plantea un conjunto de cuestiones que apuntan a tener por acreditado que la decisión del persecutor penal de no perseverar carece de fundamentos, sobre la base de que existen antecedentes serios y que los hechos que motivan la querrela se encuentran sobradamente probados. Pues bien, el análisis de estas cuestiones importa controlar la actuación del fiscal, lo cual no es competencia del Tribunal Constitucional, sino de los jueces del fondo.

En el caso concreto, como lo sostiene el Ministerio Público, “se trataría de un recurso de apelación pendiente ante la respectiva Corte de Apelaciones, habiendo tenido lugar el cierre de la investigación y la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, lo que deja a la vista la falta de oportunidad del requerimiento en esta parte, y asimismo, que el precepto no provoca ni puede provocar a estas alturas los denunciados efectos contrarios a la Constitución” (fs. 187 y 188 del expediente constitucional).



56° La sentencia no protege a las víctimas. La sentencia se fundaría en que al querellante se le impide como “víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal”.

Nos parece que el tipo de causas llevadas al Tribunal Constitucional en esta materia introducen un severo conflicto de límites de uso del Derecho Penal. Es pacífico que esta disciplina importa un ejercicio de *ultima ratio* en el uso del instrumento coactivo del Estado. Así como esta Magistratura ha tenido exceso de celo en materias de Derecho Administrativo Sancionador, no vemos por qué abandona esa postura en cuestiones penales para las cuales fue creado el ejercicio legítimo de la fuerza estatal, mediado por la decisión judicial.

En principio, sorprende que no haya un relato pormenorizado de los casos concretos y la sentencia haya decidido operar en abstracto como si fuera un problema evidente de inconstitucionalidad. Lo cierto es que si ese relato se produjera no existirían víctimas nítidas ni querellantes con toda la razón de su parte. En el caso concreto, no podemos examinar la ponderación de los hechos, sin embargo, ya una primera manifestación por parte de las víctimas situó en el ámbito de la jurisdicción de policía local tales antecedentes de un modo provisorio.

Por eso esta jurisprudencia no es pro-víctimas. En cambio, la minoría sí puede defender ese criterio al permitir que el órgano especializado adopte la decisión que en justicia de fondo corresponda.

57° Produce más efectos inconstitucionales que los que intenta precaver. Adicionalmente, no solo no protege víctimas, sino que produce un deterioro de sus derechos, generando otros efectos inconstitucionales que pasamos a resumir:

a.- Reduce las opciones penales a acusar o sobreseer.

Al acusar, sin la convicción del Ministerio Público, termina por vulnerar la potestad de este organismo de estimar “los hechos que determinen la participación punible” de un modo tal que termina por excluir una función constitucional de ponderar hechos que, con igual celo “acrediten la inocencia del imputado” (artículo 83 de la Constitución). Esto va más allá de la norma constitucional, no es racional acusar sin fundamento.

Al sobreseer, por el contrario, se vulnera la Constitución, puesto que ésta exige del Ministerio Público el dirigir “en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos” (artículo 83 de la Constitución). Cuando los hechos tienen un principio que compromete bienes jurídico-penales, la racionalidad indica que hay que perseverar en su indagación, pero no puedo torturar los hechos para acusar infundadamente a alguien. Eso hiere un sentido elemental de justicia. Al sobreseer,



forzadamente por estas decisiones judiciales, no se autonomiza la investigación del querellante, sino que precluye toda opción de retomarla en el futuro.

b.- No respeta la diferente posición del Ministerio Público y el querellante

Hay argumentación contradictoria cuando, por una parte, se reconoce que están en una posición diferente y, por otra, exige que deban tener un tratamiento idéntico en el ejercicio de la acción penal.

La Constitución distingue dos veces la investigación del ejercicio de la acción penal. Primero, al diferenciar la investigación previa del Ministerio Público y como consecuencia de aquella vendrá el ejercicio de “la acción penal pública en la forma prevista en la ley” (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Y la segunda vez que lo distingue, es que dedica un inciso distinto a los derechos del ofendido por el delito y las demás personas que estime la ley, asignándoles, en tal caso un ejercicio (“igualmente”) o de la misma manera de la acción penal (inciso segundo del artículo 83 de la Constitución).

c.- Imposibilidad constitucional de sustraer una potestad pública y privatizarla a favor de las víctimas

La Constitución distingue el ejercicio de la **acción penal pública** bajo competencia del Ministerio Público, respecto de la **acción penal**, que le compete “al ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley” (inciso segundo del artículo 83 de la Constitución). Del mismo modo, la reforma constitucional Ley N° 20.516 no alteró la naturaleza de **acción penal** sin apellido alguno para las “personas naturales víctimas de delitos” (inciso tercero, del numeral 3°, del artículo 19 de la Constitución).

d.- Imposibilidad sistémica de alterar la Constitución en su modelo procesal penal

La Constitución no autoriza que **todos** los hechos constitutivos de delitos deriven en un proceso penal. Un principio de tal naturaleza pugnaría con los principios del debido proceso en cuanto la investigación penal debe estar rodeada de racionalidad y justicia.

Es racional indagar todos los delitos, en nombre de la sociedad, porque todas las personas lo merecen en función de sus bienes jurídicos afectados. Sin embargo, no es racional que todas las investigaciones sean conducentes a un ejercicio de una acción penal. Ello colapsaría el sistema procesal penal sin ofrecerle fórmulas plurales y satisfactorias de justicia a todos los intervinientes de un proceso penal.

No es justo introducir una regla que lleve a que el artículo 83 de la Constitución reemplace la locución “en su caso” por “en todos los casos”. La justicia es la que media



entre investigar y formalizar. La formalización es el resultado de la convicción estatal de la plausibilidad de perseverar en la indagación penal hasta la condena u otra salida alternativa.

En síntesis, es un paso civilizatorio la sustitución de la autotutela por la intervención procesal penal del Estado. Reconocer la inconstitucionalidad de la decisión de no perseverar del Ministerio Público, junto con ser inútil, es un paso atrás en el avance de la racionalidad de los procesos penales.

58°. Por lo argumentado, estos disidentes estuvieron por rechazar la inaplicabilidad deducida en esta causa, con la convicción de que será completamente inútil el modo en que se ha estimado puesto que no hay forma de obligar al Ministerio Público, ni menos por decisión judicial de jueces especializados, a forzar una acusación contra personas que gozan de la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato.

PREVENCIÓN

Se previene que el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR concurre a la sentencia teniendo, además, presente lo que sigue:

1°. Que, la jurisdicción constitucional se erige como una garantía fundamental para la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, por lo cual las sentencias que emanen de su seno producen en todas las autoridades públicas la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir. De modo que, la autoridad que infringe dicha obligación, vulnera lo dispuesto en el artículo 6° de la Carta Fundamental;

2° Que, siendo el Ministerio Público el órgano constitucional que ha comunicado, en la gestión judicial pendiente, ante el juez de garantía competente la decisión de no perseverar en el procedimiento, cuyo fundamento jurídico es el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, disposición legal impugnada en el requerimiento, acción que se acoge, declarándose la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma jurídica citada en el caso concreto;

3° Que, en razón de lo anterior, corresponde que el órgano persecutor, parte requerida, realice todas aquellas diligencias necesarias para dar cumplimiento a la sentencia de estos autos constitucionales, en el entendido que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, le corresponde dirigir en forma exclusiva la investigación de la causa en que incide la presente sentencia.

Redactó la sentencia la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y la disidencia, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO. La prevención fue redactada por el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR.



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9796-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, y NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

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