

### *III. Derecho Procesal Penal*

#### SOBRE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR ADOPTADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN\*  
*Universidad de los Andes*

#### I. INTRODUCCIÓN

En resolución de fecha 22 de noviembre de 2022, la Corte de Apelaciones de Copiapó acoge un recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en contra de la resolución del juez titular del Juzgado de Garantía de Copiapó en que se tuvo presente el cierre de la investigación y la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público y que además desestimó la oposición formulada por la querellante, el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

A partir de la defensa esgrimida por la recurrente, la Corte de Apelaciones revoca la decisión adoptada por el juez de garantía y ordena llevar a cabo las diligencias investigativas solicitadas por la querellante.

En el fallo la Corte se pronuncia sobre varios aspectos, entre los que destacan la procedencia del recurso de apelación y la legitimación del querellante particular para interponerlo y la determinación de qué debe entenderse como la falta de “antecedentes suficientes” para proceder al cierre administrativo de la investigación.

#### II. SOBRE LA NATURALEZA DE LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR

La primera cuestión por tratar es la determinación de la naturaleza de la comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento, regulada

---

\* Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl.

en el artículo 248 letra c) CPP, que constituye una prerrogativa exclusiva del Ministerio Público<sup>1</sup>.

Dicha facultad se puede hacer valer una vez que se ha cerrado la investigación porque no se han logrado reunir antecedentes probatorios suficientes para fundar una acusación, pero respecto de las que tampoco es posible considerar la concurrencia de alguna de las causales de sobreseimiento definitivo contenidas en las letras a) y b) del artículo 250 del Código.

En palabras de Correa<sup>2</sup>, esta figura “se sitúa –probatoriamente– en un punto intermedio entre la ‘claramente demostrada’ inocencia del imputado que presuponen dichas causales de sobreseimiento definitivo, y los ‘fundamentos serios’ para el enjuiciamiento, estándar que exige la formulación de la acusación de conformidad con el artículo 248 letra b) CPP”<sup>3</sup>.

Agrega Bertelsen que “tratándose de una investigación no formalizada, en virtud del artículo 248, letra c), la decisión de no perseverar del Ministerio Público es únicamente comunicada sin que sea necesaria la aprobación del juez de garantía, la cual, en cambio, es exigida por el Código para los casos de sobreseimiento, sea el mismo definitivo o temporal, en que el fiscal lo solicita (artículo 248, letra a), y el juez de garantía lo decreta (artículos 250, para el sobreseimiento definitivo, y 252, para el temporal). Incluso, conforme al artículo 253, el sobreseimiento decretado es impugnabile ante la Corte de Apelaciones respectiva mediante el recurso de apelación. De ahí, entonces, que siendo la decisión del fiscal de no perseverar en la investigación inatacable, únicamente le queda al querellante particular obtener del juez de garantía, conforme al artículo 258 Forzamiento de la acusación, que lo faculte para formular la acusación. En tal caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 259, inciso 3°, la acusación únicamente puede referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”<sup>4</sup>.

Esta distinción formulada por los autores citados ha sido también aceptada por nuestra jurisprudencia.

---

<sup>1</sup> En este sentido, MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, *Derecho Procesal Penal*. Santiago: Librotecnia (2017), p. 898.

<sup>2</sup> CORREA, Carlos. “Uso y abuso de la decisión de no perseverar en el procedimiento”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 1 (2020), p. 165.

<sup>3</sup> Considera NÚÑEZ, Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del Juicio Oral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2003), p. 150, que los motivos para comunicar la decisión de no perseverar se fundan precisamente en que los antecedentes no podrán lograr convicción del tribunal.

<sup>4</sup> BERTELSEN, Raúl. “La decisión de no perseverar en la investigación ante el Tribunal Constitucional (STC rol N° 8798)”, en *Sentencias Destacadas*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo (2020), p. 116.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que la causal de sobreesimiento definitivo se configura cuando los antecedentes probatorios reunidos dan cuenta de un hecho que no resulta constitutivo de delito; en cambio, la decisión de no perseverar procederá cuando “los antecedentes probatorios reunidos no logren dar cuenta de la existencia de un hecho constitutivo de delito”<sup>5</sup>.

Agrega la Corte de Apelaciones de Concepción, “que la decisión de no perseverar se fundamenta en no haberse reunido al cierre de la investigación antecedentes suficientes para fundar una acusación, más [*sic*] no en el supuesto de no ser los hechos investigados constitutivos de delito”<sup>6</sup>.

Siendo la decisión de no perseverar adoptada por un órgano administrativo, cabe preguntarse si es de naturaleza meramente administrativa o se judicializa por la intervención del juez de garantía.

La determinación de la naturaleza de la decisión es relevante para determinar también la admisibilidad de eventuales recursos jurisdiccionales. La jurisprudencia no ha sido pacífica en este punto.

Nuestra Corte Suprema ha considerado en ciertas ocasiones que “la resolución que tiene por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento es una actuación de carácter jurisdiccional por haber sido dictada por el Juez de Garantía en el ejercicio de sus funciones”, agregando que “al ser de aquellas resoluciones que hacen imposible la prosecución del procedimiento es susceptible de ser impugnada por el recurso de apelación”<sup>7</sup>.

En este mismo sentido se han pronunciado algunas sentencias de las cortes de apelaciones, que fundan esta orientación en la necesaria intervención de un órgano de naturaleza jurisdiccional<sup>8</sup>.

En contrario a esta posición, se ha sostenido que “el ejercicio de la decisión de no perseverar corresponde a una actuación autónoma del Ministerio

---

<sup>5</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de marzo de 2015, rol N° 458-2015.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de junio de 2015, rol N° 372-2015. Considera Correa que “de este modo, el precio que el Ministerio Público debe pagar mediante el ejercicio de la DNP será comparativamente más bajo que la aplicación de las salidas antes referidas, al constituir una solución respecto de la cual los alcances de la prohibición de doble persecución –como veremos más adelante– no se extienden. Así, en estos casos, el costo de la incertidumbre probatoria se transfiere del Estado, al imputado”.

<sup>7</sup> Corte Suprema Segunda Sala, 26 de febrero de 2009, rol N° 6742.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia de 11 de noviembre de 2004 pronunciada en la causa rol N° 145 sostuvo que en aquellos casos en los cuales el Fiscal invoca en audiencia la decisión de no perseverar en el procedimiento, necesariamente debe el Juez de Garantía pronunciarse al respecto, ya sea admitiendo o rechazando dicho requerimiento del Fiscal.

Público”<sup>9</sup>, que no requiere aprobación o ratificación por parte del órgano jurisdiccional y que no precisa estar acompañada de antecedentes que la fundamenten<sup>10</sup>.

En esta misma línea, ha sostenido la Corte de Apelaciones de Coyhaique, que “no cabe dentro de las prerrogativas del tribunal inmiscuirse en facultades propias del ente persecutor, como lo es el ejercicio de la referida decisión, aun cuando considere que la adopción de esta resulta errada o equivocada”<sup>11</sup>.

La prerrogativa constituye un “acto de mera comunicación, exclusivo y privativo del órgano persecutor, se trata de una medida de orden administrativo, respecto de la cual no está facultado para pronunciarse el juez de garantía, sino solo ponerla en conocimiento de los demás intervinientes”<sup>12</sup>, agregando que el Juez de Garantía, “no tiene facultades para tener por no comunicada la decisión de no perseverar del Ministerio Público”, así como tampoco puede compelerlo a que formalice la investigación contra los imputados, “por cuanto son facultades privativas, exclusivas y excluyentes del ente persecutor”<sup>13</sup>.

Idéntico criterio ha sido sostenido por la Corte de Apelaciones de Concepción al sostener que “al Juez de Garantía no le cabe evaluar el mérito de la decisión de no perseverar, ni tampoco posee atribución alguna en el sentido de pronunciarse respecto de tal decisión, ni aprobándola ni rechazándola”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Como sostiene RODRÍGUEZ, Manuel. “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa intermedia en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, N° 1 (2015), p. 230, la decisión de no perseverar constituye una actuación administrativa manifestada en forma de un dictamen que expresa una opinión sobre el punto que se trata.

<sup>10</sup> Lo que implica un cuestionamiento de la naturaleza administrativa de la resolución. *Vid.* en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en fallos como Tribunal Constitucional chileno, rol N° 2561-2013, 30 de diciembre de 2014; Tribunal Constitucional chileno, rol N° 1341-2010, 15 de abril de 2010; Tribunal Constitucional chileno, rol N° 1394-2010, 13 de julio de 2010. En sentido contrario, Tribunal Constitucional chileno rol N° 815-2008, 19 de agosto de 2008.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 de septiembre de 2008, rol N° 79-2008.

<sup>12</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre de 2008, rol N° 1444-2008.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de junio de 2010, rol N° 747-2010.

<sup>14</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de diciembre de 2018 (recurso de apelación) rol N° 992-2018. Agrega CORREA, ob. cit., p. 167, que “la fiscalía nacional ha exigido en el Oficio FN N° 060/2014 para el ejercicio de esta facultad, el cumplimiento de requisitos administrativos adicionales a los establecidos por el legislador. En efecto, para el empleo de la DNP se ha requerido que esta decisión cuente “con un fundamento plausible”. Por último, en caso de que los hechos involucrados se encontraran sancionados con pena aflictiva, se estipula su revisión por parte de la Unidad de Asesoría Jurídica Regional correspondiente, y la aprobación de la decisión por parte del Fiscal Regional respectivo”.

En este sentido se pronuncia también Castillo<sup>15</sup>, para quien “la decisión de no perseverar no tiene, en ningún caso, naturaleza jurisdiccional, ya que el pronunciamiento del fiscal no se refiere a la tipicidad y antijuridicidad de una conducta realizada por una persona que ha actuado culpablemente, sino solamente a la insuficiencia de antecedentes para plantear siquiera la existencia de un conflicto penal ante la jurisdicción”.

Agrega el autor que “considerar la decisión de no perseverar como un acto de jurisdicción, implicaría que la institución sería *per se* inconstitucional”, indicando también que “la decisión de no perseverar opera exclusivamente en casos en que los antecedentes de investigación recabados no permitan al fiscal fundamentar la inocencia del imputado y, subsiguientemente, solicitar el sobreseimiento definitivo, ni fundamentar seriamente la acusación”<sup>16</sup>.

En lo relativo al fallo que se comenta, la Corte opta por no pronunciarse sobre la naturaleza de la decisión adoptada por el Ministerio Público, para considerar que la resolución pronunciada por el juez de garantía se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el artículo 370 del Código Procesal Penal, “ya que se trataría de una resolución que pone término o hace imposible la continuación del procedimiento penal, hipótesis que resulta cuestionable en el sentido que abre la posibilidad de apelación a todas las decisiones de este tipo, lo que contraría el espíritu de economía procesal que predomina en la reforma”<sup>17</sup>.

La jurisprudencia reciente se ha pronunciado declarando inadmisibile el recurso de apelación, señalando que “no existiendo ley que señale de forma expresa la procedencia del recurso de apelación en contra de la resolución que tuvo por comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento, tampoco pone término al juicio, hace imposible su continuación ni lo suspende por más de 30 días, pudiendo reabrirse en caso de aportarse nuevos antecedentes en tanto no se dicte sobreseimiento definitivo y, además, quedando a salvo la facultad prevista en el artículo 258 inciso penúltimo del Código Procesal Penal, solo puede concluirse que la resolución impugnada, es inapelable, por lo que se procederá en consecuencia conforme a la solicitud efectuada por el representante del Ministerio Público y la defensa de las querelladas en estrados”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> CASTILLO, Pablo, “Imposibilidad de forzar la acusación en investigaciones no formalizadas”, en Sentencias Destacadas, Instituto Libertad y Desarrollo (2019), p. 293.

<sup>16</sup> También CORREA, ob. cit., pp. 164 y ss.

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó, 22 de noviembre de 2022, rol N° 489-2022, considerando 2°.

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2022, rol N° 4553-2022.

### III. SOBRE LA FALTA DE ANTECEDENTES SUFICIENTES QUE LLEVEN A LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR

La decisión de no perseverar supone que el Ministerio Público no cuenta con antecedentes probatorios suficientes que le permitan avanzar en la continuidad de un procedimiento penal.

A juicio de Correa, “a partir del examen del material probatorio recabado durante la investigación, en estos casos la fiscalía sitúa la posición del imputado en un estado en el cual los antecedentes no resultan suficientes para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (pues no resulta clara la inexistencia del delito y/o la ausencia de participación punible del imputado en éste), pero a su vez, éstos no permiten fundar una acusación al considerarse *a priori* insuficientes para destruir en juicio oral la presunción de inocencia que asiste al acusado”<sup>19</sup>.

En este punto resulta interesante determinar qué debe entenderse por falta antecedentes suficientes que autoricen a adoptar este tipo de decisión.

Para este mismo autor, ello implica que “la investigación debe encontrarse agotada, no quedando diligencias probatorias pendientes de ser realizadas, exigencia que se manifiesta en la obligación de parte del Ministerio Público de hacer todo lo que esté a su alcance a fin de clarificar los hechos denunciados”<sup>20</sup>.

Lo anterior se desprende expresamente del tenor literal del artículo 248 inc. 1º CPP, en tanto reconoce como un requisito para proceder al cierre de la investigación el que las diligencias necesarias hayan sido practicadas, agregando el autor “que una vez ejercida esta atribución no podrá reevaluar el mérito de la investigación ni practicar nuevas diligencias”<sup>21</sup>.

Esta misma posición ha sido sostenida por el Tribunal Constitucional al señalar que el fiscal “tiene que haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus realizadores”<sup>22</sup> y por nuestra jurisprudencia judicial, cuando ha señalado que “el fiscal antes de adoptar la decisión de no perseverar, se encuentra obligado a efectuar todas las diligencias posibles para la averiguación de los hechos que serían constitutivos de delito, y la participación punible que al imputado le ha cabido en ellos”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> CORREA, ob. cit., p. 172.

<sup>20</sup> CORREA, ob. cit., p. 172.

<sup>21</sup> CORREA, ob. cit., p. 172.

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional, rol N° 2561-2013, 30 de diciembre de 2014.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de julio de 2014, rol N° 212-2014 y Corte de Apelaciones de San Miguel, 19 de junio de 2012, rol N° 739-2012.

Lo anterior constituiría “un presupuesto legal para que el Ministerio Público ejerza dicha facultad”<sup>24</sup>.

Surge la duda entonces sobre a quién le corresponde el control sobre si se cumple o no el parámetro de la insuficiencia de pruebas, ya que se trata de una decisión eminentemente administrativa, no siendo competencia del Juez de Garantía intervenir en la suficiencia de dicha decisión.

Considera Correa en este sentido que, no existiendo la posibilidad de un control jurisdiccional sobre si la investigación ha sido exhaustiva, debería hacerse internamente, “pudiendo –por ejemplo– los intervinientes controlar su concurrencia por medio de una revisión jerárquica, ante el Fiscal Regional”<sup>25</sup>.

Esta propuesta, agrega el autor, además se encontraría en sintonía con lo establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal respecto del forzamiento de la acusación, posibilitando en este caso el legislador un control jerárquico de los antecedentes como presupuesto de aplicación de dicha institución.

El fallo en comento se pronuncia en este sentido, utilizando como principal argumento para ordenar la reapertura de la investigación el hecho de no encontrarse agotada, ya que el Ministerio Público no ha practicado todas las diligencias solicitadas por el querellante particular.

En este sentido, señala que “de la mera lectura de la norma antes transcrita, es posible concluir ab initio, que el legislador estableció como premisa básica y elemental para poder ejercer dicha facultad por parte del ente persecutor, que ‘se practicaran todas las diligencias necesarias para el hecho punible’ y, en consecuencia, dicha condición actúa como una cortapisa que restringe el ámbito de acción del Ministerio Público, quien si no se cumple con dicha condición, no se encontraría válidamente habilitado para comunicar su decisión de no perseverar”<sup>26</sup>.

Respaldando esta posición, autores como Correa han señalado que “aquellos casos en los cuales el Ministerio Público ha decidido comunicar una DNP [decisión de no perseverar], representan un estado de duda por parte del ente persecutor, respecto de la suficiencia de la prueba de cargo recopilada. A partir del examen del material probatorio recabado durante la investigación,

---

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de noviembre de 2008, rol N° 1450-2008.

<sup>25</sup> En palabras de CORREA, ob. cit., p. 172, dicha solución “no deja de ser problemática atendida la limitada incidencia práctica que posee el fiscal regional respecto de las decisiones adoptadas por sus subalternos. Un mecanismo eficaz de control por parte del Ministerio Público presupone una profunda reforma al sistema de designación de autoridades de dicho organismo y la implementación de mecanismos efectivos de control que permitan garantizar una efectiva revisión de decisiones a nivel interno”.

<sup>26</sup> Considerando 6° de la sentencia que se comenta.

en estos casos la fiscalía sitúa la posición del imputado en un estado en el cual los antecedentes no resultan suficientes para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (pues no resulta clara la inexistencia del delito y/o la ausencia de participación punible del imputado en éste), pero a su vez, éstos no permiten fundar una acusación al considerarse a priori insuficientes para destruir en juicio oral la presunción de inocencia que asiste al acusado<sup>27</sup>, agregando luego que “para arribar a dicha conclusión, la investigación debe encontrarse agotada, no quedando diligencias probatorias pendientes de ser realizadas, exigencia que se manifiesta en la obligación de parte del Ministerio Público de hacer todo lo que esté a su alcance a fin de clarificar los hechos denunciados”<sup>28</sup>.

Lo anterior se desprendería expresamente del tenor literal del artículo 248 inc. 1º Código Procesal Penal, en tanto reconoce como un requisito para proceder al cierre de la investigación el que las diligencias necesarias hayan sido practicadas.

En este punto, y en relación con la vinculación que existe entre la decisión adoptada por el Ministerio Público y el derecho de acción del querellante particular, la jurisprudencia del tribunal Constitucional se ha pronunciado en ambos sentidos.

En sentencia rol N° 8925-20, se acoge un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en que se considera que “la aplicación de los artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos del Código Procesal Penal, y el ejercicio de las facultades que allí se consagran para el Ministerio Público, impiden a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución”<sup>29</sup>.

La opinión mayoritaria que acoge el requerimiento considera 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

---

<sup>27</sup> CORREA, ob. cit., pp. 171-172.

<sup>28</sup> CORREA, ob. cit., p. 172.

<sup>29</sup> Considerando 36º de la sentencia rol N° 8925-20. Juicio en que incidía la solicitud de inaplicabilidad: proceso penal RUC N° 1910044596-7, RIT N° 3116-2019, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Rengo. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en sentencia rol N° 6718-18, en que señala que el derecho de acción del querellante “no implica desconocer que el Ministerio Público tiene potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero de la Constitución)”, pero agrega que la labor investigativa no puede confundirse con actividades que en la práctica impiden el ejercicio de la acción penal por parte de la víctima.

mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima, y que 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”<sup>30</sup>.

En este sentido, agregan que “el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado”<sup>31</sup>.

Agregan que “la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunique al Tribunal su voluntad de no perseverar no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés”<sup>32</sup>.

En el mismo fallo, pero en voto disidente, se argumenta que la falta de prueba incriminatoria genera el medio consagrado en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, donde “la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad”<sup>33</sup>.

Considera también el Tribunal Constitucional que “no es posible mediante el arbitrio de la inaplicabilidad cuestionar el sistema acusatorio, teniendo al trasluz el sistema inquisitivo, de forma tal que no resulta pertinente la aseveración de la requirente en el sentido de que en los delitos de fraude procesal y otorgamiento de contrato simulado, ambos tipificados en el Código

---

<sup>30</sup> Considerando 6° de la sentencia de fecha 14 de octubre de 2021, dictada en los autos rol N° 10093-21.

<sup>31</sup> Considerando 6° de la sentencia de fecha 14 de octubre de 2021, dictada en los autos rol N° 10093-21.

<sup>32</sup> Considerando 35° de la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020, dictada en los autos rol N° 8925-20.

<sup>33</sup> Considerando 31° de la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020, dictada en los autos rol N° 8925-20.

Penal, donde la finalidad, a lo menos complica la distinción doctrinaria y práctica en un dilema si compete a materias propias del campo civil o son aquellas propias del mundo punitivo, tema que por su naturaleza escapa a la competencia de esta Magistratura, y debe ser resuelta, derechamente por el juez de fondo”<sup>34</sup>.

Pero, en jurisprudencia muy reciente el Tribunal Constitucional<sup>35</sup> ha vuelto a cambiar el criterio y se ha pronunciado en sentido contrario al voto de mayoría ya reseñado en la sentencia anterior<sup>36</sup>, señalando que la facultad de no perseverar no es sino una de las variadas formas de cerrar un procedimiento penal, cuyo ejercicio es facultativo para el fiscal.

Se afirma ahora “que la decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía”<sup>37</sup> y que ello se configuró así por cuanto guarda relación con la lógica de la Reforma Procesal Penal, en el sentido de separar las funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos, agregando que “a pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue, sin perjuicio de que, excepcionalmente, ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. De esta manera, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos”<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, la Magistratura Constitucional precisa que el conflicto constitucional deducido no guarda relación con la mayor o menor facultad que el sistema procesal penal le otorga a la víctima del delito, ya que ésta puede “igualmente ejercer la acción penal”, según lo dispone el artículo 83, inciso segundo de la Constitución.

Continúa su argumentación señalando que “el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal respectivo no significa que los querellantes queden en la indefensión al verse impedidos de llevar adelante la persecución penal contra el querrellado, ya que si bien la formalización es un trámite esencial

---

<sup>34</sup> Considerando 34° de la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020, dictada en los autos rol N° 8925-20.

<sup>35</sup> Sentencia de fecha 25 de enero de 2023, dictada en los autos rol N° 13586-2022.

<sup>36</sup> Con voto en contra de los ministros Letelier, Vásquez y Fernández.

<sup>37</sup> Considerando 9° de la sentencia de fecha 25 de enero de 2023, dictada en los autos rol N° 13586-2022.

<sup>38</sup> Considerando 10° de la sentencia de fecha 25 de enero de 2023, dictada en los autos rol N° 13586-2022.

del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen<sup>39</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

1) Consideramos que la decisión de no perseverar constituye una facultad privativa del Ministerio Público, cuya naturaleza administrativa impide una revisión jurisdiccional del mérito de esta decisión.

2) El derecho de acción que compete a las víctimas a través de las querellas particulares presenta como límite las facultades del Ministerio Público. Este límite obedece a la estructura propia del procedimiento penal, en que el ejercicio de la acción penal pública corresponde a este órgano administrativo y en que se han diferenciado claramente las etapas de investigación y juzgamiento.

3) En este sentido también, la decisión de no perseverar no atenta contra las garantías constitucionales, primero, porque el mismo Ministerio Público ha reglamentado internamente la forma como deben adoptarse este tipo de decisiones, y segundo, porque a los querellantes siempre les cabe la posibilidad de impulsar la formalización si cuentan con los antecedentes suficientes para ello.

4) Atendido lo anterior, el recurso de apelación no resultaría procedente en contra de este tipo de decisiones, y menos fundado en el artículo 370 del Código Procesal Penal.

#### 1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Apremios ilegítimos. Oposición del querellante a decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento. I. Orden de DNP requiere que no queden diligencias probatorias pendientes. II. Deber de investigar con determinación y eficacia delitos que afecten o conculquen derechos fundamentales de niños y mujeres. III. Decisión de no perseverar ha sido ejercida fuera del marco legal y sin generar todas las diligencias necesarias. Protocolos Internacionales de DD. HH. de investigación en casos de tortura.

---

<sup>39</sup> Considerando 25° de la sentencia de fecha 25 de enero de 2023, dictada en los autos rol N° 13586-2022.

## HECHOS

*Querellante, Instituto Nacional de Derechos Humanos, se alza de apelación en contra de la resolución del Juzgado de Garantía, que no hizo lugar a la oposición realizada por el querellante respecto a la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones revoca la resolución apelada y ordena la reapertura de la investigación.*

## ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Apelación (acogido-revoca).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Copiapó.*

ROL: *489-2022, de 22 de noviembre de 2022.*

MINISTROS: *Sra. Aída Osse H., Fiscal Judicial Sr. Carlos Hermann Meneses C. y Abogada Integrante Sra. Loreto Isabel Llorente V.*

## DOCTRINA

- I. *De la mera lectura de la norma antes transcrita –artículo 248 del Código Procesal Penal–, es posible concluir ab initio, que el legislador estableció como premisa básica y elemental para poder ejercer dicha facultad por parte del ente persecutor, que “se practicaran todas las diligencias necesarias para el hecho punible” y, en consecuencia, dicha condición actúa como una cortapisa que restringe el ámbito de acción del Ministerio Público, quien –si no se cumple con dicha condición–, no se encontraría válidamente habilitado para comunicar su decisión de no perseverar. Respalda esta posición, la doctrina ha señalado que en “aquellos casos en los cuales el Ministerio Público ha decidido comunicar una DNP [decisión de no perseverar], representan un estado de duda por parte del ente persecutor, respecto de la suficiencia de la prueba de cargo recopilada. A partir del examen del material probatorio recabado durante la investigación, en estos casos la fiscalía sitúa la posición del imputado en un estado en el cual los antecedentes no resultan suficientes para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa (pues no resulta clara la inexistencia del delito y/o la ausencia de participación punible del imputado en éste), pero a su vez, éstos no permiten fundar una acusación al considerarse a priori insuficientes para destruir en juicio oral la presunción de inocencia que asiste al acusado. Para arribar a dicha conclusión, la investigación debe encontrarse agotada, no quedando*

*diligencias probatorias pendientes de ser realizadas, exigencia que se manifiesta en la obligación de parte del Ministerio Público de hacer todo lo que esté a su alcance a fin de clarificar los hechos denunciados (considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *Aparece como indispensable no perder de vista el tipo de delito que ha sido denunciado, esto es, el delito de apremios ilegítimos, descrito y sancionado en el artículo 150 D del Código Penal, en grado de ejecución consumado, cometido en perjuicio de una niña de once años de edad a la época de ocurrencia de los hechos, no pudiendo desconocerse su gravedad, la que radica en la afectación que ha debido producir en una víctima especialmente vulnerable y en el hecho de haber sido presuntamente cometido por agentes del Estado, en el ejercicio de sus funciones. Lo anteriormente concluido, exige al órgano constitucionalmente encargado de llevar adelante en forma exclusiva la persecución penal, un alto estándar de compromiso y dedicación respecto de la labor investigativa, por cuanto es la sociedad toda la que exige respuestas oportunas y concretas en relación a este tipo de ilícitos, que son cometidos por funcionarios policiales en actos de servicio. A mayor abundamiento, no puede soslayarse que la materia sobre la que trataría la presente causa, en cuanto dice relación con un delito de violencia institucional cuya víctima es una niña, de ser efectivo, trasunta el compromiso del Estado en la protección de la mujer y también de los NNA. En efecto, por una parte, se transgrede el principio del interés superior del niño, que mandata que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3° CIDN) (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- III. *Analizado el presente caso a la luz de las reflexiones previas, esta Corte estima que la resolución impugnada en estos antecedentes necesariamente debe ser revocada, por cuanto la decisión de no perseverar comunicada por el ente persecutor, se ha ejercido fuera del marco legal establecido por el legislador, al no haber desplegado todo de su parte para generar todas las diligencias necesarias y conducentes para el esclarecimiento de los hechos investigados, debiendo accederse a lo solicitado por el querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, en cuanto ordenar al Ministerio Público la reapertura de la investigación a fin que se practique adecuadamente todas las diligencias que fueron solicitadas al momento de la presentación de la querrela y reiteradas con posterioridad,*

*sin perjuicio de las nuevas diligencias que dicho órgano pueda disponer y/o de reiterar a futuro su decisión de no perseverar en el procedimiento, conforme a sus atribuciones legales. Tratándose de delitos como el de la especie, que resultan particularmente intolerables, pues eventualmente, de probarse los hechos, es el propio Estado garante máximo de los Derechos Fundamentales quien pervierte su designio y se transforma en un agente vulnerador de garantías de los ciudadanos y ciudadanas sujetos a investigaciones penales, resulta atendible que la doctrina y la jurisprudencia hayan ido instalando, como una especie de estándar, a fin de que el persecutor pueda ejercer legítimamente las atribuciones que, constitucional y legalmente le son propias, la realización –como mínimo– de las diligencias que el querellante razonablemente haya solicitado en la querrela o en la secuela del procedimiento. En el caso que nos convoca, el respeto a dicha exigencia mínima importa, por lo menos –al tenor de lo reiterado por la querellante en su escrito de apelación–, la complementación del Protocolo de Estambul, la realización de la reconstitución de escena y la citación de todos los funcionarios de Carabineros de Chile, involucrados en estos hechos, sin perjuicio del resguardo de su derecho a guardar silencio, si poseen la calidad de imputados (considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/44470/2022*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículos 111, 248 del Código Procesal Penal; 150 D del Código Penal; 1° y 2° de la Ley N° 20.405.*