

1. Tribunal Constitucional

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PROCESAL PENAL

DECISIÓN DE NO PERSEVERAR. CONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD CONFERIDA AL MINISTERIO PÚBLICO

DOCTRINA

Debe rechazarse la inaplicabilidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, toda vez que la facultad que posee el Ministerio Público de comunicar su decisión de no perseverar en la investigación penal, por no haberse reunido los antecedentes suficientes para fundar la respectiva acusación, no infringe los artículos 7º, 76 y 83 de la Constitución. Dicha actuación se justifica en la especial atribución que la ley le ha otorgado al Ministerio Público para dirigir en forma exclusiva la investigación penal y decidir sobre su curso, actuando discrecional y responsablemente a este respecto. Dicha atribución, por lo demás, no amenaza ni infringe el principio de legalidad, el cual hoy en día es leído con base en los principios de eficiencia y de racionalidad en el uso de los recursos públicos, contemplados en el diseño del nuevo sistema procesal penal (c. 19). Ello le permite al ente persecutor —que goza de autonomía— organizar su propia carga de trabajo y definir su estrategia sobre la base de dichos criterios. Todo lo anterior no afecta, en caso alguno, los derechos que el legislador le ha otorgado a la víctima en cuanto a su protección, intervención e impugnación dentro del proceso (c. 23). Sin embargo, dentro de dicho conjunto no cabe la existencia de un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue (c. 25). El artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, si bien reconoce que el ofendido por el delito puede ejercer “igualmente” la acción penal, en ningún caso consagra un derecho fundamental de acción —entendido como un poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia favorable— puesto que ello sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado e incompatible con la existencia de un órgano público que dirige de manera exclusiva la investigación penal (c. 25).

SENTENCIA

Santiago, veintinueve de enero de dos mil quince.

VISTOS:

Con fecha 26 de junio de 2014, el abogado Mario Vivanco Pino, por sí,

ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, por considerar que en su aplicación se vulneran los artículos 7º, 76 y 83 de la Carta Fundamental.

Precepto legal impugnado.

El precepto cuya aplicación se cuestiona dispone:

“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”.

Gestión invocada.

La gestión invocada es una investigación penal, no formalizada, seguida ante la Fiscalía local de Curacaví, en virtud de una querrela interpuesta por el requirente de inaplicabilidad, por delitos de daño y robo en contra de quienes resulten responsables, referida a la destrucción de un cerco y sustracción de especies (postes y alambrada) por un monto de 110 mil pesos, acaecidos en un predio de su propiedad, rolando la querrela a fojas 29 del presente proceso.

Antecedentes.

Señala la parte requirente que ha sido objeto de agresiones y usurpaciones desde su llegada al inmueble el año 2000, que siempre la Fiscalía ha manifestado su intención de cerrar la investigación por esta vía, lo cual siempre ha tratado de impugnar infructuosamente, generándose impunidad y desconcierto para él, en su calidad de víctima, al no saber el fundamento y la intención del ente persecutor.

Agrega que el Fiscal regional se ha negado a intervenir, por ser la decisión de no perseverar una facultad privativa y excluyente del Fiscal local, criterio que ha sido ratificado por el tribunal respectivo, todo lo cual lo ha dejado en un estado de indefensión y sometido a burlas y dudas sobre su calidad profesional por parte de la población del lugar, según señala a fojas 5.

Expone el requirente que la Fiscalía ha decidido no perseverar en la investigación, estando pendiente la audiencia de comunicación.

Argumenta que la decisión de no perseverar es unilateral del fiscal y ha sido calificada como no controlable en cuanto a su mérito, sino solamente en cuanto a sus aspectos formales, por ser una atribución privativa del fiscal, lo que supone una diferencia con el acto de formalización de la investigación, que sí está sujeto a controles.

Disposiciones constitucionales infringidas.

Denuncia así que la decisión de no perseverar es inconstitucional, pues vulnera el artículo 7° de la Constitución Política, en tanto un funcionario estatal no puede estar ajeno a fiscalización administrativa ni judicial, erigiéndose como una autoridad que no rinde cuentas ni expone razones que hasta la autoridad judicial debe expresar para justificar sus actos.

Invoca además como vulnerado el artículo 76 de la Carta Fundamental, en tanto sin fundamentar se cierra la investigación y no se persigue un delito sin fiscalización, en un verdadero sobreseimiento sin revisión, tal como si fuera

resuelto por el Tribunal de Garantía en ejercicio de sus potestades privativas.

Argumenta que además se vulnera el artículo 83 de la Carta Fundamental, en tanto al Ministerio Público le está vedado ejercer jurisdicción, ya que si bien su resolución no tiene formalmente nombre ni carácter jurisdiccional, en definitiva es ejercicio de jurisdicción al cerrar un caso a su arbitrio y sin revisión, superando las atribuciones de cualquier tribunal, incluida la Corte Suprema.

Señala que no es viable pensar en la autodefensa y que tiene derecho a instar por protección.

Admisión a trámite y admisibilidad.

Acogido a tramitación el requerimiento, se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuando el traslado, el Ministerio Público solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento, dando cuenta de haber despachado instrucción de investigar a la Policía de Investigaciones, que visitó el lugar, constató que el cerco estaba en el suelo y que no había evidencia de responsabilidad de persona alguna, no obstante lo cual se ordenaron otras actuaciones que permitieron identificar al ocupante del predio colindante, quien señaló estar construyendo una pandereta diez centímetros al interior de su predio y que el cerco de su vecino se encuentra donde siempre ha estado y en habituales malas condiciones. Descartando usurpación o incendio y realizadas las diligencias investigativas, expone que se solicitó audiencia para

comunicar la decisión de no perseverar, solicitando el querellante la reapertura de la investigación, audiencia que no se ha verificado por la suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura, no siendo efectivo que exista negativa a investigar.

Alega que concurre en este caso la causal de inadmisibilidad del numeral 2° del artículo 84 de la ley N° 17.997, en tanto el mismo precepto legal ha sido declarado conforme a la Constitución, habiéndose alegado los mismos vicios, en las sentencias definitivas de inaplicabilidad roles N°s. 1341, 1404 y 1394, todas dictadas en el año 2010.

De igual forma, alega que el libelo carece de fundamento plausible, en tanto se pretende controlar la actividad del Ministerio Público, cuestión que de manera expresa ha sido declarada improcedente por este Tribunal al no ser la inaplicabilidad una vía idónea para ello, en circunstancias que para tal efecto existe la solicitud de reapertura de la investigación, que en el caso concreto está pendiente de resolver.

Traslado sobre el fondo del conflicto de constitucionalidad.

Declarada la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado para resolver acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Reiterando los antecedentes de hecho de la gestión, el Ministerio Público detalla las actuaciones investigativas desplegadas, descartando inactividad e indefensión, y reitera el estado actual de la indagatoria, antecedentes sobre cuya base solicitó el rechazo del requerimiento, refutando el efecto inconstitucional

que se denuncia, en tanto debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 3° de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que exige tener en cuenta no solamente el hecho punible, sino también las circunstancias que determinen la inocencia del imputado, a lo que añade la invocación de lo dispuesto por la letra b) del artículo 248 del Código Procesal Penal, norma no impugnada, que exige un examen de mérito suficiente para proceder a acusar, en orden a comprobar si hay fundamento serio, sin el cual no se puede acusar.

Así, concluye que las decisiones de acusar y no perseverar obedecen al mismo fundamento: el examen de apreciación acerca del mérito acusatorio, atribución del ente persecutor que está recogida en la Carta Fundamental al señalar que el Ministerio Público ejercerá la acción penal “en su caso” y no “en todo caso”.

Se refiere posteriormente al origen legislativo de la figura de no perseverar, su función de separar lo jurisdiccional de lo investigativo y al examen de suficiencia que involucra su ejercicio, en el marco del principio de exclusividad de la dirección de la actividad de investigación, el principio de objetividad y el principio acusatorio, todos de fuente constitucional, para concluir recalando que el mecanismo consagrado en el precepto impugnado no es de carácter definitivo.

A continuación se refiere latamente a las sentencias roles N°s. 1341, 1394 y 1404 de esta Magistratura, ya aludidas, haciendo suyas las argumentaciones de

fondo que en ellas se contienen acerca de la constitucionalidad de la norma.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

Conclusión de la tramitación del proceso.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Vista de la causa.

Con fecha 28 de agosto de 2014 se verificó la vista de la causa, alegando, por el Ministerio Público, el abogado señor Hernán Ferrera Leiva.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

Que lo que la parte querellante objeta en el presente recurso de inaplicabilidad es el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Es decir, la facultad del Ministerio Público para que, cerrada la investigación, dicho órgano persecutor comunique su decisión de no perseverar por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar la acusación;

Que en el marco de una querrela por robo de cercos, concluida la investigación, el Ministerio Público pidió al juez de garantía se convocara a una audiencia para comunicar su decisión de no perseverar, por no haberse reunido los antecedentes suficientes para fundar la acusación. El querellante pidió la reapertura de la investigación, en base al artículo 257 del Código Procesal Penal;

Que el requirente funda su alegato de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en tres infracciones. En primer lugar, que la decisión de no perseverar no tiene fiscalización. Por lo mismo, sostiene, se afecta el artículo 7° de la

Constitución. En segundo lugar, esta decisión depende de la sola voluntad del Ministerio Público; el Tribunal no interviene. Se afecta, en consecuencia, el artículo 76 de la Constitución. Finalmente, el requirente sostiene que se vulnera el artículo 83 de la Constitución, toda vez que la decisión del Ministerio Público no tiene revisión por un órgano jurisdiccional;

II. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES EL TRIBUNAL NO SE PRONUNCIARÁ.

Que este Tribunal no está facultado para pronunciarse sobre ciertos asuntos. En primer lugar, sobre si procede o no que el Ministerio Público haya declarado el cierre de la investigación. El querrelante en el proceso pidió la reapertura de la misma. En segundo lugar, esta Magistratura tampoco puede decidir sobre si existen antecedentes suficientes o no para fundar una acusación. El Ministerio Público sostuvo en estrados que en la carpeta de investigación había informes, tanto de la Policía de Investigaciones como de Carabineros, en el sentido de que no había evidencias que indicaran responsabilidad de terceros;

III. LOS PRECEDENTES.

Que ésta no es la primera vez que se impugna ante esta Magistratura el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. En tres oportunidades anteriores esta Magistratura ha rechazado los cuestionamientos formulados sobre este precepto (STC 1341/2009, 1404/2009 y 1394/2009). Dichos pronunciamientos implicaron dejar atrás lo que este mismo Tribunal había sostenido en la STC 815/2008. Asimismo, en

fecha reciente esta Magistratura, ante empate de votos, tuvo por rechazado un requerimiento sobre la misma materia (STC 2561/2014);

Que a la luz de los antecedentes de este caso concreto, estos Magistrados no encuentran razones suficientes para cambiar su decisión, tal como lo exige la STC 171/1993. Por lo mismo, mantendremos la jurisprudencia previa, en base a las consideraciones que en su momento este Tribunal sostuvo, y que expondremos en lo que sigue;

IV. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

Que, para comenzar nuestro razonamiento, explicitaremos los criterios interpretativos que nos llevan a rechazar el presente requerimiento;

1. Separación de funciones.

Que uno de los pilares de la Reforma Procesal Penal consistió en separar en órganos distintos las funciones administrativas o investigativas y las jurisdiccionales (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Ministerio Público; Editorial Jurídica Conosur; Santiago, 1997).

Para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional que incorporaba y regulaba en la misma Carta Fundamental al nuevo órgano que se encargaría de dirigir la investigación en el proceso penal, que era el nuevo Ministerio Público (Ley de Reforma Constitucional N° 19.519);

Que en dicha Reforma se incorporó a este nuevo órgano —el Ministerio Público— como el encargado de la investigación procesal penal; pero se tuvo presente que el hecho de separar

las facultades investigativas de las jurisdiccionales no significaba que sólo las cuestiones propiamente jurisdiccionales debían respetar los parámetros establecidos por la Constitución, mientras que las cuestiones investigativas quedaban a salvo de toda regulación. Al contrario, el constituyente se preocupó de ampliar la exigencia de un proceso racional y justo, estableciendo tal mandato en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, plenamente aplicable a la investigación procesal penal;

2. Nueva concepción de legalidad.

Que, como ya se indicó, el proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así entendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal;

Que, en efecto, se le han otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en cuyo ejercicio puede actuar con cierta discrecionalidad.

En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, “la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero, a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan, por excepción, suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma”. (DUCE, Mauricio, y RIEGO, Cristián; *Proceso Penal*; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; p. 195).

Es lo que consagra, respecto de la investigación, el artículo 166 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). Este dispone, en su inciso segundo, que “cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”.

La ley, entonces, puede establecer excepciones;

Que dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad en el uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente.

Para maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (TAVOLARI OLIVEROS, Raúl; *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; p. 48);

Que permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico: “una de las características centrales de los sistemas de enjuiciamiento criminal, según lo ha

descrito la criminología moderna, es, más allá de las normas legales que los regulan, su carácter selectivo. (...) La facultad descrita se explica porque en la práctica todos los sistemas de justicia criminal reciben una altísima cantidad de denuncias de parte del público; de ellas un porcentaje importante está constituido por la relación de hechos respecto de los cuales se aportan muy pocos datos y respecto de los cuales la experiencia muestra que no tiene mucho sentido conducir una investigación porque la policía no cuenta con elementos mínimos que le permitan seguir una pista para la obtención de resultados. Un ejemplo evidente de esta circunstancia está constituido por la multiplicidad de los delitos contra la propiedad que son denunciados en nuestro país, que son cometidos por una persona desconocida de la víctima o respecto de los cuales no hay mayores antecedentes, no hay testigos, no hay detención flagrante ni sospechosos reconocidos, e incluso es posible que la víctima no pueda establecer con precisión el lugar donde ocurrió el hecho u otras circunstancias igualmente determinantes.(...) Se trata entonces de que los fiscales cuenten con la posibilidad de orientar sus propios recursos y los de los órganos que les prestan auxilio, para una investigación eficaz de aquellos casos en que ello resulta posible, introduciéndose así criterios de racionalidad en esta actividad.“ (RIEGO, Cristián, y DUCE, Mauricio; *La etapa de la investigación en el nuevo proceso penal; en Nuevo Proceso Penal; Carocca, Alex, y otros; Santiago, 2000; pp. 113 y 114*);

Que, por otra parte, es fundamental tener presente que la persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos. En cambio, en los modelos de persecución penal privada, en que la persecución penal está entregada a los ofendidos por el delito, "las ideas de legalidad, selectividad o discrecionalidad son completamente desconocidas, ya que se trata de modelos que operan sólo en la medida que el afectado quiera accionar de alguna forma en contra del ofensor". (DUCE, Mauricio, y RIEGO, Cristián; *Proceso Penal; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; p. 78*);

3. Exclusividad del Ministerio Público en dirigir la investigación.

Que el rol que ocupa el Ministerio Público en el nuevo proceso penal, rompe con el antiguo sistema inquisitivo no sólo en la manera en que entiende el principio de legalidad procesal tal como imperaba en el antiguo sistema procesal, al introducir elementos de discrecionalidad, sino también en que encarna la intención de la Reforma de separar las funciones investigativas de las jurisdiccionales, asumiendo las primeras de modo exclusivo.

Desde ambos puntos de vista, se puede apreciar que el legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza ne-

cesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas;

Que dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que “ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección”. Además, en relación a ese punto se afirma que “cabalmente el carácter de exclusividad con que se otorga al Ministerio Público la tarea de dirigir la investigación, constituye la alteración más importante que en este punto se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto se deja fuera de ella en materia penal al Poder Judicial que había tenido a su cargo desarrollarla. Hemos hecho ya presente (...) cómo la actual Constitución, a diferencia de la anterior, que sintetizaba la función del Poder Judicial en la tarea de juzgar, la descompone en tres fases o etapas, como son las de conocer, de resolver y de ejecutar lo juzgado, y cómo, dentro del conocimiento, se comprende todo lo encaminado a llegar a investigar los hechos sobre los cuales ha de recaer el juzgamiento, el cual, por su parte, ha de ajustarse a las reglas de un justo y racional procedimiento (artículo 19, N° 3°, inciso quinto). Cabalmente, como consecuencia de la reforma en estudio, la misma ley N° 19.519 modifica el precepto constitucional recién citado exigiendo “un procedimiento y una investigación racionales y justos” (...) Pues bien, en virtud de la creación del Ministerio Público y de las funciones que a este organismo autónomo se otorgan, se ha suprimido, dentro de la fase del conocimiento, propio de los

tribunales, la tarea de la investigación en materia criminal, dejando a éstos en tal aspecto exclusivamente el establecimiento de los hechos.

La alteración fundamental en este aspecto, al comparar el nuevo régimen con el del ordenamiento anterior, se halla en que no corresponde ahora dar a conocer a los órganos del Poder Judicial los hechos que pudieran tener carácter delictuoso, sino que deben denunciarse al Ministerio Público”. (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; Tomo VII; Editorial Jurídica; Santiago, 2002; p. 217).

Que en el texto original contenido en el Mensaje respectivo, el artículo 83, inciso primero (que correspondía al artículo 80 bis, inciso primero, del proyecto original), la facultad de investigar del Ministerio Público no revestía el carácter de exclusividad que hoy tiene. (Al respecto, véase OTERO LATHROP, Miguel; El Ministerio Público; Lexis Nexis Conosur; Santiago, 2002; pp. 18 y ss., y Mensaje de la ley N° 19.519).

La norma original del proyecto disponía, en su inciso primero:

“Artículo 80 bis.- Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales”;

Que, según se aprecia en los antecedentes expuestos, el constituyente decidió de manera clara e inequívoca

entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. Ésta “...representó una decisión irreversible del constituyente (...) Por esto, en la reforma procesal penal pendiente ya no se podrá controvertir esta vía de solución de la justicia penal, aun cuando en cierta manera subsisten algunos problemas por cuanto el nuevo órgano “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales” (PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo; ob. cit.; p. 55);

Que, tal como se ha señalado, corresponde al fiscal, en la medida que progresa la investigación, y si en ese sentido se encaminan los antecedentes, ir debilitando la presunción de inocencia establecida en beneficio del imputado.

Las atribuciones que la ley le confiere en la dirección de la investigación, “... significa(n) que el Ministerio Público se hace responsable de que la investigación sea realizada y de sus resultados.

Lo primero es señalar que en cuanto director de la investigación preliminar, el Ministerio Público es el organismo responsable de que ésta sea llevada adelante o se realice. En segundo término, la dirección de la investigación importa que el Ministerio Público es quien define la estrategia de persecución del caso. Luego, que el Ministerio Público cuenta con facultades para realizar, en forma autónoma o delegada, diligencias concretas de investigación. Finalmente, esta facultad le concede el Ministerio Público la dirección funcional de la policía para los efectos de realizar la investigación”... (DUCE J., Mauricio, y RIEGO R., Cristián; ob. cit. p. 135).

Que, como ya se ha referido, en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

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

Como se observa, estas facultades materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva;

Que, dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la inves-

tigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, como se expondrá a continuación, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal;

4. Derechos de la víctima.

Que el hecho de que la Reforma Procesal Penal entregue al Ministerio Público el monopolio de la investigación en el proceso penal, no significa que la víctima del respectivo delito no tenga derechos en el mismo, ya sea en la investigación, ya sea en las etapas posteriores;

Que, sin perjuicio de lo señalado por esta Magistratura, la doctrina ha clasificado los derechos de la víctima en el proceso penal del siguiente modo (TAVOLARI OLIVEROS, Raúl; ob. cit.). En primer lugar, ha señalado que existe el derecho de protección, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía (artículos 6°, 78, 83 y 109, letra a), del CPP; artículos 1°, 20, letra f), 34, letra e), 32, letra g), y 19 de la ley N° 19.640; artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales y 80 A de la Constitución). En segundo lugar, está el derecho de intervención (artículo 111 del CPP –posibilidad de presentar querrela–; artículo 258 del CPP –posibilidad de forzar la acusación–; artículo 261 del CPP –posibilidad de adherir a la acusación o formular acusación particular–; artículo 157 del CPP –posibilidad de solicitar medidas cautelares reales durante la investigación–; artículo 83 de la Constitución –derecho a la acción penal–. En tercer lugar, se encuentra el

derecho de audiencia (artículo 78, letra d), del CPP; artículo 109, letra d), del CPP; artículo 237 del CPP –derecho a ser oída antes de que el fiscal pidiera o se resolviera sobre la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada–; artículo 169 del CPP –derecho a producir la intervención del juez de control cuando el fiscal estima que no corresponde instruir–; artículo 109 del CPP –derecho a ser oída antes del pronunciamiento sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa–; artículo 170, inciso tercero, del CPP –puede manifestar de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal para que el juez de garantía deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad. En cuarto lugar, está el derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas (artículo 109, letra f), del CPP; artículo 33 de la ley N° 19.640; artículo 167 del CPP; artículo 7° de la ley N° 19.640; Libro III del CPP). Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría “otros derechos” (artículo 314 del CPP, entre otros);

5. No existe un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue.

Que el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución establece: “El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

¿A qué se refiere la Carta Fundamental con el derecho a la acción penal?

Al respecto se ha señalado que “una alternativa es entender que cuando la

Constitución le asegura al ofendido por el delito ejercer igualmente la acción penal, está presuponiendo una actividad que supone la activación de la investigación penal mediante la respectiva querrela y luego la posibilidad de acusar. Si se le permite a un sujeto acusar, previamente se le debe haber permitido querrellarse. A todo ello parece tener derecho la víctima. Pero tener derecho a querrellarse y luego a acusar no quiere decir que se tenga un derecho fundamental de acción en los mismos términos que se da cuando se pide la tutela para un derecho o interés legítimo a un juez civil o laboral. Esa negativa no responde a una cuestión sistemática que diría que el derecho de acción está regulado en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR y no en otras disposiciones del texto constitucional, sino a que es inconcebible un derecho de acción en un procedimiento penal público y regido por el principio de oficialidad. El derecho de acción sólo es concebible tratándose de intereses privados o, más en general, donde figure la confrontación de los intereses pretendidos por dos sujetos antagónicamente, lo cual no existe en materia penal. El artículo 83 CPR debe ser analizado fuera del ámbito del derecho fundamental de acción. Debe significar para el legislador procesal penal la obligación de considerar desde luego a la víctima como parte activadora del deber estatal de perseguir las conductas delictivas. Es decir, el legislador procesal penal se ve en la obligación de considerar a la querrela particular como una de las vías de inicio de la persecución penal y

la posibilidad del querellante de acusar particularmente, si es que se llega a ese estado. No se trata de un derecho fundamental de acción entendido como el poder para deducir una pretensión ante un tribunal de justicia y obtener una sentencia de ese tribunal, porque ello, en materia procesal penal, sería propio de un sistema radicalmente acusatorio, completamente privatizado, sistema que es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno (art. 83, inc. 1°, CPR)". (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; ob. cit.; p. 248);

Que el hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.

A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente (artículo 167, CPP), no iniciar investigación (artículo 168, CPP), cerrar la investigación (artículo 248, CPP) o formalizar (artículo 230, CPP), la víctima puede querrellarse en cualquier momento (artículos 111 y 112, CPP), desistirse (artículo 118, CPP) y abandonar la querrela (artículo 120, CPP).

De este modo, a pesar de que no son equivalentes con las facultades del Ministerio Público, se establecen

facultades equiparables para que la víctima pueda hacer valer sus intereses en el proceso. Pero unas son potestades públicas, es decir, poderes jurídicos para imponer conductas, y las otras, derechos;

V. FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

Que luego de sentados los criterios interpretativos recién señalados, estamos en condiciones de dar un paso más y examinar la facultad de no perseverar.

La facultad de no perseverar en el procedimiento es una salida autónoma en el proceso penal, establecida en el artículo 248, letra c), del CPP, distinta del sobreseimiento temporal y del definitivo. Esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación;

Que, en efecto, el artículo 248 del Código Procesal Penal le otorga al fiscal tres alternativas luego de cerrada la investigación. Tales alternativas son: a) solicitar sobreseimiento, b) formular acusación y c) comunicar la decisión de no perseverar;

Que, como se aprecia, el fiscal puede elegir entre las tres alternativas mencionadas en el artículo 248 del CPP, pero siempre sujeto a la condición de haber practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y ateniéndose a los resultados que arrojen los antecedentes reunidos. La evaluación de estos elementos es una facultad discrecional;

Que, en consecuencia, la facultad que le permite al fiscal acusar es la misma que le permite solicitar sobreseimiento y la misma que le permite no perseverar. Las tres facultades son expresiones de la discrecionalidad propia que se le ha concedido como órgano encargado de dirigir la investigación del proceso penal de modo exclusivo;

Que, no obstante, para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales.

En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas “las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores” (encabezado del artículo 248 del CPP). Esta es una expresión de la obligación del Ministerio Público de investigar, establecida en el artículo 183 del CPP en relación con el artículo 257 del mismo Código. En virtud de los artículos citados, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal las diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal, por su parte, tiene la obligación de ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Luego, si rechaza dicha solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público para obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia. Por otra parte, dentro de los diez días

siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado (artículo 257, CPP).

Como se observa, si el Ministerio Público rechaza diligencias o no se pronuncia respecto de las mismas, una vez cerrada la investigación, se puede pedir al juez de garantía que ordene reabrir la investigación. Pero dicha facultad del juez no es absoluta, porque no puede decretar ni renovar aquellas diligencias que se hubieren ordenado y no se hubieran cumplido por negligencia o hecho imputable a los peticionarios, ni las que fueren manifiestamente impertinentes.

Hay, por tanto, un control jurisdiccional respecto de las diligencias precisas de investigación, que oportunamente se solicitaron y respecto de las cuales el Ministerio Público rechazó o no se pronunció;

Que, como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los días siguientes a dicho cierre. Así lo establece el artículo 248 del CPP: “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...”;

Que, como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cóm-

plices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. Para acusar, es necesario que el Ministerio Público “estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado” (artículo 248, letra b), del CPP);

Que, en efecto, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, la decisión de no perseverar debe fundarse “... en la no existencia de un mínimo de pruebas idóneas, las cuales por su vaguedad o ineficacia hagan presumible la inutilidad de llevar el caso al juicio oral, al llevar al investigador a una duda razonable de que aquéllas no podrán completarse o consolidarse, ni servir como germen o fuente de otras probanzas idóneas que puedan dar al tribunal oral en lo penal la certeza que la ley exige para poder condenar”. (NÚÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal; Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral; Jurídica; 2002; p. 150);

Que, en cuarto lugar, es necesario que la facultad de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 249 del CPP.

Tal como señala la norma, a esta audiencia debe citarse a todos los intervinientes, es decir, al imputado, el defensor, la víctima y el querellante, para oír sus planteamientos al respecto. (NÚÑEZ VÁSQUEZ, Cristóbal; ob. cit.; p. 152);

Que es cierto que la decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de

garantía, y en eso se diferencia del sobreseimiento. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma en el sentido de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos;

Que las características del sobreseimiento justifican que éste se someta a las decisiones del juez de garantía. El sobreseimiento procede por causales específicas establecidas en el Código, y ni las causales que motivan la declaración de sobreseimiento definitivo, ni las que justifican la declaración de sobreseimiento temporal, son equiparables a la insuficiencia de antecedentes que motiva la aplicación de la facultad de no perseverar en la investigación.

Por esa razón, se ha señalado que “a la luz de las causales que el actual artículo 252 del CPP contiene, la posibilidad de que un procedimiento penal se paralice “hasta que se presenten mejores datos” no tiene recepción en el nuevo sistema, como veremos (en tal caso el Fiscal debería comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento)”. (CHAHUÁN SARRÁS, Sabas; ob. cit.; p. 245);

Que, en cuanto a sus efectos, el sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada. En cambio, la facultad de no perseverar en la investigación produce los efectos establecidos en el artículo 248, inciso final: “La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas

cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido”;

Que la naturaleza administrativa e investigativa de la facultad de no perseverar justificó que se la tratara como una causal autónoma de cierre de la investigación, durante la etapa de discusión del CPP en el Congreso Nacional.

En efecto, desde el Anteproyecto contenido en el Mensaje del Nuevo Código de Procedimiento Penal hasta el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, la falta de antecedentes para fundar una acusación por parte del Ministerio Público fue considerada como una causal que facultaba al fiscal para solicitar el sobreseimiento temporal y al juez de garantía para decretarlo.

Así, entonces, el primitivo artículo 318 contenido en el proyecto disponía: “... practicadas las diligencias que hubiere considerado necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal del ministerio público declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la instrucción”.

No obstante, en la última fase de tramitación parlamentaria en el Senado se modificó el criterio de acuerdo al cual la falta de antecedentes justificaba una declaración de sobreseimiento, pasando

a constituir una causal autónoma de cierre de la investigación;

Que el criterio para introducir la referida modificación obedeció a la idea de que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal y no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional;

Que, en conclusión, la facultad de no perseverar en la investigación es una expresión de las facultades discrecionales que se le han otorgado al Ministerio Público para llevar adelante la dirección de la investigación de manera exclusiva. Ello no obsta a que dicha discrecionalidad esté sometida a varios requisitos, ya que se trata de una discrecionalidad no arbitraria. Por otra parte, ésta corresponde al Ministerio Público sin intervención del juez de garantía. Ello se justifica en que ésta es una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, y por ello se diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación del juez de garantía. El hecho de que no intervenga el juez de garantía, sin embargo, no significa que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal, pues la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al Ministerio Público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal;

VI. NO EXISTE DERECHO SUBJETIVO A QUE EL MINISTERIO PÚBLICO INVESTIGUE.

Que a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos dere-

chos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue. Antes de definir dicho eventual derecho, es necesario determinar la posición que ocupa cada actor dentro del sistema procesal penal;

Que la función de investigar es una potestad del Ministerio Público; pero el Ministerio tiene discrecionalidad para decidir si investiga o no. Por su parte, dicha discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano persecutor para el cumplimiento de su función de dirección de la investigación, según se ha profundizado en otros considerandos de esta sentencia;

Que la víctima 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. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el fiscal en sus labores investigativas, ni para el juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos.

En ese sentido ya se ha pronunciado esta Magistratura al señalar:

“TRIGESIMOSEXTO: Que, por la misma razón anotada, este Tribunal no comparte la alegación del actor en cuanto a que la víctima y querellante ha debido limitarse, en la audiencia respectiva, a ser oída, sin poder efectivamente oponerse y tener derecho a un debido proceso. En efecto, ya se ha recordado que el propio artículo 237 del Código

Procesal Penal permite que el querellante o la víctima asistan a la audiencia en que se ventile la suspensión condicional del procedimiento, debiendo ser oídos por el tribunal (inciso cuarto). Ello efectivamente ocurrió en el presente caso.

Sin embargo, no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querellante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso. Más bien, en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le compete, el juez deberá ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente;" (STC Rol N° 1244, de 2 de junio de 2009);

Que, en consecuencia, la estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, "pautada" por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos;

Que si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito;

Que, sobre la inexistencia de dicho derecho subjetivo, se ha referido que: "Hay que entender que en el proceso

penal la decisión de iniciar la investigación penal –salvo en los delitos de "acción privada"– comporta la asunción de una actividad pública, aun en el caso de que se inicie por denuncia o querrela particular. Es que en este último caso no hay tutela de intereses privados en juego. El que se querrela no está pidiendo tutela para un interés propio sino que está colaborando o bien supliendo una negligente o arbitraria actuación fiscal en el estatal ejercicio del ius perseguendi. No puede haber de este modo un derecho subjetivo público, de naturaleza constitucional, al ejercicio de la "acción penal", ni siquiera para la víctima. Los individuos no tienen el derecho de someter a juicio penal a otro ciudadano". (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; No Hay Ejercicio del Derecho Fundamental de Acción en el Proceso Penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que Declaró Inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal; Revista de Derecho; Universidad Austral; p. 247);

VII. RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Que el hecho de que la víctima no tenga un derecho subjetivo a la investigación y que no sea totalmente equiparable al Ministerio Público en el proceso penal, no significa que ésta esté sujeta a las eventuales arbitrariedades que pudiese cometer el fiscal;

Que dicho asunto se subrayó en la discusión legislativa de la ley N° 19.519, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados:

"El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la po-

sibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querrela, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querrela, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez". (Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 11 de junio de 1997, Historia de la Ley N° 19.519, Boletín 1943-07);

Que, por lo mismo, puede afirmarse que el Código Procesal Penal está estructurado de tal modo que cada institución en la que el fiscal puede actuar con cierta discrecionalidad, tiene un mecanismo de seguro en favor de la víctima y de sus intereses;

Que, por ello, el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, ley N° 19.640, dispone como principio general que "el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público". Y con el mismo sentido, el artículo 7° de la misma 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". Y que dicho control se extiende "tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones";

Que, a su vez, el artículo 32 b) de la ley N° 19.640 establece 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;"

Dicha disposición debe ser relacionada, por ejemplo, con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la misma ley, que establecen respectivamente que las infracciones de los deberes y prohibiciones en que incurran los fiscales serán sancionadas disciplinariamente, de oficio o a requerimiento del afectado, con alguna de las medidas que indica el precepto, y que la remoción, en el caso de un fiscal adjunto, procederá cuando

incurra en alguna de las circunstancias siguientes:

“1) Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

2) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas.

3) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas.

4) Incumplimiento grave de sus obligaciones, deberes o prohibiciones”.;

Que el sistema de seguro en favor de los intereses de la víctima también opera en el caso del sobreseimiento y de la facultad de no perseverar.

En efecto, en el caso del sobreseimiento, la intervención del juez de garantía es necesaria (artículos 248 y 256 del CPP), pero además procede en contra de la declaración de sobreseimiento el recurso de apelación (artículo 253, CPP), los intervinientes deben ser escuchados en la respectiva audiencia, y se puede forzar la acusación en los términos establecidos en el artículo 256 del CPP.

Por su parte, en el caso de la facultad de no perseverar en la investigación, procede la reapertura de la investigación (artículo 257, CPP).

En efecto, el Ministerio Público ha planteado que dicha reapertura procede incluso si es que la facultad de no perseverar se ha ejercido existiendo formalización (MP, Oficio Fn. 556, 18 de noviembre de 2003). Para apoyar esta postura se ha argumentado que:

“... el ejercicio de la facultad de no perseverar en el procedimiento no pare-

ce una demostración de inactividad por parte del órgano persecutor desde que éste reconoce la falta de antecedentes que le permitan fundamentar seriamente una acusación. En este sentido, cierra una investigación que no presenta buenas expectativas de éxito desde la perspectiva de la persecución penal sin que ello constituya una ineficiencia del sistema. Por lo demás, se trata de la correcta utilización de los mecanismos que la propia legislación ha contemplado, por lo que la situación no debiera merecer reparos”.

En segundo lugar, se ha señalado que tanto la decisión de no perseverar como la formalización no producen cosa juzgada, por lo que la decisión de no perseverar no sería impedimento para que posteriormente se volviera a realizar una nueva formalización: “El hecho de que la cosa juzgada, como sabemos, sea un efecto propio de las sentencias definitivas e interlocutorias firmes, que se traduce en la eficacia que hace inmutable e indiscutible la sentencia, no sujeta ya a impugnación, sea por vía ordinaria o extraordinaria, tiene relación con el origen mismo del acto revestido de la autoridad de cosa juzgada. Vale decir, sólo podemos hablar de este efecto tratándose de resoluciones jurisdiccionales porque sólo el órgano jurisdiccional tiene la autoridad para decidir acerca de la responsabilidad (penal en este caso) de una persona y los consiguientes efectos importantísimos que de esta conclusión pueden derivarse (privación o restricción de derechos). El Ministerio Público no tiene la autoridad suficiente para decidir acerca de la

responsabilidad penal de las personas, sólo puede sostener una postura en un sentido determinado. Por ello, una nueva formalización por parte del ente persecutor no implica, por obvio que parezca, una condena y, por lo tanto, no necesita estar revestida de la autoridad de cosa juzgada ni de algún efecto análogo al mismo”.

Que, además de la reapertura, podría proceder en este caso, si existiese formalización, la posibilidad de forzar la acusación en los términos del artículo 258 del CPP;

Que, a su vez, el artículo 186 del Código Procesal Penal prescribe lo siguiente:

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

Que todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 186, esta Magistratura ya se ha pronunciado señalando que de acuerdo a “la regla hermenéutica según la cual donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, nada se opondría a que el juez de la causa entienda que el querellante es una persona afectada y aplique el artículo 186 del Código Procesal Penal accediendo

a la petición de aquel interviniente de controlar la investigación no formalizada”. (STC Rol N° 1380, cons. 12°; en el mismo sentido, STC Rol N° 1337 y STC Rol N° 1467);

VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

Que, finalmente, queremos agregar dos argumentos postreros a los ya señalados.

En primer lugar, mediante la reforma constitucional de la ley N° 20.516/2011, nada del diseño original del sistema fue corregido. A la víctima, la Constitución le asegura que sea protegida por el legislador a fin de que tenga asesoría y defensa jurídica gratuita para ejercer la acción penal. Como se indicó en la moción que le dio origen a dicha ley, mientras el imputado debe tener siempre derecho a una defensa jurídica, la víctima no la tenía. El Ministerio Público, se indicó, no representa los derechos de la víctima, pues sólo está obligado a brindarle protección. De ahí que el legislador le deba dar asesoramiento y defensa para participar adecuadamente en el procedimiento penal. Dicha reforma despertó, entonces, un supuesto derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue;

Que, en segundo lugar, tampoco se rompe este esquema inicial con lo que se denomina “la reforma de la reforma”. Esta corresponde a un proyecto de ley que perfecciona el sistema de justicia penal, boletín N° 8810. En él sólo se obliga a que el Ministerio Público, en la audiencia en que comunique la decisión de no perseverar, explicita las razones precisas que la justifican.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 7°, 76, 83, 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y en las disposiciones pertinentes de la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.

DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDENADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.

SE DECLARA QUE EL RECHAZO ES SIN COSTAS, POR HABER TENIDO EL REQUERENTE MÉRITO SUFICIENTE PARA PRESENTAR EL PRESENTE REQUERIMIENTO.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán y de la señora María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de autos, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

1° Que la fundamentación del voto por acoger el requerimiento se estructurará de la siguiente manera:

I. SOBRE LO IMPUGNADO: NORMA OBJETADA Y CONTEXTO.

A) El precepto legal impugnado.

B) Los argumentos centrales de las partes.

C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.

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

A) Naturaleza del derecho a la acción penal.

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

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

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

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

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

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

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

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

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

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

(2) El artículo 7° de la ley N° 19.640.
(3) El artículo 32 b) de la ley N° 19.640.

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

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

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

VI.- CONCLUSIONES.

I.- SOBRE LO IMPUGNADO: NORMA OBJETADA Y CONTEXTO.

A) El precepto legal impugnado.

2°. Que la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita es la siguiente:

“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”;

B) Los argumentos centrales de las partes.

3°. Que el requirente alega que de quedar a firme la aplicación del precepto legal impugnado que faculta discrecionalmente al Ministerio Público a no perseverar en el procedimiento, se concretaría un efecto inconstitucional por la vulneración de los artículos 7°, 76 y 83 de la Constitución Política de la República. De acuerdo a lo manifestado

por el requirente, con la aplicación de la decisión de no perseverar se está impidiendo, en la práctica, que la víctima acceda a un pronunciamiento judicial (que no sea meramente formal) sobre el término de la acción penal. Asimismo, impide la revisión judicial de la decisión del Ministerio Público, “(...) dictándose en la práctica un verdadero sobreseimiento que no será susceptible de ser revisado” (fs. 3 del requerimiento).

El Ministerio Público, por su parte, alega que no es efectivo que no exista control jurisdiccional de la decisión de no perseverar. En primer lugar, porque cuando el Ministerio Público considera que una investigación se encuentra terminada o agotada sí existe control del juez de garantía, a través de la facultad de solicitar diligencias puntuales del artículo 183 del Código Procesal Penal, y asimismo de ejercer la facultad del artículo 257 del mismo Código, consistente en pedir la reapertura de la investigación;

C) Los hechos fundamentales de la gestión pendiente.

4°. Que, en primer lugar, de la revisión de la gestión judicial pendiente es posible constatar que el Ministerio Público no ha formalizado investigación contra imputado alguno. Paradójicamente, lo que el Ministerio Público hace es cerrar una investigación “desformalizada”.

En segundo lugar, la parte querellante solicitó al Ministerio Público, con fecha 29 de octubre de 2013 y en la misma querrela, una serie de diligencias que la Fiscalía Local de Curacaví instruyó para su cumplimiento a la Policía de Investi-

gaciones y a Carabineros de Chile, según indica el Ministerio Público.

En tercer lugar, el ente persecutor optó por comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, informando de ello al Juez de Garantía de Curacaví con fecha 21 de abril de 2014, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal. Con fecha 5 de junio de 2014 el Juez de Garantía tuvo por comunicado el cierre de la investigación, por parte del Ministerio Público, y fijó audiencia de comunicación de la facultad de no perseverar en el procedimiento para el día 2 de julio de 2014.

En cuarto lugar, el querellante solicitó al Juez de Garantía la reapertura de la investigación, con el objeto que el Fiscal se pronuncie sobre las medidas investigativas solicitadas en la querrela, ante lo cual el Tribunal resolvió que dicha solicitud se discutirá en la audiencia de comunicación de la facultad de no perseverar, audiencia que aún no se ha concretado por la suspensión decretada por este Tribunal al declarar admisible el presente requerimiento;

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

A) Naturaleza del derecho a la acción penal.

5°. Que, en general, la legitimidad de la acción penal por parte del Estado, a través del Ministerio Público, deriva originariamente de la vulneración ilícita a los derechos de una persona (víctima de un delito), la cual, también, puede ser, en mayor o menor medida, relevante para la sociedad. Es decir, el interés

público involucrado en la persecución penal no es incompatible con el reconocimiento de la participación de privados (por ejemplo, la víctima) en la misma, lo cual no significa la consagración de la autotutela privada, ni menos una renuncia al monopolio de la fuerza por parte del Estado, expresado a través del *ius puniendi*.

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

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

6°. 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”.

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

No en vano se subrayó, con ocasión de la discusión en el Congreso de la re-

forma aludida en el párrafo precedente, que “la ubicación de esta propuesta en el capítulo III dispararía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente” (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Informe de la Comisión de Constitución, p. 13).

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

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

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

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

7°. Que en sentencias anteriores de este Tribunal, se ha efectuado una caracterización de las argumentaciones de quienes actuaron como querellantes requirentes que no se aviene con la posición argumentativa que se expresa en este voto. En efecto, se ha sostenido, en primer lugar, que la víctima, ofen-

dido o querellante tendría un derecho subjetivo a que el Ministerio Público investigue (sentencia rol N° 1341, considerando 68° y sentencia rol N° 2561, considerandos 27° y 44° del voto por rechazar). Tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, como ocurre en este caso.

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

En efecto, el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, mas no con una supuesta (y en último término, inexistente) facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia

de las pruebas para desvanecer la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

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

En segundo lugar, se ha sostenido, también, que la víctima no tiene derecho a la condena del supuesto culpable del delito (sentencia rol N° 1341, considerando 72° y sentencia rol N° 2561, considerando 49° del voto por rechazar). Nuevamente, tal afirmación no representa adecuadamente la posición de los Ministros que están por acoger el requerimiento de inaplicabilidad en este caso. Nuestra posición no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso en términos de la condena del supuesto culpable. El derecho del querellante ofendido es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En efecto, nuestro planteamiento considera que el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva (por la vía de la acusación adhesiva o autónoma) con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público, sin perjuicio, en

último término, de las determinaciones jurisdiccionales de los jueces y tribunales de justicia;

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

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

La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal (acusación autónoma o adhesiva), lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima (tanto individual como social, en tanto miembro de una comunidad) en que se haga justicia;

9°. Que, a diferencia de lo que se sostiene en algunos fallos anteriores de este Tribunal, el derecho de la víctima a ejercer, igualmente, la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos

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

10°. 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. En presencia de un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público no le confiere una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En efecto, no debe olvidarse que el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es

titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado;

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

11°. Que una de las líneas argumentales de la sentencia (voto de mayoría) es la supuesta coherencia en el diseño del sistema procesal penal, el cual al concebir un modelo adversarial, permitiría sustentar una visión restrictiva del derecho al igual ejercicio de la acción penal por parte del ofendido. Sin embargo, el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial. Por el contrario, éste puede caracterizarse como uno híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación, la cual es escasamente aludida en voto de mayoría, es una demostración fehaciente de lo anterior.

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

De la misma facultad conferida por la Constitución se desprende, también,

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

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

“El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede el marco de la satisfacción del interés

privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas”. (HORVITZ, M. I., y LÓPEZ, J., 2002, “Derecho Procesal Penal Chileno”, T.1, p. 296).

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

“¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito?

Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A (sic) inciso 2° 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. BASCUÑÁN 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”.

IV.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE NO PERSEVERAR.

13°. Que la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal e impugnada en el presente requerimiento, es una decisión administrativa del órgano persecutor 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 por las razones que se indicarán, el ejercicio de esta facultad no es inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución.

En primer lugar, la decisión del órgano administrativo persecutor de no perseverar hace cesar la posibilidad de accionar penalmente. Esto impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.

En segundo lugar, el Código Procesal Penal no contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no per-

severar en la investigación. El Código Procesal Penal 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 –no sólo la persecutoria del Ministerio Público– concluye con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.

En tercer lugar, el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Estas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso. La igualdad de armas entre las partes o intervinientes –con pretensiones contrapuestas– para poder desplegar la prueba es de la esencia de un procedimiento racional y justo (Sentencias roles N°s. 2323 y 2354, considerando 7°);

14°. Que, en definitiva, no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede (sin control judicial de fondo) decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;

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

PENAL POR PARTE DEL QUERELLENTE.

A) Posición jurisprudencial previa de este Tribunal.

15°. Que la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, en particular las sentencias roles N°s. 1341 y 2561, sostienen que la facultad de no perseverar: (i) es una de carácter discrecional; (ii) es una de carácter investigativo y no jurisdiccional; (iii) es una en que no interviene el juez de garantía para su aprobación; y (iv) es una frente a la cual la víctima posee ciertos resguardos tendientes a evitar un actuar arbitrario del Ministerio Público que resulte perjudicial para la víctima querellante (ver la sentencia rol N° 1341, considerando 63°, y la sentencia rol N° 2561, considerando 53° y siguientes del voto por rechazar).

Los resguardos a los que aluden las referidas sentencias (insuficientes en nuestra opinión, en especial dadas las particularidades del caso concreto) son 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” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; sentencia rol N° 2561, considerando 53° del voto por rechazar);

(2) El artículo 7° de la misma ley establece que “las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los

funcionarios de su dependencia”. Dicho control se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones” (Sentencia rol N° 1341, considerando 79°; sentencia rol N° 2561, considerando 53° del voto por rechazar);

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

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

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

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

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

16°. Que, como se manifestara con anterioridad, nos parece que los mecanismos que narra dicha sentencia para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal no son suficientes en este caso concreto, sea por su improcedencia o por su resguardo a intereses distintos de la acción penal. A continuación se hará un análisis de los supuestos resguardos:

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

17°. Que el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que mira a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Sin embargo, no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado. Si la acción penal no se ejerce por parte del Ministerio Público, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. Nacería, entonces, una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad;

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

18°. Que el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público es una norma que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su

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

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

19°. Que dicha norma 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.

En consecuencia, no parece que el artículo 32 b) de la Ley Orgánica Cons-

titucional del Ministerio Público sea 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.

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

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

20°. Que el artículo 257 del Código Procesal Penal permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al Ministerio Público, en caso que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado. Sin embargo, a fojas 48 del expediente, el Ministerio Público señala que despachó una instrucción particular a la Policía de Investigaciones con el objeto de realizar las diligencias solicitadas por el querellante. En consecuencia, al haberse pronunciado el Ministerio Público sobre las diligencias investigativas solicitadas en la querrela, no se cumple el supuesto

del artículo 257 para que, con alguna posibilidad de éxito, el juez decrete la reapertura de la investigación al juez de garantía. No estamos, por ende, frente a un resguardo efectivo del derecho de la víctima a ejercer, igualmente, la acción penal;

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

21°. 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–, 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).

El problema de la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor es acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el artículo 19, N° 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).

Confirmando la ausencia de este tipo de resguardos, en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas (...)” (p. 74). Demostrándose como la no formalización no implica

obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación (...)” (p. 78). Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor;

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

22°. Que tampoco resulta aplicable a este caso lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal, en relación al control judicial anterior a la formalización de la investigación. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del Ministerio Público, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el Ministerio Público la facultad de no perseverar. Sin embargo, en dicho caso –tal como ocurrió en la especie– también resultaba

extemporáneo solicitar el control judicial anterior a la formalización, ya que no existía una investigación en curso.

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

“El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que –objetivamente– pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1º del artículo 7º del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante,

por lo que, en tal virtud, lo dispuesto en el citado artículo 186 no es aplicable a favor del querellante apelante; (énfasis agregado). (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, considerando segundo).

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

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

Nº 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago);

De la misma forma, el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que “se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que “la persona afectada por una investigación” se refiere exclusivamente al posible imputado”. Citando a la profesora Marta Herrera, el ex Fiscal Nacional señala: “Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación pero no se encuentran afectados por la misma. (...) “En conclusión, y sin lugar a dudas, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal ‘imputado’ y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional”. (PIEDRABUENA, G., “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 23, junio de 2010, p. 19);

VI.- CONCLUSIONES

23º. Que de lo expuesto en este voto por acoger es posible concluir que: (i) existe un derecho constitucional del ofendido a ejercer la acción penal establecido especialmente por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución; (ii) el ejercicio de la acción pública por parte del ofendido (el requirente) significa que éste puede perseverar o llevar adelante la pretensión punitiva a través de una acusación particular autónoma (o

adhesiva de aquella que efectúe el Ministerio Público); (iii) el Código Procesal Penal reconoce (y no podría ser de otra forma dado el derecho constitucional aludido) que el querellante (ofendido) sí detenta el control de la acción penal pública en el juicio, incluso de manera absoluta y exclusiva, como ocurre con el forzamiento de la acusación; (iv) sin perjuicio de que el Ministerio Público no goza, en general, de la misma posición que el querellante ofendido, este último tiene una posición relevante, en particular tratándose del igual ejercicio de la acción penal reconocido fundamentalmente en el artículo 83 ya aludido; (v) dado lo anterior y parafraseando a un autor, la pregunta central no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar una posición prevalente para el Ministerio Público; (vi) la facultad del Ministerio Público (no controlada judicialmente) de no perseverar establecida en el artículo 248, inciso primero, letra c), del Código Procesal Penal, norma impugnada en autos, desconoce la posición relevante del querellante ofendido en cuanto al ejercicio de la acción penal, en especial si se tiene en consideración que, por las circunstancias de la gestión pendiente (existencia de una investigación “desformalizada”), no le es jurídicamente posible perseverar en la pretensión punitiva por la vía del forzamiento de la acusación;

(vii) la jurisprudencia anterior de este Tribunal, la cual precede a la reforma constitucional por la cual se incorpora el actual inciso tercero del numeral 3° del artículo 19 (y que confirma más allá de toda duda razonable el carácter de derecho fundamental de la facultad de “ejercer igualmente la acción penal”), sostiene equivocadamente que existirían resguardos procesales suficientes a favor del querellante que evitarían un agravio inconstitucional a su derecho a ejercer la acción penal; (viii) sea por su improcedencia en este caso concreto o por tratarse de disposiciones tendientes a resguardar intereses distintos a los de la acción penal, las seis posibles vías de protección para el querellante ofendido respecto de un actuar inconstitucional del Ministerio Público resultan insuficientes; y (ix) la ausencia de resguardos normativos suficientes o pertinentes a favor del requirente (querellante ofendido) permite afirmar que la aplicación del precepto legal impugnado tiene el efecto de hacer cesar la pretensión punitiva y, con ello, la facultad conferida por la Constitución al ofendido para ejercer la acción penal;

24°. Que, por tanto, estos Ministros disidentes consideran que debe acogerse el presente requerimiento por violar

la aplicación del precepto impugnado el derecho establecido en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución y también, de manera consecucional, el derecho a un procedimiento racional y justo (contenido en el artículo 19 constitucional, N° 3°, inciso sexto) que brinde protección al derecho a “ejercer igualmente la acción penal”.

Redactó la sentencia el ministro señor Carlos Carmona Santander, y la disidencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, regístrese y archívese.
Rol N° 2680-14-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.