



**EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD; EN EL PRIMER OTROSÍ: SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO, OFICIÁNDOSE PARA TAL EFECTO; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; EN EL TERCER OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA; EN EL CUARTO OTROSÍ: SE TENGA PRESENTE.**

**EXCELENTISIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**ALEJANDRO ESTEBAN ÁVILA HUERTA**, abogado, cédula de identidad número 13.832.470-2, domiciliado en Pasaje Bombero Adolfo Ossa 1010 oficina 702, Comuna de Santiago, en representación según se acreditará de don **BORIS ALBERTO SAAVEDRA MATTE**, chileno, cédula nacional de identidad número 10.773.418-K, estudiante, domiciliado en paseo Las Palmas 2212 oficina 25, comuna de Providencia y ciudad de Santiago, a US. Excelentísima respetuosamente digo:

Que, en conformidad a lo establecido en el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política de la República, por este acto, y en la representación que comparezco, vengo en deducir acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos: 230, 248 letra c), 259 inciso final, 261 letra a), todos del Código Procesal Penal, por ser contrarios a la Constitución Política de la República al infringir: el artículo 7° (principio de juridicidad), el artículo 19 n°2 (igualdad ante la ley); el artículo 19 n°3 inciso 1° (igual protección de la ley), inciso 3° (víctimas de delitos tienen derecho a asesoría y defensa a efecto de ejercer acción penal), e inciso 5° (nadie puede ser juzgado por comisiones especiales); el artículo 76 (exclusividad de juzgar y poder deber de los Jueces); y el artículo 83 inciso 1° (exclusividad dirigir investigación) e inciso 2° (facultad del ofendido del delito de poder ejercer la acción penal), todo ello, en virtud de los antecedentes que a continuación expongo:

**I.- LOS HECHOS.**

En la causa RIT 5058-2018, RUC 1810029208-0, ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, se dedujo querrela criminal por los delitos de apropiación indebida de dineros y falsificación de instrumento privado, en contra de doña **ROSARIO VIAL VALENZUELA**, doña **SARITA MARÍA ANGÉLICA MARÍN SALAS** y don **ALEJANDRO ANDRÉS DUMAY CLARO**, por los siguientes hechos.

1.- Los querellados eran miembros del Comité de Administración del **Edificio de 5 pisos y 6 departamentos**, ubicado en calle Las Hortensias 2877, Comuna de Providencia, Santiago, ocupando los cargos de Presidente, Tesorera y Secretario de dicho Comité de Administración.

2.- Durante todo el tiempo en que han estado ejerciendo sus cargos y hasta el mes septiembre del 2017, decidieron que los fondos provenientes de los gastos comunes serían depositados en la cuenta corriente del Banco Corp Banca de la Sra. Sarita María Angélica Marín Salas, cuenta corriente N° 1241884 del Banco Corp Banca, la cual era utilizada para sus fines personales, no existiendo registros contables que respaldaran las acciones, razón por la cual, mi representado se vio en la obligación, de interponer una querrela infraccional ante el Primer Juzgado de Policía Local de Providencia, en la causa Rol N° 2326-4-2017.

3.- En la causa anteriormente mencionada, se presentaron como antecedentes en la investigación, un informe pericial contable realizado por la perito judicial doña Nataly Francesca Neira Sepúlveda, quién sólo pudo revisar los períodos comprendidos entre los años 2015 a 2016, pese a que el año 2014 también había sido solicitado y ordenado, y que arrojó que durante el año 2015, los gastos supuestamente ascenderían a la suma de \$4.110.820 pesos, de los cuales \$1.880.000, no tienen respaldo legal, y solo se acompañan unos recibos de dinero, \$525.000 no tienen respaldo legal, y solo acompaña un comprobante de transferencia bancaria, no acreditándose con factura o boleta el servicio prestado y por último \$150.280, están respaldados con boletas ilegibles, por lo que no se puede corroborar el concepto a que fueron imputados los gastos, por lo que se concluye que el **62,16% de los supuestos gastos totales efectuados durante el año 2015, fueron realizado sin un respaldo legal que los sustente.** O sea, V.S. E, durante el año 2015, de un supuesto gasto de \$ 4.110.820.- se habrían gastado \$ 2.555.280.- sin que los mandados por ley a rendir cuentas puedan demostrar en que habrían realizado dicho gasto. Todo de un pequeño edificio de 6 departamentos.

4.- Respecto de los gastos del año 2016 el tema es aún peor, ya que dicho informe establece que, los gastos totales realizados por la comunidad durante ese año 2016, supuestamente ascenderían a \$6.366.958 pesos, de los cuales \$1.438.000 no tienen respaldo legal, y solo se acompañan comprobantes denominados recibo de dinero, \$3.344.920 pesos, no tienen respaldo legal, no asociándose factura o boleta por la compra de un producto o servicio prestado, adjuntando solo transferencias bancarias y \$2.280 están respaldado con boletas con boletas ilegibles por lo que no se puede corroborar el

concepto a que corresponden los mencionados gastos, y solo destacar que \$1.599, están respaldando con boletas correspondientes a gastos efectuados por conceptos distintos a los usados en una comunidad edificio lo que da a presumir el mal uso de fondos, concluyendo que el **75,18% de los supuestos gastos efectuados durante el año 2016, fueron realizados sin un respaldo legal que los sustente.** O sea Excelentísimo Tribunal durante el año 2016, de un supuesto gasto de \$ 6.366.958.- se habrían gastado \$4.786.799.- sin que los mandados por ley a rendir cuentas puedan demostrar en que habrían realizado dicho gasto.

**5.- O sea durante los años 2015 a 2016 de un supuestos gasto de \$10.477.778.- un monto de \$7.342.079.- no fue ni pudo ser acreditado por los imputados.**

6.- Con posterioridad, a dicho informe pericial, los imputados iniciaron una acción ejecutiva en contra de mi representado, para cobrar supuestos gastos comunes adeudados que no solo no pudieron probar, sino que incluso y consientes de sendos documentos que acreditan lo contrario, crearon un documento privado llamado aviso de cobranza, dándole una supuesta calidad de título ejecutivo e inventando una deuda de casi 3 millones de pesos que ni se molestan en explicar ni acreditar como calcularon. Además de lo anterior y producto de la investigación, los imputados aportaron un Acta de reunión del edificio, la cual firmaron, aseverando que de los 6 departamentos que existen en el edificio, solo 5 de ellos pagan gastos comunes, el departamento de mi mandante no paga, e ingresa dinero todos los meses que nadie sabe de quién es salvo mi mandante, y consideran que lo aporta a título de donación a la comunidad, generándose una deuda con intereses abusivos e inventados.

**Minuta Resumen de Rendición de cuentas: Mayo 2017 a Abril 2018**

	Saldo previo 1.182.877	2017										2018			
		Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril		
<b>Total</b>	891.224	791.843	377.498	440.948	338.287	640.766	738.886	492.760	540.786	811.161	461.756	324.490			
Ingreso		28.600	45.330	41.779	46.302	46.204	46.900	43.738	26.728	49.788	34.354	24.374			
Gasto común		36.299	41.557	58.252	45.185	41.158	42.441	40.091	24.930	45.611	32.050	32.540			
Departamento A		54.989	86.892	80.065	94.495	94.307	88.742	83.881	51.228	95.370	67.014	46.716			
Departamento B		54.989	86.892	80.065	94.495	94.307	88.742	83.881	51.228	95.370	67.014	46.716			
Departamento C		54.989	86.892	80.065	94.495	94.307	88.742	83.881	51.228	95.370	67.014	46.716			
Departamento D		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
Departamento E		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
Departamento 561		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
Sin información		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0			
<b>Total Ingreso Gasto Común</b>		328.856	347.568	310.280	377.880	381.733	367.018	346.030	218.231	305.385	279.385	186.880			

7.- Haciendo un análisis de los hechos enunciados precedentemente, necesariamente se debe concluir que dichas conductas constituyen el delito de apropiación indebida, descrito en el Artículo 470 N° 1 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el Artículo 467 del mismo Código. Así pues, la primera de las normas sanciona: “A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.” Es así como El bien jurídico lesionado en

la apropiación indebida, “es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el hecho y que éste quebrantó, violando así la confianza depositada en él.” (Labatut Glenda Gustavo, Derecho Penal Tomo II Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 7°, Santiago, 2007). También es menester hacer presente a V.S. Excm., que los querellados detentaban en calidad fiduciaria los dineros adeudados, puesto que envuelve un poder autónomo sobre la cosa y una manifestación de confianza de la persona a quien ella confía, siendo la Comunidad a través del pago de los gastos comunes quienes lo otorgan a los querellados. Producto que se ha establecido como elementos propios de los elementos del tipo, como es la apropiación o distracción de dinero, efectos o de cualquiera cosa mueble, concurriendo a su integración un elemento material, como es el apoderamiento y uno psicológico como es el ánimo de comportarse como dueño (animus rem sibi habendi). La distracción debe ser entendida en el sentido de aplicar la cosa, con ánimo de dueño y con intención de reponer, a usos propios o ajenos, debiendo ser necesaria para que sea constitutiva de debido el animus sibi habendi. Del mismo modo se cumple el requisito establecido por el tipo penal, en cuanto la cosa se haya recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregar o devolverla.

8.- Conjuntamente con lo anterior, se denota también que los imputados habrían incurrido en el delito de falsificación de instrumento privado del Artículo 197 del Código Penal, en relación con los número 193 del mismo Código, toda vez que los estados de los gastos comunes, en virtud de no haberse acreditado los gastos, contienen información que no corresponde a la realidad, lo que necesariamente le ha causado un perjuicio a mi representado, toda vez que dichos estados de gastos comunes firmados por el Administrador, al tener mérito ejecutivo, y habiéndose iniciado un juicio ejecutivo en su contra, por una suma mayor a la que supuestamente es la que adeudaría, demostrándose claramente el ánimo de falsificar dichos estados de pago para cobrar una deuda irreal, a saber, causa rol C-37065-2017 seguida ante el 21° Juzgado Civil de Santiago.

9.- A lo anterior se suma que producto de la investigación dirigida por la Fiscalía, se realizó un peritaje por parte del subcomisario sr. Manuel Ojeda Rojas de la Brigada de Delitos Económicos Metropolitana de la Policía de Investigaciones de Chile, quien llegó a la conclusión de que: ***"MODO DE OPERAR: En relación al modo de operar, conforme los antecedentes que obran en la presente investigación, los imputados se habrían confabulado aprovechando que estaban al mando de la comunidad del lugar en que viven para proceder a cobrar dinero a sumas más elevadas a la que***

**correspondería pagar a los propietarios por los gastos comunes, no contando con los documentos de respaldo para justificar dichos cobros."**

No logrando establecer si existía deuda y quien era realmente el deudor.

10.- Sin perjuicio de lo anterior, la fiscalía en noviembre de 2019 decidió optar por solicitar al Juzgado de Garantía, el sobreseimiento definitivo la causa, pese a la existencia de diligencias pendientes de investigación como revisar los años 2013 y 2014, circunstancia que incidentada por esta parte, promovió una reapertura de la investigación, la que fue acogida, ordenándose a la Fiscalía la realización del peritaje de los mencionados años otorgándosele un plazo para realizarla.

11.- Si bien, la Fiscalía en cumplimiento de la orden del Tribunal, posteriormente ofició al Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones la realización del peritaje de los años 2013 y 2014, ésta última a través de la perito profesional Sra. María Verónica Gaete Sepúlveda, solo se abocó a los años 2016 y 2017, constatando respecto de los ingresos y cobros de **gastos comunes** de este edificio de 6 departamentos, que: "**...en total se presentan \$3.929.871...**" (2016-2017) "**...que no presentan respaldos, por tanto deben ser justificados por la querellada.**", cabe **recordar** que el peritaje que antes mencionamos entre los **años 2015-2016** estableció que existían **\$ 7.342.079 supuestos gastos sin respaldos.** Además dicho peritaje estableció que mi mandante si pagaba gastos comunes, lo cual era bastante obvio, y que además en el período de revisión al menos le cobraron al Sr. Saavedra, dos porcentajes de prorrato distintos (17,156% y 17,673%), valores que debieran ser inmutables desde la creación del inmueble pero que de realizarse el peritaje de 2013 y 2014 asevero arrojarían otros dos valores distintos (17,6895% y 16,129%), lo que ayuda a fundamentar los delitos denunciados, además de la existencia o más bien de la desaparición de 11 millones que al día de hoy nadie sabe en que fueron gastados, y que a la Fiscalía parece no importarle.

12.- Habiendo considerado todos los elementos anteriormente señalados y los antecedentes allegados a la carpeta investigativa, se puede necesariamente concluir la existencia de los delitos anteriormente señalados, el carácter reiterados de éstos, y la participación culpable que han tenido en dichos ilícitos, siendo antecedentes suficientes para formular una acusación, siendo necesario destacar que la Fiscalía tuvo en su poder un informe pericial que no realizó lo ordenado (periciar los años 2013 y 2014) desde marzo de este año, y que solo se nos permitió acceder a él en Septiembre de 2020, para que apenas le hiciéramos presente dicha circunstancia omitida, nos respondiera el

Ministerio Público indicando que nuevamente solicitarían el Sobreseimiento Definitivo, para días más tarde, cambiar su postura por una de Decisión de No Perseverar, todo de manera arbitraria e incluso arriesgando un posible desacato judicial por no cumplir con lo ordenado por el tribunal, ya que ellos son los únicos que tienen las atribuciones para dirigir la investigación, sin embargo, las conductas erráticas del ente persecutor han generado un daño en las pretensiones de esta parte, en especial la no realización de las diligencias de investigación.

13.- Que en la audiencia de fecha 6 de noviembre de 2020, a de Comunicación de No Perseverar conforme el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, esta parte solicitó el forzamiento de la acusación, la que fue rechazada pese a existir suficientes antecedentes para perseguir penalmente a los imputados, tanto aportados por mi parte, como fruto de la investigación, e incluso aportados por los propios imputados como pruebas en contra, fundando su resolución meramente en que: "**...no existe formalización ni plazo en la presente**" por lo que se ha negado la posibilidad de ejercer la acción penal a mi mandante por los hechos ya mencionados.

## **II.- GESTIONES JUDICIALES PENDIENTES.**

La presente causa, se encuentran en estado de conocerse el recurso de apelación interpuesto por esta parte querellante, que negó lugar al forzamiento de la acusación, por los delitos de apropiación indebida de dineros y falsificación de instrumento privado, contra las personas ya individualizadas. Número de Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago 5858-2020.

## **III.- NORMATIVA IMPUGNADA.**

Teniendo cuenta lo anterior, claramente se hace necesario recordar el tenor de los artículos 230, 248 letra c) e inciso final, 259 inciso final y 261 letra a) todos del Código Procesal Penal, que son los que se busca impugnar a través de esta acción y que establecen:

**Artículo 230.- "Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando**

considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

*Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley."*

Artículo 248 letra c) e inciso final.- "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.

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."

Artículo 259 inciso final.- "Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

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

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

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

Por tanto se solicita la inaplicabilidad en el caso concreto de las normas señalada, ya que el ministerio público no sólo no ha formalizado, como lo exigen los artículos anteriores que se detallan, sino que además ha hecho un ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, habida cuenta que no ha agotado la investigación, por cuanto todavía existen diligencias pendientes como el peritaje 2013 y 2014, y que pese a ello, todos los antecedentes investigados y peritajes realizados no solo sirven para formalizar la investigación sino para continuar la persecución penal en su contra.

De dicho tenor, es posible concluir que se infringirían: el artículo 7 (principio de juridicidad), artículo 19 n°2 (igualdad ante la ley); el artículo 19 n°3 inciso 1° (igual protección de la ley), inciso 3° (víctimas de delitos tienen derecho a asesoría y defensa...a efecto de ejercer acción penal), e inciso 5° (nadie puede ser juzgado por comisiones especiales) ; el artículo 76 (exclusividad de juzgar y poder deber de los Jueces); y el artículo 83 inciso 1° (exclusividad de la investigación) e inciso 2° (facultad del ofendido del delito de poder ejercer la acción penal), de nuestra Carta Fundamental, tomando razón lo expresado en dichas normas constitucionales, y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que se encuentran vigentes.

Las normas anteriormente citadas del Código Procesal Penal, detallan que el Ministerio Público tiene la facultad privativa de la formalización del delito. A su vez, la formalización de la investigación es un acto de comunicación en que el fiscal frente al juez de garantía, le informa al imputado, de los delitos que se le atribuyen y su grado de participación (Artículos 229 y 230 del C.P.P.), sin que la decisión del fiscal constituya una resolución jurisdiccional. Sin embargo, no puede ser considerada una decisión facultativa que puede ejercer de manera discrecional, cuando estimare “oportuno”, e incluso de manera arbitraria como se hace presente en los hechos expuestos, sino más bien como un poder-deber, que debiendo recordarse que si bien se trataría de una potestad discrecional del órgano persecutor, no significa que deba actuar arbitrariamente según su mero capricho, sino que se establece una serie de opciones, que puede tomar la administración, en este caso la Fiscalía al respecto, dentro del marco regido por el ordenamiento jurídico. En el mismo orden de cosas, claramente establecer una potestad discrecional en cuanto a la formalización de la investigación, lo que claramente excluye al querellante de todo derecho, quedando a merced de lo que diga, el mencionado ente persecutor, privando en este caso al querellante de la acción penal pública.

Además, la formalización, es un acto procesal necesario e imperativo, para seguir adelante con la investigación y la pretensión de la víctima



a la impugnación de los presuntos delitos, por lo tanto, si no hay formalización no hay modo de avanzar dentro del proceso penal (artículos 259 y 261 del C.P.P). Siendo la formalización un acto exclusivo del ministerio público, el juez no puede obligarlo ni forzar acusación alguna, ya que es oportuno o discrecional e incluso arbitrario del fiscal. El artículo 248 del Código Procesal Penal señala que una vez hechas las diligencias mínimas, el fiscal puede optar por lo siguiente: formalizar y acusar; sobreseer; y no perseverar. Y si el fiscal opta por el sobreseimiento definitivo o temporal; o por no perseverar, a la víctima o querellante, le caduca su derecho constitucional a una acción penal, quedando en la más absoluta indefensión, lo que va en contra directamente de: el artículo 7; el artículo 19 n°2, n°3 inciso 1°, 3° y 5°; artículo 76 y el artículo 83 de la Constitución Política de la República, ya que la formalización, es la única vía para hacer efectivo el derecho procesal de la víctima y no dejarla en la más absoluta indefensión como es el caso de autos. En este sentido, se comete reiteradamente un error en cuanto decir que el Ministerio Público tiene la exclusividad de la acción penal, siendo que dicha exclusividad se debe solamente a la investigación.

El artículo 230 del C.P.P. al establecer como facultad de la Fiscalía el formalizar, el artículo 248 del C.P.P. letra c) e inciso final al impedir forzar la acusación producto de la no formalización, el artículo 259 inciso final del C.P.P. al establecer que la acusación solo puede versar sobre las personas y hechos incluido en la formalización y el artículo 261 letra a) del C.P.P. que permite acusar particularmente sobre circunstancias distintas siempre que hubiere formalización, no solo coartan sino que impiden el ejercicio de la acción penal garantizada en el artículo 83 inciso 2° de la Constitución Política.

#### **IV.- NORMATIVA CONSTITUCIONAL INFRINGIDA.**

Haciendo un análisis de la normativa anteriormente señalada es necesario concluir que la normativa impugnada infringe lo dispuesto en las siguientes normas constitucionales.

**1.- Artículo 7, 76 y 83 de la Constitución Política de la República.** El Ministerio público trabaja bajo un principio de oficialidad, como un órgano administrativo autónomo, que tiene el mandato exclusivo de la investigación penal, además de poder ejercer la acción penal pública, a través de perseguir de oficio los delitos, cualquiera otra acción o pretensión escapa de su competencia y colisiona con otros organismos del Estado como lo es el Poder

Judicial, al atribuirse facultades de establecer si alguien es inocente o culpable de un delito para perseguirlo o no, o pese a la suficiencia de pruebas negarse a que los imputados puedan ser perseguidos de manera arbitraria como es del caso. Si bien se reconoce que según el artículo 83 de la carta magna, la acción penal es eventual para el Ministerio Público, no por ello, tiene la facultad de impedir que la víctima pueda ejercer su acción penal, como lo establece la misma Constitución.

Así pues, como se ha presentado anteriormente, el trabajo del Ministerio Público, no está solo supeditado al Artículo 83 de la Carta Fundamental, sino que al respeto del artículo 7 de la misma, que establece la competencia sobre la cual actúan los órganos del Estado y al artículo 76 que establece que solo los Tribunales de Justicia tiene la facultad de conocer y juzgar. No debemos olvidar que **el ejercicio de la acción penal constituye un derecho constitucional de la víctima**, tal como señala el artículo 83, inciso 2 de la constitución, y para esto es necesario la tutela jurisdiccional, y que el órgano investigador del Estado actúe acorde y no en contra impidiendo el ejercicio de la acción. En suma, el Ministerio Público eventualmente puede dar inicio al proceso penal, pero este no tiene un carácter privativo o exclusivo de este órgano administrativo, sino más bien abierto a todos los ofendidos a ejercer igualmente la acción. Esto ratifica que **la exclusividad del Ministerio Público es esencialmente en razón a la investigación, y no de la acción penal pública, que por tutela constitucional, corresponde a todos los ciudadanos en especial a las víctimas**. El conflicto yace bajo la norma del artículo 230 del CPP, que faculta de manera exclusiva y excluyente al Ministerio Público a formalizar. Esto es, dar pleno avance al proceso penal y la pretensión de la víctima. En caso contrario, tanto víctima y querellante deben aceptar la decisión del Ministerio Público, aunque la misma sea irracional e incluso arbitraria como es el caso de autos.

**2.- Artículo 19 N° 3, inciso primero, tercero y quinto de la Constitución Política de la República.** La igual protección de la ley, en el ejercicio de sus derechos, que las víctimas dispondrán de asesoría jurídica a efecto de ejercer la acción penal, reconocida en la Constitución, y que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por un tribunal establecido por ley, con el fin de cumplir con el debido proceso, de un justo y racional procedimiento también se ven confrontados. En principio, no parece congruente que el querellante no pueda seguir adelante con su pretensión penal, en relación, a la no formalización del Ministerio Público, que se traduce como una acción discrecional de un órgano administrativo, que en efecto, tiene una repercusión esencial para hacer efectiva la protección de los derechos de los ciudadanos.

No puede estimarse correcta la interpretación hecha por el tribunal ad quo y eventualmente confirmarse por el ad quem, sobre todo cuando los querellantes asimilamos que las acciones de los fiscales adolecen de irracionalidad, arbitrio o capricho, como es del caso, ya que prescinden del mérito del artículo 248, para sobreseer o no perseverar en una investigación, sin naturalmente haber realizado las **diligencias necesarias**, que bajo un principio de objetividad, deben asegurarse en un grado de investigación mínimamente necesaria para plantear la acusación o impunidad de delitos. Pero ¿qué hacer cuando los antecedentes que obran si son suficientes para perseguir y la Fiscalía decide sobreseer o no perseverar, sin siquiera formalizar?

En el fallo del Tribunal Constitucional **ROL: 815-2007**, el ex ministro Juan Colombo señala: “**el querellante no tiene otra salida para lograr la tutela efectiva de sus derechos por un órgano jurisdiccional**, que obtener la inaplicabilidad de los preceptos que le entregan al fiscal la facultad discrecional de formalizar la investigación. En consecuencia, el fallo del TC interpretando el **artículo 230 del C.P.P.**, en términos constitucionales, **estima que si bien la formalización es una atribución discrecional, no por ello puede ser arbitraria. Ello atentaría en contra de un justo y racional procedimiento que permita a la víctima reclamar a la jurisdicción en contra de las decisiones arbitrarias del fiscal, aunque su potestad sea discrecional. Además la discrecionalidad no puede amparar la arbitrariedad o la falta de cumplimiento del deber funcionario**”.

Importante es resaltar que muchos de los argumentos anteriores, dados por el Tribunal Constitucional, lo llevan a acoger un requerimiento (815-2007), resolviendo que una aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal, en el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante, produce efectos contrarios a la Constitución y, en consecuencia, dicho precepto legal no puede aplicarse con ese alcance contrario a la carta magna.

Como planteamos, esto no ha sido razonamiento aislado del Tribunal Constitucional, sino que en todos los demás requerimientos en que se ha tratado la materia, ha ido incrementando sus fundamentos en la línea indicada. Tanto es así que en **Sentencia en Rol N° 1337-2009-INA**, cuando incluso se le ha solicitado que declare la inaplicabilidad del mismo artículo 186 del Código Procesal Penal, ha desechado dicho requerimiento, señalando que dicho precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide

que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible.

En resumen, el espíritu de la Constitución se dirige a que las facultades de investigar y luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal y que, por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que sustentan dichas facultades de investigar y formalizar, los fiscales tienen el deber de practicarlas. De suerte que el "poder de formalizar", más bien se transforma en un "deber de formalizar" implícito en las normas constitucionales del Ministerio Público, implicando **la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que dicho órgano persecutor, en cumplimiento del mandato constitucional, realice una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica**, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a dichos parámetros de racionalidad y justicia, dado que es el único órgano que -según la Constitución- ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal.

**3.- Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.** La igualdad ante la ley, desde la perspectiva de la acción penal, la pretensión de la víctima, querellante y fiscal, en relación al artículo 230 del código procesal penal es compleja de dilucidar, pero debe entenderse como un paso del proceso y no como una actitud privativa del Ministerio Público.

El conflicto verdadero no suscita por la exclusividad de la investigación, ya que este es un deber constitucional, elaborado principalmente para que sea administrado por un órgano autónomo, asegurando la equidistancia necesaria con el Poder judicial. Lo que priva al querellante en relación a esta facultad, es que se extralimita y trasmuta a una facultad exclusiva en relación a la acción penal en el proceso, vía negarse a formalizar. Cabe recordar por lo demás que la investigación no formalizada comienza a partir de un hecho que el propio Ministerio Público ha calificado como delito (o hecho punible). Si lo formaliza, nace el proceso penal; si no lo hace, nunca llegará a la potestad del órgano jurisdiccional, lo cual implica, por una parte, subordinar a una decisión de la Fiscalía **el ejercicio de la privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental, en efecto, a tener una desigualdad ante la ley, per se, una imposibilidad de un proceso racional y justo en el cual pueda hacer valer jurisdicción y, por la otra -como consecuencia obvia y**

**necesaria-, sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia.**

El fallo **en Rol N° 1542-2010-INA**, los ministros advierten la desigualdad de posiciones que genera el artículo 230 y 248 en relación a los derechos de la víctima y querellante, **“que si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnimoda que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no**, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para los imputados de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice, todo esto de conformidad con el artículo 186 del citado cuerpo legal” Por lo tanto, que bajo los principios que sustentan la Carta Fundamental, no es factible que la formalización, que es la llave de inicio del proceso penal, quede entregada de manera exclusiva y excluyente a un organismo todopoderoso como es el Ministerio Público, el cual puede determinar por si y ante si, sin ningún control jurisdiccional, cuando formaliza, al margen de consideraciones de racionalidad y justicia.

**V.- JURISPRUDENCIA Reciente EXCELENSITISMO  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Recientemente, V.S. Excma., sostenidamente desde el 2019 y hasta la fecha en causas roles 5653-18; 6718-18; 7237-19 y 8060-19, ha variado el criterio que tuvo años antes, en el sentido de acoger la pretensión de inaplicabilidad en atención a todo lo expuesto, y que los preceptos legales enunciados, y cuya impugnación se solicita para este caso concreto, se confrontan directamente contra el articulado de la carta magna, en específico respecto de los artículos 7, 76 y 83.-

En dicho sentido, este Tribunal constitucional en la causa 5653-18-INA, ha razonado en el siguiente sentido:

**“OCTAVO: Que, de la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público, está garantizada por la Constitución tanto en su artículo 19 N° 3°. inciso sexto, como en el artículo 83 inciso segundo;**

**NOVENO: Que, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para**

dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución).

Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto. No ha de perderse de vista que el sentido y alcance de la facultad del Ministerio Público de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta —más bien inexistente- facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado.

Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del Ministerio Público respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del inciso segundo del artículo 83 de la Constitución resulta exigible en relación con el legislador, a fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal;

**DÉCIMO:** Que, igualmente, cabe precisar que el reconocimiento del mismo no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del supuesto culpable.

El derecho del querellante — ofendido por el delito - es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva - por la vía de la acusación adhesiva o autónoma- con independencia de la decisión unilateral del Ministerio Público. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia;

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, resulta evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal — Ministerio Público — en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer, también, la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público.

Si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio “igualmente” que

emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma — o también adhesiva - no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente.

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

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer — igualmente la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva.

Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal.

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

Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el Ministerio Público pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial;

**DÉCIMO TERCERO:** Que, este Tribunal, considera que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, sin más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima.

Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción

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

**DÉCIMO CUARTO:** Que, este tribunal considera que el ofendido por el delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce. 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 la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior;

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el Código Procesal Penal de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal.

También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la Constitución al ofendido por el delito, que el control judicial de la eventual aspiración del Ministerio Público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el Ministerio Público requiere de aprobación judicial - artículo 248, inciso primero, letra a)- para comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento -artículo 248, inciso primero, letra c)- no se necesita de la homologación jurisdiccional;

**DÉCIMO SEXTO:** Que, resulta indiscutible 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.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en general, la facultad de no perseverar contemplada en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal - norma impugnada en autos — constituye una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal, sea que existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal. Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará a continuación, el ejercicio de esta facultad



**no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución;**

**DÉCIMO OCTAVO: Que, la decisión que adopta el Ministerio Público no es inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal.**

**Desde luego, pues aquella hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución.**

**En relación con lo anterior, ha de precisarse que el actual sistema 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 perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una “decisión” del Ministerio Público que se "comunica" al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y "no sólo la persecutoria del Ministerio Público" culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal.**

**Igualmente, cabe agregar que el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Dichas pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para el querellante en el proceso.**

**Finalmente, la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no procede declarar el sobreseimiento de la causa - solicitado por la defensa del imputado- respecto del delito en cuestión;**

**DÉCIMO NOVENO: Que, de las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83 inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede — sin mediar control judicial de fondo - decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;”**

Acto seguido, en dicha sentencia se razona que:

**“VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en el caso concreto, el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación.**

**Lo anterior, 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)**

**VIGÉSIMO NOVENO: Que, el problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue 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° 358. p 23)**

**TRIGÉSIMO: Que, abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del Fiscal Nacional N° 60, de enero de 2014, Sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, se instruye a los fiscales que "(a) juicio de este Fiscal Nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no**

formalizadas”(p 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que “[a] juicio de este Fiscal Nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento de la acusación“(p 78 )

Esta situación, descrita por la Instrucción General del Fiscal Nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, si se ejerce la facultad de no perseverar sin existir previa formalización por parte del ente persecutor;

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. 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.

A lo que ha de agregarse que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales como de los tribunales superiores de justicia han restringido la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal, de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que: “El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que objetivamente- pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al inciso 1° del artículo 7° del Código Procesal Penal, o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el artículo 93 del Código Procesal Penal. Entonces, claro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por

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

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que: “el legislador empleó el artículo 186 del Código Procesal Penal en favor del imputado y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el artículo 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al Ministerio Público que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el artículo 183, atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del artículo 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el Ministerio Público su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.”(énfasis agregado). (Considerando quinto, sentencia rol N° 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago);

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

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, además de la interpretación del artículo 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N°060, del Fiscal Nacional del Ministerio Público, de 2014 en la que se recalca que el artículo 186 “tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca dentro de la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público”. (p 27) Asimismo, se afirma que “la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación no implica una carga procesal para el organismo. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del Ministerio Público no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar” “[y] no existe desacato en caso que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.”(p. 28, el destacado es del texto original);

Finalmente, se establece como conclusión que:

**“TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, en razón de lo argumentado a lo largo de la presente sentencia, la aplicación del precepto reprochado impide a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el artículo 83 inciso segundo, de la Constitución, motivo por el cual habrá de ser inaplicado y así se declarará;”

En dicho sentido, se hace menester señalar que en la causa 6718-2018 INA, esta Corte Constitucional, ha señalado respecto el inciso final del Artículo 259 del Código Procesal, lo siguiente:

**“VIGÉSIMO:** Que, en cuanto a la impugnación del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, cabe considerar que no sólo el artículo 248, letra c), constituye un óbice para la interposición de una acusación por parte del querellante, sino que también lo es el artículo 159, inciso final;

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, en efecto, aquella establece que “[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”.

**La aplicación de la exigencia dispuesta en este precepto, indudablemente, impide la eficacia de la acción penal del querellante.**

**Lo anterior, pues de no haber formalización previa, una querrela interpuesta por la víctima del delito no 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 83 sobre el cual ya ha razonado la presente sentencia;”**

En idéntico sentido ha razonado este Excmo Tribunal, en las causas 7237-19 y 8060-19.

## **VI.- CONCLUSIONES.**

De lo expresado anteriormente se puede concluir lo que a continuación se enumera.

1.- Que la aplicación del artículo 230, 248 letra c) e inciso final, artículo 259 inciso final, artículo 261 la letra a), todos del Código procesal penal, infringen la Constitución Política de la República en variadas normas.

2.- Las normas señaladas infringen el Artículo 83° de nuestra Carta Fundamental, en cuanto la facultad dada por la constitución al ministerio público es la exclusividad de la investigación en el proceso penal, la cual se extralimita al grado de pasar a ser un órgano jurisdiccional, convirtiéndose en el órgano que da impulso a todas las pretensiones punitivas de las víctimas y querellantes. Por lo tanto, que sólo el ministerio público pueda dar cabida y fin a la acción penal de los ciudadanos en el proceso penal, en efecto, implicaría en dejar sin aplicación el artículo 83 inciso 2 de la Carta Fundamental, lo cual va contra todos los criterios de interpretación de la norma (gramatical, lógico, histórico y sistemático) además de la interpretación verdadera que ha establecido este tribunal en los últimos años.

3.- Asimismo, conjuntamente la normativa impugnada infringe la garantía constitucional del Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, de igualdad ante la ley, y del establecimiento de diferencias arbitrarias, puesto que, a través de la no formalización, se impide el ejercicio de los derechos de la víctima. Además, infringe la garantía constitucional del Artículo 19 N° 3 inciso 1° de nuestro Código Político respecto de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, puesto que impiden directamente eso, el ejercer la acción penal. Así mismo, infringe la garantía constitucional del Artículo 19 N° 3 inciso 3° de nuestra Carta Fundamental de

poder ejercer la acción penal reconocida por la propia Constitución, ya que del acto de formalización que le concede el artículo 230 del CPP, al Ministerio Público implica que la víctima no tiene tutela ni voz efectiva ante la “oportuna o eventual” decisión del fiscal. Tanto el querellante y víctima quedan sin vías para hacer perseverar su derecho a acción penal pública, esto en perjuicio a las actuaciones monopolizadas del ministerio público. Deviniendo en inexistente el derecho de rango constitucional que se otorga a los ofendidos y a todos los demás ciudadanos que puedan ejercer igualmente la acción penal. Por lo demás infringe la garantía constitucional del Artículo 19 N° 3 inc 5° de la Constitución, ya que es el propio Ministerio Público quien hace las veces de Tribunal al impedir que los imputados sean Juzgados por un tribunal imparcial, tomando el rol de investigador y juez, al ser el acto de la formalización, de carácter exclusivo y excluyente por parte del Ministerio Público. El ciudadano debe acatar la decisión discrecional, no hay un control fidedigno de las diligencias mínimas de los fiscales, siendo esto necesario para adoptar una decisión del artículo 248. Por lo tanto, a la irracionalidad, arbitrariedad o ligereza de la decisión del ministerio público, solo cabe este tipo de recurso, ya que es la única vía de tutela jurisdiccional efectiva para hacer frente a los atentados en contra de un justo y racional procedimiento.

4.- Por lo demás infringe el artículo 7 de la Constitución, al atribuirse competencias que superan con creces su facultad de investigar, toda vez que no puede el Ministerio Público investigar y determinar quiénes son culpables y quienes inocentes a priori, esa facultad está expresamente reservada al Poder Judicial, según lo expresa claramente el artículo 76 de nuestra carta magna.

5.- En síntesis, basado en los antecedentes anteriormente expresados, se concluye la inconstitucionalidad de las normas materias de este requerimiento, razón por la cual dichas disposiciones deben ser declaradas inaplicables para el caso concreto.

6.- Por lo dicho anteriormente queda claro que se trata de preceptos legales, cuya inaplicabilidad es decisiva en al resolución del asunto y se encuentra fundada razonablemente como lo exigen los artículos 79 (47 A) y 80 (47 B) de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (DFL 5 que fija su texto refundido, coordinado y sistematizado) y la propia jurisprudencia de esta Excelentísimo Tribunal, puesto que en el caso de aplicarse como lo ha hecho hasta ahora la Sra. Juez del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, se rechazará el derecho del querellante a forzar la acusación concluyendo el procedimiento y quedando en la indefensión la víctima de los delitos indicados y más aún,

expuesta a sufrir nuevamente los mismos delitos expuestos como ha sido del caso por años. Por el contrario si V.S. Excma., declara inaplicables las normas impugnadas, entonces el querellante y víctima podrá ejercer efectivamente sus derechos constitucionales a reclamar tutela judicial efectiva de sus derechos pudiendo ejercer su derecho a la acción penal por los hechos reseñados, impidiendo que estos queden impunes en el futuro.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en el Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, como asimismo en el inciso duodécimo del mismo Artículo, **RUEGO A S.S., EXCMA.**, se sirva tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra **del artículo 230, artículo 248 letra c) e inciso final, artículo 259 inciso final y artículo 261 letra a), todos del Código Procesal Penal**, acogerlo a tramitación, resolviendo en definitiva que los preceptos anteriormente individualizados, son inconstitucionales en el caso concreto, por no estar conformes a lo previsto en la Carta Fundamental, ordenando que dichos preceptos no sean aplicados en la causa seguida ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago número de ingreso Corte 5858-2020 en la que mi mandante tiene la calidad de querellante, oficiándose para tal efecto a dicho Tribunal de Alzada, así como también respecto de la causa 5058-2018 seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, todo con costas.

**PRIMER OTROSÍ: SOLICITO A S.S., EXCMA.** ordenar la suspensión del procedimiento mientras se conoce el presente recurso, oficiándose a los siguientes Tribunales.

- Octavo Juzgado de Garantía de Santiago causa RIT 5058-2018
- I. Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal) causa número de ingreso 5858-2020.

**SEGUNDO OTROSÍ: SIRVASE S.S., EXCMA.** Tener por acompañado con citación de la contraria los siguientes documentos:

1.- Copia de la Carpeta Judicial Virtual, de la causa RIT 5058-2018 del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.

2.- Copia de la Carpeta Judicial Virtual, de la causa número ingreso Corte 5858-2020



3.- Certificado emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago para efectos de cumplir con el artículo 79 (47A) del DFL 5 que fija su texto refundido, coordinado y sistematizado, Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

**TERCER OTROSÍ: SÍRVASE S.S. EXCMA.**, tener presente que el poder para representar a don **BORIS ALBERTO SAAVEDRA MATTE**, consta en escritura pública de fecha 19 de diciembre de 2017, ante el notario de Santiago don Oscar Peluchonneau Cádiz, suplente del titular don Alberto Mozó Aguilar, que en copias autorizadas acompaño con citación de la contraria, documento que se encuentra firmado con firma electrónica avanzada del notario autorizante conforme a lo dispuesto en la Ley 19.799.

**CUARTO OTROSÍ: SÍRVASE S.S. EXCMA.** Tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumiré personalmente el patrocinio y poder de esta causa, fijando como forma de notificación el correo electrónico [alejandro.avila.huerta@gmail.com](mailto:alejandro.avila.huerta@gmail.com)