

0000103

CIENTO TRES



2023

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 13.914-2022

[17 de octubre de 2023]

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

ENEL GREEN POWER CHILE S.A.

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 151-2021, RUC N° 2110029754-7, SEGUIDO ANTE
EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE MARÍA ELENA

VISTOS:

Que, con fecha 29 de diciembre de 2022, Enel Green Power Chile S.A., ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c), y 259, inciso final, del Código Procesal Penal, para que ello incida en el proceso penal RIT N° 151-2021, RUC N° 2110029754-7, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de María Elena.

Precepto legal cuya aplicación se impugna:

El texto del precepto impugnado dispone:

“Código Procesal Penal

(...)

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.

(...)

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

(...)

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

(...)"

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

Indica la parte requirente que dedujo querrela ante el Juzgado de Letras y Garantía de María Elena por delitos de usurpación no violenta y desórdenes públicos, sancionados en los artículos 458 y 268 septies del Código Penal. Junto con transcribir los hechos de la imputación que se contienen en la querrela, anota que en diciembre de 2022 el Ministerio Público solicitó audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, la que se encuentra pendiente de realización.

Fundando el **conflicto constitucional**, indica que los efectos procesales de la comunicación de la decisión de no perseverar llevan a la natural y lógica conclusión de que la formalización es un requisito previo para poder tener por comunicada tal decisión. En efecto, no solo se trata de la interpretación expresa y literal de la lectura del articulado, sino también por el hecho de encontrarse contemplado dentro del párrafo 5º, denominado "Formalización de la investigación" y después del artículo 229 del Código Procesal Penal que conceptualiza la institución de "Formalización"; de suerte tal que pretender que la formalización no es un requisito previo para tener por comunicada la decisión de no perseverar, significa necesariamente torcer el tenor literal de la disposición, vulnerando las normas sobre hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil.

As, explica la requirente a fojas 6, si el efecto normativo de la comunicación de la decisión de no perseverar es dejar sin efecto la formalización de la investigación, no queda otra conclusión posible que entender que sin formalización no es posible comunicar la decisión de no perseverar. Pretender que este efecto se produciría también en aquellos casos en que no hubiese formalización, implicaría introducir una distinción que el legislador no ha efectuado, vulnerando las referidas normas sobre hermenéutica legal. Agrega que si el legislador hubiese considerado que la



formalización no es un requisito para comunicar la decisión de no perseverar, habría sido preciso y empleado alguna expresión como “en su caso” o “si ella existiese”, o bien hubiera realizado expresamente la respectiva distinción. Idéntica reflexión debe hacerse en relación al efecto de la comunicación de la decisión de no perseverar consistente en la revocación de las medidas cautelares que se hubieren decretado, puesto que tales medidas sólo son procedentes una vez que se ha formalizado la investigación por el ente persecutor.

Finalmente, añade que el hecho de que la comunicación de la decisión de no perseverar produzca el efecto de que continúe corriendo la prescripción de la acción penal como si nunca se hubiere interrumpido, presupone que la prescripción efectivamente se había interrumpido, efecto que el legislador le ha conferido a la formalización en el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal con relación al artículo 96 del Código Penal. De esta forma, desarrolla que la lectura objetiva del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, lleva a la conclusión natural de que la comunicación de la decisión de no perseverar supone necesariamente que la investigación haya sido previamente formalizada, dado que el querellante no puede forzar la acusación si no existe formalización. En efecto, según la doctrina procesal penal, para que el querellante esté habilitado para forzar la acusación al tenor de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 258 del Código Procesal Penal con relación al artículo 259 inciso final del citado cuerpo legal, requiere que exista formalización. Entenderlo de esa manera importa un callejón sin salida para el querellante, afectando su derecho de legítimo acceso a la justicia, ya que le está vedado obligar al Ministerio Público a formalizar; no puede impedir que comunique una decisión de no perseverar pese a no existir formalización; y, finalmente, no puede forzar la acusación en un procedimiento desformalizado.

Por lo tanto y conforme lo señalado, argumenta la requirente que se impide a la víctima de un delito ejercer la acción penal en la plenitud que se le reconoce constitucionalmente. La única solución en la inaplicación de estas normas para que sea armónica con la protección del artículo 83 inciso segundo de la Carta Fundamental, derecho constitucional a ejercer la acción penal en tanto ofendido por el delito, es la aplicación expresa del inciso final del artículo 248 del Código Procesal Penal, con relación a su letra c), respetar su tenor literal, y entender que toda comunicación de una decisión de no perseverar supone una formalización previa.

A su turno, agrega que la aplicación de la parte impugnada del artículo 259 del Código Procesal Penal al caso concreto resulta inconstitucional, toda vez que ampara desconocer el derecho de la víctima a reclamar la tutela jurisdiccional que le reconoce la Constitución. Se le exige al querellante, en virtud del llamado principio de congruencia consagrado en el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, que exista una formalización para poder forzar la acusación. Lo anterior implica que la acusación sólo pueda referirse a hechos y personas incluidas en la formalización. En estas circunstancias, se vería imposibilitado el querellante a ejercer su derecho a



forzar la acusación conforme al inciso cuarto del artículo 258 del Código Procesal Penal, puesto que no existirá una formalización vigente. Dicha situación, añade la actora, demuestra lo arbitraria de esta interpretación y la conclusión obvia de que solo puede procederse a una comunicación de la decisión de no perseverar, si existe una formalización previa. En suma, dado que el Ministerio Público no ha formalizado la investigación a los querellados, resulta, según la interpretación mayoritaria de nuestra jurisprudencia, improcedente autorizar al querellante para que pueda forzar la acusación, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 258 del Código Procesal Penal, dado que, según dicha interpretación, en ausencia de formalización se vulneraría el principio de congruencia. De este modo, si en definitiva se decide aceptar la comunicación de una decisión de no perseverar sin que exista formalización, corresponde que no se exija al querellante la aplicación del inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal.

Añade que, en forma concreta, se vulnera el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 19 N°3, incisos primero y segundo, de la Constitución Política de la República, en el derecho a acudir a los tribunales de justicia para reclamar la igual protección de los derechos afectados, pues la aplicación de las normas legales cuestionadas importan que la víctima vea vulnerado su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del legítimo ejercicio de la acción penal que la Constitución le reconoce en su artículo 83, inciso segundo.

Anota que la importancia de la tutela judicial es especialmente relevante tratándose de los conflictos penales, tal cual lo ha reconocido la STC 1535-2009, particularmente en su considerando N°20. El derecho a forzar la acusación establecido en el inciso cuarto del artículo 258 del Código Procesal Penal es la manifestación concreta del derecho constitucional a solicitar la tutela judicial efectiva de los propios derechos y al ejercicio de la acción penal. Refiere que de aplicarse en este caso concreto las disposiciones legales de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal y el inciso final del artículo 259 del mismo Código, teniéndose por comunicada una decisión de no perseverar en una investigación desformalizada, y como consecuencia, al mismo tiempo impedir el señalado derecho a forzar la acusación por no poder darse cumplimiento el principio de congruencia, implicaría desconocer la facultad constitucional del ejercicio de la acción penal entregado al ofendido por un delito.

Siguiendo jurisprudencia de este Tribunal que anota a fojas 7, la requirente señala que el debido conocimiento de los hechos imputados no requiere necesariamente de una formalización. En un caso como el de la gestión pendiente, los hechos reprochados se encuentran lata y detalladamente descritos en la querrela, de manera que los imputados tienen perfecta claridad acerca de aquellos en relación con lo cual deberá debatirse y rendirse prueba en el juicio. Lo anterior lleva a concluir que el principio de congruencia se refiere a una relación de coherencia entre la acusación y la sentencia (artículo 341 del Código Procesal Penal).



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 26 de enero de 2023, a fojas 33, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

Posteriormente se resolvió la admisibilidad por resolución de la misma Sala de 7 de marzo de 2023, a fojas 41, confiriéndose traslados sobre el fondo del asunto.

A fojas 49, en presentación de 10 de marzo de 2023, el Ministerio Público evacuó traslado y solicitó el rechazo del requerimiento.

Expone que el precepto impugnado del artículo 248, literal c), del Código Procesal Penal, no produce resultados contrarios a la Constitución. Éste recoge una de las tres opciones que surgen para el Fiscal del Ministerio Público una vez que ha cerrado la investigación, consistente 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.

Agrega 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 N° 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.

Precisa el Ministerio Público 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 al 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 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.

A su turno, el Ministerio Público también solicita el rechazo del requerimiento en la impugnación al inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal. Explica que el conflicto constitucional gira en torno a los mismos argumentos analizados precedentemente, desde que en realidad lo que se hace es proyectar el mismo reclamo a ulteriores etapas del procedimiento. En efecto, el conflicto que plantea la parte requirente en esta sección 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 por parte del órgano investigador, pero el nudo del 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, es de cargo del Ministerio Público y se inscribe dentro su órbita de facultades, lo que tampoco encierra una infracción constitucional.

Además, añade el Ministerio Público, es evidente que las objeciones a este precepto entran en conflicto con aquellas que apuntan contra el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, desde que si lo que se busca es prescindir de la formalización para un forzamiento de la acusación, se vuelve innecesaria la crítica de la decisión de no perseverar que en este caso se hace depender cabalmente de la falta de aquella comunicación a que se refiere el artículo 229 del Código Procesal Penal. Pero, sin perjuicio de lo anterior, cualquier análisis de las reglas contenidas en el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, exige detenerse en las menciones que el precepto demanda de la acusación.

La relación entre acusación y formalización a que se refiere el inciso cuestionado, para algunos es manifestación del mismo deber de correlación y, para otros, aquella relación plasmada en el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, es consecuencia de la progresiva precisión del objeto del proceso y una manifestación del derecho a defensa. Desarrolla que cualquiera de estos dos enfoques se incardina, al menos en parte, con el derecho a defensa y con la etapa investigativa del proceso penal, que se encuentra igualmente sujeta a exigencias de racionalidad y justicia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Política. El precepto objetado y su aplicación no resulta contraria a la Constitución, toda vez que responde a exigencias incorporadas como resguardo de garantías aseguradas por la Constitución, no habiéndose puesto en debate y menos justificado que dichos resguardos debieran ser excluidos, razón por la que solicita el rechazo de la acción deducida.



A fojas 66, por decreto de 6 de abril de 2023, se trajeron los autos en relación.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 26 de julio de 2023 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados Martín Letelier García, por la parte requirente, y de Pablo Campos Muñoz, por la parte del Ministerio Público. Se adoptó acuerdo con igual fecha conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

PRIMERO: Sobre el cambio de línea jurisprudencial en la materia, en STC 12.453-21, se expresó que “el precepto legal cuestionado es parte de aquellos que reiteradamente han sido sometidos a control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con resultados disímiles a lo largo de la historia de este Tribunal. En tal sentido, este tribunal fijó doctrina y estándares para el rechazo de las inaplicabilidades del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, en las sentencias Rol 1341-09, criterios que fueron reiterados en las sentencias roles 1394-09 y 1404-09; registrándose además resoluciones de rechazo por empate en los procesos roles 2561-13 y 2680-14. Tal como se explica en la sentencia Rol 1341-09, los criterios desarrollados en dicho pronunciamiento se insertan en el contexto de una evolución de la línea jurisprudencial de este Tribunal “[...] desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél” (STC 1341, c. 10).

SEGUNDO: Dicho pronunciamiento agrega que “recién desde octubre de 2019 se registran sentencias que acogen la inaplicabilidad respecto del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, siempre en votación dividida, observándose un retorno a lo razonado y resuelto en la sentencia Rol 815, del año 2008. Esta línea jurisprudencial deja sin efecto la que fuera adoptada a partir de la sentencia Rol 1341 del año 2009. Este retorno a los estándares de la sentencia Rol 815 durará aproximadamente 2 años y medio, en la que se registran, entre otras, las sentencias roles 5653-18, 6718-19, 7237-19, 8060-19, 8142-20, 8161-20, 8798-20, 8887-20, 8925-20, 9239-20, 9266-20, 9835-20, 9853-20, 10112-21, 10166-21, 10826-21, 10953-21, 11442-21, 11603-21 y 11526-21.” Agregando que “a propósito del valor de lo que se suele denominar “precedente”, no puede omitirse alguna reflexión a la cuestión de si este Tribunal Constitucional está obligado o no a seguir la línea jurisprudencial que emana



de sus sentencias previas (el auto precedente o auto vinculación), la cual generalmente es invocada por las partes que recurren a él, o si existe la posibilidad de que efectúe un cambio jurisprudencial a pesar de la igualdad sustancial de los supuestos del caso. Entendemos que la dificultad se plantea especialmente cuando dicha jurisprudencia constituye una doctrina reiterada que establece esta Magistratura al decidir causas que tienen elementos de derecho similares, doctrina que ha supuesto seleccionar un determinado significado atribuido a las normas que interpreta descartando otros." (STC 12.453, c. 6). Así, atendido lo expuesto, esta sentencia reafirma el cambio de línea jurisprudencial enunciado respecto del control de la preceptiva cuestionada, y no solamente una variación de criterio respecto de la presente causa.

II.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS

TERCERO: El conflicto constitucional a sistematizar en el cuestionamiento concreto del presente fallo es el sello constitucional de la norma impugnada por infracción a los artículos 19, N°3, inciso tercero y sexto (debido proceso) y 83, inciso segundo (derecho a la acción de la víctima -querellante-), todos de la Constitución Política de la República. En particular, la requirente señala "se vulnera el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 19 N°3, incisos 1º y 2º, de la Constitución Política de la República, que se traduce esencialmente en el derecho a acudir a los tribunales de justicia para reclamar la igual protección de los derechos afectados, pues la aplicación de las normas legales cuestionadas importan que la víctima, en este caso mi representada, vea vulnerado su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del legítimo ejercicio de la acción penal que la Constitución le reconoce en su artículo 83, inciso 2º. (fojas 6 y 7 del requerimiento).

CUARTO: Para abordar el problema jurídico constitucional señalado, resulta pertinente en el análisis considerar lo expresado en el considerando 13 de la sentencia de este órgano de 23 de junio de 2002 (Rol N°325), cuando señala que: "Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, "es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho."

Complementando lo anterior, la hermenéutica tópica ha considerado la "presunción de legitimidad" o "interpretación de conformidad a la Constitución", que el tribunal ha aplicado de manera reiterada. De sus fallos se infiere que los preceptos que le corresponde controlar deben estimarse, en principio,



constitucionales, válidos o legítimos y que sólo deben declararse inconstitucionales, una vez que un análisis depurado de ellos, lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental (Valenzuela Somarriva, Eugenio, Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional, Cuaderno N° 31, Tribunal Constitucional de Chile, 2006, p.35).

QUINTO: De este modo, esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutivo sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada “razonabilidad técnica”, configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley procesal penal y los medios que se planifica para lograr el objetivo. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos.

III.- SISTEMA PROCESAL PENAL. IMPUGNACIÓN SISTEMÁTICA

SEXTO: Que, “la naturaleza del nuevo sistema penal y las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia se condicen con los objetivos alcanzados por la justicia penal. En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. El sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de justicia pública, en el cual se castiga al culpable por un mal similar al que él ha causado. Es en la Edad Media tardía en que surge un nuevo modelo de proceso penal conocido como “Proceso Inquisitivo”. Se trata de un proceso de investigación controlado e impulsado oficialmente, en donde el proceso penal pierde el carácter adversarial y antagónico entre ofensor y ofendido que tenía en su origen, para pasar a constituirse en una” relación bipolar” entre juez y acusado. De esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. El sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la reforma procesal penal. Esta última modificó tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal.” (STC 1341 cc. 17 a 20).

SÉPTIMO: Que, “cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, ésta pierde la imparcialidad y la independencia que debe esperarse de quien ejerce la función jurisdiccional, puesto que esta persona ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado. La Reforma Procesal Penal elaboró y desarrolló las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento en que se garantizara la imparcialidad e



independencia del juzgador respecto del imputado. Para lograr dichos objetivos, se separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional. Así, el Ministerio Público juega un rol protagónico dentro del nuevo proceso penal, al ser el órgano encargado de dirigir la investigación de modo exclusivo y materializar, de este modo, uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal que era separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas” (STC 1341 cc. 21 a 25) (En el mismo sentido, STC 1445 c. 12, STC 2702 c. 14).

IV.- PERTINENCIA CONSTITUCIONAL DE LA NORMA PROCESAL PENAL CUESTIONADA

A.- La atenuación del principio de legalidad en el nuevo proceso penal

OCTAVO: El principio de legalidad en su faceta procesal “enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, hacerla cesar a su mero arbitrio”. El proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así comprendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal. En ese sentido, se ha otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad. En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, “la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente. Permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. La persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos.”(STC 1341 cc. 27 a 33).

B.- La facultad de no perseverar

NOVENO: Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación. Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales. En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya



practicado todas “las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores”. Como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a dicho cierre. Como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. En cuarto lugar, es necesario que la facultada de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal. La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos. 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 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 1341 cc. 45 a 56, 61 a 63 y 86) (En el mismo sentido, STC 1394 cc. 19 a 24 y 27 a 29, STC 1404 cc. 19 a 24, STC 2026 cc. 14 a 20, STC 2697 c.14).

C.- Contexto de la investigación penal. La víctima no posee un derecho a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito

DÉCIMO: A pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que, excepcionalmente, ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencia de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos. La estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, “pautada” por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos. Si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito (STC 1341 cc. 64 a 73) (En el mismo sentido STC 1244 c. 36, STC 2680 c.41).



D.- La dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público. Potestad Constitucional Superior

DÉCIMO PRIMERO: El legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas. Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que “ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”. El constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. En el proceso de dirección de la investigación del Ministerio puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo (STC 1341 cc. 34 a 44) (En el mismo sentido, STC 1394 c. 14, STC 1380 CC. 6 Y 7, STC 2680 c.16, STC 2702 c.14).

E.- El art. 186 CPP no entrega la tutela al imputado, sino a Jueces para que controlen el monopolio del Ministerio Público del avance del proceso de indagación penal

DÉCIMO SEGUNDO: El artículo 186 del Código Procesal Penal relativo al control previo a la formalización, constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado. De esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación de las normas relativas a la formalización de la investigación confiera al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución (STC 138 c.18) (En el mismo sentido, STC 2510 c.20, STC 2680 cc. 54 y 55).

F.- Las facultades de los Fiscales de investigar y formalizar no son actos discrecionales

DÉCIMO TERCERO: Las facultades de investigar y, luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas (STC 815 c.3).

G.- Principio de congruencia

G.1.- Derecho a defensa y principio de congruencia en el proceso penal

DÉCIMO CUARTO: El Código Procesal Penal consagra un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha



podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa (STC 1542 c.5).

G.2.- Formalización y principio de congruencia

DÉCIMO QUINTO: La acusación, en el sistema procesal penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa (STC 1542 cc. 5 y 6). El nuevo proceso penal obedece a un preclaro sistema de principios reformadores y adecuadores al moderno proceso penal comparado.

G.3.- Relación del principio de congruencia con el debido proceso

DÉCIMO SEXTO: Un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver. El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y de las personas materia de la acusación, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica. Una posible infracción a este principio no podría verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo en la gestión pendiente. Sólo con la dictación de la sentencia se puede determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal (STC 2314 cc. 12, 13 y 27).

V.- ARGUMENTOS PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

DÉCIMO SÉPTIMO: La Constitución no contiene norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina “el debido proceso”, optando por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (STC 821 c.8) (En el mismo sentido, STC 2702 c.30).

DÉCIMO OCTAVO: A juicio de quienes suscribimos este fallo de mayoría, el conflicto constitucional deducido en autos no guarda relación, 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).

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.)” (STC 5653, cº 15º, disidencia).

DÉCIMO NOVENO: El Tribunal Constitucional conoció en diversas oportunidades, vía acciones de inaplicabilidad, impugnaciones al artículo 248, letra c), y en otras respecto del 259, inciso final, ambas del Código Procesal Penal, la mayoría de ellos desestimados ya sea por mayoría de votos, o en empate. Quienes suscribimos este voto reafirmamos dicha jurisprudencia que, estimamos, se aviene con la Constitución y el modelo institucional que instaura la Reforma Procesal Penal vigente 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

VIGÉSIMO: El Ministerio Público tiene la exclusividad de dirigir la investigación penal, lo que además reviste una garantía de control judicial sobre la misma: “...la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, “buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal.

Todo lo anterior -o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización- no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados”. Concluyendo que, por lo mismo, “los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la



existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó -por las razones que acabo de explicar- la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público.”(Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);(STC 1445 cc. 14°).

b.- Facultades privativas del ministerio público son discrecionales, pero no arbitrarias

VIGÉSIMO PRIMERO: Las facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales pero no arbitrarias: “...si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este órgano sentenciador, “esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación” (sentencia Rol N° 1.467);” (STC 1445 cc. 15°).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Si bien la formalización de la investigación es una actuación que sólo toca realizar al Ministerio Público, el legislador, con el fin de asegurar una investigación racional y justa, ha establecido el control procesal de la investigación mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación. En efecto, el Código Procesal Penal permite, entre otros controles: a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (artículo 183); b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184); c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186); d) Que los intervinientes



en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232); y, e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Sentencia Rol N° 1.244); STC 1445 c. 20°).

c.- Facultades exclusivas de dirección de la investigación se materializan en el principio de eficacia, donde la concepción de la reforma procesal penal faculta al ministerio público el conducir la investigación de forma exclusiva

VIGÉSIMO TERCERO: Las facultades exclusivas de dirección de la investigación materializan el “principio de eficacia”, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva: “...en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además, puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiére gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230, CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, “la nueva concepción del Principio de Legalidad” que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva.

Dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal; (STC 2680-14 c. 3° N°12°).

d.- El principio de congruencia propiamente tal

VIGÉSIMO CUARTO: El artículo 259, consagra un principio esencial de la reforma procesal penal: el principio de congruencia: “..., que a la letra dice: “La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”) tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el



denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa.

VIGÉSIMO QUINTO: Lo razonado en el motivo precedente debe conducir a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe, necesariamente, ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada.

La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal a cargo del caso, los querellantes queden en la indefensión al verse impedidos de llevar adelante la persecución penal contra el querellado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnímoda que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueron objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice (artículo 186 del citado cuerpo legal);(STC 1542 cc. 5°, 6° y 7°).

VI.- CASO CONCRETO Y SU IMPLICANCIA

VIGÉSIMO SEXTO: En nada afecta el texto constitucional el ejercicio exclusivo de investigar los hechos punibles y la participación, como tampoco que el Ministerio Público para ejercer la acción penal de manera que respete el Principio de Legalidad penal, sea depositario del mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también aquellos que acrediten la inocencia del imputado.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en esta cadena lógica, tanto la decisión de acusar como la de no perseverar, tienen idéntico fundamento, el cual consiste en que exista una investigación y que la apreciación lleve a la conclusión de tener suficientes antecedentes para acusar en un juicio, todo en virtud del mandato constitucional que le permite al Ministerio Público dirigir la investigación.



VIGÉSIMO OCTAVO: Al confrontar las variables del Principio Acusatorio y el fin de separar la función investigativa de aquella de naturaleza jurisdiccional, la revisión, la valoración y la ponderación de los antecedentes emanados de la investigación nos conduce indefectiblemente a la exclusividad en la dirección que la indagatoria de imputaciones penales en la constitución quedó en manos del Ministerio Público.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, del mismo modo, “imputar e investigar” los hechos punibles y la participación se engarzan con el Principio Acusatorio el cual corre aparejado con el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial.

TRIGÉSIMO: La falta de prueba incriminatoria, genera el medio consagrado en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, donde al evaluarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental invocándose tutela judicial y control jurisdiccional del cometido del Ministerio Público, esta Magistratura ha concluido de “la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad.” (STC ROL N°2680-15 y 2858-15 de data junio de 2016).

TRIGÉSIMO PRIMERO: El estatuto de la víctima debe interpretarse en armonía con el conjunto de derechos que el proceso penal atribuye a la víctima durante el desarrollo del enjuiciamiento penal y además, en el proceso investigativo, entre los cuales destaca la petición al Fiscal de aquellas diligencias pertinentes y útiles, para establecer la verosimilitud de los hechos indagados, y en el evento de una negativa se podrá reclamar al tenor del artículo 183 del Código Procesal Penal; asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación según el artículo 184 del Código Procesal Penal y las vías especiales de los artículos 186 y 257 del mismo cuerpo legal, en el sentido de poder ejercer el derecho a asistir e intervenir en las distintas instancias y la solicitud de reapertura de la indagatoria, a fin de realizar diligencias.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Junto a lo anterior, también es dable entender que la falta de formalización en los términos del artículo 229 del Código Procesal Penal consagra que se encuentra en manos del Ministerio Público la comunicación que dicho precepto se refiere lo cual está en concordancia con la norma del artículo 83 de la Constitución y su indagación de los delitos en forma exclusiva. Esta Magistratura en los Roles Nos. 458 y 1001, en virtud del control preventivo de constitucionalidad de sendas reformas legales se estableció que era el deber de un funcionario del Ministerio Público y en ejercicio de sus actuaciones que ambos actos jurídicos procesales, llámense investigación y formalización, son actos exclusivos del órgano persecutor. Esta última circunstancia, además, aparece reforzada en el artículo 232, inciso final del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO TERCERO: La gestión pendiente incide en causa RIT N° 151-2021, del Juzgado de Garantía de María Elena, la causa se inició por querrela



presentada por el abogado Humberto Bermúdez Ramírez, en representación de ENEL GREEN POWER CHILE S.A., dirigida contra Óscar Plaza López y en contra de quienes resulten responsables, como autor del delito de usurpación no violenta y desórdenes públicos, de los artículos 458 y 268 septies del Código Penal.

Los hechos de la querrela, según se indican a fojas 2 y 3 del requerimiento, se sintetizan en los siguientes: 1. *Enel Green Power Chile S.A (en adelante ENEL GP), es propietaria de la Planta Finis Terrae I, planta de energía fotovoltaica en actual operación, y también del Proyecto aledaño denominado como Finis Terrae II (o Finis Terrae Extensión) que constituye una extensión del Parque Fotovoltaico. Tanto Finis Terrae I como el proyecto Finis Terrae II se encuentran situados en la Ruta B-24 de la comuna de María Elena, km. 4, georreferenciación latitud 22°19'48.89" S y longitud 69°32'16.65".*

2. *El terreno en que se emplaza tanto la Planta Finis Terrae I como el Proyecto Finis Terrae II, así como los accesos a tales instalaciones que fueron bloqueados ilegalmente mediante "barricadas" y vehículos, son terrenos fiscales, esto es, pertenecientes al Fisco de Chile, respecto de los cuales ENEL GP es titular tanto de un derecho de concesión como de un derecho real de servidumbre de tránsito.*

3. *A partir del 15 de junio del año 2021 se verificaron bloqueos ilegales de los accesos a la Planta Finis Terrae I y Proyecto denominado como Finis Terrae II, impidiéndose, consecuentemente, el ingreso de personal de Enel Green Power Chile S.A. y de trabajadores que desarrollaban funciones en dichas instalaciones. Tales bloqueos o "cierres" de los accesos referidos fueron contruidos por un grupo organizado de aproximadamente 15 personas (entre los que se encontraba, asumiendo la función de "vocero", el querrellado Óscar Plaza López) por medio de barreras de neumáticos que fueron situadas obstaculizando la vía (a algunas de las cuales, de forma intermitente, se les prendió fuego) y, asimismo, mediante la disposición de vehículos en la ruta que impidieron, en consecuencia, el tránsito.*

4. *Cabe destacar que los "cierres" o bloqueos referidos fueron situados en diversas partes de los accesos o caminos que se emplazan a través de la servidumbre de tránsito, derecho real sobre inmueble de que es titular mi representada. Asimismo, los caminos o rutas que fueron bloqueados mediante barricadas y vehículos se encuentran abiertos para el uso de toda persona, sin distinciones (no se encuentran cercados ni tampoco se encuentra restringido su utilización), dado el sector en que se encuentran."*

El Ministerio Público, una vez agotada la indagatoria, procedió a cerrar la investigación, solicitando audiencia para comunicar la decisión de no perseverar, la que fue suspendida en una oportunidad, encontrándose pendiente de realización.

VII.- CONCLUSIÓN

TRIGÉSIMO CUARTO: Que atendido lo razonado previamente, no resulta pertinente aceptar las razones y motivaciones planteadas en el requerimiento de



inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1 y siguientes, circunstancias que llevan a desechar la acción impetrada en la presente causa.

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 **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIAS

Los Ministros señores **CRISTIÁN LETELIER AGUILAR** y **JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ**, estuvieron por **acoger íntegramente** el requerimiento, por las siguientes razones:

I. PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

1°. Que, en estos autos, se ha ejercido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, impugnándose, en primer lugar, el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: "**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.*"

En segundo lugar, se impugna el artículo 259, inciso final, del mismo cuerpo legal, que 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.*";



II.- LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE. SUS HECHOS FUNDAMENTALES Y EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

HECHOS FUNDAMENTALES DE LA CAUSA SUBLITE

2°. Que, para dar plena claridad a la presente disidencia, se pasa a exponer, brevemente, los hechos que resultan relevantes en el proceso penal en que incide la acción de inaplicabilidad interpuesta:

- 1) Con fecha 25.06.2021, la requirente interpuso querrela en contra de Óscar Plaza López y en contra de todos aquellos que resulten responsables por los delitos de usurpación de derecho real y de desórdenes públicos, los que se han verificado a través de cierres o bloqueos de accesos a las plantas de energía mencionadas en la querrela. De esta causa conoce el Juzgado de Letras y Garantía de María Elena, bajo el RIT N°151-2021;
- 2) Luego, el 14.12.2022 el Ministerio Público solicitó citar a audiencia para comunicar decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. El Juzgado fijó la audiencia para el 12.01.2023, la que posteriormente es reprogramada para el 23.02.2023.
- 3) Con fecha 29.12.2022 se presenta requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de esa gestión pendiente para con posterioridad, el 26.01.2023, el Tribunal Constitucional suspender el procedimiento.
- 4) Con fecha 02.02.2023, el Juzgado de Letras y Garantía de María Elena resuelve “Atendido lo resuelto por el Tribunal Constitucional se suspende el procedimiento de la presente causa de conformidad a lo comunicado por resolución de 26 de enero de 2023”.

3°. Que, entonces, la gestión pendiente consiste en un proceso penal en que la requirente detenta la calidad de querellante, persiguiendo la responsabilidad del querrellado y de todos quienes resulten responsables por los delitos de usurpación de derecho real y de desórdenes públicos. La misma viene caracterizada por el hecho de que el Ministerio Público no formalizó la investigación – siendo este elemento de hecho trascendente, como se dirá - y solicitó audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, la que se encuentra pendiente y se realizará en su



oportunidad, atendida la suspensión del procedimiento decretada por nuestra Magistratura;

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

4°. Que, en síntesis, la requirente sostiene que la aplicación de los artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal, vulneraría – en el contexto de la gestión pendiente descrita en la consideración precedente – los artículos 19 N° s 3, incisos 5° y 6°; 26; y 83, inciso 2°; 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 2°, DE LA CONSTITUCIÓN).

5°. Que, cabe señalar que la impugnación ahora planteada, no es novedosa para nuestra 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, 9239 y 10.953.

En todos estos pronunciamientos que han analizado la constitucionalidad 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;

6°. Que, en dicho sentido, esta 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. 13º, Rol N° 8.887);

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

7º. Que, en esta oportunidad, luego de realizada la vista de la causa y habiéndose oído al efecto los alegatos de las partes, se acordó rechazar el requerimiento inaplicabilidad deducido, decisión que estos Ministros disidentes no comparten, en tanto entienden que la aplicación de los preceptos reprochados vulnera 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, N° 3º, inciso sexto constitucional, que brinde protección al derecho a *“ejercer igualmente la acción penal”*;

8º. Que, antes de fundamentar nuestra disidencia, es menester señalar que, para decidir así, no hemos entrado a calificar la idoneidad de la investigación sin sujeto formalizado 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 ésa -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.

Igualmente, hacemos presente que 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;

9º. Que, despejado los aspectos reseñados, en las consideraciones siguientes, estos disidentes harán 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.

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



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.

10°. Que, 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);

11°. Que, 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, constituyendo una facultad de la víctima que no es posible coartar por la ley, ni por autoridad alguna;

12°. Que, 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 contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal;

13°. Que, 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, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia;

14°. Que, cabe también señalar la evidencia de que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal – Ministerio Público – en el proceso penal. No obstante, 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 sin más.

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;

15°. Que, 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;

16°. Que, en virtud de lo referido precedentemente, estos Ministros consideran 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;

17°. Que, asimismo, estos disidentes consideran 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. Ello en el contexto de que el diseño legal del sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido. En tal sentido, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo señalado;

18°. Que, en vista a las consideraciones formuladas previamente, estos Ministros consideran 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;

19°. Que, resulta indiscutible que el querellante 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 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. Al 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 2°, de la Constitución, la doctrina se ha pregunta 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);

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.

20°. Que, 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 atribución del ente persecutor no resulta inocua para la víctima o querellante, en cuanto a ejercer en plenitud su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución;

21°. Que, el ejercicio de la función que el artículo 83 inciso primero del texto constitucional confiere al Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, más allá de cualesquiera 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 del CPP 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, las que presentan ribetes distintos, en cuanto la primera está sujeta a un plazo legal, por el contrario, la segunda no tiene plazo alguno, vacío normativo sobre el cual no resulta del caso referirse;

22°. Que, 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 CPP, 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;

23°. Que, en tanto 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 el caso sub lite, de una investigación sin imputado formalizado.



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, sustancialmente, 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;

24°. Que, 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;

25°. Que, en cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, estos disidentes consideran 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;

26°. Que, 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, 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 hemos razonado;

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

27°. Que, 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;

28°. Que, 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;

29°. Que, 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);

30°. Que, como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia 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;

El artículo 5° de la Ley N° 19.640

31°. Que, dicha regla 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 el Ministerio Público no persevera en el ejercicio de la acción penal, 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 le causó un gravamen irreparable y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

El artículo 7° de la Ley N° 19.640.

32°. Que, respecto de esta norma jurídica, 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;

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

33°. Que, sobre este precepto legal, 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 colige que la disposición en examen no constituye 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;

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

34°. Que, por su parte, cabe señalar que esta disposición permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, situación que puede darse en el caso que las 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;



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

35°. Que, 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 que ocurre, 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);

36°. Que, el problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue acertadamente ilustrado por el diputado Pedro 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);

37°. Que, 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;

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

38°. Que, respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso, puesto que la norma requiere 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);

39°. Que, además de la interpretación del artículo 186 del CPP 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 sostenido que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esta afirmación 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 del CPP *“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);

CONCLUSIONES

40°. Que, luego de todo lo que ha sido expuesto en orden a la estimación del presente requerimiento de inaplicabilidad, estos disidentes consideran que 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 los 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 en la investigación no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada, puesto que no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto del acto administrativo del Ministerio Público. Entonces, no es suficiente la alegación que hace el órgano persecutor 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, más aun existiendo en el Estado de Derecho democrático que nos rige un modelo de control de constitucionalidad concentrado, en que el órgano especializado al ejercer tal control verifica el efecto contrario a la ley fundamental que una disposición legal produce en un caso considerado;

41°. Que, bajo el criterio referido cabe entender que la aplicación que se ha venido haciendo 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;

42°. Que, igualmente, estos disidentes consideran 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 precepto legal impugnado no busca esos objetivos, pues no se trata de un control abstracto, sino que de un examen en el caso concreto donde,



por aplicación del mismo, 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;

43°. Que, no resulta un obstáculo a lo reseñado, 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);

44°. Que, en suma, la tesis estimatoria de estos Ministros, si se hubiera acogido por el Pleno, conduciría a inaplicar el artículo 248 letra c), y el artículo 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal, por lo que -a pesar de la comunicación del Ministerio Público- quedaría subsistente la investigación llevada a cabo sin imputado formalizado 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);

45°. Que, en razón de lo argumentado a lo largo del presente voto disidente, para estos Ministros no cabía sino concluir que la aplicación de los **artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal**, 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 que debió ser acogida la acción de inaplicabilidad intentada en estos autos constitucionales.



El Ministro señor Miguel Ángel Fernández González concurre a acoger, parcialmente, el requerimiento de inaplicabilidad sólo respecto de la frase “Comunicar la decisión del ministerio público de”, contenida en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, y su artículo 259 inciso final, teniendo especialmente presente:

1°. Que, esta Magistratura, a partir del Rol N° 5.653, ha acogido acciones de inaplicabilidad planteadas en contra del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, 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”.

2°. Que, por ello, “(...) 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).

3°. Que, en consecuencia, la objeción de constitucionalidad que se ha advertido en aquellos pronunciamientos estimatorios o en disidencias a las que he adherido en otros casos, dice relación con la falta de control judicial respecto de la decisión de no perseverar, adoptada por el Ministerio Público en una investigación no formalizada, lo que redundaría en que, de paso y sin dicho control, se inhibe el ejercicio pleno de la acción penal por parte del querellante, conforme a lo dispuesto en el artículo 83 inciso tercero de la Constitución.

1. Investigaciones formalizadas y no formalizadas

4°. 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 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 que se llevan a cabo de manera desformalizada.



5°. Que, 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, finalmente, desprovisto de este derecho, sin que pueda resolverse en sentido contrario por autoridad judicial alguna, quedando el ejercicio de la acción que la Constitución confiere a la víctima a merced nada más que 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, incluso, carece de recursos para impugnar lo así decidido. Sin perjuicio de ello, aun en los casos donde ha habido formalización, una de las consecuencias que se siguen de la decisión de no perseverar es que se deja sin efecto aquella formalización.

2. Competencia del Tribunal Constitucional y objetivo de la inaplicabilidad

6°. Que, siendo así, lo que a esta Magistratura compete, conforme al requerimiento intentado en estos autos, no es examinar la idoneidad de la investigación ni evaluar tampoco la suficiencia de los motivos que ha tenido el Ministerio Público para no perseverar en ella o si el cuestionamiento que al respecto formula el querellante debe o no ser atendido. 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, examinar la resolución judicial que se ha dictado o que vaya a pronunciarse simplemente teniendo presente la comunicación de la decisión de no perseverar o la que se pronuncie acerca de los recursos impetrados en su contra.

7°. Que, lo que debemos revisar es si la aplicación que se da, en la gestión pendiente, al artículo 248 letra c), en cuanto pone fin a la investigación del Ministerio Público y, al mismo tiempo, clausura el ejercicio de la acción penal del querellante, sin que exista control judicial que pondere la suficiencia de aquella decisión, resulta o no contrario a la Constitución en sus artículos 83 inciso segundo y 19 N° 3° incisos tercero y sexto.



8°. Que, desde esta perspectiva y sin perjuicio que pueda debatirse en torno de la constitucionalidad de una alternativa, como la decisión de no perseverar, en cuanto coarta el ejercicio de la acción al querellante y, al mismo tiempo, deja al imputado sometido a un proceso penal abierto, al menos hasta que opere la prescripción, el cuestionamiento que ha planteado esta Magistratura, en definitiva, dice relación con que una decisión de esa naturaleza no puede quedar entregada al solo arbitrio del Ministerio Público, sin que sean suficientes los requisitos y resguardos internos que pueda adoptar el Persecutor Estatal (v. gr., Oficio FN N° 060/2014), pues, al carecer de control judicial efectivo, pugna con el derecho que la Carta Fundamental confiere a la víctima, ya que el ejercicio de la acción no se satisface con sólo 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 sola decisión -no susceptible de ser controlada y, eventualmente, revertida por el Poder Judicial- del Ministerio Público.

9°. Que, la autonomía constitucional del Ministerio Público -es cierto- alcanza para sustentar que sea esta Institución la que resuelva no perseverar, por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, pero no es suficiente para sostener que esa decisión quede situada fuera de la órbita del control judicial, pues, entre otros efectos, reanuda la prescripción de la acción penal y deja al imputado sometido a un proceso penal abierto en tanto ella no se verifique. Más aun, si “(...) en la práctica, la comunicación de la decisión de no perseverar representa de facto, en la inmensa mayoría de los casos en los cuales se ha hecho uso de tal decisión, el término efectivo de la investigación y del procedimiento penal, asimilándose a este respecto al antiguo sobreseimiento temporal del CdPP. Aquellos casos en los cuales la investigación es reabierta, generándose una salida distinta de la DNP (sentencia definitiva o sobreseimiento definitivo) representan, estadísticamente hablando, una proporción ínfima del total” (Carlos Correa Robles: “Uso y Abuso de la Decisión de No Perseverar en el Procedimiento Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol 47 N° 1, 2020, p. 177), esto es, entonces, una decisión con evidentes efectos jurisdiccionales que exige ser atentamente examinada por el Juez de Garantía, al tenor de la frase final contenida en el artículo 83 inciso primero de la Constitución.

3. Naturaleza y extensión de la decisión de no perseverar

10°. Que, en este sentido, de las tres alternativas contenidas en el artículo 248, la que se contempla en su letra c) es la única que carece de control judicial, no obstante que, durante la tramitación del Código Procesal Penal, como inicialmente constituía una de las hipótesis de sobreseimiento temporal, también se encontraba sujeta a examen por parte del Juez, lo que desapareció, cuando, al eliminarse aquel sobreseimiento, se la singularizó en el literal c) (Juan Pablo Novoa: “Análisis de la



Facultad del Ministerio Público de No Perseverar en la Investigación”, *Revista Procesal Penal*, N° 27, 2004, pp. 15 ss.).

11°. Que, por ello, el sentido de acoger las acciones de inaplicabilidad intentadas, no persigue 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 ni podría situarlo ante la disyuntiva -eventualmente, improcedente- en orden a formalizar como acto meramente instrumental o, incluso, a plantear el sobreseimiento.

Asimismo, la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) tampoco persigue que el proceso penal continúe, automáticamente, con la sola acción del querellante, pues ello debe ser resuelto por el Juez de Garantía, conforme a las exigencias que respecto de dicha acción impone el Código Procesal Penal, especialmente en sus artículos 113, 258 incisos tercero y cuarto y 261 letra a).

12°. Que, lo que la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) debe alcanzar es que se concrete el examen, por parte del Juez de Garantía, de la decisión que el Ente Persecutor adoptó en orden a no perseverar, lo que no ha sido prohibido por el legislador, más allá de la aplicación que se ha hecho por la Judicatura respecto de la comunicación efectuada por el Ministerio Público (María Inés Horvitz y Julián López Masle: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp. 585-586).

13°. Que, desde esta perspectiva, este Ministro constata que los pronunciamientos previos de inaplicabilidad no logran el pleno respeto de la Constitución, ya sea porque el Persecutor Fiscal mantiene su decisión de no perseverar o porque la Judicatura, atendido el marco legal que rige el proceso penal, deja incólume esa decisión, sin ponderar sus antecedentes ni evaluar si se ha adoptado justificadamente o no, manteniendo simplemente la resolución de tener presente la comunicación que ha efectuado el Ministerio Público.

14°. Que, así las cosas, las sentencias estimatorias de inaplicabilidad no han posibilitado que el Juez, en la gestión pendiente, se pronuncie, sustantivamente, sobre la decisión de no perseverar, dejando sólo a esa alternativa, en el artículo 248, exenta de control judicial, obturando, por ende, sin evaluación de la Judicatura, el ejercicio de la acción por el querellante, no obstante lo dispuesto en el artículo 83 inciso tercero de la Constitución, y facilitando -con o sin razón, en cada caso concreto- que se cuestione, *per se*, la decisión adoptada por el Ministerio Público, en el contexto actual de elevado reproche, por parte de la ciudadanía, en el ámbito de la seguridad pública, provocando, como expresa, Carlos Correa Robles, “(...) las (muchas veces indeseadas) consecuencias sociales que dicha decisión genera en términos de la percepción de eficacia del sistema persecutorio (...)” (p. 167).

4. Solución armónica



15°. Que, en ese entendido, concuro a la disidencia que estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad accionado a fs. 1, pero sólo parcialmente, modificando, conforme a lo expuesto, mis votos en causas precedentes.

16°. Que, el artículo 248 letra c) dispone que, “[p]racticadas 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 (...”, lo que, pese a los pronunciamientos de inaplicabilidad adoptados en causas precedentes, no ha impedido que esa decisión se concrete, sin que el Juez de la causa examine los fundamentos que ha tenido el Persecutor Estatal para adoptarla, dejando a merced de su sola decisión el ejercicio de la acción que la Constitución asegura a la víctima, en su artículo 83 inciso tercero, y permitiéndole mantener al imputado sometido al proceso penal en tanto no opere la prescripción.

En efecto, “(...) en el modelo ideado por el legislador, la decisión de no perseverar en el procedimiento ostenta un puro carácter administrativo y no se encuentra sujeta a revisión o control judicial sobre su mérito, sino solo en cuanto a sus presupuestos adjetivos, esto es, que la investigación se encuentre cerrada y que se adopte dentro del término de 10 días desde dicha clausura. Desde esa perspectiva, es más bien la comunicación de una decisión ya adoptada administrativamente y no una solicitud de pronunciamiento judicial sobre la misma, pues el Fiscal no está obligado a motivarla, y el tribunal tampoco puede cuestionarla o revisarla, conclusión en la que parece converger nuestra doctrina, al igual que nuestros tribunales superiores” (Manuel Rodríguez Vega: “Análisis de la (In)eficacia del Principio de Obligatoriedad en el Ejercicio de la Acción Penal en la Etapa Intermedia del Proceso Penal Chileno”, *Revista de Derecho*, Vol XXVIII N° 1, 2015, p. 229).

17°. Que, siendo el objetivo del examen de constitucionalidad, radicar en el Juez, tal como sucede en los literales a) y b), la potestad para revisar la decisión del Ministerio Público, con las consecuencias que de ello se deriven, pero ahora sí, respetando la Constitución, concuro a la minoría para acoger parcialmente la acción intentada por el requirente, en cuanto a inaplicar la frase “Comunicar la decisión del ministerio público de”, contenida en el literal c), de tal manera que, con ello, subsiste la atribución del Ministerio Público, en el marco de la autonomía constitucional, para no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, pero inaplicando la comunicación, de tal manera que el ejercicio de aquella atribución sea evaluado por el Juez ante quien se realice la audiencia contemplada en el artículo 249, en la cual “(...) el fiscal deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia”.

18°. Que, planteado este “requerimiento”, vale decir, la solicitud o petición del Ministerio Público en orden a no perseverar -mas no la simple comunicación- el Juez de Garantía estará en situación, como sucede también en el caso de los literales a) y b),



de ponderar la decisión adoptada por el Ministerio Público, lo que, además, permitirá a los intervinientes sostener su posición al respecto en la mencionada audiencia y, en definitiva, resolver con todos los elementos de juicio si acceder a la decisión de no perseverar o rechazarla y, en el evento que la admita, pronunciarse, asimismo, acerca del derecho que el artículo 258 inciso cuarto confiere al querellante “(...) *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).

Redactó la sentencia el Ministro señor NELSON POZO SILVA y las disidencias fueron escritas por los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 13.914-22-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz y Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete.

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



DE8C73C8-2ADA-49A0-BA80-024ED80C4840

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.