

0000594

QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO



2024

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 14.265-2023**

[2 de mayo de 2024]

---

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

CLUB 54 BORDE RÍO SPA

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 11.727-2018, RUC N° 1810058702-1, SEGUIDO  
ANTE EL CUARTO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, EN  
CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO BAJO EL  
ROL N° 1629-2023 (PENAL)

**VISTOS:**

Que, con fecha 27 de abril de 2023, Club 54 Borde Río Spa deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248 letra c); 259 inciso final; y, 261, letra a), del Código Procesal Penal, para que ello incida en el proceso penal RIT N° 11.727-2018, RUC N° 1810058702-1, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 1629-2023 (Penal).

**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 efectuare una distinta calificación jurídica.*

(...).

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

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

(...).”

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

Anota la parte requirente que la gestión pendiente invocada corresponde a un proceso penal por delitos de falsificación de instrumento público y otros, seguida contra funcionarios de la I. Municipalidad de Vitacura ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RIT N° O-11727-2018. Explica que los hechos se inician en el mes marzo de 2018, época en que la sociedad representada por los requirentes arrendó un local comercial en dicha comuna para desarrollar actividades de restaurante turístico. La Municipalidad le otorgó patentes al efecto.

Añade que en el mes de octubre de 2018, fue decretada por funcionarios municipales la clausura del local por una presunta falta de patente comercial. Los requirentes anotan que dicha decisión fue ilegal y arbitraria, solicitando la



fiscalización, constatándose, con posterioridad, su aptitud para las actividades autorizadas, y se sugirió levantar la clausura.

Sin embargo, anotan que fue ocultada dicha información por un funcionario de la I. Municipalidad, presentándose, luego, una versión adulterada para fundamentar la clausura. Por ello, precisan los requirentes que accionaron penalmente por delitos de falsificación de instrumento público y otros. La investigación penal se extendió sin mayores avances e indican que, en diciembre 2022, la fiscal a cargo del Ministerio Público comunicó su decisión de no perseverar, frente a lo cual la parte requirente interpuso recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Al fundar el conflicto constitucional, indica que los artículos cuestionados del Código Procesal Penal impiden ejercer su derecho a forzar la acusación, al no existir formalización previa. Anota que su aplicación en el caso concreto deviene en contraria a la Constitución al contravenir los artículos 19 N° y 83, contrariando el ejercicio de la acción penal por la víctima de delito. Además, explica que la referencia del artículo 248 a que el fiscal pondere si hay antecedentes para acusar implica que debe existir formalización, pues la acusación la presupone.

Desarrolla la requirente que no existe duda en torno a que los efectos procesales de la comunicación de la decisión de no perseverar llevan a la conclusión de que la formalización es un requisito previo para poder tener por comunicada tal decisión. Se trata de la interpretación expresa y literal de la lectura del articulado, así como también de encontrarse contemplado después del artículo 229 del Código Procesal Penal que trata 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 torcer el tenor literal de la disposición, vulnerando las normas sobre hermenéutica legal contenido entre los artículos 19 y 24 del Código Civil.

Precisa que si la decisión del legislador hubiere recaído en que la formalización podía o no estar presente en la causa en que se comunicase 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 distinción del caso. 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.

Añade que la parte querellante no puede forzar la acusación si no existe formalización, por lo que la comunicación de no perseverar en una investigación desformalizada vulnera la Carta Fundamental, y, en particular, su artículo 83 inciso segundo, el que dispone: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.” Esto significa, agrega a fojas 27, un callejón sin salida para el querellante afectando su derecho de legítimo



acceso a la justicia se ve imposibilitado de obligar al Ministerio Público a formalizar; y por lo tanto mal podría impedir que dicte una decisión de no perseverar pese a no existir formalización; y, finalmente, no tampoco podría forzar la acusación en un procedimiento desformalizado. Por lo tanto, acota que se impide a la víctima de un delito ejercer la acción penal en plenitud que se le reconoce constitucionalmente.

Anota, junto a lo anterior, que el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal pone al fiscal en la posición de evaluar si los antecedentes de la investigación sustentan o no una eventual acusación. Si la disposición alude a aquellos antecedentes de la investigación que el Fiscal a cargo de la causa estime o califique de ser suficientes para sostener una eventual acusación nos invita a concluir que es porque el legislador se refiere exclusivamente a una investigación formalizada, pues una investigación desformalizada, no habilita para formular una acusación y por lo tanto carecería de sentido esta referencia (a que el fiscal pondere los antecedentes reunidos a fin de evaluar si formula acusación o no). Indica que la ley enfrenta al fiscal a dos alternativas: acusar o no acusar, dependiendo de la suficiencia de los antecedentes. Pero, existe esta alternativa porque también existe una formalización, pues sin esta última esta no podría existir la acusación, desde que toda investigación desformalizada no contempla la hipótesis de una eventual acusación, puesto que una acusación presupone una formalización previa, al tenor del art. 259 del Código Procesal Penal, que en su inciso final señala “ La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”.

Añade a lo anotado que el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, en su aplicación al caso concreto resulta inconstitucional, toda vez que posibilita desconocer el derecho de la víctima a reclamarla 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, que implica que la acusación sólo pueda referirse a hechos y personas incluidas en la formalización. Por lo tanto, en virtud de las disposiciones legales, siempre que se comunique la decisión de no perseverar estaremos ante una ausencia de formalización, sea porque, como en este caso, nunca se formalizó o bien porque, el efecto natural de la comunicación de la decisión de no perseverar es el de dejar sin efecto la formalización. En estas circunstancias, se vería imposibilitado el querellante a forzar la acusación conforme al artículo 258 del Código Procesal Penal, puesto que no existirá una formalización vigente. Esto demuestra lo irracional 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.



### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 10 de mayo de 2023, a fojas 236, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

Posteriormente se resolvió la admisibilidad por resolución de la misma Sala de 12 de junio de 2023, a fojas 321, confiriéndose traslados sobre el fondo del asunto.

**A fojas 333, en presentación de 3 de julio de 2023, el Ministerio Público evacuó traslado y solicitó el rechazo del requerimiento.**

Expone que los preceptos impugnados de inaplicabilidad no producen resultados contrarios a la Constitución.

Indica que, conjuntamente, se cuestionan las reglas contenidas en los artículos 259 inciso final y 248 letra c) del Código Procesal Penal, de los que se deriva la necesidad de una formalización para proceder a la acusación, con lo que el requerimiento persigue eximirse de la necesidad de una formalización, todo lo cual no sólo refleja dicho contrasentido sino además la falta de oportunidad del reclamo. Asimismo, el requirente no objeta el precepto legal que define la formalización como un acto que es propio del Fiscal y que tiene lugar ante el Juez de Garantía, esto es, el artículo 229 del Código Procesal Penal. Entonces, incluso, añade el persecutor penal público, si se excluye la aplicación del precepto, quedaría subsistente aquella regla que pone la formalización dentro de la esfera de actividades que son propias del Fiscal del Ministerio Público. Luego, tratándose de una actividad privativa, como lo regula el artículo 229 del Código Procesal Penal, la formalización está cubierta por la preceptiva Constitucional que afirma la autonomía de dicho organismo y su condición de director exclusivo de la investigación, lo que está reflejado en el artículo 230 del Código Procesal Penal.

Luego, explica que el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal 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 Nº 19.640 que, a su vez, consagra el principio de objetividad. Cuando la Constitución señala que al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal en su caso, ello está reflejado en el nivel legal precisamente en el artículo 248 del Código Procesal Penal.



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.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicita a este Tribunal desestimar el requerimiento en todas sus partes.

**A fojas 463, con fecha 4 de julio de 2023, la parte de Juan Sebastián Gardeweg Ried y Erik Carrillo Trujillo, evacúa traslado y solicita el rechazo del requerimiento.**

Anota que la gestión judicial invocada por el requirente se encuentra agotada, toda vez que fue acogido recurso de hecho. Por ello, los preceptos legales impugnados no son decisivos en la resolución del asunto, atendido el estado procesal de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, refiere que la aplicación concreta de los preceptos impugnados por el requirente no es contraria a la Constitución Política, por lo que el requerimiento de autos debe ser rechazado. El artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal no colisiona con el derecho a la acción penal de la víctima contemplada en el artículo 83 de la Constitución. Si bien la víctima posee diversos derechos en el proceso penal, esta no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. La propia Constitución ha depositado en el Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación. Esto guarda directa relación





con la existencia de un sistema acusatorio, consagrado en la Reforma Procesal Penal, lo que es coherente con el principio de debido proceso establecido en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución.

Añade que el accionar de fiscalía puede ser discrecional, pero en ningún caso arbitrario. Al contrario, el Ministerio Público se rige por el principio de objetividad, consagrado en el artículo 83 inciso primero constitucional. A su vez, el requirente cuenta con mecanismos para controlar el actuar de fiscalía, como es el control judicial de la investigación consagrado en el artículo 186 del Código Procesal Penal. Además, los artículos 259 inciso final y 261 letra a), ambos del Código Procesal Penal, consagran el principio de congruencia, en virtud del cual el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación. Como ha reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, el principio de congruencia es un elemento clave para el derecho de defensa, es decir requisito *sine qua non* para asegurar un procedimiento justo en los términos del artículo 19 N°3, inciso sexto, de la Constitución.

Finalmente, anota que el requirente no ha planteado nuevos antecedentes, ni una nueva interpretación constitucional, que permitan rebatir o complementar la actual línea jurisprudencial de este Excmo. Tribunal..

A fojas 485, por decreto de 24 de julio de 2023, se trajeron los autos en relación.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 23 de enero de 2024 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por la requirente, de la abogada Karla Maturana Nilzon; del abogado Hernán Ferrera Leiva, por la parte del Ministerio Público; y del abogado Ignacio Ried Undurraga, por la parte requerida. Se adoptó acuerdo con igual fecha conforme fue certificado por el relator de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en esta causa la requirente solicita la inaplicabilidad de los artículos 248 letra c) y 259 inciso final, ambos del Código Procesal Penal, en la gestión judicial pendiente, que consiste en una causa criminal seguida ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en que la actora es querellante, y respecto de la cual, sin formalizar la investigación, el Ministerio Público comunicó su decisión de no perseverar en la investigación.

**SEGUNDO:** Que, en concepto de la requirente, de ser aplicados los preceptos que impugna al caso concreto, vulnerarían las garantías de la tutela judicial efectiva,



contemplada en el artículo 19 N° 3 incisos primero y segundo de la Constitución Política de la República, y su derecho a ejercer la acción penal pública, consagrado en el artículo 83 de la Carta Fundamental, al impedirse al querellante forzar la acusación, pudiendo, en su parecer, continuarse el proceso y llegar a juicio sin necesitar de formalización de la investigación, bastando la querrela y la acusación para que la sentencia que se dicte en ese juicio pueda cumplir con el principio de congruencia.

**TERCERO:** Que lo primero que cabe destacar es que no existe, en este caso, ningún aspecto, matiz o característica concreta que distinga la situación planteada como caso de posible vulneración de garantías constitucionales, respecto de los otros muchos casos ya fallados por esta Magistratura, en que los requerimientos de inaplicabilidad fueron rechazados, pudiendo citarse al efecto, solo por vía de ejemplo, y sin agotar las citas posibles, las sentencias recaídas en los roles 13.914, 14.182, 14.339 y 14.341.

**CUARTO:** Que, en efecto, la muy lata exposición de las alegaciones de la querellante en la causa que constituye la gestión judicial pendiente, con los detalles de las conductas que atribuye a los querrelados y las calificaciones jurídicas que quiere dar a ellas, son asuntos de fondo completamente ajenos a este Tribunal, que no tiene potestad alguna para juzgarlos. Asimismo, los pormenores que, desde la óptica del querellante, ha seguido la investigación llevada adelante por el Ministerio Público, no modifican tampoco en nada la cuestión central que debemos resolver, y que ya tiene una respuesta jurisprudencial en las causas que citáramos, y en muchas otras anteriores, cuya doctrina puede resumirse en una fórmula según la cual el querellante no tiene un derecho subjetivo que pueda cautelar la acción penal, ni tiene, constitucionalmente acordado, otro derecho que el de ejercer la acción penal pública en las mismas condiciones que el Ministerio Público, lo que conlleva un límite central, consistente en que no puede acusar sin previa formalización de la investigación. Lo anterior, naturalmente, constituye solo un enunciado que se formula sin perjuicio del desarrollo argumental que se desplegará para este caso concreto, atendiendo también a la forma en que está planteado el requerimiento.

**QUINTO:** Que hemos de reparar, ante todo, en que doctrinalmente la cuestión de la naturaleza y contenido de la llamada acción penal es debatida, y al menos parte de los autores estima que esa acción corresponde no a la denuncia ni a la querrela, y ni siquiera a la formalización, sino propiamente a la acusación. Pues bien, la Constitución Política de la República parece haber seguido esa tesis, porque en su artículo 83 inciso primero distingue entre la investigación penal, que debe ser llevada por el Ministerio Público de modo exclusivo, y el ejercicio de la acción penal, que solo iniciará “en su caso”; esto es, atendido el tenor literal del precepto, cuando, completada la investigación y averiguados los hechos referentes no solo al delito mismo y a la participación, sino también aquellos que pudieren comprobar la inocencia del imputado, ese órgano público considere que exista mérito para sostener la acción; esto es, entonces, para acusar. Ahora bien, la formalización de la





investigación, como su propio nombre lo indica, es un trámite-garantía que forma parte de la etapa de indagación, y por ende es previa y anterior a lo que la norma constitucional señalada denomina como ejercicio de la acción penal, de donde se sigue que el Ministerio Público no puede acusar sin previamente formalizar la investigación.

**SEXTO:** Que determinado lo anterior es cuando podemos pasar al análisis del segundo inciso del citado artículo 83 de la Carta, texto que reza que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer **igualmente** (el destacado es nuestro) la acción penal.” La palabra “igualmente”, que hemos remarcado, no es inane; significa que el ofendido, o las demás personas de que se trate, pueden acusar en la misma forma, similarmente, y por ende con las mismas limitaciones, que el Ministerio Público. Por tanto, siguiendo la ilación lógica del precepto, tampoco el ofendido ni ningún particular puede acusar penalmente a alguien, si no ha mediado formalización.

**SÉPTIMO:** Que lo anterior se refrenda con la lectura de un precepto legal al que el requerimiento no ataca; nos referimos al artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal. En efecto, en perfecta consonancia con la interpretación del artículo 83 inciso primero de la Constitución que acabamos de desarrollar, esta norma procedimental permite al Ministerio Público, una vez cerrada la investigación, acusar solamente al imputado contra quien se hubiere formalizado aquella. Es decir, el Ministerio Público no puede ejercer la acción penal –no puede acusar- a un imputado contra quien no haya formalizado la investigación.

**OCTAVO:** Que enseguida, y siempre siguiendo la misma lógica que informa todo el sistema, el artículo 258 del Código citado, cuando permite el forzamiento de la acusación dice, en su inciso tercero, que el querellante puede sostener la acción penal “en los mismos términos que este Código lo establece para el Ministerio Público”, con lo cual volvemos al concepto “igualmente”, que utiliza el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, y comprobamos la coherencia sistemática del diseño procesal: si el querellante debe obrar en los mismos términos que la Fiscalía, entonces tampoco puede acusar sino al imputado formalizado, como para el órgano público lo dispone en forma expresa el artículo 248 letra b) del Estatuto del Ramo que, recordemos nuevamente, no fue impugnado en esta causa.

**NOVENO:** Que la cuestión que podría plantearse es si el Ministerio Público puede cerrar formalmente, y ejercer la facultad de no perseverar, respecto de una investigación desformalizada, y ello efectivamente ha sido objeto de debate, mediante distintas interpretaciones del tenor de los artículos 247 y 258 del Código Procesal Penal, pero eso constituye un problema de legalidad, y no de constitucionalidad, y por ende es ajeno a lo que debe resolver esta Magistratura. En cualquier caso, hay que hacerse cargo de lo que sostiene el requerimiento, en cuanto a que en las situaciones de forzamiento de acusación por mediar decisión de no perseverar de la fiscalía, nunca existe formalización de la investigación, pues, cuando la ha habido, ella ha quedado sin efecto por mandato del artículo 248 inciso final del Código en examen.



**DÉCIMO:** Que esa conclusión es equivocada, porque con toda obviedad la regla del penúltimo inciso del artículo 258 hace excepción al artículo 248 inciso final, y deja subsistente la formalización para los efectos de que el querellante pueda acusar, o de otro modo no estaríamos en este trance de requerimiento de inaplicabilidad. El propio requirente, si ha acudido a nuestros estrados, es porque comprende que el artículo 259 inciso final, que precisamente ataca, confirma que la formalización sí queda en pie en caso de que, mediando ella, el persecutor fiscal cierre la investigación y haga uso de su facultad de no perseverar y el querellante decida solicitar sostener la acusación. Si no fuera así, el problema que se plantea por el requirente no sería de constitucionalidad, sino solo de legalidad; es decir, en su hipótesis, si nunca hay formalización cuando se fuerza la acusación por decisión de no perseverar, lo que debería sostener es que el inciso final del artículo 259 está referido solo a la acusación del Ministerio Público, y a la que presente el querellante siguiendo al persecutor fiscal, porque el artículo 248 inciso final, en conjunto con el 258 inciso cuarto, configurarían una regla especial, que primaría sobre la general del 259 inciso final. Nadie ha sostenido tal cosa, sin embargo. Tampoco el requirente. Y no lo ha hecho, alzándose en cambio mediante la acción de inaplicabilidad respecto del artículo 259 inciso final, porque sabe que esa regla sí rige para este caso, y solo puede regir si distinguimos entre la investigación formalizada y la desformalizada, con respecto a la decisión de no perseverar y al forzamiento de la acusación.

**UNDÉCIMO:** Que la lógica del sistema, entonces, lleva siempre al mismo resultado: no se puede ejercer la acción penal –que se concreta con la acusación– ni por el Ministerio Público, ni por el querellante, sino respecto de un imputado formalizado. Y la formalización es un trámite que pertenece en exclusiva al persecutor fiscal, de modo que ni el juez ni esta magistratura pueden autorizar al querellante a formalizar la investigación, ni pueden forzar al fiscal para que formalice, ni tampoco se puede autorizar una acusación sin previa formalización. La pregunta que resta, entonces, es por qué sea esto así y cómo se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a la acción penal que concede la Constitución, y aunque la segunda parte de la pregunta ya ha sido, en general, respondida, conviene precisar las respuestas a estas interrogantes.

**DUODÉCIMO:** Que las respuestas a las preguntas recién formuladas están íntimamente relacionadas. En suma, la acción penal pública no puede privatizarse, porque a su respecto no hay ningún derecho subjetivo de particular alguno, que tutelar. La ley permite al ofendido, y a algunas otras personas en específico, coadyuvar en la persecución penal, pero nunca hacerse de ella en su plenitud, porque tras el castigo del delito de acción pública hay siempre –y solo– un interés social. La pena, sea cual fuere la finalidad que le asignen las diversas tesis desarrolladas por la dogmática, no equivale jamás a la venganza privada. La propia retribución, tesis que podría ser la más cercana para quien quiera afinar en ella el derecho del particular a perseguir un delito que le haya afectado, no equivale, en verdad, sino al restablecimiento simbólico del orden jurídico-social alterado o quebrantado por el



ilícito. Desde luego, los afectados por esos delitos pueden tener derechos subjetivos que hayan sido amagados, pero su resarcimiento corre por vías diferentes a lo penal; el constituyente y el legislador han reconocido que tales afectaciones pueden generar un interés legítimo, con todo lo discutible –y difuso- que eso sigue siendo en doctrina, pero, como ha dicho un autor, ese interés solo podría ser un reflejo del interés público, por lo demás presente en todos los integrantes el cuerpo social, aunque con mayor fuerza en la víctima. Ahora bien, es patente que nuestro ordenamiento recoge la tesis del interés de la víctima, o no hubiera considerado en absoluto a ésta o al querellante como intervinientes en el proceso, ni existiría el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, sin embargo es también patente que lo que se recoge por el legislador y el constituyente se asemeja a esa fórmula del “interés espejo”, respecto del que pertenece a toda la sociedad, pues de otra manera se privatizaría la acción penal pública.

**DECIMOTERCERO:** Que, entonces, como la persecución penal es un deber estatal, y no un derecho de un particular, y como la acción penal resguarda un interés público, y no a derechos subjetivos, no existe un derecho a tutela judicial efectiva que ampare o incluya el derecho a acusar. No está, pues, ni puede estarlo, infringido por el sistema del Código, y en especial por los preceptos aquí atacados, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, y en cuanto al artículo 83, el mismo no asegura a todo evento un derecho a acusar, sino a acusar en los casos en que también puede hacerlo el Ministerio Público.

**DECIMOCUARTO:** Que en verdad la interpretación referida, respecto del artículo 83 de la Carta Fundamental, se impone en un estado democrático de derecho porque, para que el derecho penal no pierda su fisonomía, no se privatice y no pase, sin más, un particular a ejercer un deber estatal, que incumbe solo a las autoridades establecidas por la misma Constitución, se exige que un organismo estatal, sujeto a un deber de objetividad y a una responsabilidad que compromete al Estado, avance siquiera a considerar que exista mérito para comunicar a determinada persona que se sigue una investigación penal en su contra por determinados delitos, antes que el querellante pueda acusar, iniciando verdaderamente la acción penal, si cabe denominarla así. Ese primer atisbo de seriedad de los cargos que se puedan formular posteriormente es, inclusive, entendido como insuficiente por alguna doctrina, que estima excesiva la intervención que la Constitución y la ley han entregado a particulares en la persecución penal, pero no puede negarse que el hecho es que así ha sido regulado. Sin embargo, la interpretación de intervención tal, que amenaza con invadir deberes privativos del Estado, y con ello garantías de los habitantes de la República, no puede ir más allá de lo que se permite al persecutor fiscal, ni tampoco prescindir de toda intervención de éste. La formalización es un trámite entregado solo a la Fiscalía y es el único resguardo de un principio de seriedad de la imputación, para que la acusación no se privatice en materias de acción penal pública. Ahora bien, es común que se reclame que ese trámite –la formalización, y su contracara que es la decisión de no perseverar- no tengan control jurisdiccional, pero eso es una decisión



no solo legal sino constitucional, porque es el artículo 83 tantas veces citado el que reserva en forma exclusiva al Ministerio Público la investigación, a cuyo ámbito pertenece la formalización, y a cuyo desenlace se asocia la decisión de no perseverar. Luego, no puede haber un conflicto de constitucionalidad porque la ley desarrolle una normativa que impone la propia Carta Fundamental.

**DECIMOQUINTO:** Que, desde luego, dicho todo lo anterior se comprende que ni en abstracto ni en el caso concreto puede producir efectos inconstitucionales el artículo 248 letra c), ni mucho menos el artículo 259 del Código Procesal Penal, pues este último, concordando perfectamente con el 248 letra b) no atacado, solo resguarda el principio de congruencia, que en materia de acción penal pública no puede consistir en un contraste entre dos actos de particular (querrela y acusación) entre sí y con la sentencia, sino que requiere siempre un referente público inicial, que es la formalización, pues si prescindimos de ella, a la acción penal pública le quedaría de tal solo el nombre.

**DECIMOSEXTO:** Que, volviendo entonces al caso concreto traído ante nuestros estrados, tenemos que en él no hay nada que permita modificar nuestros razonamientos generales, porque no es sino la reedición del antiguo debate sobre lo que signifique la acción penal, los alcances del artículo 83 inciso segundo de la Carta, la posibilidad o no de proceder a acusar sin previa formalización y los límites de la intervención del querellante en el proceso. El requerimiento menciona también el artículo 261 letra a) del Código Procesal Penal como tercer precepto impugnado, y aunque no se explaya en cuanto a en qué sentido estima que su aplicación produzca un efecto inconstitucional, deberíamos entender que ello ocurriría con relación a su frase final, que requiere, de nuevo, la formalización de la investigación, pero en ese caso rige todo lo que ya hemos razonado al respecto, sin que quepa añadir sino que ese precepto viene solo a confirmar la coherencia de todo el sistema, a partir del tenor del artículo 83 de la Constitución Política. En consecuencia, el presente requerimiento ha de ser rechazado.

**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, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.**



- II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

### DISIDENCIA

Los Ministros señores JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y HÉCTOR MERY ROMERO, y señora MARCELA PEREDO ROJAS, estuvieron por acoger el requerimiento en la impugnación a los artículos 248 letra c), 259 inciso final, y 261 letra) del Código Procesal Penal, estos últimos también acogidos íntegramente por el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, atendidas las siguientes consideraciones:

#### I. PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

1°. Que, en el presente proceso constitucional, se pretende la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 248, letra c) y 259, inciso final del mismo código.

El artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, en lo pertinente, prescribe: *“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.”*

Por su parte, el artículo 259, inciso final, del Código Procesal, dispone perentoriamente que *“La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.”*

Finalmente, el artículo 261, letra a), prescribe lo siguiente: *“Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:*

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



## II.- LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE, SUS HECHOS FUNDAMENTALES Y LOS FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN DE INAPLICABILIDAD

### HECHOS FUNDAMENTALES DE LA CAUSA *SUB LITE*

2°. Que, para brindar 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:

- Con fecha 24.12.2018, la requirente “CLUB 54 BORDE RIO SPA”, interpuso querrela en contra de Sebastián Gardeweg Ried, Subdirector de Rentas Municipales, Jorge Soto Quezada, Inspector de Rentas Municipales, Erick Carrillo Trujillo, Jefe del Departamento de Inspección de Rentas, y Daniel Santander Venegas, Supervisor e Inspector de la Dirección de Seguridad Ciudadana, todos los cargos de la I. Municipalidad de Vitacura, y contra quienes resulten responsables por el delito de falsificación de documentos públicos, previsto y sancionado en el artículo 193 números 3, 4, 6, 7 del Código Penal.
- Con fecha 18.06.2022, se amplía la querrela contra Diego Herrera Fernández, Abogado y Director Jurídico (S) de la I. Municipalidad de Vitacura, y agrega las figuras de asociación ilícita y fraude procesal.
- Con fecha 18.11.2022, se amplía la querrela, incluyendo al director de finanzas, y agrega los delitos de obstrucción a la investigación, prevaricación administrativa, fraude realizado por un empleado público del 240 bis del Código Penal y asociación ilícita.
- Con fecha 02.12.2022, el Ministerio Público solicitó audiencia para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento.
- Con fecha 27.02.2023, se amplía la querrela contra Raúl Torrealba del Pedregal, ex Alcalde de la Municipalidad de Vitacura, por todos los delitos antes mencionados.
- Con fecha 27.03.2023, el Juzgado de Garantía tuvo por comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento y rechazó la reapertura de la investigación solicitada por la querellante.
- Con fecha 31.03.2023, la querellante recurrió de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se tramita bajo el Rol 1629-2023. La tramitación del recurso se encuentra suspendida.





- Con fecha 27.04.2023, la querellante requirió la declaración de inaplicabilidad, suspendiéndose la tramitación de la apelación, con fecha 10.05.2023, por orden de nuestra Magistratura.

3°. Que, entonces, la gestión pendiente consiste en un proceso penal que se ha iniciado por la interposición de una querrela nominativa, por parte del requirente, dirigida en contra de Rodrigo Patricio Lagos Ulloa, Paola Daniela Lagos Ulloa, Marina Patricia Ulloa Palma y Nicole Uslar Valle, como autores del delito de estafa y asociación ilícita. Es decir, la requirente, en el proceso penal sub lite, detenta la calidad de querellante, persiguiendo la responsabilidad de del querrellado por los delitos señalados, sobre la base de hechos descritos y contenidos en la querrela.

Pese a la interposición de una querrela nominativa, con destinatarios precisos y sobre la base de hechos determinados, el Ministerio Público no formalizó la investigación – y se tuvo por comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento, encontrándose pendiente una apelación con la cual la requirente pretende revertir tal escenario procesal que como se dirá, le provoca un agravio constitucional;

#### **EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO**

4°. Que, en síntesis, la requirente sostiene que la aplicación de los artículos 248, letra c), 259, inciso final, y 261, letra a), todos del Código Procesal Penal, vulneraría – en el contexto de la gestión pendiente descrita en la consideración precedente – los artículos 19 N° 3 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 SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN)**

5°. Que, cabe señalar que la impugnación ahora planteada, no es novedosa para nuestra Magistratura, la que 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. 13°, Rol N° 8.887);

#### **IV.- INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 248, LETRA C), 259, INCISO FINAL, Y 261, LETRA A), TODOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

##### **PRECISIONES INICIALES**

7°. 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° 3°, inciso sexto constitucional, que brinde protección al derecho a “ejercer igualmente la acción penal”;

8°. Que, antes de fundamentar nuestra disidencia, resulta necesario aclarar 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 evaluado la suficiencia de los motivos que ha tenido para no perseverar en ella. Resulta evidente que una decisión como esa -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 es igual de evidente que no nos corresponde, en esta sede, analizar o verificar que ese estándar se haya cumplido.

Del mismo modo, resulta ajeno a la atribución de control de constitucionalidad de preceptos legales, vía inaplicabilidad, el examen de la resolución judicial que se tenga presente la comunicación de la decisión de no perseverar o la resolución que se pronuncie acerca de los recursos impetrados en su contra;

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

9°. Que, despejado los aspectos reseñados, en las consideraciones siguientes, estos disidentes harán referencia, en primer lugar, al derecho a la acción que tiene el ofendido por el delito, a sus fuentes constitucionales y formularemos 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. La decisión de no perseverar, en caso de que la investigación no haya sido formalizada por el Ministerio Público, existiendo un querellante, priva a este del ejercicio del citado derecho.

Finalmente, se expondrá una breve conclusión;

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.” (Suprema. Rol N° 147.416-23, de 11.09.2023);

11°. Que, en línea de lo expuesto, la doctrina ha advertido, en relación al derecho a la acción procesal que se les reconoce a las víctimas en el régimen constitucional chileno que “Con completa independencia de las preferencias de *lege ferenda* que se puedan sustentar, el dato de *lege lata* es que la Constitución reconoce aquel derecho de forma inequívoca en dos momentos y disposiciones distintos: primero con la Ley 19519 de reforma constitucional, por medio de la cual se incorpora el art. 80 A de la Constitución (actual 83) y luego con la Ley 20516 de reforma constitucional, por medio de la cual se establece la garantía de defensa letrada respecto del derecho de acción del ofendido (persona natural) dentro del catálogo de derechos fundamentales, en el art. 19 n° 3 inciso 3°.” (DEL RIO FERRETTI, Carlos (2024). “Ius ut procedatur y denegatio actionis: el problema constitucional del acusador penal particular y su derecho a la acción procesal” en Poblete, Orlando y Cilveti, Flavia (coordinadores), Las partes en el proceso: IX Jornadas nacionales de Derecho Procesal. Valencia: Tirant Lo Blanch, p 394).

En otros términos, se ha afirmado que “El derecho a la acción en general no gozaba en el texto original de la Constitución de 1980 de un reconocimiento explícito, aunque puede sostenerse que implícitamente lo estaba en la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, N° 3) de la Constitución y en el principio de inexcusabilidad que guía la actuación de los tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 76, inciso 2°, de la misma”. Advirtiéndose, en seguida, que en la actualidad, “el derecho a la acción penal de la víctima está expresamente reconocido en los artículos 19, N° 3, inciso 3°, y 83, inciso 2°, de la Constitución” (BERTELSEN REPETTO, Raúl (2021). La decisión de no perseverar en la investigación ante el Tribunal Constitucional (STC Rol N° 8798). En Sentencias Destacadas 2020. Santiago: Libertad y Desarrollo, p. 125)

12°. Que, resulta pertinente advertir, como lo ha hecho la doctrina, que la cuestión de la acción procesal penal a que se ha aludido se sitúa en el ámbito de dos categorías, según se trate del Ministerio Público o bien del acusador particular. Así, para la acción del Ministerio Público “se prefiere acudir a la categoría de poder-deber. De este modo la acción procesal del MP será el poder-deber de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de la norma penal”. Ahora bien, tratándose de la acción del acusador penal particular “se ha considerado como un *derecho subjetivo público* de carácter formal. Así, si nos ceñimos al derecho a la acción de la víctima u ofendido por el delito resulta innegable que tiene el carácter de *derecho subjetivo público de rango constitucional*, que se hace valer ante el Estado-juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional” (DEL RÍO FERRETTI (2024) p. 395).



13°. Que, este derecho subjetivo público de rango constitucional - derecho a la acción de la víctima u ofendido por el delito – debe ser entendido como derecho al proceso jurisdiccional.

Este derecho tiene por “núcleo esencial mínimo la prestación de actividad jurisdiccional y de una decisión jurisdiccional motivada. Es decir, el derecho al proceso jurisdiccional se tiene en rigor como derecho a la actividad jurisdiccional y a obtener en él una decisión jurisdiccional motivada respecto a la posibilidad de formular una pretensión procesal acusatoria”. No pudiendo entonces soslayarse “que la acción procesal del ofendido por el delito exige que –incluso en las etapas preparatorias– haya actividad jurisdiccional y al menos una resolución jurisdiccional motivada respecto de su derecho a intervenir en el proceso y a formular en él una pretensión procesal acusatoria. Este es el núcleo mínimo indiscutido de la acción como derecho de rango constitucional.” (DEL RÍO FERRETTI (2024) pp. 396-397)

14°. Que, dicho en otros términos, “la escalonada realización del proceso exige que el desenvolvimiento del derecho al proceso del actor dependa de decisiones judiciales motivadas que se deban o puedan librar en el curso del proceso. Así, el derecho a la acción –como todo derecho prestacional– queda sujeto a una configuración legal y a los requisitos que establezca el legislador, con tal que no afecte su núcleo esencial o lo vacíe de contenido (art. 19 n° 26 Constitución), y en segundo lugar queda sujeto a la propia realidad del proceso penal, que contempla fases preparatorias del juicio y que en consecuencia impone un desarrollo del mismo por etapas o escalonado. En esa realidad, el derecho al proceso no concede derecho a su entero desenvolvimiento. Pero el concreto desenvolvimiento del proceso, eso sí, *solamente puede ser progresivamente reconocido (o negado) en el caso concreto, siempre solo y exclusivamente por la autoridad jurisdiccional, mediante una decisión fundada y sumisa a Derecho*” (DEL RÍO FERRETTI (2024) p. 397).

15°. Que, así ocurre con la decisión que se pronuncia sobre la admisibilidad de la querrela, o respecto de las solicitudes de sobreseimiento que se realicen durante la etapa de investigación o luego del cierre de ella. Igualmente, así acontece con las excepciones de previo y especial pronunciamiento que son resueltas en la audiencia de preparación, o bien sobre las solicitudes que se formulen conforme al artículo 258 del Código Procesal Penal en la audiencia especial del artículo 249 del mismo Código. En todos esos casos, “se requiere una resolución jurisdiccional motivada, la cual habrá de reconocer o negar, dependiendo de consideraciones de forma y de fondo, el acceso al desenvolvimiento del proceso jurisdiccional y la oportunidad de formular acusación” (DEL RÍO FERRETTI (2014) p. 398).

16°. Que, de lo hasta ahora expuesto, a juicio de estos disidentes, 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. Es más, tratándose, como se ha



visto, de un derecho reconocido explícitamente en el texto constitucional – derecho de la víctima del delito al ejercicio de la acción penal – “como todo derecho de rango constitucional debe ser respetado y promovido por los órganos del Estado conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º, de la Carta Fundamental” (BERTELSEN REPETTO (2021) p. 125)

17º. Que, asentado lo anterior, cabe señalar que 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.

18º. Que, igualmente, corresponde señalar 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;

19º. 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 decisiones fundadas y conforme a Derecho que al respecto adopten los jueces y tribunales de justicia;

20º. 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;

21°. 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 posibilidad de la víctima sustentar la pretensión acusatoria.

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. Estos disidentes no cuestionan 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 del debido control jurisdiccional materializado en una decisión fundada y sometida a Derecho;

22°. 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 efectivo por parte de un órgano jurisdiccional, 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;

23°. 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;

24°. 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;

25°. 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 LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián (2002). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 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 este voto disidente- 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 preguntado si:

*“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes*



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

26°. 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;

27°. 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 cualquier consideración doctrinaria o jurisprudencial al respecto, ha venido adoptando dos modalidades diversas.

Por una parte, aquellas investigaciones donde el persecutor ejerce la atribución conferida en el artículo 229 del Código Procesal Penal 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;



28°. 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;

29°. Que, frente a estas dos hipótesis alternativa, la doctrina ha concordado con lo expuesto, en tanto ha afirmado que en el primer supuesto, es decir, cuando se comunica la decisión de no perseverar habiéndose previamente formalizado la investigación, “el derecho a la acción penal de la víctima queda resguardado, pues su ejercicio no depende de la declaración unilateral del ministerio público, sino de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional en conocimiento de los antecedentes del caso. En cambio, si no ha existido formalización de la investigación, el derecho a la acción penal de la víctima queda –como se ha visto- sin resguardo ni control judicial” (BERTELSEN REPETTO (2021) p. 126);

30°. 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.



Como advierten Horvitz y López, a propósito del artículo 248, letra c), “La decisión sobre el mérito de los antecedentes de la investigación es, pues, de exclusiva competencia del Ministerio Público y no cabe, en consecuencia, un pronunciamiento ulterior del juez ni, evidentemente, recursos jurisdiccionales en contra la misma” (Horvitz/López (2002) p. 585).

31°. Que, abordado críticamente el asunto, se ha advertido que “El diseño procesal chileno deja en evidencia un problema clave, como es el relativo a la formalización de la investigación en manos del fiscal sin que medie control jurisdiccional efectivo, ni de oficio ni a petición de interesado. Este problema no se presenta en aquellos modelos donde existe un control jurisdiccional sobre la imputación, o en donde ese control jurisdiccional puede ser provocado por el ofendido o donde esa imputación queda materializada en una resolución jurisdiccional. Es decir, no se presenta el inconveniente de la falta de control jurisdiccional sobre la decisión del MP que implique la decisión de no ejercicio de la acción y que se traduzca (...) en una “denegatio actionis” administrativa de la acción penal, lo cual termina configurando una potestad absoluta de abstención de ejercicio de la acción penal, **que es al mismo tiempo una potestad ilimitada para excluir el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido, lo cual enerva –sin margen a dudas– el derecho a la acción de ofendido por el delito, en cuanto lo despoja del contenido mínimo de aquel: del derecho al proceso jurisdiccional, esto es, el derecho a la actividad jurisdiccional y a obtener en el proceso una resolución jurisdiccional fundada respecto a la posibilidad de formular una pretensión procesal acusatoria**” (DEL RIO FERRETTI (2024) p. 404).

32°. 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 - decidir el término de la acción, privando con ello a la víctima y el querellante del derecho a obtener en el marco del proceso, una resolución judicial fundada en torno a la posibilidad de sostener en el mismo, la pertinente pretensión procesal acusatoria. Como se ha expuesto previamente, el derecho vulnerado en la especie tiene por contenido nuclear que exista actividad jurisdiccional, y que sea una resolución jurisdiccional motivada la que se pronuncie – positiva o negativamente, pues aquel no asegura siempre un resultado favorable al querellante – respecto de su derecho a intervenir en el proceso y formular la pretensión penal acusatoria.

33°. 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;

34°. 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 jamás llegar 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;

35°. Que, en cuanto a la impugnación del artículo 261, letra a), del Código Procesal Penal, el cual en su frase final dispone: “siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación.” En el mismo sentido del examinado artículo 259, este precepto establece un obstáculo para la efectividad de una acusación particular. De no declararse como inaplicable esta norma, junto a los preceptos ya impugnados, se mantendría la misma exclusión y condicionamiento del ejercicio de la acción penal al acto de formalización que, discrecionalmente, puede llevar a cabo el Ministerio Público.

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

36°. 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 de inaplicabilidad de aquel precepto – y de los artículos 259, inciso final y 261, letra a) del Código Procesal Penal- para el caso concreto, por ser la fuente del referido efecto contrario a la constitución, como se ha demostrado;

37°. 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 las disposiciones a que se hará referencia a continuación “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 múltiples sentencias o disidencias, y a fin de hacer patente que con ellos no se subsana siquiera remotamente la ausencia de control jurisdiccional que sustenta nuestra tesis estimatoria, nos avocaremos a demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional – ya explicado – que produce la aplicación de los preceptos impugnados en el caso concreto;





38°. Que, los señalados “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del Ministerio Público, serían los siguientes:

(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” (Entre otras, sentencia rol N° 1341, considerando 79º; sentencia rol N° 2680, considerando 13º; 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.*” (Entre otras, sentencia rol N° 1341, considerando 79º; 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 80º; 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) (Entre otras, sentencia rol N° 1341, considerando 81º; 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 (Entre otras, sentencia rol N° 1341, considerando 82º; 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 (Entre otras, sentencia rol N° 1341, considerando 84º; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561);

39°. Que, como se demostrará a continuación, los mecanismos aludidos resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima que le confiere el artículo 83, inciso 2°, de la Constitución. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o bien pues resguardan intereses distintos de la acción que el constituyente le reconoce a la víctima en tal precepto constitucional;

*El artículo 5° de la Ley N° 19.640*

40°. 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 efectivo su derecho a la acción conforme al artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

Entonces, si el Ministerio Público no persevera en el ejercicio de la acción penal, pese al interés del querellante o la víctima en sustentar una pretensión penal acusatoria, el derecho a la acción a ella reconocido, como se ha demostrado, 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.

*El artículo 7° de la Ley N° 19.640*

41°. 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 el efecto que produce la pérdida de la acción por parte de la víctima, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. La primera apunta a la posibilidad de formular una pretensión penal acusatoria en el marco de un debido proceso 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 que tiene el derecho conferido en el artículo 83, inciso 2°, no permite considerarlo como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima que actúa en el proceso penal;

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

42°. 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 constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la facultad de no perseverar, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la facultad de no perseverar es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso.



Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el Fiscal Regional y el Fiscal Adjunto en el ejercicio de la facultad de no perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no subsana ni revierte el hecho de que sea una decisión administrativa – en este caso doble – la que se pronuncia irremisiblemente sobre la posibilidad de formular una pretensión penal acusatoria por parte de la víctima, debiendo recordarse que dicha determinación, conforme al contenido esencial del derecho reconocido a la víctima en el artículo 83, inciso 2°, es propio de la esfera jurisdiccional;

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

43°. 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 subsana la ausencia de control judicial sobre la comunicación de la decisión de no perseverar y los efectos que ella tiene en una investigación desformalizada, que es lo que estos Ministros disidentes consideran inconstitucional;

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

44°. 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);

45°. 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);*

46°. 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).*

47°. 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 jurisprudencialmente, ella se entiende aplicable únicamente a los imputados, como lo muestra, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1459-2019 (02.07.2019). La Corte, estimando que la norma decisoria Litis era el artículo 186 del Código Procesal Penal (c. 4°), consideró luego de transcribirla que “la referida disposición legal, contempla una situación



excepcional que, por lo mismo, debe ser interpretada de manera restrictiva, más aún si la ratio de esta disposición es garantizar al imputado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, y que pueda ejercer el derecho a la defensa, de tal suerte que su titular exclusivo, en concordancia con el artículo 7 del Código Procesal Penal, es el afectado por la investigación penal, vale decir, aquel en contra quien se dirige el ius puniendi estatal” (c. 5°).

La doctrina, igualmente, ha razonado en tal sentido. Así, en un temprano trabajo, Herrera Seguel sostuvo que “El único titular de la solicitud a que se refiere el artículo 186 del Código Procesal Penal es aquella persona en contra de quien se dirige la investigación penal, lo que podemos desprender de la misma norma que se refiere a la persona “afectada por una investigación” sin que sea posible hacer extensible dicha facultad a personas que poseen un legítimo interés en el resultado de la investigación pero que no se ven afectadas, en estricto término, por la misma.” (HERRERA SEGUEL, Marta (2005). Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. En Revista de Derecho (PUCV) N° XXVI (Semestre I), p. 403). Recientemente, Guillermo Oliver Calderón ha planteado que la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 186, para tutelar al querellante, “(...) tampoco puede ser aceptado, no solo porque no toma en cuenta el *telos* del referido artículo 186, el cual, como lo he señalado, busca proteger al imputado, sino además porque no se ajusta al tenor de dicho precepto legal, ya que la literalidad de este alude a quien se considera afectado “por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente”, y no a la persona que se estime afectada porque no se hubiera formalizado la investigación. Como puede apreciarse, es la investigación misma la que debe producir la afectación, no el hecho de que no esté formalizada” (OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2021). Reflexiones sobre el ejercicio de la acción penal de la víctima en el proceso penal chileno. En Revista Jurídica del Ministerio Público. Edición especial: El ministerio Público a 20 años de la Reforma Procesal Penal, p. 60).

Finalmente, aún cuando se quisiera extremar la interpretación y “forzar —con un espíritu garantista— la interpretación del art. 186, surge del propio precepto un nuevo inconveniente: este tampoco contempla en su parte final una potestad del juez de garantía para imponerle el deber de formalización. De hecho en este punto la norma sería imperfecta, porque no establece norma alguna sobre lo que sucede si dicha formalización no se deduce dentro de dicho plazo” (DEL RÍO FERRETTI (2024) p. 388).

## CONCLUSIONES

48°. 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 indefectiblemente que no procede la formulación de la pretensión penal acusatoria por parte de la víctima, 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 particular;

49°. 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 administrativa -no susceptible de ser controlada y, eventualmente, revertida por el Poder Judicial- del Ministerio Público;

50°. 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, 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 obtener un pronunciamiento judicial motivado respecto de su derecho a formular una pretensión penal acusatoria. 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;

51°. 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.

La vinculación de contenidos entre la acusación con la formalización, exigida por el proceso penal vigente, no es una consecuencia emanada del llamado principio de congruencia, sino que como explica Del Rio Ferretti (obra citada, pp. 406-411), ello es una consecuencia de la progresiva precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía de la defensa, toda vez que al establecerse que sólo se puede acusar respecto de hechos y sujetos previamente formalizados, se concretiza el derecho a conocer desde el primer momento la acusación (imputación) y defenderse eficazmente de la misma, garantizándose que el juicio se desarrollará únicamente respecto de hechos previamente imputados y conocidos de manera oportuna. De allí surge realmente la necesidad de establecer que un acto de imputación previo vincule posteriormente al fiscal acusador y a los demás acusadores a la hora de imputar de nuevo con la acusación. En términos técnicos, la vinculación de contenidos, antes descrita, es una cuestión diversa del llamado deber de correlación de la sentencia con la acusación (art. 341 del CPP), no siendo fenómenos equivalentes.

52°. Que, sin duda, no puede preterirse la importancia del acto de imputación, en razón de sus funciones procesales, las que son esencialmente tres: “a) determina la legitimación pasiva en el proceso; b) tiende a la determinación del objeto del proceso —aunque la mayoría de los sistemas admita modificaciones más o menos importantes sobre aquel e incluso adiciones— y, en tercer término, c) hace posible el derecho de defensa que se le reconoce al sujeto pasivo del proceso penal, puesto que pone en su conocimiento los hechos que se le atribuyen” (DEL RÍO FERRETTI (2024) p. 411)

En miras de lo anterior, corresponde analizar si puede la querrela nominativa debidamente notificada, satisfacer tales funciones. La respuesta, a nuestro juicio, es afirmativa.

53°. Que, la cuestión relativa a la querrela nominativa y notificada como imputación previa que cumpla de forma eficaz la finalidad de garantía del derecho de defensa, presenta incluso dos ventajas comparativas respecto de la formalización como forma de imputación, precisamente con relación a la existencia de un control jurisdiccional sobre la imputación y sus requisitos de forma y su valor de mérito.



En efecto, en primer término, la querrela se encuentra sujeta a un juicio jurisdiccional de admisibilidad, previsto en el art. 113 CPP, que comprende sus requisitos formales y de fondo, conforme establece el art. 114 CPP, el cual es completamente inexistente para la formalización de la investigación, que, como se ha dicho, queda exenta de control jurisdiccional alguno, más allá del control administrativo ante el supuesto de formalización arbitraria.

En segundo lugar, la vía de la querrela nominativa y notificada, como imputación previa suficiente para hacer aplicable el denominado forzamiento de la acusación del art. 258 CPP, hace, además, operar un segundo control jurisdiccional sobre el mérito para formular la subsecuente acusación particular. En este caso la autorización del juez de garantía prevista en la norma indicada no puede sino responder a un examen jurídico sobre la procedencia de una acusación particular, puesto que dicha autorización no es un acto automáticamente condicionado a la pura petición del querellante, como fluye del precepto en cuestión, y es evidente, tratándose de una decisión de naturaleza jurisdiccional. Por este medio entonces vendríamos a tener, además, un control jurisdiccional sobre la procedencia de la acusación de la víctima, con lo cual este instrumento conjura el peligro de apertura de un juicio oral y de exposición del imputado al mismo, por el solo capricho e interés singular de la víctima que quiera hacer del juicio

Demás está decir que un control jurisdiccional de este tipo para la acusación del Ministerio Público no existe.

54°. Que, de lo expuesto, el derecho de conocer oportunamente la imputación y el derecho de defensa, se satisface ampliamente existiendo una querrela nominativa debidamente notificada al afectado, correspondiendo al juez, antes de autorizar el forzamiento, verificar que durante la etapa de investigación el imputado haya sido debidamente informado y que no se materialice, por ausencia de defensa letrada, una indefensión material insubsanable.

55°. Que, en mérito de todo lo expuesto, la tesis estimatoria de estos Ministros, si se hubiera acogido por el Pleno, conduciría a inaplicar el artículo 248 letra c), y los artículos 259, inciso final y 261, letra a), todos del Código Procesal Penal, de modo 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, y previo control jurisdiccional, acusar. Así, al inaplicarse los preceptos impugnados, cabría proseguir conforme al orden consecutivo legal, de modo 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);

56°. Que, en razón de lo argumentado a lo largo del presente voto, para estos Ministros no cabe sino concluir que la aplicación de los **artículos 248, letra c), 259, inciso final, y 261, letra a), todos 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 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, teniendo especialmente presente:

1°. Que, esta Magistratura, a partir del Rol N° 5.653, ha venido declarando la inaplicabilidad 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 la disidencia a la que adhiero en esta oportunidad, 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, 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, más allá de cualquier consideración doctrinaria o jurisprudencial al respecto, ha venido adoptando dos modalidades diversas. Por una parte, aquellas investigaciones donde el Persecutor ejerce la atribución conferida en el artículo 229 y la formaliza, comunicando al imputado, en presencia del juez de garantía, que desarrolla actualmente la indagatoria en su contra respecto de uno o más delitos determinados; y, de otra, las investigaciones 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.

## **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, cuando se impugna el artículo 248 letra c), en una investigación desformalizada, no es examinar la idoneidad de dicha indagatoria ni evaluar tampoco la suficiencia de los motivos que ha tenido para no perseverar en ella o si el cuestionamiento que formula el querellante debe o no ser atendido. 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.



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 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 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 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- puede alcanzar para sustentar que sea esa 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 de evidente naturaleza jurisdiccional 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.

10°. Que, desde esta perspectiva, el principio de oficialidad de la investigación o el predominio del Ente Persecutor en un procedimiento acusatorio no alcanzan para justificar una posición *prevalente* del Ministerio Público, atendido lo preceptuado en el artículo 83 inciso segundo de la Constitución, en relación con su artículo 19 N° 3° inciso tercero, debiendo coincidirse con el entonces senador Harboe, en cuanto a que la reforma introducida a este último, mediante Ley N° 20.516, en 2011, en virtud de la cual las personas naturales víctimas de un delito dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas “a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”, buscó un *cambio de concepción*, “(...) Es decir, estamos dando protección constitucional a las personas naturales víctimas de delito” (Diario de Sesiones del Senado, 17 de mayo de 2011, Boletín N° 5.408-07), lo que no se concreta sólo cuando se admite su participación, como querellante en el proceso, sino que es menester el examen judicial de las decisiones que puedan cuestionar, obturar, coartar o extinguir ese derecho a lo largo de su prosecución.

11°. Que, en efecto, la naturaleza acusatoria del proceso no alcanza el extremo propuesto por el Ministerio Público, como surge, por ejemplo, del caso alemán, donde “*[e]l procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública (172/177) le da la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía. A pesar de que la fiscalía, en principio, no está vinculada a la jurisprudencia de los tribunales superiores (ver supra 10, A, III, 4) y, en sus funciones oficiales, es independiente de los tribunales (150 GVG), excepcionalmente se la puede obligar, de este modo, a promover una acusación que se opone a su propia convicción*” (Claus Roxin: *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000, p. 341).

### 3. Naturaleza y extensión de la decisión de no perseverar

12°. 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 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.).

13°. Que, por ello, el sentido de la jurisprudencia estimatoria de esta Magistratura, así como de los Ministros que concurrimos, en esta oportunidad, en la disidencia, 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, como se sostuvo en estrados, ante la disyuntiva -eventualmente, improcedente, a su entender- 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, 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).

14°. Que, la inaplicabilidad del artículo 248 letra c) no busca esos objetivos, pues no se trata de un control abstracto, sino que de un examen en el caso concreto donde, por aplicación de ese precepto legal, se vulnera el derecho que la Constitución confiere al requirente a proseguir su acción, acusando, a raíz de haberse adoptado la decisión de no perseverar sin que ella sea susceptible de ser revisada por el Juez y, por ende, lo que la inaplicabilidad 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, conforme a la ponderación que el Juez haga de la decisión que el Ente Persecutor adoptó en orden a no formalizar y a no perseverar.

15°. 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.

16°. 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 y cambio respecto de la jurisprudencia precedente

17°. 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.

18°. 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).

19°. Que, siendo el objetivo del examen de inconstitucionalidad, 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”.*

20°. 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, permitiéndoles 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 RAÚL MERA MUÑOZ. La disidencia fue escrita por el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

La prevención fue redactada por el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 14.265-23-INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, señora Catalina Adriana Lagos Tschorne, señor Héctor Mery Romero y señora Marcela Inés Peredo Rojas.

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



**F35C662C-D366-48B1-A266-955876A5EE56**

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.