0000001
UNO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
14:28:03
01-09-2020
CHILE

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD; **PRIMER OTROSÍ**: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ**: SOLICITA SUSPENSIÓN DE PROCEDIMIENTO QUE INDICA; **TERCER OTROSÍ**: NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA; **CUARTO OTROSÍ**: PATROCINIO Y PODER.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

GUSTAVO BALMACEDA HOYOS, abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, C.I. Nº 18.940.884.6, domiciliado en Psje. Doctor Sótero del Río Nº 508, Of. 418, comuna y ciudad de Santiago, Región Metropolitana, en representación de don **LEYDOR ENRIQUE LAGOS JERIA**, C.I. Nº 8.855.483-3, de mi mismo domicilio, querellante en causa RIT O-4897-2017, RUC 1710034337-1, seguido ante el Juzgado de Garantía de Colina, a SS. Excma. respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República, vengo en interponer acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 248 letra c) y 259 inciso final, ambos del Código Procesal Penal, dado que su aplicación en la causa pendiente en concreto infringe lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3 inciso 3, inciso 6 y el artículo 83 inciso segundo, ambos de la Constitución Política de la República, toda vez que se ha fijado una audiencia de comunicación de no perseverar en la investigación sin formalización previa, la cual se encuentra actualmente pendiente, en razón de los antecedentes de hecho y de derecho que paso a exponer a continuación:

I.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA CAUSA EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO

1.- Con fecha 07 de agosto del año 2017, mi representado, don Leydor Lagos, ha interpuesto querella criminal en contra de don Frederic Lawrence Green Embry, por su autoría en el delito de apropiación indebida, previsto en el artículo 470 Nº 1 del Código

Penal, ejecutado en perjuicio de representado. La acción judicial fue interpuesta ante el Juzgado de Garantía de Colina.

2.- El fundamento de dicho líbelo radicaba en que don Leydor Lagos, con el Sr. Frederic Lawrence Green Embry, habrían suscrito un contrato de *promesa de compraventa* el día 14 de mayo de 2015, cuyo objeto era que el Sr. Frederic Lawrence se comprometía a vender su inmueble ubicado en Calle Chicureo III, sin número, parcela Nº 99, comuna de Colina, a más tardar en marzo de 2016. El precio de dicha compraventa fue pactado en un total de 15.550 UF.

3.- Para pagar ese monto, el Sr. Leydor Lagos debía hacer entrega al querellado de un total de 2.423 UF, que correspondía a un total de $60.000.000 aproximadamente en esa época, por concepto de adelanto o "pie" de la compraventa del inmueble.

El valor restante, de 13.077 UF, debía pagarse a través de crédito hipotecario.

4.- Efectivamente, don Leydor Lagos entregó la suma de $60.000.000 al querellado, en las fechas que habrían estipulado para ello. No obstante, una vez llegado el plazo para celebrar el contrato de compraventa prometido, el querellado Frederic Laurence Green dejó de responder los llamados y correos electrónicos. Incluso, le afirmó a mi representado que no vendería la propiedad y que no haría devolución del dinero que recibió por la misma.

5.- A partir de estos antecedentes se habría configurado el delito de apropiación indebida, por cuanto el querellado en ese momento se valió de la confianza que tenía con mi representado, proveniente de una relación de amistad, para apropiarse indebidamente de los $60.000.000, los que habría distraído para sus usos personales, en circunstancias de que, dejado sin efecto el contrato de promesa por su incumplimiento, nació la obligación de devolver tal monto a mi representado, configurándose la defraudación.

6.- Posteriormente, de los antecedentes que arrojó la investigación, adquirió la calidad de imputado el hijo del querellado, el Sr. Frederic Harold Green Toledo, por su intervención en un segundo delito, subsumible en la norma penal prevista en el art. 471 Nº 2 del Código Penal, esto es, contrato simulado, atendido a que de forma posterior a

la apropiación de los dineros efectuado por el Sr. Frederic Lawrence Green Embry, este último para evadir su responsabilidad tanto civil como penal, habría vendido ilegítimamente el inmueble objeto del contrato de promesa que estaba siendo comercializado por 15.550 UF, a su hijo de 20 años de edad, el Sr. Frederic Green Toledo, estudiante, sin trabajo, quien no posee el patrimonio ni los dineros suficiente para adquirir dicha propiedad.

7.- Es más, es el propio Sr. Frederic Green Toledo quien declara en la Policía de Investigaciones que su padre le "*traspasó la casa para que no se la quitaran*". Lo que acredita el dolo de los querellados en las defraudaciones de autos, tanto en el delito de apropiación indebida, como en el de contrato simulado. Ello, sumado a que concurren todos los elementos del tipo objetivo de ambas defraudaciones, los que son acreditados con los antecedentes del proceso.

8.- Sin embargo, a pesar de obrar en autos antecedentes suficientes para sustentar una acusación, y aún existiendo diligencias pendientes que resultan totalmente útiles para el esclarecimiento de los hechos que se alegan por la parte querellante, con fecha 26 de junio del año 2020, la Fiscal Nancy González Fuentes, de la Fiscalía Local de Chacabuco, ha efectuado una presentación en la causa indicando que de conformidad con el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento. Indica que a su juicio los antecedentes no son suficientes para una acusación.

Al efecto, se ha fijado audiencia de comunicación de no perseverar para el día 09 de octubre de 2020, a las 11:00 hrs., en el Juzgado de Garantía de Colina.

9.- De esta manera, y a partir de dicha comunicación de no perseverar, que es a todas luces arbitraria, dado que se ha efectuado tal comunicación en una investigación en estado de desformalizada, se han vulnerado garantías constitucionales de mi representado, en cuanto a que se le ha impedido hacer efectivo su derecho a ejercer la acción penal, consagrado en nuestra carta fundamental.

Se concreta tal afirmación por el hecho de que en la causa no se ha efectuado una formalización de la investigación, lo que genera que a esta parte querellante se le

impedirá efectuar el forzamiento de la acusación en la audiencia convocada, cerrándose irremediablemente la investigación sin un pronunciamiento jurisdiccional del fondo del asunto, lo que atenta severamente en contra de la garantía del debido proceso.

II.- PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS

1.- Por medio del presente requerimiento se solicita se declare inaplicable, dado que su concurrencia vulnera garantías fundamentales de mi representado, el precepto establecido en el **artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal** que señala lo siguiente:

> "*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 (…)"*.

2.- Asimismo, se impugna por inconstitucional el **artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal**, que señala:

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

Lo anterior dice relación con que la aplicación de esta norma en este caso en concreto resulta inconstitucional, pues implica un cabal desconocimiento a la víctima como titular de la acción penal reconocida constitucionalmente, como se expondrá más adelante.

III.- LA INAPLICABILIADAD DEL ART. 248 LETRA C) DEL CPP COMO ÚNICA FORMA DE RESGUARDAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL A LA VÍCTIMA

3.1. IMPROCEDENCIA DE LA COMUNICACIÓN DE NO PERSEVERAR EN CAUSAS NO FORMALIZADAS

1.- El motivo por el que esta parte debe acudir ante SS. Excma. para efectos de sostener la acción penal en representación de la víctima en una investigación criminal, dice relación con una práctica generalizada en materia penal consistente en que el Ministerio Público decide no continuar con una investigación, luego de judicializada la causa por razones diversas a la formalización -como lo es por la presentación de una querella criminal-, y para cerrarla se amparan en lo dispuesto en el art. 248 letra c) del Código Procesal Penal.

Esta facultad estaría sustentada en una supuesta insuficiencia de antecedentes para fundar la acusación.

2.- Los efectos de dicha facultad del Ministerio Público, de acuerdo con el tenor de la norma ya citada, son dejar sin efecto la formalización de la investigación, dando lugar a que se revoquen las medidas cautelares que se hubieren decretado y declarando que la prescripción de la acción penal continuara corriendo como si nunca se hubiere interrumpido o suspendido.

3.- Pues bien, del tenor del artículo 248 del Código Procesal Penal, no cabe desprender otra conclusión que el legislador, al momento de regular el cierre de la etapa investigativa, se sitúa en una investigación formalizada. Ello, por cuanto si se aprecia el Código Procesal Penal de una forma sistemática, no cabe interpretar que el "cierre de la investigación" se aplique para una investigación en estado administrativo o desformalizada.

4.- El principal argumento para sostener el punto anterior radica en las consecuencias de la comunicación de no perseverar, en cuanto a **dejar sin efecto la formalización de la investigación**. Sostener lo contrario, vale decir, pretender que este efecto solo aplica en aquellos casos en que se hubiere formalizado, implica introducir una distinción que

el legislador no ha efectuado, violando las normas sobre hermenéutica legal de los artículos 19 y 24 del Código Civil.

Es evidente que si el legislador hubiere considerado que la formalización podía o no estar presente en la causa en que se comunica la decisión de no perseverar, habría precisado alguna expresión como "en su caso" o "si hubiere procedido".

Asimismo, el plazo de 10 días siguientes al que se hace referencia en el artículo 248, al igual como lo dispone el artículo 247 del CPP a propósito del plazo para el cierre de la investigación, supone la existencia de una formalización, dado que la situación a la que apunta el legislador es a una investigación finalizada, en la que se debe tomar la decisión de no perseverar o acusar, en el plazo que se indica.

5.- Lo mismo es factible afirmar por los otros efectos de la comunicación de no perseverar, consistente en la revocación de las medidas cautelares que se hubieren decretado, pues, como es sabido, tales medidas son procedentes si se ha formalizado la investigación, de acuerdo con los artículos 230 inciso segundo, 140 y 155 inciso final del Código Procesal Penal.

6.- En consecuencia, a partir de los efectos propios de la comunicación de no perseverar, en la dogmática procesal penal, principalmente Alex Carocca y Nicolás Orellana, han afirmado que es un requisito o presupuesto para adoptar la decisión de no perseverar es que se haya efectuado la formalización de la investigación.

El profesor Alex Carocca señala que: "*debe haberse iniciado una investigación en contra de un imputado determinado, la que debe haberse formalizado. Es evidente que si no se ha formalizado no rige el plazo de cierre de investigación, ni tiene sentido adoptar esta decisión"* (Carocca, Alex, *Manual del nuevo sistema procesal penal*, 3ª ed., Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 206).

7.- Con todo, la razón de las incongruencias procesales que gatilla la vulneración de derechos constitucionales de mi representado actualmente está relacionada directamente con la realización de una comunicación de decisión de no perseverar improcedente. En este sentido, con esta gestión procesal, se negará a esta parte

querellante forzar la acusación, en los términos del artículo 258 del Código Procesal Penal.

3.2. LA ILEGÍTIMA PRIVACIÓN A LA PARTE QUERELLANTE DEL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

1.- Antes de pasar a exponer el contenido de este apartado, se debe aclarar que, si bien es cierto que es posible interpretar que la comunicación de no perseverar es una institución que se aplica a investigaciones formalizadas, **el forzamiento de la acusación no necesariamente debe ser aplicado en causas con el imputado (o imputados) formalizado**, por cuanto tal acto procesal es posible solicitarlo al juez de control por parte del querellante particular en circunstancias que se ha presentado una solicitud de sobreseimiento por parte del fiscal de la causa, como por su decisión de no perseverar.

Cabe hacer mención de que el sobreseimiento puede ser solicitado en cualquier momento por los intervinientes, siempre y cuando se cumpla con las causales previstas en el art. 250 o 252 del CPP.

Esclarecido lo anterior, se ahondará en los fundamentos del forzamiento de la acusación, para arribar a su contenido.

2.- El motivo por el que nuestro legislador ha establecido en el Código Procesal Penal la figura del "forzamiento de la acusación", fue sin duda para valer los derechos y garantías que asisten a la víctima de un delito. En este sentido, "*es la cabal demostración de que en Chile el Ministerio Público no tiene el dominio de la acción penal, es decir, él no decide en forma libre si lleva adelante o no el juicio, puesto que esta facultad la comparte con el Juez de Garantías, que puede obligarle a llevar a juicio a alguien contra su voluntad*" (Carocca, Alex, y otros, *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000, p. 189).

En este mismo sentido, en la discusión de la ley se señaló: "*En este caso, ha parecido que la voluntad de la víctima u otro interesado habilitado, con la disposición de asumir la carga de acusación, más la opinión favorable del juez, deben imponerse sobre la del fiscal.*

La solución contraria podría generar una sensación muy fuerte de frustración respecto del sistema y constituir un exceso de poder en la manos del ministerio público" (Cámara de Diputados, Publicación Oficial. Redacción de Sesiones, año 1998, p. 190 y 191).

Como es posible desprender de estos apartados, se otorga a la víctima la decisión y garantía de interponer la acción penal, de forma totalmente independiente de la decisión que pueda tener el Ministerio Público.

Se erige entonces el forzamiento de la acusación como una institución que **asegura a la víctima la decisión de acusar o no en un proceso penal**, de acuerdo con la prueba que en ella disponga, siempre y cuando así lo permita el Juez de Garantía que conozca del asunto.

Esencial es señalar que en ningún apartado de la Ley, de forma expresa, ni en su historia, se afirma como requisito indispensable para que opere el forzamiento de acusación la realización de una formalización; proviniendo su exigencia de una supuesta interpretación sistemática, la cual es una contradicción en si misma, como se indicará.

Por si fuere poco, dentro de los principios generales que inspiran el actual proceso penal, destaca el de "*relevar la posición de la víctima (…), considerándose adicionalmente la posibilidad de que el querellante pueda incluso forzar una acusación, contra la opinión del fiscal, cuando a juicio del juez de control de la instrucción exista mérito suficiente para ello*". (Mensaje del S.E. el Presidente de la República con el que Inicia el Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, "2) Principios básicos", 9 de junio de 1995).

Desde ya es posible identificar la importancia que se le ha atribuido al ofendido por el delito en el actual proceso penal, dado que se han brindado herramientas para sostener por si acción penal, sin la asistencia del Ministerio Público.

3.- Pues bien, a un lado de todo lo previamente expuesto, se ha señalado en la práctica jurídica que es requerido para forzar la acusación, por parte del querellante en representación del ofendido, que la investigación se encontrare formalizada. Si bien es cierto este requisito no es exigido por el artículo 258 del CPP de forma expresa, se ha

interpretado que debe ser de esa forma para dar cumplimiento al *principio de congruencia*, previsto en el inciso final del artículo 259 del CPP.

4.- No obstante, si bien pareciese ser plausible que se debe dar cabida al principio de congruencia cuando se forzare la acusación por parte del actor particular, tal acepción es una contradicción en si misma.

Bajo esta línea, cabe recordar que una de las consecuencias principales de la comunicación de no perseverar en la investigación es dejar sin efecto la formalización de la investigación. **Por consiguiente, siempre que se acepte la decisión de no perseverar, nunca existirá formalización y, en consecuencia, el principio de congruencia se limita a la acusación y la sentencia, tal como lo exige el inciso primero del artículo 341 del CPP, que regula la sentencia y la acusación**.

5.- Tal interpretación es armónica y conteste con lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal, ya que en el inciso cuarto de este precepto se indica que: "*En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248, el querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos a que se refiere el inciso anterior".*

6.- Con todo, si bien es cierto que para que el Ministerio Público comunique su decisión de no perseverar en la investigación, gestión que tiene una naturaleza eminentemente administrativa y escapa a todo control judicial, la investigación debe estar formalizada, **para que el querellante particular pueda forzar acusación tal exigencia no es aplicable, dado que el art. 258 del CPP permite forzar acusación ante la petición de sobreseimiento por el fiscal, la que puede presentar en cualquier etapa del proceso, esté formalizada o no la investigación, además de que la petición se resolverá de forma posterior a la que discusión se suscite.**

La diferencia entre el sobreseimiento y la comunicación de decisión de no perseverar es lisa y llanamente que el primero es una decisión del juez de control, un pronunciamiento que proviene luego de una discusión, el cual también es susceptible de impugnación mediante un recurso, lo que resguarda debidamente garantías a la víctima en cuanto a un proceso racional y justo. Esto, a diferencia de la decisión de no

perseverar, la que solo es una comunicación en sede judicial no susceptible de objetar ni impugnar por parte del querellante, aun cuando a su juicio existan antecedentes suficientes para presentar una acusación.

Asimismo, tampoco el juez de garantía está autorizado a invertir o contravenir la decisión de no perseverar en la investigación del fiscal, siendo la audiencia llamada al efecto una mera comunicación.

7.- **A partir de este razonamiento, resulta a todas luces inconstitucional que se le prive a la parte querellante de ejercer la acción penal, pues tal derecho está amparado por nuestra constitución, y no solo se refiere a interponer una denuncia o una querella criminal, sino a que, además, esta sea tramitada hasta que exista un pronunciamiento de fondo por un ente jurisdiccional que adquiera una convicción de acuerdo con la prueba puesta a su conocimiento, ya sea acogiendo las pretensiones de la víctima o rechazándolas.**

Lo importante es que la decisión de cerrar la investigación, sin un pronunciamiento judicial de fondo, no sea adoptada por el Ministerio Público de forma administrativa y sin ningún tipo de control judicial, como es en el presente caso, **puesto que se priva al ofendido del delito de su garantía constitucional de ejercer su respectiva acción por el hecho punible del que fue víctima.**

IV.- NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

4.1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN EN EL CASO EN CONCRETO DEL ART. 248 LETRA C) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1.- La decisión de no perseverar viola el derecho establecido en el art. 83 inc. 2, art. 19 Nº 3 inc. 3 y art. 19 Nº 3 inc. 6 de la Constitución Política de la República, respecto a un procedimiento racional y justo que brinde protección al derecho a ejercer "igualmente la acción penal".

Señala el art. 83 inc. 2 citado que: "*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal".*

Por su parte, el art. 19 Nº 3 inc. 3, ratifica la anterior afirmación, por cuanto se señala que: "*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en 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***" (lo destacado y subrayado es mío).

Finalmente, el art. 19 Nº 3 inc. 6, que contempla la garantía del debido proceso, señala que: "*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".*

2.- La jurisprudencia ha destacado que a la víctima se le reconoce "*la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida en el artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental por la Ley Nº 20.516"* (S.C.S. Rol Nº 12908-2014).

3.- Es indiscutido que el derecho al ejercicio de la acción penal está absolutamente consagrado en favor del ofendido, distinto del Ministerio Público; no obstante, este último ostenta la potestad de *dirigir* de forma exclusiva la investigación, lo que se encuentra previsto en el art. 83 inc. 1 de la Constitución.

4.- Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado este Excmo. Tribunal, en sentencia Rol Nº 5653-18 y en Rol Nº 6718-18, **la labor investiga propiamente tal no puede confundirse, en la practica, con las actividades que impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa en el asunto propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto**.

Así, SS. Excma. ha señalado que: "*(…) No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta – más bien inexistente – facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado"*.

5.- Asimismo, se debe hacer la salvedad de que, si bien es cierto que el Ministerio Público ostenta la exclusividad de la investigación criminal, el adverbio "igualmente" que emplea la Constitución en el inc. 2 del artículo 83, permite sostener que el ofendido puede, en el ejercicio de la acción penal, acusar de manera autónoma, lo que no puede ser obstruido por el Ministerio Público con una decisión exenta de cualquier tipo de control judicial.

6.- De esta forma, emana de esta consagración constitucional que se le brinde al ofendido del delito un método que le permita llevar adelante la persecución penal, mediando el respectivo control judicial por parte del juez de garantía. Esto, lleva aparejado que al querellante, representando los intereses de la víctima, pueda perseverar en la pretensión punitiva, ya sea adhiriéndose a la del MP o de manera autónoma. Salvo que el juez de control respecto estime que no existen antecedentes suficientes para proceder.

7.- En definitiva, lo que pretende esta parte es que se haga efectivo el derecho a la acción penal, permitiendo su gestión en sede judicial, aún sin que el Ministerio Público participe en ella, con miras en obtener un pronunciamiento del fondo del asunto controvertido, respecto de un hecho que reviste características de delito, valiéndose en esa oportunidad de toda la prueba que se dispone, y que en esa instancia jurisdiccional se determine si tales antecedentes son suficientes para acreditar la existencia o no de los delitos alegados.

8.- Por otra parte, el derecho a la acción penal consagrado constitucionalmente, en los arts. 19 Nº 3 inc. 3 y 83 inc. 2 de la CPR, **comprende el derecho a que el legislador le posibilite al ofendido recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva**. En caso contrario, el derecho a forzar la acusación del querellante devendría en enteramente depender de la actividad del Ministerio Público, quién podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

9.- Así, la exclusividad constitucional que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia -aun parcial- de la tutela judicial efectiva de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva. Mucho

menos tal exclusividad implica una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal.

10.- Así lo ha señalado este Excmo. Tribunal, en cuanto a que: "*(…) el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho de 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*" (S.T.C. Rol Nº 6718-18, considerando décimo tercero).

En este sentido, en otras instancias que debiesen ser utilizadas para el cese de la investigación, como lo es el sobreseimiento definitivo o temporal, se requiere de aprobación judicial, mientras que para adoptar la decisión de no perseverar, no necesita autorización de ningún tipo.

11.- Esta última apreciación debe ser tomada en consideración en conjunto con lo que se ha expuesto más arriba, en el sentido de que en una investigación desformalizada no procede tomar una decisión de no perseverar, sino que, más bien, en esos casos, lo que debería realizar el fiscal a cargo de una investigación judicializada que no tiene antecedentes o no es constitutiva de delito, entre otras razones que podría tener, es solicitar el sobreseimiento de la causa.

12.- Por lo demás, en cuanto a la posibilidad de que el querellante sostenga la acción penal, este Excmo. Tribunal ha afirmado que "*el ofendido del delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La Ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce, Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversarial, sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido.* ***En efecto, la existencia de una figura del querellante y, más evidentemente la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior***" (S.T.C. Rol Nº 6718-18) (lo destacado es mío).

13.- Asimismo, la doctrina ha señalado que "*El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP.* ***En estos casos, el querellante detenta el control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. La privatización de la persecución penal pública es total y, como resulta evidente, excede del marco de satisfacción del interés privado para constituirse en vehículo de aplicación de una pena que cumple funciones públicas***" (HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, 2002, Derecho Procesal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T.I., p. 296) (lo destacado es mío).

Tal apreciación es avalada por la historia de la ley, en que consta que el Senado se consideró razonable conferir al juez la facultad de pronunciarse sobre la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal y resolver, según correspondiere, su aceptación, la sustitución del tipo de sobreseimiento o de la causal, o el rechazo de la petición, facultándose al fiscal, en este último caso, para acusar o decidir no perseverar en el procedimiento. Sin embargo, se ponderó el hecho de que el fiscal obligado a acusar en contra de su voluntad, sostuviera su tesis original en el juicio o desarrollara una labor mínima, lo que necesariamente debía conducir a la absolución del imputado. **Para evitar esta alternativa se estudió la conveniencia de que el fiscal fuera reemplazado o se prescindiera del mismo, y que el querellante particular asumiera el rol de acusador en el juicio, hipótesis que fue, en definitiva, la que prosperó** (ibídem).

14.- Queda de manifiesto que el actor particular está plenamente facultado para interponer y sostener la acción penal en sede judicial, hasta la obtención de un pronunciamiento de fondo del hecho que alega; siendo la circunstancia de que esté formalizada la investigación o no una mera exigencia que en nada incide en la continuación del proceso en el que se ha relevado al Ministerio Público.

15. **La vulneración a los preceptos constitucionales alegados, estos son los artículos 19 Nº 3 inc. 3, 19 Nº 3 inc. 6 y 83 inc. 2, se erigiría por la decisión del Ministerio Público de poner término a la acción penal, existiendo diligencias pendientes sin realizar que fueron solicitadas oportunamente por la parte**

querellante, y existiendo, a juicio de esta parte querellante en la causa referida, antecedentes suficientes para sustentar la acusación.

En efecto, la decisión tomada por el Ministerio Público en este caso produce el cese de la posibilidad de accionar penalmente a esta parte, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo, seguido ante un órgano jurisdiccional.

16.- La inexistencia de un control judicial que permita al resto de los intervinientes dentro del proceso penal objetar la pertinencia de esta decisión, insistimos, de naturaleza eminentemente administrativa, culmina en la preclusión de la acción penal para el ofendido.

Ningún particular ni órgano del Estado puede obligar al Ministerio Público a efectuar una formalización para que, con ello, el querellante pudiese sin inconvenientes forzar la acusación. Tal gestión es sin duda una atribución exclusiva del órgano persecutor en nuestra legislación. Esta situación genera que la acusación siempre estaría supeditada a la decisión discrecional del Ministerio Público de formalizar previamente la investigación.

17.- Con todo, la decisión de no perseverar del Ministerio Público en la investigación que en este caso no se encuentra formalizada, generará que en la audiencia que se efectúe la comunicación de dicha decisión a esta parte querellante se le impedirá forzar la acusación, dada la exigencia jurisprudencial de una formalización previa.

Este escenario, sin duda, constituye una privación a mi representado de su efectivo derecho constitucional a ejercer la acción penal, a lo que es inherente la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional. Mantener el concepto de acción penal a solo entablar una querella o denuncia, sería declarar que tal derecho con consagración constitucional sería totalmente ilusorio, pues la acción es un mecanismo para encender el aparataje judicial con miras en obtener una sentencia; que la acción no arribe a tal instancia por una cesación de la investigación que provenga de un acto administrativo, que escapa al absoluto control de los otros intervinientes, es sin duda inconstitucional.

4.2. INAPLICABILIDAD DEL 259 INCISO FINAL DEL CPP

1.- La aplicación concreta de la letra c) del artículo 248 y del inciso final del artículo 259, ambos del Código Procesal Penal, significaría violentar abiertamente lo establecido en el art. 83 inc. 2 de la CPR, que reconoce al ofendido el derecho a la acción penal.

2.- En S.T.C. 2324, en el considerando 13, SS. Excma. se refirió al *principio de congruencia*, señalando en esa oportunidad que es "(…) *aquel elemento del debido proceso que obligar pues a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y personas material de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica"*.

El argumento devendría en que este principio es impedir que un imputado se vea condenado por una sentencia que se basare en argumentos o cargos que solo viene a conocer precisamente a consecuencia de su dictación, y en relación a los cuales no haya podido debatir o probar.

3.- **Sin embargo, el debido conocimiento de los hechos imputados no requiere una formalización**. En un hecho como el que nos ocupa, los hechos reprochados se encuentran detallados en la querella criminal, con su respectiva ampliación de manera que los imputados tienen perfecta claridad acerca de aquello que se les imputa y lo que se debatirá en juicio.

4.- Es de relevancia hacer presente a SS. Excma. lo que se ha afirmado en más de una ocasión en esta sede, que dice relación con el caso del procedimiento simplificado, contemplado en los artículos 388 y ss. del Código Procesal Penal, en el que no se produce formalización alguna y el procedimiento se inicia derechamente con el requerimiento por parte del Ministerio Público.

Lo mismo es posible afirmar respecto al proceso de acción penal privada, previsto en los arts. 400 y ss. del Código Procesal Penal, en el que la sola interposición de la querella hace las veces de acusación.

5.- Lo anterior lleva a concluir que el principio de congruencia se refiere a una relación de coherencia entre la acusación -requerimiento- y la sentencia, como así lo prevé el art. 351 del Código Procesal Penal.

Como ya se ha indicado previamente, si se exigiere que la formalización es un presupuesto para que el querellante particular pueda forzar la acusación, significaría que esta solicitud jamás podría tener cabida, **pues toda comunicación de no perseverar siempre significa dejar sin efecto la formalización**.

En definitiva, la inaplicabilidad del artículo 259 inciso final del CPP no abunda en la indefensión del imputado, por los argumentos antes señalados.

6.- De esta manera, la exigencia de una formalización previa, impide que una querella interpuesta por la víctima del delito no podrá jamás llegar a ser conocida en juicio oral por el tribunal competente. Siendo así, la situación que produce la aplicación del precepto vulnera el derecho al ejercicio de la acción penal, asegurado por la Constitución en su artículo, sobre el cual ya se ha referido este requirente.

V.- GESTIÓN PENDIENTE

El presente requerimiento incide en la causa que se tramita ante el Juzgado de Garantía de Colina, bajo el RIT O-4897-2017, cuyos hechos son investigados por la Fiscalía de Chacabuco, RUC 1710034337-1, en virtud de la querella criminal interpuesta por mi representado, don Leydor Lagos, con su respectiva ampliación. Todo ello conforme la certificación que se acompaña en esta presentación, cumpliéndose de ese modo la exigencia de una gestión pendiente, contenida en el art. 47 de la LOCTC. Actualmente se encuentra pendiente, específicamente, la audiencia de comunicación de decisión no perseverar, fijada para el día 09 de octubre de 2020, a las 11:00 hrs., en el Juzgado de Garantía de Colina.

VI.- PETICIONES CONCRETAS

Con mérito de los antecedentes y fundamentos que se han expuesto, concurriendo las exigencias legales de admisibilidad, y actuando en la presentación que invisto, solicito, conforme a lo establecido en el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República, al Excmo. Tribunal Constitucional que acoja este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, declarando que el artículo 248 letra c) y el 259 inciso final, ambos del Código Procesal Penal, son inaplicables en la causa RIT O-4897-2017, que se tramita ante el Juzgado de Garantía de Colina, por resultar su aplicación concreta contrarias al artículo 19 Nº 3 inc. 3, 19 Nº 3 inc. 6 y 83 inc. 2, todos de la Constitución Política de la República.

POR TANTO, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República, y demás normas citadas;

RUEGO A SS. EXCMA., se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la causa penal RIT O-4897-2017, que se tramita ante el Juzgado de Garantía de Colina, puesto que la aplicación de los artículos 248 letra c) y 259 inc. final, ambos del Código Procesal Penal, vulneran en la especie las disposiciones constitucionales de previstas en los artículos 19 Nº 3 inc. 3, 19 Nº 3 inc. 6 y 83 inc. 2, todos de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ: A SS. Excma. pido tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Mandato Judicial suscrito por don Leydor Lagos Jeria, ante la Notaria Migueángel Jiménez Segura, de fecha 20 de agosto de 2020.

2.- Certificado de la causa, de fecha 08 de agosto del año 2020, emitido por don Andrés Estefane Muñoz, Jefe de Unidad de Causas y Sala, Juzgado de Garantía de Colina.

3.- Comunicación de no perseverar expedido por la fiscal Srta. Nancy González Fuentes, de la Fiscalía Local de Chacabuco.

4.- Resolución que resuelve "como se pide" a la presentación de la fiscal, en cuanto a comunicar su decisión de no perseverar, con fecha 26 de junio de 2020.

5.- Escrito presentado por la abogada Cynthia Sandoval Vega, en representación de don Leydor Lagos, de fecha 06 de julio de 2020, en el que solicita la reapertura de la investigación, atendidas las diligencias pendientes sin realizar por parte del Ministerio Público.

6.- Resolución que se pronuncia respecto a la solicitud de reapertura de la investigación, de fecha 08 de julio de 2020.

SEGUNDO OTROSÍ: Por este acto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 11 de la Constitución Política de la República y el artículo 85 del DFL 5 de 2010, vengo en solicitar a SS. Excma. se sirva disponer la suspensión inmediata del procedimiento actualmente en tramitación ante el Juzgado de Garantía de Colina, bajo el RIT Nº 4897-2017, hasta que el presente requerimiento de inaplicabilidad sea resuelto por este Excmo. Tribunal por sentencia definitiva.

En efecto, como acertadamente señala el profesor y ex presidente de este Excmo. Tribunal, don Juan Colombo, a fin de resguardar el posible resultado de la presente solicitud y de sus respectivos efectos en la causa que la genera, es que se debe decretar la suspensión inmediata solicitada, ya que es indispensable para el pronunciamiento que este Excmo. Tribunal Constitucional emita en autos surta sus efectos, pues el Juez de Garantía de Colina al conocer de la solicitud de esta parte, en cuanto a forzar la acusación, frente al Ministerio Público que comunica su decisión de no perseverar sin formalización, decidirá no darle lugar, y por tanto se vuelve ilusoria la pretensión de inaplicabilidad solicitada.

TERCER OTROSÍ: **Sírvase a SS. Excma.** que de conformidad a lo dispuesto en el art. 42 inciso final del DFL 5 de 2010, vengo en solicitar se sirva ordenar que todas las resoluciones que se dicten en el proceso, se notifiquen a los correos electrónicos

notificaciones@gustavobalmaceda.cl, gbalmaceda@gustavobalmaceda.cl, smunoz@gustavobalmaceda.cl y csandoval@gustavobalmaceda.cl.

CUARTO OTROSÍ: Que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente el patrocinio y poder en la presente causa, de acuerdo con el mandato judicial acompañado en el presente requerimiento.

Asimismo, delego este poder, con todas sus facultades, a los abogados don **SEBASTIÁN RODRIGO MUÑOZ TEJO**, C.I. Nº 18.940.884-6; y, a doña **CYNTHIA SANDOVAL VEGA**, C.I. Nº 16.357.119-6, ambos de mi mismo domicilio, para que puedan actuar de forma conjunta, separada e indistintamente en autos.

GUSTAVO EDUARDO TADAICHI BALMACEDA HOYOS

Firmado digitalmente por GUSTAVO EDUARDO TADAICHI BALMACEDA HOYOS
Fecha: 2020.09.04 12:10:36 -04'00'

SEBASTIAN RODRIGO MUNOZ TEJO

Firmado digitalmente por SEBASTIAN RODRIGO MUNOZ TEJO
Fecha: 2020.09.04 12:10:54 -04'00'

CYNTHIA CAROLINA SANDOVAL VEGA

Firmado digitalmente por CYNTHIA CAROLINA SANDOVAL VEGA
Fecha: 2020.09.04 13:40:46 -04'00'

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE

ACREDITA CALIDAD DE ABOGADO ☑

AUTORIZO PODER ☑

Santiago 04 de Septiembre 2020