TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
13:24:43
07/01/2021
CHILE

<u>EN LO PRINCIPAL</u>: DEDUCE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. <u>PRIMER OTROSI</u>: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. <u>SEGUNDO OTROSI</u>: SOLICITA SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO. <u>TERCER OTROSI</u>: NOTIFICACIONES. <u>CUARTO OTROSI</u>: PATROCINIO Y PODER

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CHRISTIAN ESPEJO MUÑOZ, abogado, cédula nacional de identidad Nº 7.840.487-6, en representación de don **MAURICIO SMOK ALLEMANDI** querellante en la causa **<u>RUC 1710026198-7, RIT 4011-2017 del 3º Juzgado de Garantía de Santiago</u>**, ambos con domicilio para estos efectos en Alonso de Córdova 5710, oficina 2020, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, a US. Excma., con respeto digo:

Conforme lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero Nº 6 de la Constitución Política de la República, y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el inciso undécimo del mismo precepto constitucional, **vengo en deducir requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**, en el marco de la gestión judicial pendiente que se especifica en el siguiente párrafo, **respecto de los preceptos contenidos en los artículos 248 letra c), 259 inciso final; 261 letra a) y 370: Todos del Código Procesal Penal**, por cuanto, la aplicación de dichos preceptos legales en el caso concreto, infringen los artículos 1º, 5º inciso segundo, 6º, 7º, 8º, 19º Nº 2º, 3º, 26º; 76º y 83º, incisos primero y segundo, todos de la Constitución Política de la República; con relación a los artículos 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 8º Numeral 1º, 24º, Art 25º. 1, Art. 27º, y Art. 29º de La Convención Americana de Derechos Humanos y Arts. 2º numeral 3º y 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En mérito de lo que se expondrá en el cuerpo de esta presentación, se solicita a su Excmo. Tribunal la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos ya señalados.

I. GESTIONES PENDIENTES

1. La primera **gestión judicial pendiente** en que incide la presente acción de inaplicabilidad es una investigación que se inició el 15 de junio de 2017 por querella iniciada por esta parte y dirigida en contra de quien o quienes, en definitiva, resulten responsables durante el curso de la investigación, seguida ante el Tercer Tribunal de Garantía de Santiago. Los delitos imputados son los **delitos de negociación incompatible**, ilícito previsto en los artículos 240 del Código Penal; o **negociación incompatible mediante tráfico de influencia en carácter subsidiaria**, previsto en el artículo 240 bis del Código Penal y otros que aparezcan y se configuren durante la investigación. Posteriormente, el 27 de noviembre del 2017, los señores Francisco Walker Prieto y Gonzalo Rodríguez Correa, ambos actuando en representación de la Sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista, presentaron querella, por los **delitos de negociación incompatible**, ilícito previsto en los artículos 240 del Código Penal; o **negociación incompatible mediante tráfico de influencia en carácter subsidiaria**, previsto en el Artículo 240 BIS del Código Penal; por el **delito de PREVARICACION ADMINISTRATIVA**, ilícito previsto y sancionado en el Artículo 228 del Código Penal, y otros que aparezcan y se configuren durante la investigación. Ambas querellas son investigadas por la Fiscalía de Alta Complejidad, de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, bajo el RUC 1710026198-7; y que se tramita en el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RIT 4011-2017.

La investigación se encuentra desformalizada, con numerosas diligencias pendientes, sobre las que el Ministerio Publico bien, no se pronunció, o no informó a la víctima sobre sus contenido, objeto y resultado.

Incumplió así el ente persecutor con su deber de información, protección y de llevar a cabo la investigación sin que pueda hacerla cesar, salvo los casos expresamente previstos en la ley, los que no concurren en la especie.

Además, con expresa vulneración del principio de orden consecutivo legal y de preclusión, el 3 de noviembre del año en curso, esto es, **un día después que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago fallara que, en la causa no se han practicado las diligencias que se consideran necesarias para la averiguación del hecho punible**, el Ministerio Público decidió adoptar la

decisión contemplada en el Artículo 248 letra c), es decir, no perseverar en la investigación, y solicitó la respectiva audiencia para comunicar dicha decisión. Esa solicitud fue notificada a esta parte el día 4 de noviembre pasado, por resolución **del Tercer Tribunal de Garantía de Santiago, por la que citó a las partes a audiencia el 30 de noviembre, para comunicar esta decisión, la cual la tuvo presente el Tribunal. No obstante lo anterior, y conforme el Certificado emitido con fecha 05 de diciembre de 2020 por la Jefa de Unidad de Administración de Causas y Sala del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, la causa se encuentra vigente, encontrándose al día de hoy pendiente la gestión judicial.**

2. La segunda **gestión judicial pendiente** en que también incide la presente acción de inaplicabilidad consiste en un recurso de apelación interpuesto por esta parte en contra de la resolución dictada por el 3º Juzgado de Garantía de Santiago, con fecha 30 de noviembre de 2020, causa RIT 4011-2017, RUC 1710026198-7, generándose ante la Ilustrísima Corte de Apelación de Santiago el Ingreso Corte Penal Nº 6265-2020.

Dicho recurso de apelación se interpone en contra de dicha resolución por medio de la cual se rechazó la solicitud de esta parte en orden a forzar al Ministerio Público a formalizar la investigación en contra del imputado señor Daniel Jadue, así como el rechazo a la reapertura de la investigación por diligencias pendientes, todo lo cual derivó en la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento comunicada por la Fiscalía.

En consecuencia, por esta vía, en el caso concreto, se afecta el derecho de protección de la víctima y se amaga a los querellantes el pleno ejercicio de la acción penal pública, al acceso a la jurisdicción y el derecho a la investigación racional y justa que le garantizan la Constitución Política de la República, las que son sustituidas por una burla del proceso y una persecución penal ilegal e incoherente, que se hace cesar contra ley expresa.

II. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Los hechos que constituyen el principio de ejecución de los ilícitos precedentemente señalados tienen su inicio a mediados del año 2013 cuando el Sr. alcalde de la Ilustre Municipalidad de Recoleta don DANIEL JADUE JADUE, con fecha 06 de marzo de 2013, procedió a emitir el Oficio N° 1400/18, dirigido

al Presidente del Consejo de Defensa del Estado don SERGIO URREJOLA MONCKEBERG, cuya injerencia e importancia se explicará más adelante.

a) Origen de la Situación – Demanda de Derecho Público

Con fecha 23 de agosto del año 2011, la Organización no Gubernamental "Ciudad Viva" y, la Junta de Vecinos N°35, interponen demanda de nulidad de Derecho Público, ante el 20° juzgado Civil de Santiago, dando inicio a la causa civil Rol C-21478-2011, autos caratulados "Ciudad Viva con Municipalidad de Recoleta", proceso en el cual los demandantes solicitan la Nulidad de Derecho Público respecto del Permiso de Edificación N° 252, de fecha 12 de octubre del año 2007.

En su condición de demandada, la señalada Municipalidad de Recoleta, se defendió validando su actuación, defendiendo la legitimidad del Permiso de Edificación N° 252 de 12 de octubre de 2007. Además, al contestar la demanda, alegó la falta de legitimidad activa de los demandantes, rindió prueba al respecto, ejerciendo plenamente todos sus derechos en defensa del acto administrativo dictado válidamente por el municipio. Este fue el contexto legal e histórico de la situación que motiva la presente acción.

b) Intervención de la Autoridad Municipal

A comienzos del año 2013, producto del proceso eleccionario municipal realizado el año 2012, asume una nueva administración municipal, siendo su autoridad máxima el Alcalde don DANIEL JADUE JADUE, quien al tercer mes de asumir su cargo, envía al Consejo de Defensa del Estado, el **Oficio N° 1400/18 de fecha 6 de marzo de 2013**, dirigido a su Presidente don SERGIO URREJOLA MONCKEBERG, expresando lo siguiente: *"que en mi calidad de dirigente político – social de la comuna de Recoleta, y especialmente durante compaña municipal, expresé públicamente mi opinión a favor de la causa que promueve la organización "CIUDAD VIVA", incluso manifesté mi simpatía con la demanda interpuesta en contra de la Municipalidad de Recoleta, puesto que tengo la íntima convicción que el proyecto emplazado en el Barrio Bellavista, en varios sentidos, no se ajusta a la ley, ni es conveniente para los intereses generales".* Agregando además *"en tales condiciones, estimo inconveniente que el municipio que dirijo asuma la defensa en el juicio en comento, pues en tal caso quedaría, tanto la Municipalidad como mi persona, expuesta al juicio crítico de los administrados, que pueden estimar burlada la imparcialidad, objetividad y la fe*

pública que se merecen los organismos públicos y sus representantes". Finalizando el señalado oficio con el siguiente texto: *"En mérito de lo expuesto, vengo en solicitar a Usted, si lo tiene a bien, disponga que el Consejo de Defensa del Estado asuma la defensa judicial de la Municipalidad de Recoleta en la referida causa judicial."*

Es así, que el referido documento, establece sin lugar a dudas la inhabilidad del Señor Daniel Jadue para intervenir en cualquier forma respecto del proyecto denominado "Conjunto Armónico Bellavista", por cuanto el Oficio N° 1400/18, constituye una "confesión de su interés a favor de los demandantes, cuya posición es absolutamente contraria a la actuación municipal que en el señalado juicio alegó y defendió la validez y legalidad del acto administrativo. Esta posición y accionar del Sr. alcalde, lo inhabilitaba absolutamente para intervenir y tener injerencia en los asuntos relativos al señalado proyecto inmobiliario. Luego del envío de este Oficio al Consejo de Defensa del Estado y solo pasado unos meses, el señor Alcalde Jadue, lejos de marginarse de la situación, inicia un accionar directo en el asunto persiguiendo abiertamente e ilegítimamente a la empresa "Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. , con clara injerencia en un tema o negocio respecto del cual el no podía intervenir, faltando con ello gravemente a la probidad y transparencia, afectando con su actuar el patrimonio municipal, destinando una considerable cantidad de recursos económicos en abogados, informes, tiempo del personal etc., configurándose con su proceder una clara desviación de poder y una torcida administración. Las intervenciones ilegitimas realizadas por el Sr. alcalde luego del envió del señalado oficio al Consejo de Defensa del Estado, fueron muchísimas, entre otras, las que se señalarán a continuación.

c) Dictación de Oficio y Correo Electrónico

El señor Daniel Jadue, dentro de alguna de sus actuaciones ilegítimas, habiendo ya manifestado expresamente su interés en el asunto se dirigió vía **correo electrónico con fecha 05 de junio de 2014**, sin cumplir con ningún tipo de procedimiento administrativo, al SEREMI METROPOLITANO DE VIVIENDA Y URBANISMO Sr. Aldo Ramaciotti Fracchia, respuesta a dicho correo que originó el **Ord. N° 2808 de fecha 19 de junio de 2014**, el cual se dictó en abierta infracción y contradicción al Ord. N°3535 de fecha 17 de agosto de 2009. Es del caso destacar que el Ordinario dictado por el Sr. Ramaciotti, se refería al mismo tema ya resuelto en el Ordinario anterior del año 2009 en sentido contrario.

Igualmente, cabe hacer presente que también resulta extraño este proceder, en cuanto a la celeridad en su dictación, pues se dictó en tan sólo 10 DAS HÁBILES ADMINISTRATIVOS, y a petición de un simple correo electrónico remitido por el Alcalde de Recoleta.

d) Certificado de Informaciones Previas

Por otra parte, y previo al Decreto Exento de Demolición y su complemento, bajo las orientaciones del Alcalde Jadue quién es arquitecto urbanista, el Director de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Recoleta don ALFREDO PARRA SILVA, quien fuera contratado por Jadue para este cargo, con fecha 28 de Mayo de 2014 procedió a emitir ilegítimamente el **Certificado de Informaciones Previas N° 693**, respecto de la propiedad raíz que se encuentra dentro del territorio de la Municipalidad de Recoleta, consistente en la manzana ubicada en las calles Dardignac por el Norte, Pio Nono por el Oriente, Ernesto Pinto Lagarrigue por el Poniente y Bellavista por el Sur, realizando con dicho acto modificaciones y alteraciones de las condiciones urbanísticas del citado terreno, las cuales ya hablan sido establecidas con anterioridad por la autoridad competente del municipio, para el desarrollo del proyecto inmobiliario presentado por el contribuyente respecto de este bien raíz, denominado "Conjunto Armónico Bellavista". El referido documento, en su numeral 5.1 "USOS DE SUELO", señala: "*Zona o subzona en que se emplaza el terreno: U-El: Barrio Bellavista Z-S4 Inmueble conservación histórica Nº 8 Iglesia Liceo Alemán, Bellavista N° 37. Zona o subzona edificación en que se emplaza el terreno E-A1 Franja Av. Recoleta Sur. r S4 Inmueble conservación histórica Nº 8 Iglesia Liceo Alemán, Bellavista Nº 37.*"

Es así, que este documento en forma inexplicable e ilegitima y sin que existieran nuevos antecedentes o variaciones al Plano Regulador Comunal, procedió a variar sustancialmente el uso del suelo asignado anteriormente por el mismo municipio al terreno "Conjunto Armónico Bellavista". Dicho certificado de informaciones previas que es el resultado de un informe técnico elaborado por el DOM de la Municipalidad de Recoleta también fue declarado espurio en este caso por la Contraloría General de la República. Así se desprende del **Dictamen N° 2430 de enero del año 2015**.

El señor alcalde sabiendo o debiendo saber no permitió el retiro del catastro municipal del Certificado de Informaciones Previas Nº 693 ya

comentado, sin perjuicio que se encuentra ordenado en dicho dictamen en que se pronuncia la Contraloría General de la República a propósito de consultas por vía de sendas presentaciones elevadas por la empresa Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., y finalmente, este órgano contralor ha determinado en **Dictamen N° 2430 de fecha 12.01.2015**, respecto del Certificado de Informaciones Previas N" 693 del año 2014 y que se basa en el informe del Director de Obras Municipales don Alfredo Parra Silva lo siguiente:

> *"Se han dirigido a esta Contraloría General los señores Francisco Walker Prieto y Gonzalo Rodríguez Correa, en representación, según exponen, de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S. A., reclamando en contra de la Municipalidad de Recoleta por babor emitido, a petición de su Director de Obras Municipales (DOM), el Certificado de Informaciones Previas (C112) N°693, de 2014 correspondiente a un inmueble de propiedad de su representada en esa comuna, pues, sin haber mediado una modificación al respectivo Plan Regulador Comunal (PRC). altera las normas urbanísticas consignadas en el CIP N° 283, de fecha 3 de abril de 2005, y el CIP N° 3.118, del 8 de noviembre de 2006, al tenor de los cuales posteriormente se aprobó el anteproyecto y los permisos de edificación del proyecto "Conjunto Armónico Bellavista.1 los que se han incorporado al patrimonio de su mandarle.*
>
> *Recabado su parecer, la Subsecretaria de Vivienda y Urbanismo señala, en resumen. que los certificados de informaciones previas se rigen por el articulo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), sancionada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 458. de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que el artículo 1.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), aprobada por el decreto IV 47, de 1992. de la referida Cadera Ministerial, establece preceptiva aplicable a la resolución de las solicitudes que ingresan a las unidades de obras municipales.*

Por su parte la Secretaria Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo (SEREMI) también a petición de esta Sede de Control, manifiesta, en síntesis. que en el evento de ser efectivo que el mencionado CIP N° 693 se requirió por el DOM, funcionario que le compete otorgarlo, ello resulta procedente.

Igualmente, a instancias de esta Entidad de Fiscalización, la individualizada municipalidad, indica que el motivo de la reclamación del recurrente es que se emita un pronunciamiento sobre materias que son objeto del proceso judicial a gin-) alude; que el certificado no fue requerido por el DOM. sino por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y que estos instrumentos no otorgan derechos adquiridos a los particulares, siendo su naturaleza únicamente de carácter comunicativo.

Sobre el particular resulta menester anotar en poner término, que el artículo 116, inciso séptimo de la LGUC, dispone que "La Dirección de Obras Municipales, a petición de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo". Añade, que "El certificado mantendrá su validez mientras no se modifiquen las normas de urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes".

En seguida, es dable considerar que. según prescribe, en lo que interesa, el artículo 1.4.4. de la OGUC, dicho certificado identificará la zona o subzona en consignadas en el CIP N° 283, de fecha 3 de abril de 2005, y el CIP N° 3.118, del 8 de noviembre de 2006, al tenor de los cuales posteriormente se aprobó el anteproyecto y los permisos de edificación del proyecto "Conjunto Armónico Bellavista.1 los que se han incorporado al patrimonio de su mandarle.

Recabado su parecer, la Subsecretaria de Vivienda y Urbanismo señala, en resumen. que los certificados de informaciones previas se rigen por el articulo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), sancionada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 458. de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que el artículo 1.1.3 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), aprobada por el decreto IV 47, de 1992. de la referida Cadera Ministerial, establece preceptiva aplicable a la resolución de las solicitudes que ingresan a las unidades de obras municipales.

Por su parte la Secretaria Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo (SEREMI) también a petición de esta Sede de Control, manifiesta, en síntesis, que en el evento de ser efectivo que el mencionado CIP N° 693 se requirió por el DOM, funcionario que le compete otorgarlo, ello NO resulta procedente.

Igualmente, a instancias de esta Entidad de Fiscalización, la individualizada municipalidad, indica que el motivo de la reclamación del recurrente es que se emita un pronunciamiento sobre materias que son objeto del proceso judicial alude que el certificado no fue requerido por el DOM sino por el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), y que estos instrumentos no otorgan derechos adquiridos a los particulares, siendo su naturaleza únicamente de carácter comunicativo.

Sobre el particular resulta menester anotar en primer término, que el artículo 116, inciso séptimo. de la LGUC, dispone que "La Dirección de Obras Municipales, a petición de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo". Añade, que "El certificado mantendrá su validez mientras no se

modifiquen las normas de urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes".

En seguida, es dable considerar que según prescribe, en lo que interesa, el artículo 1.4.4 de la OGUC, dicho certificado identificará la zona o subzona en Bellavista", para acreditar la aseveración que formula en su Memorándum N° 1400/56 de 2014, respecto de las normas urbanísticas aplicables a ese proyecto.

Acorde con lo expuesto precedentemente y en armonía con lo expresado al efecto por la SEREMI, cumple con manifestar que ***la mencionada actuación no se ajustó a derecho****, debiendo, por ende, esa municipalidad arbitrar las medidas tendientes a regularizar tal situación, informando a este Organismo de Fiscalización,* ***dentro del plazo de 30 días*** *contados desde la recepción de este pronunciamiento.*

Asimismo, procede que, a la brevedad instruya un sumario administrativo para determinar y hacer efectivas las eventuales responsabilidades administrativas de los funcionarios involucrados en la (flotación del CIP.

Transcríbase a la Subsecretaria de Vivienda y Urbanismo, a la Secretaria Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo, a la Unidad cíe Seguimiento de la División de Infraestructura y Regulación, a la Unidad de Sumarios de la Fiscalía, ambas de esta Sede de Control y al peticionario.

RAMIRO MENDOZA ZUÑIGA
CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA"

d) Orden de Demolición

Con fecha **24 de junio de 2014**, el señor alcalde de la Municipalidad de Recoleta don Daniel Jadue Jadue, procedió a dictar el **Decreto Exento N° 2388**,

complementado por el **Decreto Exento N° 2540 de fecha 1° de Julio de 2014** ordenando la demolición de las obras que indicaba el decreto, todas correspondientes al "Conjunto Armónico Bellavista" de propiedad de la sociedad "Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.". Esto ocurría, estando pendiente la recepción definitiva de las obras y el plazo otorgado por el DOM en el Ordinario N° 1820 con fecha **17 de junio de 2014**, habiendo transcurrido más de un año desde el envío del oficio dirigido al Consejo de Defensa del Estado.

En este mismo contexto, el Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Recoleta, mediante **Ordinario N° 1820/557/2014**, dirige un Oficio a la empresa gestora y propietaria de las obras del proyecto inmobiliario, otorgándonos un **plazo de 60 días hábiles** "**para subsanar las observaciones pendientes**". Sin embargo, paradójicamente también ordenó dentro de este mismo plazo, la demolición de las obras.

La ilegitimidad de todo este proceder fue establecida posteriormente por la **Excelentísima Corte Suprema**, mediante sentencia de fecha 09 de mayo de 2017 al conocer y fallar la Sala Constitucional el Recurso de Casación en el Fondo **Rol N° 24.784-2016**, respecto del proceso Rol N° C- 12967-2014 del 22° Juzgado Civil de Santiago, y Recurso de Apelación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones, causa Rol N° 5250- 2015.

Conforme con lo resuelto por la Excma. Corte Suprema y declarado expresamente por el Alcalde Sr. Jadue en el Oficio dirigido al Consejo de Defensa del Estado, la actuación de esta autoridad en el ejercicio de sus funciones, contraviene específicamente el **principio de probidad administrativa**, conforme lo establece el artículo 62 N° 6 inciso segundo de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que ordena a las autoridades abstenerse de participar en asuntos en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

Esta prohibición legal fue abiertamente trasgredida por el alcalde Daniel Jadue. Incluso fue más lejos, fue fraguando distintos escenarios con la clara intención de perjudicar a la empresa "Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.", acción dolosa que resulta evidente, al no existir ninguna justificación legal para este accionar, solo su pertinaz voluntad contraria a un proyecto inmobiliario

concebido y desarrollado conforme a la normativa legal correspondiente. Esta conducta, se agrava más aún, por cuanto, en su afán la señalada autoridad emplea indebidamente gran cantidad de recursos fiscales, de siempre escasos, con un fin inexplicable y actuando a sabiendas de que se encontraba y encuentra inhabilitado para ello.

e) Intervención Indebida

Por si fuera poco, el alcalde Jadue vuelve a intervenir debiendo abstenerse con ocasión **de la vigencia de la causa civil iniciada** en fecha 23 de Agosto del año 2011 que ya señalamos en el numeral 1 (Respecto de la cual el Alcalde manifestó en su oficio 1400/18, que no intervendría por tener simpatía con los demandantes entre otras cosas), en que la Organización no Gubernamental Ciudad Viva a y la Junta de Vecinos N° 35, interponen demanda de nulidad de Derecho Público ante el 20° juzgado civil de Santiago causa civil Rol. C- 21478-2011 caratulados "Ciudad Viva / Municipalidad de Recoleta" en la que solicitan nulidad de Derecho Público del permiso de edificación N° 252 del 12 de octubre del año 2007 y que dio origen al oficio N° 1400/18, ya tantas veces mencionado.

Así las cosas, luego de que este fallo (del 20° Juzgado Civil de Santiago) fuera apelado ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago por "Ciudad Viva y otro", Rol Ingreso Corte N° 11681-2015, el Alcalde de Recoleta esperó prácticamente dos años antes de actuar en el juicio del 20° Juzgado Civil de Santiago, solo lo hace, luego de que al parecer de intuir que la Excelentísima Corte Suprema declararía ilegal el Decreto de Demolición N° 2388 de 24 junio 2014 y su complemento Decreto Exento N° 2540 de 1 de Julio de 2014. Efectivamente, finalmente esto ocurrió el 9 de mayo del presente año 2017, en que **la Excelentísima Corte Suprema** conociendo del Recurso de Casación en el Fondo, Rol Ingreso Corte Suprema N° 25.784-2016, **declaró ilegal el acto administrativo firmado por el alcalde Jadue**.

En este contexto, previo a la sentencia del Excma. Corte Suprema, el señor alcalde Jadue ya había enviado el oficiado 1400/100 con fecha 2 de diciembre de 2016, al Presidente del Consejo de Defensa del Estado, don JUAN IGNACIO PIÑA, solicitándole en el mismo que el Consejo se "allane" a nombre del municipio a la referida demanda, y que conjuntamente con ello no se afecte a terceros de buena fe.

La presente solicitud requiere que sea realizada en el más breve plazo, dado el estado procesal de la causa, todo ello, en virtud de los nuevos antecedentes." Por otra parte, no deja de llamar la atención la conclusión a la que llega el don Daniel Jadue en el referido Oficio N° 1400/100, la cual reza textual *"En razón de los antecedentes antes expuestos, que demuestran fehacientemente la ilegalidad del proyecto "Conjunto Armónico Bellavista", aprobado mediante el permiso de edificación N° 252 de fecha 12 de octubre de 2007, del cual se solicita la nulidad en la presente causa, solicito a usted acceder a lo solicitado".*

La respuesta del Consejo de Defensa del Estado, fue categórica y consta en su cuadragésima sexta sesión ordinaria del 28 de diciembre de 2016 de dicho Consejo, que plantea "no acceder a la solicitud de allanamiento de la demanda materia de la causa Ciudad Viva y Otro con Ilustre Municipalidad de Recoleta, Rol C- 21478-2011 del Vigésimo Tribunal Civil de Santiago formulada por oficio N° 1400/100, de 2 de diciembre pasado del Señor Alcalde de Recoleta, y cesar la intervención en ella presentando un escrito de renuncia al patrocinio de común acuerdo con dicha Municipalidad o, en su caso notificando debidamente tal renuncia."

Lo que finalmente ocurrió, fue que **el Consejo de Defensa del Estado presentó su renuncia de acciones a la defensa de la Municipalidad** en el señalado juicio, ante la Corte de Apelaciones.

Luego de lo resuelto y actuado por el Consejo de Defensa del Estado, quién decidió abandonar la defensa municipal **pero sin allanarse a las pretensiones de los demandantes**, es el alcalde Sr. Jadue quién **por iniciativa propia** solicita al Concejo Municipal de Recoleta, allanarse a la demanda interpuesta por la Organización no Gubernamental Ciudad Viva y la "Junta de Vecinos N° 35 Bellavista", haciendo uso de la facultad de allanarse que le asiste al demandado, conforme lo dispone el artículo 313 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, norma que regula la institución jurídica del allanamiento del demandado, condición jurídica que si tenía el municipio de Recoleta en dicho proceso.

El citado artículo establece que: "***si el demandado*** *acopla llanamente las peticiones del demandante, o si en sus escritos no contradice en materia*

substancial y pertinente los trechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandara citar u las partes para oír sentencia definitiva, una vez evacuado el traslado de la réplica".

Los fundamentos del Alcalde para su planteamiento, solicitud al Consejo y procedencia de este actuar, se resumen en su reconocimiento de la calidad de demanda del municipio que representa, y reconocimiento -sin fundamentos legales-, constituyendo en dichas condiciones desde ya una arbitrariedad, al señalar que: "*instaurada en contra de la Ilustre Municipalidad de Recoleta ante el 200 Juzgado Civil de Santiago, en fecha 23 de agosto de 2011, por la organización no gubernamental "Ciudad Viva" y la junta de Vecinos N° 35, del Sector Bellavista Recoleta, caratulada "CIUDAD VIVA II. MUNICIPALIDAD DE RECOLETA", Rol C- 21478-2011, en la que solicitan la nulidad de derecho público del permiso de edificación N° 252 de fecha 12 de octubre de 2007".*

En estas condiciones, este planteamiento de allanarse, el señor alcalde finalmente lo llevó al Concejo Municipal con fecha 23 de mayo de 2017, solicitando su aprobación, el que fue aprobado, según consta en el acuerdo del Concejo Municipal N° 52, acuerdo de allanamiento que se adoptó sin que dicho Consejo tuviera atribuciones legales suficientes para ello. Conforme con ello, nuevamente el señor Jadue en una clara desviación de poder y torcida administración, faltando claramente a la probidad a que se debe, interviniendo en forma arbitraria y directa para perjudicar patrimonialmente, entre otros derechos, a un contribuyente de su comuna, conculcando gravemente el principio constitucional de legalidad con que debe actuar el municipio de Recoleta por intermedio de sus autoridades y funcionarios, tomando partido en un negocio en que se encontraba claramente inhabilitado por su interés manifiesto y evidente falta de imparcialidad.

Que en este mismo orden de consideraciones, vale referirse a la sentencia dictada con fecha 18.05.2018 por el 1º Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol Nº 29.898-2017 caratulados “Herman con Ilustre Municipalidad de Recoleta”, que rechazó la demanda de nulidad de derecho público deducida por don Patricio Herman Pacheco en contra de la Ilustre Municipalidad de Recoleta y con la cual se pretendía que se declarara la nulidad de derecho público de los actos administrativos consistentes en: 1.- Permiso de Edificación Nº 252, de fecha 12 de octubre de 2007; 2.- Permiso de Edificación Nº 254/08, de fecha 21 de

octubre de 2008; 3.- Permiso de Edificación Nº 30/12, de fecha 02 de octubre de 2012; y en general cualquier otro acto administrativo que complemente o modifique los Permisos de Edificación antes indicado, y declarar que queden privados de todo efecto legal.

Respecto de esta demanda la Municipalidad de Recoleta, una vez más, en vez de defenderse, contestó allanándose respecto de lo pedido en la demanda. En este contexto, el Tribunal analizados los antecedentes resolvió rechazar la demanda, entre otras consideraciones por la falta de legitimidad activa del demandante señor Patricio Herman, además de los siguientes fundamentos:

a) **Que la Municipalidad de Recoleta actuó fuera de su competencia infringiendo los principios de juridicidad y legalidad**. Según lo resuelto en el fallo, "el actuar de la Municipalidad pugna con la conducta que debe tener y asumir los órganos que forman parte de la administración del Estado, cual es, actuar dentro de su competencia respetando los principios de juridicidad y legalidad que establecen la carta fundamental en sus artículos 6 y 7, correspondiéndole, en virtud de ello, defender a ultranza la legitimidad de sus actos", teniendo en consideración la teoría de los actos propios y en virtud de la cual, nadie puede ir en contra de su propio obrar, lo que debió hacer dicha parte era contestar la demanda y dejar que el juez decidiera la controversia, pues ello hubiese resultado más coherente con el actuar que se les pide y exige a los órganos que conforman la administración del Estado.

b) **"Que el objeto oculto pretendido en la demanda y aceptado por la Municipalidad era decretar la demolición de las obras del Conjunto Armónico Bellavista"**.

Rechazada que fuere la demanda, tanto el demandante como la demandada interpusieron sendos recursos de casación en la forma y apelación, respecto de los cuales, por medio de sentencia de fecha 03.09.2019 dictada por la Tercera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señores Carlos Gajardo Galdames, señor Freddy Cubillos Jofré y el señor José Luis López Reitze, en causa Ingreso Corte Nº 7047-2018, por medio de la cual finalmente se rechazaron los recursos de casación en la forma y apelación, la que dentro de otras consideraciones estableció:

a) Que no fue posible acreditar la existencia de vicios en los actos administrativos referidos por el demandante con motivo de los permisos de edificación mediante los cuales la Municipalidad de Recoleta autorizó la construcción de la obra Conjunto Armónico Bellavista.

b) Que la Municipalidad de Recoleta, en la causa mencionada con anterioridad (demanda de nulidad de derecho público interpuesta por Ciudad Viva y la Junta de Vecinos Nº 35 Bellavista), y representada en su oportunidad por el Consejo de Defensa del Estado, objetó la legitimación activa de los demandantes para accionar. **Es decir – razona la Corte – en idéntica situación, en esta causa prescinde de tan importante antecedente y acepta aquello que en el otro juicio niega. Esta conducta, señala la corte, a lo menos aparece como jurídicamente poco consistente**.

c) Finalmente, el fallo, en su considerando Séptimo, señala "Que de los antecedentes señalados resultan relevantes para pronunciarse sobre lo acontecido en este juicio, en particular para juzgar la conducta procesal seguida por la demandada, la que no resulta admisible cuando con pleno conocimiento de la existencia de un juicio pendiente, pretende eludir, o al menos, restar eficacia a la sentencia que allí se dicte por esta vía, lo que no se compadece con la entidad de la controversia.

En consecuencia, existen razones importantes que llevan a decidir más allá de lo actuado procesalmente por las partes, cautelando la respetabilidad y eficacia de la función jurisdiccional, que en este caso se logra mediante la confirmación del fallo en alzada".

Es decir, queda plasmado en forma explícita en la sentencia que – a juicio de la Corte de Apelaciones de Santiago – **el señor Daniel Jadue ha atentado contra la respetabilidad y eficacia de la función jurisdiccional del órgano jurisdiccional**.

Pues bien, dicha sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones fue impugnada increíblemente solo por la Municipalidad de Recoleta mediante recurso de casación en el fondo, siendo rechazado.

En el fallo, la Excelentísima Corte Suprema expone en su considerando

tercero, letra f), **el actuar torcido de la Municipalidad de Recoleta en cuanto al allanamiento de la demanda**:

"f) En cuanto al allanamiento de la demandada, quien reconoce que tales actos administrativos fueron dictados de manera irregular, cabe señalar que si bien no existe restricción a su respecto, lo cierto es que tal actuar pugna con la conducta que deben tener y asumir los órganos que forman parte de la Administración del Estado, cual es, actuar dentro de su competencia respetando los principios de juridicidad y legalidad que establecen la carta fundamental en sus artículos 6 y 7, correspondiéndole, en virtud de ello, defender a ultranza la legitimidad de sus actos".

Finalmente, concluye en su considerando vigésimo cuarto la inadmisibilidad del actuar de la Municipalidad de Recoleta, al señalar:

"Vigésimo cuarto: Que este Tribunal considera relevante señalar que, en la especie, la Municipalidad de Recoleta carece de agravio que le permita sostener el recurso en estudio. En efecto, los razonamientos expuestos en los fundamentos décimo y undécimo dejan de manifiesto que en la materia discutida en autos, vinculada a una regulación de orden urbanístico, **no cabe el allanamiento del órgano público como base suficiente para decretar la nulidad de derecho público, pues se está en presencia de derechos que no son disponibles únicamente para la autoridad estatal, en la medida que han generado derechos para terceros que no han sido emplazados en juicio**.

La trascendencia de aquello radica en que **la Municipalidad, más allá de su fallido allanamiento, no ha mutado su carácter de demandado cuestión que es desconocida en su recurso**. Así, lo relevante es que en estos autos el actor no dedujo recurso de casación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, es decir, se conformó. En consecuencia, **no resulta admisible que el demandado, ante una sentencia que rechaza la acción en todas sus partes, pretenda impugnarla sustituyendo la actividad de la parte demandante y, esgrimiendo vicios que, en última instancia sólo pueden afectar a aquél, cuestión que por sí sola permite desechar el arbitrio en estudio**, toda vez que, como se sabe, el agravio es un requisito esencial para sostener cualquier tipo de recurso procesal".

Que como queda plasmado en el fallo dictado por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso Corte Nº 7047-2018, resulta a lo

menos poco consistente y contradictoria la conducta de la demandada Municipalidad de Recoleta que, en idénticas situaciones, prescinde de tan importante antecedente como es, objetar la legitimidad activa de los demandantes, y acepta aquello que en el otro juicio niega. Lo anterior deja en evidencia de manera inequívoca y definitiva, la finalidad que siempre ha tenido la Municipalidad de Recoleta de no entregar la recepción definitiva de la Etapa II del proyecto "Conjunto Armónico Bellavista, valiéndose de innumerables actos interminables de carácter administrativo para no dar cumplimiento a resoluciones judiciales.

Finalmente señalar, que dicha conducta de la Municipalidad de recoleta se repite en el juicio iniciado por la Universidad de Chile y otros estamentos ante el 23º Juzgado Civil de Santiago, causa Rol Nº 11.491-2019 en donde demandan la declaración de ilegalidad y nulidad de derecho público de los permisos de edificación otorgados al proyecto "Conjunto Armónico Bellavista".

Es decir, la Municipalidad de Recoleta reitera un actuar torcido, tal como lo señaló nuestro Máximo Tribunal en los fallos ya citados, atentando una vez más en contra de la respetabilidad y eficacia de la función jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales.

f) Historial del Proyecto Inmobiliario Afectado

El año 2005 luego de diversos análisis y proyecciones, la sociedad "**DESARROLLO INMOBILIARIO BELLAVISTA S.A."** decidió llevar a efecto un proyecto inmobiliario en la zona ubicada en el Barrio Bellavista, comprendiendo la manzana de las calles Dardinac por el norte, Avenida Bellavista por el sur, calle Pio Nono por el oriente, y calle Ernesto Pinto Lagarrigue por el poniente. Este proyecto fue denominado corno "**CONJUNTO ARMONICO BELLAVISTA**".

Iniciada que fuera la tramitación correspondiente, con fecha 31 de marzo de 2005, la Ilustre Municipalidad de Recoleta, emitió el **Certificado de Línea e Informaciones Previas N° 277** en el cual consta que el terreno en referencia de propiedad de la sociedad, corresponde a una ZONA E-Al, señalando textualmente en el numeral 3 de dicho documento lo siguiente: "*Normas de Edificación Según Zona de Edificación se adjunta cuadro con la información relativa A: Agrupamiento, Constructibilidad, Ocupación de Suelo Altura Máxima, Superficie y Frente Predial Mínimo(para subdivisiones), Densidad Bruta (mínima*

y máxima), Antejardín, Rasante y Distanciamiento , Altura de Ciervos y Transparencias: ZONA E-Al."

Asimismo, con fecha 03 de abril de 2005, la autoridad competente del mismo municipio, el arquitecto don Claudio Casanova Mora, emitió a solicitud de su propietario interesado, el **Certificado de Línea e Informaciones Previas N° 283** respecto de que esta propiedad ya señalada precedentemente, se encontraba en una Zona E-Al.

De igual modo, con fecha 09 de junio de 2006, el Director de Obras Subrogante del municipio don Rodrigo Barros, emitió el **Ordinario N° 1810/131/2006**, dirigido a la Congregación del Verbo Divino, entonces propietaria del predio, señalando expresamente en el mismo que la zona de edificación en que se ubica el citado predio, es E-A1, conforme con el Plan Regulador Comunal de Recoleta que se encontraba vigente a esa fecha.

También con posterioridad, el 08 de noviembre de 2006. se emitió por el municipio el **Certificado de Línea e Informaciones Previas N° 3118**, estableciendo con ello las condiciones urbanísticas del terreno en referencia, conforme a lo dispuesto en el Plano Regulador de la Comuna de Recoleta, condiciones de edificación, las cuales incluso no han variado hasta la actualidad, determinando fehacientemente que nuestro terreno en su totalidad se encuentra en una Zona E-A1.

Conforme con estos antecedentes, con fecha 28 de noviembre de 2006, el municipio emitió el **Certificado de Aprobación de Anteproyecto de Edificación N° 10**, denominado "**Conjunto Armónico Bellavista**", para ser desarrollado en el señalado predio, indicando la normativa a la que fue acogido y documentación que se tuvo a la vista para su aprobación.

Respecto de este documento, don Francisco Baranda Pons en Memorándum Nº 79-2014, señala expresamente: "**no se observa ningún proceder errado en la aprobación del anteproyecto**". Cuestión que luego ratificó en investigación fiscal, declarando: "***concluí que no había un proceder errado en la aprobación del anteproyecto, porque estos tres documentos eran coincidentes en su rol de avalúo y en la normativa que se señalaba de zonificación de E41***".

Con fecha **17 de mayo de 2007**, **se solicitó el respectivo Permiso de Edificación**, todo ello al amparo del anteproyecto presentado y aprobado por la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Recoleta, cuyo fundamento y base había sido el Certificado de Informaciones Previas Nº 3118 de 08 de noviembre de 2006.

Continuando con la tramitación regular de todo proyecto, con fecha 12 de octubre de 2007, se otorga el **Permiso de Edificación N° 252** al proyecto denominado "Conjunto Armónico Bellavista", que incluye tres edificios de vivienda y un edificio de equipamiento educacional, comprendiendo una superficie total edificada de 88.499,84 metros cuadrados (incluidos subterráneos), permiso de edificación que se otorgó bajo la normativa urbanística vigente al año 2005. Con posterioridad, se solicitó una modificación al proyecto de edificación, para la agregación de un subterráneo adicional, la que fue aprobada por **Permiso de Edificación N° 254** de fecha 21 de octubre de 2008.

Con fecha 25 de Julio de 2010, la Dirección de Obras Municipales de Recoleta, emite el Certificado de Copropiedad Inmobiliaria para los Permisos de Edificación N' 252 de 2007 y N° 254 de 2008. Con fecha 05 de agosto de 2010, la Dirección de Obras Municipales de Recoleta, mediante Certificado N° 108 otorga la Recepción Parcial Definitiva de la Primera Etapa del Proyecto, que corresponde a una superficie de 35.877,45 metros cuadrados, destinados a vivienda y equipamiento. Con fecha 06 de enero de 2011, la Dirección de Obras Municipales de Recoleta, otorga la Recepción Parcial Definitiva de la Segunda Etapa del Proyecto, que corresponde principalmente al denominado Lote Nº 1, destinado a equipamiento educacional.

Con fecha 29 de febrero de 2012, se ingresa el Expediente Nº 518/12, en el cual se solicita la modificación del proyecto original. Con fecha 24 de abril de 2012, la Dirección de Obras Municipales de Recoleta, dicta la Resolución Nº 30112, que modifica el Proyecto de Edificación original. Con igual fecha se giró Orden de Ingreso Municipal y se pagaron por concepto de derechos la suma de $40.668.808.- correspondientes a la modificación aprobada.

Con posterioridad a esta situación y en razón de la investigación del Ministerio Público que afectó al Director de Obras Municipales de Recoleta don

Carlos Reyes Villalobos, el cual fue denunciado por corrupción el año 2012, el municipio obligó a la sociedad "Desarrollo Inmobiliaria Bellavista S.A." a reingresar la totalidad de los antecedentes ya aportados al Expediente Nº 518/12, asignándole el Nº 1780/12 de fecha 20 de julio de 2012.

El nuevo examen de los antecedentes y su aprobación por parte de la Dirección de Obras Municipales fue realizado por la arquitecto y perito judicial doña Liliana Vergara Flores, quien ejerció como Directora de Obras Municipales (S) en reemplazo del señor Reyes, realizando una exhaustiva revisión y análisis de todas las Carpetas de la DOM, según fue reconocido posteriormente en sentencia dictada por el Tribunal que conoció el asunto que afectó al señor Reyes.

Con fecha 16 de noviembre de 2012, mediante Resolución Nº 26, dictada esta vez por doña Liliana Vergara Flores, nuevamente la Dirección de Obras Municipales de Recoleta aprobó la modificación del proyecto original.

Con fecha 26 de diciembre de 2012. se ingresaron simultáneamente a la Dirección de Obras Municipales de Recoleta para la modificación de la copropiedad inmobiliaria el Expediente N° 3211/12, y la Solicitud N° 69 para Certificado de números.

Con fecha 14 de marzo de 2013, se ingresó la solicitud de Recepción Final de la Segunda Etapa del Proyecto.

Con fecha 17 de junio de 2014, esto es transcurrido más de un año, mediante Ordinario N° 1820/557/2014, el Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Recoleta, dirige un Oficio al contribuyente, otorgando un plazo de 60 días hábiles "para subsanar las observaciones pendientes".

En los días inmediatamente posteriores, con fecha 24 de Junio de 2014, el señor Alcalde de la Municipalidad de Recoleta don Daniel Jadue Jadue, procedió a dictar el **Decreto Exento Nº 2388 y su complemento Decreto Exento Nº 2540, ordenando la demolición de las obras que indicaba el decreto, todas correspondientes al "Conjunto Armónico Bellavista" de propiedad de Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.**, todo ello estando pendiente la recepción definitiva de las obras y el plazo otorgado por el DOM en el Ordinario Nº 1820.

Por otra parte, el Memorando Nº 79-2014 de fecha 13 de Agosto de 2014, emanado del arquitecto don Francisco Baranda Pons, Jefe del Departamento de Desarrollo Urbano e Infraestructura de la SEREMI MINVU METROPOLITANA con ocasión de la presentación del contribuyente ante dicha autoridad para la aclaración del uso del suelo de la propiedad del contribuyente, señala que el predio en cuestión es un solo terreno y dicha condición es previa a la entrada en vigencia del Plan Regulador Local (Municipalidad de Recoleta), por lo tanto el terreno en cuestión se emplaza en la ZONA UE1 referida al uso de suelo y en ZONA EA1 referida a las condiciones de edificación, tal como lo dispone el Plano Regulador Comunal de Recoleta.

g) Condición Legal del Terreno

La situación legal del **predio constituye un solo terreno**, se encuentra amparada por la respectiva **inscripción de dicha propiedad como un todo** en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, inscripción que señala que se trata de un solo y único inmueble, comprendiendo este inmueble la manzana ubicada entre las calles Dardignac por el Norte; Avenida Bellavista por el Sur; calle Pio Nono por el Oriente; y, calle Ernesto Pinto Lagarrigue por el Poniente.

De esta forma, de conformidad con la situación legal del terreno como un solo y único inmueble, toda la documentación anteriormente referida, establecida en actos administrativos de la Municipalidad de Recoleta, dan cuenta que el Anteproyecto "Conjunto Armónico Bellavista", desarrollado y aprobado en el predio del contribuyente, en su totalidad se encuentra emplazado en una ZONA EAl. Esto es, todos los Certificados de Informaciones Previas, Memorandos de la Municipalidad de Recoleta. Certificado de Aprobación del Anteproyecto, Permisos de Edificación Nº 252 y Nº 254 extendidos por la misma Dirección de Obras Municipales de Recoleta. Todos actos administrativos plenamente válidos, los cuales no han sido objetados ni declarados nulos, por lo que conforme con lo dispuesto en la Ley Nº 19.880 gozan plenamente de la presunción de legalidad.

h) Proceder Ilegitimo y Arbitrario

Sin embargo, como lo señalamos al inicio de este libelo, en forma ilegítima y arbitraria, pues no existen nuevos antecedentes ni variaciones del Plan Regulador Comunal, el señor Alfredo Parra Silva procedió previo informe técnico a emitir un nuevo Certificado de Informaciones Previas, contrariando

absolutamente lo determinado y establecido en toda la documentación administrativa municipal que generó el Proyecto inmobiliario, resoluciones primitivas que por lo demás fueron todas emitidas con estricto apego a lo establecido en el Plano Regulador de la comuna, por lo cual este nuevo Certificado de Informaciones Previas, pasó a llevar todo el procedimiento de aprobación ya realizado con anterioridad, sin que existiera una razón jurídica legítima para hacer esta variación sustancial del uso del terreno en cuanto a la calificación de la zona de edificación, tratándose en consecuencia de un acto absolutamente ilegal y arbitrario del Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Recoleta don Alfredo Parra Silva, quien ejerciendo su cargo y a instancias del Alcalde Jadue actuó contrariando toda la normativa legal y municipal que se encuentra obligado a respetar, conforme lo exige el Articulo 6º de nuestra Carta Fundamental, denominado también Principio de Vinculación Directa.

En efecto, por cuanto su proceder ilícito radica en que el funcionario municipal, ejerciendo su cargo, da cuenta en un Certificado de Informaciones Previas, de una situación jurídica de un predio referida a Uso del suelo, respecto de la zona en que el mismo se encuentra comprendido en el Plano Regulador Comunal, de una forma distinta de la verdad establecida en el mismo Plano Regulador y en toda la documentación que comprende el proceso administrativo referido al Proyecto del terreno denominado "Conjunto Armónico Bellavista", tramitado en el mismo municipio, desconociendo e ignorando con ello, todos los antecedentes o historial que debe tener en consideración para la emisión del señalado certificado.

Por lo demás, esta situación de invariabilidad de las condiciones del predio ya establecidas en el procedimiento administrativo no es un asunto desconocido de la autoridad municipal, puesto que el Artículo 116 inciso séptimo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, establece: "*La Dirección de Obras Municipales, a petición de cualquier interesado, emitirá un certificado de informaciones previas que contenga las condiciones aplicables al predio de que se trate, de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del instrumento de planificación territorial respectivo. El certificado mantendrá su validez mientras no se modifiquen las normas urbanísticas, legales o reglamentarias pertinentes.*"

Por su parte lo mismo prescribe el Artículo 1.4.4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, señalando que la emisión del Certificado de Informaciones Previas debe contener las condiciones aplicables al predio de que se trata "de acuerdo con las normas urbanísticas derivadas del Instrumento de Planificación Territorial respectivo." Agregando que "El Certificado mantendrá su validez y vigencia mientras no se publiquen en el Diario Oficial modificaciones a las normas urbanísticas (Instrumento de planificación territorial denominado Plan Regulador Comunal), legales o reglamentarias pertinentes, que afecten la zona en que esté emplazado el predio".

Igualmente, el Certificado de Informaciones Previas debe estar fechado y numerado correlativamente, indicando el número de rol de la propiedad que lo identifica para todos los efectos, quedando el original en poder del interesado y una copia archivada en la Dirección de Obras Municipales.

Este Certificado identificará la zona o subzona en que se emplace el predio y las normas que lo afectan, de acuerdo a lo señalado en el instrumento de Planificación Territorial respectivo, indicando además otros antecedentes complementarios, como el número municipal asignado al predio, línea oficial, línea de edificación, declaración de utilidad pública, usos de suelo, coeficiente de constructibilidad, coeficiente de ocupación de suelo, zonas o construcciones de conservación histórica, zonas típicas, monumentos nacionales etc., entre otras. Todo lo anterior es la base y maquillaje necesario junto con la consulta al SEREMI Metropolitano de Vivienda y Urbanismo Aldo Ramaciotti Fracchia para que luego el alcalde Jadue dicte el Decreto de demolición tantas veces indicado y peor aún luego de fracasado su intento de demoler, accede por otra vía con la finalidad de crear mas perjuicios al Municipio de Recoleta y al contribuyente intentando allanarse a una sentencia definitiva de primera instancia apelada por el demandante ONG Ciudad Viva y otros ante la Corte de Apelaciones ingreso corte N°11.681-2015, en que el municipio va ganando, constituyéndose en un claro fraude procesal ya que el alcalde intenta allanarse a la pretensión de quién no tiene legitimación activa para demandar y donde el mismo se encuentra inhabilitado para actuar.

III. EL DERECHO: NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El Artículo 240 del Código Penal, señala: “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo. Será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa de diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado el negocio”.

Por su parte el Artículo 240 Bis del Código Penal, señala: "las penas establecidas en el artículo anterior precedente serán también aplicadas al empleado público que interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciera influencia en él para obtener una decisión favorable a sus intereses", o para dar interés a cualquiera de las personas señaladas en el artículo 240.

a) Prevaricación Administrativa

El Articulo 228 del Código Penal, señala: "El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales."

b) Agravantes

Art. 12 Nº 7 del Código Penal: "Cometer el delito con abuso de confianza."

Art 12 Nº 8 del Código Penal: "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable".

Art 12 Nº 9 del Código Penal "Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho”.

c) Negociación Incompatible y Tráfico de Influencias

Con el accionar descrito en este libelo se tipifica la figura penal de Negociación Incompatible, o el de Negociación incompatible mediante Trafico de Influencias, planteado subsidiariamente, descritos en las normas precedentemente citadas, puesto que evidentemente existe en el actuar señalado con anterioridad, un accionar absolutamente ilícito, por parte del

Alcalde legalmente elegido para el cargo; quien en su accionar ilegitimo dictó decretos de demolición que posteriormente fueron declarados ilegales por nuestro máximo tribunal; solicitó y se aprobó allanarse en causas civiles sin contar con la atribución legal para ello, en un acto de manifiesto interés; solicitó intervención del Seremi Metropolitano de Vivienda y Urbanismo e influenció y dirigió como arquitecto urbanista al DOM de Recoleta para que dictase un Certificado de Informaciones previas espurio, todas actuaciones en que no debió intervenir por encontrarse inhabilitado al manifestar expresamente su interés en el asunto.

Igualmente, ocurre con la ilegalidad del actuar de los funcionario municipales designados para la emisión de los distintos documentos, como ocurre con el Director de Obras, quien claramente faltando a la verdad y probidad de su función, no consignó en forma veraz los antecedentes que debe contener el referido Certificado de Informaciones Previas que emitió, especialmente los referidos a la zona de edificación determinada como EA1 , sesgando la información y alterándola a su amaño, mediante una calificación de zona infundada y contraria a derecho, dividiendo un predio en dos zonas distintas, sin que ello pudiera realizarse, por cuanto se trata jurídicamente de un predio único y total, que no puede dividirse para estos efectos, aun cuando tenga roles distintos, permitiendo en definitiva con ello o dando origen a una serie de actos posteriores de la máxima autoridad edilicia, contrarios a derecho, que conculcan el derecho de propiedad y afectan gravemente el patrimonio municipal y el de terceros afectados por dicha medida .

El artículo 12 del D.F.L. Nº 2/19.602, que fijó el texto refundido de la Ley N" 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala las diferentes denominaciones de las resoluciones que éstas adopten: ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios e instrucciones.

Pero además de estos instrumentos existen otros innumerables documentos, que se desplazan en su interior como ocurre con solicitudes de particulares, oficios que se reciben y se responden, aquellos que emanan de la Secretaría Comunal de Planificación y Coordinación, Tesorería, memorándums, todos aquellos que suponen y dan cuenta del cumplimiento de las funciones que a la Corporación encomienda el artículo 5° de la misma ley; o que emanan de sus diferentes reparticiones o unidades, tales como la encargada del

Desarrollo Comunitario, de Obras Municipales, entre otras. Es decir, un universo documental que refleja la marcha y funcionamiento regular y ordinario de la Municipalidad en la satisfacción de las necesidades vecinales que le ha encomendado la ley.

Los documentos internos que circulan en la Municipalidad y que se encuentran destinados al cumplimiento de sus fines son documentos oficiales como ocurre con aquellos de la administración del Estado o de los Servicios Públicos en su sentido lato. Pueden ser auténticos o presumirse su genuinidad. Asimismo, los documentos oficiales auténticos son aquellos que expiden, circulan o firman los funcionarios o empleados -en el amplio sentido del término-, en el ejercicio de sus funciones propias, dentro de su competencia y facultados por ley; o bien, que se encuentran incorporados al sistema administrativo regular propio de la función del Estado en alguna de las entidades a que hicimos mención en un inicio, aunque originariamente hubiesen emanado de un particular. Lo importante es que el Servicio u órgano respectivo lo haya hecho propio, vinculándolo a su función administrativa y que respecto de él —o del expediente que contribuyó a formar parte- haya de darse una decisión administrativa o certificarse un hecho por persona encargada competente que pueda afectar intereses particulares o colectivos.

No obstante, la jurisdicción territorial localizada y acotada en términos tan singulares de la administración comunal, permite otorgar características cualificadas de oficiales a los instrumentos y documentos que circulan en su interior en la medida en que su significación jurídica pueda afectar a terceras personas como consecuencia del reconocimiento de derechos o de extinción de estos a los que se refiera su contenido.

Es preciso señalar, que el artículo 260 del Código Penal estima al funcionario municipal como funcionario público, sólo para los efectos del Título V y del Párrafo VI del mismo Código, que implica que, a su respecto, el Alcalde y funcionario municipal, aun abusando de su oficio, no pueden incurrir, en su calidad de funcionarios públicos, en conductas de negociación incompatible o negociación incompatible mediante tráfico de influencia, por encontrarse estos delitos considerado en el Párrafo VI, pero del Título V, del Libro II del aludido Código.

Esencial resulta lo señalado por la Doctrina sobre la Negociación Incompatible en cuanto al bien jurídico protegido que efectivamente es la transparencia en la celebración de contratos y otras actividades de la administración, es decir se resguarda el correcto ejercicio de la función pública y además en particular, los principios de trasparencia e imparcialidad con que deben actuar los funcionarios públicos en el proceso de la toma de decisiones en el desempeño de sus funciones.

Asimismo, y en relación al tipo penal no se requiere en ningún caso una ganancia económica, sino que basta la injerencia en el actuar en que se involucra, sea este un contrato o cualquier otra operación.

En la negociación incompatible, estamos ante un tipo penal de comisión, y respecto a la conducta que debe adoptar el agente, se ha señalado que no basta con ser parcial, es menester que se intervenga como parte: porque si el actuar del agente se limita a ser parcial pero no interviene como parte, cometerá solo una falta administrativa u otro delito, no el de negociación incompatible. En el caso de esta querella nos parece meridianamente claro que los autores han actuado como parte, además interesadamente no debiendo hacerlo por tener simpatía, actuando con absoluta falta de imparcialidad y afectar gravemente la transparencia y probidad.

d) Prevaricación Administrativa

Este delito comprende las infracciones a las atribuciones que se le otorgan a ciertos empleados públicos para resolver determinados conflictos o adoptar decisiones frente a solicitudes de particulares, donde la ley castiga tanto la dictación dolosa como la negligente de providencias manifiestamente injustas.

Los hechos descritos anteriormente y la normativa legal vigente permiten establecer que reunidos estos antecedentes y cotejados con los antecedentes pertinentes, se ha cometido el delito de negociación incompatible, o negociación incompatible mediante tráfico de influencia en forma subsidiaria, al reunirse los elementos del tipo de dichas figuras penales; acción penal que debe ser perseguida y castigada.

IV. INVESTIGACIÓN CAUSA RIT 4011-2017 SEGUIDA ANTE EL 3º JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

Como ya se señaló, dicha causa se inició por querella interpuesta con fecha 15 de junio de 2017 por mi representado don Salvador Mauricio Smok Allemandi, cédula nacional de identidad Nº 6.003.965-8, Concejal de la comuna de Recoleta, con domicilio en Avenida Recoleta Nº 2774, Piso 6º de la comuna de Recoleta; por los delitos de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, ilícito previsto en el artículo 240 del Código Penal, o **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE MEDIANTE TRAFICO DE INFLUENCIA** en carácter subsidiaria, previsto en el artículo 240 BIS del Código Penal y otros que aparezcan y se configuren durante la investigación correspondiente en contra de quien o quienes en definitiva resulten responsables durante el curso de la investigación del o los delitos señalados, sea que tengan participación en calidad de autores, coautores, cómplices o encubridores en su caso.

El 28 de junio del 2017, se tuvo por presentada la querella, y se ordenó remitir antecedentes al Ministerio Público.

El 27 de noviembre de 2017 interponen querella los Sres. Francisco Walker Prieto, cédula nacional de identidad N° 8.209.621-3 y Gonzalo Rodríguez Correa, cédula nacional de identidad N° 8.965.205-7, ambos actuando en representación de la Sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A., todos domiciliados en Alonso de Córdova N° 2860 de la comuna de Vitacura; por los delitos de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE**, ilícito previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal y subsidiariamente, por el delito de **NEGOCIACION INCOMPATIBLE MEDIANTE TRAFICO DE INFLUENCIA**, ilícito previsto y sancionado en el artículo 240 bis del Código Penal, por el delito de **PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA**, ilícito previsto y sancionado en el Artículo 228 del Código Penal, y otros que aparezcan y se configuren durante la investigación fiscal correspondiente en contra de quien o quienes en definitiva resulten en responsables durante el curso de la investigación.

El 20 de diciembre del 2017, se declaró admisible la querella, remitiendo antecedentes y notificando al Ministerio Público.

Es decir, de conformidad a lo previsto en los Arts. 19 Nº 3 y 83 inciso

segundo de la Constitución Política de la República, con relación a los Arts. 53 y 111 del Código Procesal Penal, la víctima ejerció la acción penal pública, y el tribunal, previo a haber conocido de los hechos, estimó que revestían caracteres de delito y estaban individualizados sus responsables, así como las circunstancias de la comisión, por lo que ordenó iniciar un procedimiento de persecución penal, ordenó investigar de conformidad a los arts. 172 en relación con el 166 del mismo Código adjetivo del ramo.

Así, mandó a que el Ministerio Público iniciara un procedimiento, de conformidad a los Arts. 6, 77, 180, 181, 247 y demás aplicables del citado cuerpo procesal.

El Ministerio Público en ejercicio de su potestad de persecución y deber de sustentar la acción penal pública **en la forma prevista por la ley**; mediante una investigación racional y justa, ordenó practicar **todas** las diligencias que fueren conducentes a su éxito y **al esclarecimiento de los hechos,** con estricta sujeción al principio de objetividad, para que el tribunal competente pueda conocer del asunto; debiendo proceder a la realización de todas las diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación de los hechos que revisten caracteres de delito, lo que en la especie fue decidido por un tribunal de la república.

Lo anterior motivó, que en cumplimiento de sus deberes constitucionales y en la forma prevista en el art. 1 de la L.O.C del Ministerio Público se despachara con fecha 01 de agosto de 2017, por el fiscal adjunto, Jaime Antonio Retamal Herrera, una orden amplia de investigar a la BRIDEC Metropolitana de la Policía de Investigaciones.

a) Desconocimiento del contenido de la Investigación, su desarrollo y resultado: Infracción a la protección e información de la víctima y la justa y racional investigación

El 2017 se dio curso a una investigación, de la que esta parte querellante, desconoció su contenido, desarrollo y resultado, ya que, **<u>las copias de la carpeta investigativa sólo fueron remitidas, por el Ministerio Público, el 23 de noviembre del presente año</u>**, sin que sea posible un análisis de fondo, en atención a su extensión y al corto tiempo previo a la audiencia llevada a cabo el día 30 de noviembre de 2020, omitiendo de esta manera el cumplimiento de un

cúmulo de deberes, obligaciones legales y constitucionales.

Es claro que, las omisiones del ente persecutor atentan contra sus deberes constitucionales, orgánicos y funcionales, en particular, los de información y protección a la víctima, y de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, sin que pueda hacerla cesar sino por causa legal, una vez agotada.

Todas estas actuaciones y omisiones del Ministerio Público son contrarias al texto expreso del Art. 78 del Código adjetivo del ramo, que en lo pertinente mandata:

> "**Artículo 78.- Información y protección a las víctimas.** Será deber de los fiscales **durante todo el procedimiento** adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; **facilitar su intervención** en el mismo y **evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación** que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.
>
> Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:
>
> **a) Entregarle información** acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
>
> **d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa**.
>
> **Si la víctima hubiere designado abogado, el ministerio público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes**."

Además, estas actuaciones y omisiones del ente persecutor son contrarias

al Art. 6 del Código Procesal Penal, y Arts. 10° y 14 del Código Orgánico de Tribunales; en relación con el principio adjetivo de igualdad de armas, y los Arts. 8° y 25°, en armonía con los Arts. 1°, 2° y 14° de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo conforme con el texto de los Arts. 1°, 4°, 5° inciso segundo, 6°, 7°, 8°, 19 n°2, n°3, n°26°, 76° y 83° de la Constitución Política de la República; además de los Arts. 6, 10°, 22, 53°, 77, 78, 106°, 109°,111°, 159°, 160°, 166°, 169°, 186°, todos del Código Procesal Penal

Las omisiones del Ministerio Público, además de infringir el deber de protección e información, que asiste a mi representado, atenta contra el ejercicio pleno del Derecho Fundamental a la acción penal pública, conforme dispone el art. 83 inc. segundo de la Constitución Política de la República.

Es más, el tribunal de VS., y la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, han declarado que no pueden resolver sobre el asunto, ya que, no se han practicado todas las diligencias necesarias, y se **requiere conocer previamente el material probatorio**, imposibilidad de acceso a la prueba, que afecta igualmente a este litigante. Con las omisiones del Ministerio Público, y su comunicación de cierre, se vulnera el orden consecutivo legal, el deber de servicialidad del Estado, derecho a la prueba, al debido proceso y a una investigación racional y justa, a la tutela judicial efectiva, vulneración expresa de los arts. 1, 5, 6, 7,8 inc. 2°,19 N°2,3,26; 76, del texto constitucional.

El acto judicial del Ministerio Público, en cuanto comunicar el cierre de la investigación, incumplió, como se ha dicho, con el deber de protección, información, el pleno ejercicio de la acción penal publica por las víctimas y el derecho al debido proceso; es así, vicioso, y vulnera garantías y derechos fundamentales de mis representados.

Le corresponderá, al ente persecutor, la **adopción de medidas para proteger a las víctimas en todas las etapas del procedimiento y adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para protegerla de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.**

Con estas omisiones, se afectan las garantías de protección **y pleno**

ejercicio de la acción penal pública, que garantiza, la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Además, se imposibilita que esta parte pueda fundamentar debidamente el ejercicio de su derecho a solicitar la reapertura de la investigación; cerrada intempestivamente por el Ministerio Público, órgano que ha manifestado su intención comunicar la decisión de no perseverar, sin cumplir con todas las diligencias investigativas solicitadas.

En particular, al no conocer el contenido de la carpeta investigativa, este querellante no tiene certeza del estado de las actuaciones y diligencias investigativas solicitadas oportunamente.

En este contexto, a partir de que la querella fue admitida a tramitación, han debido practicarse todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación, y, al tomar conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal ha debido proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, ha debido impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

En cumplimiento de este mandato, el Ministerio Público ha debido consignar **todo cuanto condujere a la comprobación de los hechos y a la identificación de los partícipes en ellos.**

El Ministerio Público resulta obligado para con la víctima, específicamente a lo siguiente: 1) solicitar o adoptar medidas para proteger a las víctimas, 2) facilitar su intervención en el procedimiento y, 3) evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.

Todas estas obligaciones, en la especie no se cumplen, puesto que posterior a que haya solicitado audiencia para comunicar la decisión de no

perseverar, y *ad portas* de la misma, el Ministerio Público remite a esta parte copia de la carpeta investigativa, sin contar con un plazo razonable para preparar debidamente la defensa de los intereses de la querellante.

La vulneración del derecho a la información se refleja en la no entrega oportuna de copia de carpeta investigativa; consecuentemente, por esta omisión, se ha vulnerado el derecho a la protección de la víctima, a una investigación racional y justa; se conculca, además, el pleno ejercicio de la acción penal.

b) La Omisión del Ministerio Público constituye un vicio que amaga los Derechos Fundamentales de la Víctima - Querellante en la referida Investigación, Procedimiento o Proceso Penal

La omisión, del Ministerio Público, de no entregar copia de la carpeta investigativa, infringe el deber de protección de la víctima y obsta el ejercicio pleno de un plexo de Garantías Fundamentales, de las que es titular la víctima y querellante en el proceso; son actuaciones viciosas, que causan un perjuicio directo a uno de los intervinientes en el proceso penal, obstando el ejercicio pleno de sus derechos.

Luego, <u>todos los actos consecuentes</u>, como la comunicación del cierre de la investigación y la comunicación de la decisión de no perseverar, <u>son nulos</u> y su único remedio es declararlo así y ordenar que se cumpla el procedimiento establecido en la ley. Todo, conforme mandata el Art. 14 del Código Orgánico de Tribunales, corresponderá a los tribunales de garantía:

> "a) **Asegurar los derechos** del imputado **y demás intervinientes en el proceso penal**, de acuerdo a la ley procesal penal"

Es el Juzgado de Garantía quien tiene la obligación legal de asegurar los derechos de los intervinientes, lo que no se cumple en el caso concreto, ya que, puesta en conocimiento del tribunal esta situación se decidió postergar su resolución para la audiencia de decisión de no perseverar decretada.

c) Derechos y Garantías Fundamentales de Protección, Igualdad y Libertad reconocidos por el Código Procesal Penal, la Constitución Política de

la República y los Tratados Internacional ratificados por Chile y que se encuentran vigentes: Garantías Afectadas

Al solicitar el cierre de la investigación, sin que conste que se han practicado todas las diligencias probatorias, se transgreden principios básicos como el del orden consecutivo legal y la preclusión; esto amaga la racionalidad y justicia a la que está obligada cualquier actividad de un órgano del Estado.

d) Afectación de los Principios de Orden Consecutivo Legal y Preclusión

En audiencia del **2 de octubre del año en curso**, el Juez del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Pedro Advis Mondaca, resolvió rechazar la solicitud de sobreseimiento, planteada por la defensa, declaró expresamente, que él no conoce el material probatorio, y, que, **el estado actual en que se encuentra la investigación no se puede dictar de manera definitiva que los hechos no constituyen delito**:

> " … esta no es la sede para emitir una resolución sobre la base de las argumentaciones, yo no conozco el material probatorio, yo no puedo emitir una decisión definitiva sobre la base de escuchar lo que las partes aprecian o constituyen como material probatorio, **en consecuencia, entiendo que si bien se puede plantear en cualquier estado del procedimiento la discusión sobre el sobreseimiento, el estado actual en que se encuentra esta investigación no se puede dictar de manera definitiva, que establezca de carácter fehaciente que los hechos no son constitutivos de delito; por último, los alcances, la extensión jurídica que corresponde dar a las normas que se estimen por la parte querellante es algo que está vinculada por forma previa, las cuales son en concreto esos hechos. Todo esto termina en que rechace la petición de la defensa, porque no cuento con antecedentes como para tomar una decisión definitiva."**

Fallo que fuera apelado por la defensa, en causa Ingreso Corte 5167-2020 ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, **Tribunal de Alzada que el 2 de noviembre del año en curso, en definitiva, decide confirmar el fallo de**

primera instancia, y rechazó el recurso de apelación deducido, declarando expresamente en su fallo, que, **en el caso en concreto, no es dable que se hayan practicado todas las diligencias probatorias**, más aún, mandató que el asunto debía ser conocido por el juzgador de la instancia en base al principio de inmediación y de oralidad, fundantes del debido proceso:

> "En efecto, el sobreseimiento definitivo debe decretarse una vez concluida la investigación, **después de haberse practicado las diligencias que se consideraren necesarias para la averiguación del hecho punible y sus partícipes, escenario que no es dable de materializar atendido el estado del proceso**, no siendo por tanto atendible la dictación de un sobreseimiento definitivo fundado en el art culo 250 letra a) del Código Procesal Penal.
>
> 3º Que en consecuencia, en mérito de los antecedentes expuestos en la presente audiencia, existiendo controversia entre los intervinientes respecto a los presupuestos fácticos objeto de la investigación, estima esta Corte que los elementos de convicción **deben ser ponderados por el correspondiente juzgador en base al principio de inmediación y de oralidad fundantes del debido proceso**."

Así mandató el Tribunal de Alzada, practicar el examen del asunto, previo conocimiento del mismo por parte del Juzgador de primera instancia, quien debe ponderar los elementos de convicción.

Nos encontramos en la especie, con dos resoluciones que ordenan la práctica de diligencias investigativas, previo a discutir el cierre del asunto, debido a que aún no aún no se ha formado el convencimiento del juzgador respecto de la inexistencia de los delitos denunciados.

Pese a ello, y de forma intempestiva, **el 3 de noviembre del año en curso, esto es, <u>al día siguiente del fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago</u>, el Ministerio Público solicitó audiencia para comunicar la decisión**

de no perseverar.

Lo anterior, demuestra una clara infracción a la garantía del debido proceso, según se expondrá, ya que, pretende el ente persecutor comunicar la decisión de no perseverar en la investigación, pese a que el día anterior la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago había resuelto que no era posible que estuviera agotada la etapa investigativa, al siguiente tenor:

> "… el sobreseimiento definitivo debe decretarse una vez concluida la investigación, **después de haberse practicado las diligencias que se consideraren necesarias para la averiguación del hecho punible y sus partícipes, escenario que no es dable de materializar atendido el estado del proceso**"

En conclusión, el actuar del Ministerio Público en la causa, está dirigido a abandonar la investigación penal, pese a los expresos mandatos Constitucionales, legales, administrativos y más aún, pese a las expresas resoluciones de los sentenciadores, tanto del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, como los Sres. Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Finalmente, es del caso denunciar el ejercicio indebido de sus facultades legales por parte del Fiscal por cuanto en la audiencia de fecha 30 de noviembre de 2020, donde comunicó la decisión de no perseverar en la investigación hizo una valorización que no le corresponde, **arrogandose postestades propias de la función jurisdiccional** (tal como consta en el audio de la referida audiencia).

En efecto, la función jurisdiccional ejercida por el Fiscal es exclusiva de los jueces y tribunales, no correspondiendole al Ministerio Público ejercer funciones judiciales.

V. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD: NULIDAD DE ACTUACIONES VICIADAS COMO ÚNICO REMEDIO EFICAZ

El artículo 93 numeral 6 de la Constitución Política de la República establece la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal y otorga la competencia exclusiva para su conocimiento a este

Excelentísimo Tribunal.

Dicha norma, y los artículos 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, exigen como requisitos de admisibilidad que: a) El requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado; b) Que exista gestión judicial pendiente en tramitación; c) Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal; d) Que de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado ha de tener aplicación o resultará decisivo en la resolución del asunto, y e) Que tenga fundamento plausible.

a) Persona Legitimada

Mi representado, en su calidad de concejal del Municipio de Recoleta y en su rol de fiscalizador de las actividades y conductas del Jefe Comunal, esta legitimado, según consta en el punto 2 del certificado expedido por doña Patricia Alejandra Martínez Barra, Jefe de Unidad de Administración de Causas y Sala, del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 4011-2017, de ese mismo tribunal, que se acompaña en esta presentación.

Tienen legitimación para deducir la presente acción, al tenor de los artículos 6°, 12°, 108°, 109° y 111° del Código Procesal Penal. Igual legitimación le concede el artículo 79 de la L.O.C.T.C. Por mi parte, consta mi legitimación, para comparecer a su nombre, en patrocinio y poder otorgado conforme al protocolo de presentación de escritos de mandato o patrocinio y poder, dictado por V.S.E., con ocasión del brote de COVID 19, así como, en el mencionado certificado del Art. 79 de la LOCTC.

b) Que Exista Gestión Judicial Pendiente en Tramitación

La gestión judicial pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad es la investigación desformalizada, iniciada por querella ante el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el RIT 4011-2017; **cuya tramitación se encuentra pendiente**.

Los hechos son investigados por la Fiscalía de Alta Complejidad, de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, bajo el Rol Único de Causa (RUC) Nº 1710026198-7, investigación desformalizada, iniciada en virtud de querella presentada por mi representado con fecha 15 de junio de 2017 en contra de

quien o quienes en definitiva resulten responsables durante el curso de la investigación y por querella presentada el 27 de noviembre del 2017, por **los Sres. Francisco Walker Prieto y Gonzalo Rodríguez Correa, ambos actuando en representación de la Sociedad Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A.,** por los delitos de NEGOCIACION INCOMPATIBLE, ilícito previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal y subsidiariamente por el delito de NEGOCIACION INCOMPATIBLE MEDIANTE TRAFICO DE INFLUENCIA, ilícito previsto y sancionado en el artículo 240 bis del Código Penal, por el delito de PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA, ilícito previsto y sancionado en el Artículo 228 del Código Penal, y otros que aparezcan y se configuren durante la investigación fiscal correspondiente en contra de quien o quienes en definitiva resulten en responsables durante el curso de la investigación

c) Que se Promueva Respecto de un Precepto que Tenga Rango Legal

En la especie utilizamos la voz Precepto Legal, en sentido amplio, referida a los artículos 248 letra c), 259 inciso final; 261 letra a) y 370, Todos del Código Procesal Penal.

Como V.S.E. ha concluido, la expresión precepto legal es equivalente a la norma jurídica (de rango legal) la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley. (STC 944 c. 18) (En el mismo sentido, STC 1254 c. 11, STC 2917 c. 26)

Somos conscientes de lo resuelto por V.S.E., en cuanto a que, al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, esta Magistratura decide si su aplicación en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución -estimando la relación jurídico-procesal en que incide- y, por ende, su examen es particular, no se dirige a calificar la legitimidad constitucional del enunciado normativo en abstracto.

Concretamente, se impugna la constitucionalidad de la aplicación de los siguientes preceptos legales en la gestión judicial pendiente:

1.- Artículo 248 letra c), del Código Procesal Penal

> "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 fa 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".

No hay duda, de que los efectos procesales de la comunicación de la decisión de no perseverar del artículo 248 del Código Procesal Penal, llevan natural y lógicamente a la conclusión de que la formalización es un requisito previo para poder tener por comunicada tal decisión.

Se trata de la interpretación llana y sencilla de lo que se lee, pretender que la formalización no es un requisito previo para Comunicar o tener por comunicada la decisión de no perseverar significa necesariamente forzar el tenor literal de la disposición, vulnerando las normas básicas sobre hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil. El efecto de la comunicación de la decisión de no perseverar es dejar sin efecto la formalización de la investigación, por lo que no queda otra conclusión posible, desde el punto de vista racional, que entender que sin formalización no es posible comunicar la decisión de no perseverar.

Se pide su inaplicación, en el caso concreto, porque el Ministerio Público no sólo no ha formalizado, como lo exige el artículo 248 (uno de los efectos de la comunicación es dejar sin efecto la formalización) sino que ha hecho un ejercicio irracional de la facultad de no perseverar, al solicitar audiencia para comunicarla, un día después de haber fallado la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago que se debía continuar con la investigación, y el

juez de la instancia conocer del asunto conforme al debido proceso.

Más aún, es irracional habida cuenta que no ha agotado la investigación, no se ha cumplido con esta carga procesal vulnerando así, derechos constitucionales de los querellantes - víctimas, en la forma que se dirá.

La formalización es un presupuesto o carga procesal previa a la etapa intermedia, porque la intervención del juez supone ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Especialmente la legalidad, racionalidad y justicia de la investigación, y el resguardo de los derechos de los intervinientes en todo momento.

La arquitectura de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, tanto desde el punto de vista constitucional, procesal penal, cuanto administrativo es coherente en cuanto a que la potestad de la investigación exclusiva del Ministerio Público no es un derecho subjetivo o facultad renunciable de este, sino un mandato constitucional y legal en defensa del interés público, sin perjuicio del derecho de la víctima a la acción penal, a la igualdad ante la ley, a la justa y racional investigación, a la jurisdicción, al debido proceso y en definitiva a la tutela judicial efectiva.

Tan claro es el asunto que, de conformidad a texto expreso del artículo 247 CPP, la investigación puede declararse cerrada únicamente: "transcurrido el plazo de dos años **desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada**"

Por otra parte, se debe cumplir, en la especie, con la labor jurisdiccional, resumida por la I. Corte de Santiago[1], al confirmar la resolución que denegó el sobreseimiento definitivo, en los términos que:

> "3° Que, en consecuencia, en mérito de los antecedentes expuestos en la presente audiencia, existiendo controversia entre los intervinientes respecto a los presupuestos fácticos objeto de la investigación, estima esta Corte que **los elementos de convicción deben ser ponderados por el correspondiente juzgador en base al**

[1] Resolución de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago.

> **principio de inmediación y de oralidad fundantes del debido proceso.**"

Sin el análisis de fondo y el conocimiento de la prueba, sin que se comunique formalmente al tribunal por parte del Ministerio Público, que será aquello que se dejará de investigar, mediante una exposición motivada con razonamientos que cualquiera pueda entender y otorgando igualdad de armas a la querellante para el pleno ejercicio de la acción penal pública que la constitución y las leyes le reconocen; sin cumplir con todas estas menciones, no se puede cerrar la investigación.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de las garantías que le son propias.

No es posible ejercer la jurisdicción sin conocimiento de causa y en la especie, tratándose de una rama especializada, como lo es el derecho penal en el que rigen los principios de tipicidad, obligatoriedad y realismo, ante todo deben exponerse al tribunal los hechos, la clausura de su investigación y las razones por las que el órgano público pretende hacer cesar la investigación.

2.- Artículo 259 Inciso Final del Código Procesal Penal, que dispone:

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

La aplicación de esta norma al caso que nos convoca resulta inconstitucional, toda vez que, ampara desconocer el derecho de la víctima a reclamar la tutela jurisdiccional que le reconoce la Carta Magna. En STC 2324, en el considerando 13º, V.S. Excma. se refirió al principio de congruencia señalando que es:

> "(…) aquel elemento del debido proceso que obliga pues a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y personas materia de la acusación fiscal, asegurando de

> esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica". El objetivo de este principio es impedir que un imputado se enfrente a una sentencia que se base en argumentos o cargos que sólo viene a conocer precisamente a consecuencia de su dictación y en relación a los cuales no haya podido debatir o probar."

Por lo anterior, la exigencia de congruencia tiene como propósito evitar que los imputados sean eventualmente sancionados por cargos que no hayan podido debatir o probar. Se le exige al querellante, en virtud del llamado principio de congruencia consagrado en el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, que exista una formalización para poder forzar la acusación, lo que implica que, la acusación sólo pueda referirse a hechos y personas incluidas en esta comunicación que efectúa el fiscal.

El principio de congruencia se refiere a una relación de coherencia entre la acusación o requerimiento y la sentencia (artículo 351 del Código Procesal Penal).

Este planteamiento, de que la congruencia debe darse entre una formalización y una acusación significa, en concreto, que el derecho a forzar la acusación que le reconoce el artículo 258 del Código Procesal Penal al querellante nunca podría ejercerse, pues toda comunicación de la decisión de no perseverar, siempre, significa ausencia de formalización, sea porque no se ha formalizado o porque se deja sin efecto la formalización, que es el efecto propio de esta comunicación.

En estas circunstancias, se ve imposibilitado el querellante a forzar la acusación conforme al artículo 258 del Código Procesal Penal, puesto que no existirá una formalización vigente. Esto demuestra lo irracional de esta interpretación y la conclusión obvia de que sólo puede procederse a una comunicación de la decisión de no perseverar si existe una formalización previa.

Por otra parte, exigir la formalización previa como requisito de procedencia del forzamiento de la acusación en caso de comunicación de

Decisión de No perseverar es contrario a texto expreso de la Constitución que en lo pertinente dispone:

> "Art. 83 inc. Segundo: El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal."

Luego, es imposible que exista congruencia de la acusación con un trámite que se deja sin efecto, por la decisión de no perseverar, y si así lo ordena la ley, es para todos los efectos del procedimiento o del proceso.

En suma, dado que el Ministerio Público no ha formalizado la investigación, resultaría, según la interpretación mayoritaria de nuestra jurisprudencia, improcedente autorizar al querellante para que fuerce la acusación, conforme a lo establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, dado que, según dicha interpretación, en ausencia de formalización sería imposible cumplir con el denominado principio de congruencia. En este supuesto, nunca podrá ejercer el querellante ese derecho, violando así su garantía constitucional de acceso a la justicia (artículo 19 Nº 3, incisos 1º y 2º, de la Constitución Política de la República) y su derecho a ejercer la acción penal (artículo 83, inciso 2º, de la Constitución Política de la República).

Más aún, la falta de formalización no afecta el principio de congruencia, ya que ésta se produce entre la acusación y la sentencia. Así lo ha entendido la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa ROL 803-2013, de fecha 24 de junio de 2013, que en su considerando sexto discurre:

> "Que por otra parte, tampoco se visualiza la posibilidad de alguna afectación al principio de congruencia también alegada por la defensa, desde que conforme lo establece el artículo 341 del Código Procesal Penal, aquel debe producirse entre la "acusación" y la "sentencia", sin perjuicio que como se ha indicado en lo que antecede, la eventual acusación que pudiera presentar la querellante en esta causa, si el Tribunal la faculta, en todo caso se rige por las normas para el Ministerio Público se hayan establecidas en relación a la acusación y prosecución de

la acción penal."

Si en definitiva se decide "Tener por Comunicada" la decisión de no perseverar sin que exista formalización, entonces corresponde que no se exija al querellante la aplicación del inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, a fin de no tornar en ilusorios sus derechos a la jurisdicción y la acción penal.

3.- Artículo 261, letra a) del Código Procesal Penal, en Cuanto Señala:

> "siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;"

El precepto legal transcrito, exige que, el hecho materia de la acusación particular haya sido objeto de formalización, sólo tiene sentido en el contexto de entender que, para proceder a la etapa intermedia del procedimiento, incluido el cierre de la investigación y su eventual reapertura, la investigación se haya formalizado. Esto no sólo por interpretación gramatical y sistemática de los preceptos del Código Procesal Penal, sino también por interpretación teleológica y realista propias del proceso y del procedimiento penal.

Si no se exige la práctica de la formalización, como mínimo requisito de racionalidad para que el Ministerio Público y el tribunal ejerzan efectivamente su función pública, no cabe, por igualdad de armas, exigírselo a la víctima querellante.

4.- Artículo 370 del Código Procesal Penal, en cuanto señala:

> Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos:
> a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y
> b) Cuando la ley lo señalare expresamente.

La aplicación de los preceptos reprochados, en el caso concreto, viola el derecho establecido en el Art. 83, inciso segundo, de la Constitución y, también,

como consecuencia de aquello, el derecho a un procedimiento legalmente tramitado, contenido en el Art. 19 Nº 3, inciso sexto, del texto Constitucional.

Todas estas normas del Código Procesal Penal, de la forma en que lo han entendido los tribunales ordinarios, supeditan la acusación por parte de la víctima a la formalización, la que podría ejercerse, o no, a capricho por el Ministerio Público, el que -según la interpretación de los juzgados de garantía y de la Fiscalía Nacional- está facultado incluso para no practicarla, de manera simplemente potestativa.

Así, la aplicación de los citados preceptos legales, a la gestión judicial pendiente, vulnera palmariamente los derechos de la víctima, en cuanto al ejercicio de la acción penal y demás garantías fundamentales, reconocidas por la Constitución Política de la República y por los Instrumentos Internacionales, ratificados y vigentes en el Estado de Chile.

Los artículos antes citados, son normas de carácter legal, por lo cual se cumple plenamente el requisito de que la acción de inaplicabilidad debe promoverse respecto de un precepto que tenga carácter legal.

Con esto, se cumple también con lo señalado por la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional, en orden a que se individualicen, con precisión, los preceptos legales cuya aplicación inconstitucional se impugna (STC Rol 550-06, considerando 9°).

d) Que, de los Antecedentes de la Gestión Pendiente, en que se Promueve la Cuestión, Aparezca que el Precepto legal Impugnado ha de Tener Aplicación o Resultará Decisivo en la Resolución del Asunto Inclusive la Mera Posibilidad de su Aplicación

V.S. Excma., ha establecido que, además de la gestión judicial pendiente, es necesario que se invoque un precepto legal determinado que pueda ser aplicado en el juicio pendiente y cuya aplicación pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto produciendo efectos contrarios a la Constitución (Rol N° 1064-08).

Respecto a este requisito, este Excmo. Tribunal lo ha interpretado en términos amplios, señalando que el precepto cuya aplicación se impugna no

debe, necesariamente, ser considerado por el juez de fondo para resolver el asunto. Basta la sola posibilidad de su aplicación para que pueda ser declarado inaplicable. Al respecto ha resuelto VS., Excma., que:

> "para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente **tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto** en la decisión que ha de adoptar ya que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución (...)" (STC Rol 550-06, cons. 4°). (énfasis agregado)

En el caso concreto, la aplicación, o no, de los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona, resulta, como lo exige el artículo 84 de la LOCTC, decisiva para la resolución de la causa en las que incide el presente requerimiento, toda vez que, **de esta decisión sobre la aplicabilidad de los preceptos recién transcritos, depende la continuación misma del procedimiento, que este se desarrolle con objetividad, racionalidad y justicia, y, la tutela judicial efectiva a la víctima**. Si se aplican estos preceptos normativos al caso en comento, se impedirá el derecho de la querellante al pleno ejercicio de la acción penal y, asimismo, no habrá investigación alguna que controlar porque se habrá cerrado por una comunicación administrativa del ente persecutor, sin apego a la ley, y, sin control judicial.

De consentirse la aplicación simultanea de los Arts. 248 letra c) y 259 inciso final, de la forma en que se ha venido haciendo, la querellante que represento no podrá ejercer la acción penal que le aseguran los artículos 19 Nº 3 y 83 inciso 2º.

Si no se aplican, en el caso *sub lite*, los preceptos objeto del presente requerimiento, entonces los querellantes podrán ejercer efectivamente sus derechos de igualdad ante la ley, protección del estado, acceso a la tutela judicial y el pleno ejercicio de la acción penal.

e) Que Tenga Fundamento Plausible

La acción de inaplicabilidad interpuesta tiene fundamento plausible, pues la aplicación de las disposiciones legales citadas, es contraria a un debido proceso, legalmente tramitado y a toda las prestaciones y garantías del estado

respecto de la persona humana y su dignidad: La aplicación de los citados preceptos legales como se han interpretado en la gestión judicial pendiente por parte del Ministerio Público y los tribunales ordinarios, los transforman en contrarios a toda justicia y racionalidad, propias de una República, democrática; atentan contra los derechos fundamentales de la víctima en el proceso penal, la priva del ejercicio de la acción penal, del acceso a la jurisdicción, amaga su igualdad ante la ley, impide su tutela judicial efectiva, amaga su derecho a una justa y racional investigación, afecta estas garantías en su esencia y con ello vulneran sus Derechos Humanos, y otros derechos fundamentales, reconocidos y garantizados en nuestra carta fundamental y en los tratados internacionales de los que Chile es parte; privando, en definitiva a los querellantes del resguardo de sus derechos y los dejan en indefensión, tolerando la impunidad.

VI. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS OBJETADOS EN EL CASO CONCRETO NO SOLO INFRINGE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL YA REFERIDA, SINO QUE TAMBIÉN PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y VALORES RECTORES DEL DERECHO

a) Principios, Garantías y Valores Rectores

No escapará a V.S.E., que, en la especie, no sólo se atenta contra los derechos constitucionales de mi representado a la igual protección de sus derechos; sino que se amaga su derecho a una justa y racional investigación, al pleno ejercicio de la acción penal, a un proceso legalmente tramitado, a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva y otros derechos fundamentales protegidos en la ley, la Carta Fundamental y los tratados sobre Derechos Humanos vigentes. Esto último determina que, para la solución del caso, de las normas que lo rigen necesariamente deben interpretarse a la luz de los principios del derecho constitucional claramente enunciados por V.S.E, tales como la supremacía constitucional, garantía de juridicidad y primacía de la realidad y, por aquellas directivas del derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocidas por la comunidad internacional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derivado de lo anterior, en la especie necesariamente deben aplicarse los principios en conformidad a la constitución tales como el de supremacía constitucional o vinculación directa, y realismo y racionalidad, imperantes en la

materia, así como principios hermenéuticos como: *principio pro homine; pro civitas, de aplicación sustantiva, progresiva, integradora de los derechos humanos; principio de interpretación relativa a la protección práctica y efectiva y no teórica o ilusoria; principio de interpretación expansiva.*[2]

Estos principios y normas establecen y garantizan la interdicción de la indefensión y de la impunidad, mediante un proceso, un procedimiento y una investigación sujetos a la ley, racionales y justos. Tampoco es ajeno a V.S.E., que el derecho procesal es el instrumento indiscutible, para la verificación del Derecho Penal.

Tal es así, que, el Estado no puede prescindir del proceso para la aplicación del derecho penal.[3] El proceso penal se rige por normas y principios, que lo dotan de estructura y sustancia, sin los que, es imposible hablar de proceso propiamente tal. Lo mismo ocurre con el procedimiento, el que se encuentra cimentado sobre la base de estas máximas. La infracción de estas garantías trae consigo perjuicios cuyo remedio es la invalidación.

Los actores del derecho, los intervinientes en el proceso o procedimiento penal y el tercero imparcial, con potestad para conocer y resolver el asunto, están sometidos en su actuar a la observancia y cumplimiento de los valores, principios y garantías, que integran el proceso y el procedimiento y, particularmente de los preceptos en que éstos trasuntan: Especialmente aquellos de rango constitucional. Tal es así, que nuestro ordenamiento jurídico sistemáticamente prevé que, la desobediencia a estas máximas conlleva necesariamente la invalidación de la actuación o la inaplicación de los preceptos que las vulneran.

Tampoco puede soslayarse, que nos encontramos en la especie, frente a la actuación de órganos estatales regidos por los principios de servicialidad y juridicidad; los que se traducen, en los deberes de protección a la víctima y legalidad estricta y competencia. Además, tomando en consideración que tanto las actuaciones del Ministerio Público, cuanto, de los tribunales, en tanto

---

[2] Gonzalo Aguilar Cavallo, "Principios De Interpretación De Los Derechos Fundamentales A La Luz De La Jurisprudencia Chilena E Internacional"; Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 13-59. (2015)

[3] GóMEZ ÜRBANEJA, Emilio (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Tomo I. Barcelona: Bosch, p p. 32-33: " La correspondencia de la pena con el delito necesita afirmarse en dos momentos sucesivos: primero , en la sanción penal establecida por el legislador; después en la imposición de la pena en el caso concreto por el juez".

órganos del estado cuyos actos constituyen aplicación del derecho a personas determinadas, deben estar dotados de la motivación suficiente, para que sean legítimos conforme a nuestro régimen democrático.

En particular, en el proceso se observan principios estructurales como los de contradicción, igualdad, principios probatorios, de investigación o instrucción, de aportación, de valoración de la prueba, de la prueba legal, principio de inmediación y mediación en la percepción de las pruebas. También en el procedimiento, reconocemos los principios de inmediación (en su vertiente no probatoria), el principio de oralidad y escrituración; de publicidad y secreto; de concentración y preclusión.

Si se invocan preceptos legales o existe la mera posibilidad que estas normas legales sean invocadas para infringir normas, principios o garantías constitucionales - especialmente para justificar el atentado contra los Derechos Humanos de la víctima en el proceso - estos preceptos legales deben ser declarados inaplicables por V.S.E en la gestión judicial pendiente.

La Acción y la Pretensión en el Proceso Penal, se rigen en particular por: Los principios de "Estabilidad"; Obligatoriedad; Acusatorio y de Investigación Oficial; Inquisitivo y Acusatorio Formal; Principio Acusatorio; Principio de Legalidad y de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal; Irretractabilidad.[4] En el caso concreto, estos principios, se verían vulnerados de admitirse la comunicación de la decisión de no perseverar sin previa formalización.

b) Principios de Estabilidad, Obligatoriedad y Acusatorio

El Estado, tiene el poder-deber de hacer efectiva la amenaza, consecuencia del supuesto de hecho que tipifica cada figura penal, como es conocido por VSE., es el Estado quien detenta el monopolio del *ius puniendi.*[5] *:* Solo por ley se define que es delito y la comisión de este se sanciona por el juez al caso particular. La estabilidad es consustancial al proceso penal; el Estado está interesado en exigir el cumplimiento de la norma penal bajo amenaza de una sanción al tiempo que es titular del derecho de castigar.[6] Así, es innegable,

[4] Se sigue en este punto a Enrique Letelier Loyola: "Los Principios Del Proceso Penal Relativos Al Ejercicio De La Acción Y La Pretensión: Reflexiones Y Críticas A La Luz De Algunos Ordenamientos Vigentes"; publicado en la Revista de Derecho Universidad Católica del Norte; Sección: Ensayos; Año 16- N° 2, 2009 pp. 195-228

[6] Tolomei (1947): "Sería contradictorio afirmar que este interés -la observancia del precepto penal- existe durante la amenaza y no en el momento de la coacción."

e ineludible el rol y el deber del Estado en la ejecución de las penas y el juzgamiento de los actos que contravienen las normas[7].

La Constitución, en su artículo 83 dispone que, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer *igualmente* la acción penal. Y si ello no fuera suficiente, el art 19 N°3 se encarga de aclarar que la víctima tiene el derecho a ejercer la acción penal, reconocido por la constitución y las leyes. En el caso concreto, hablamos de la aplicación del principio acusatorio puro[8], *ne procedat iudex ex oficio*, puesto que, la víctima ha solicitado la tutela jurídica del Estado, mediante la presentación de una querella; acciones que han sido sometida a tramitación por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, que ha ordenado al Ministerio Público investigar, en los términos de los artículos 6,172, 166, 77, 180 y 181 CPP.

Se contraviene este principio, en el caso concreto, ya que, se pretende, hacer cesar la persecución penal de los querellados, contrariando leyes expresas; con la consecuencia palmaria y conocida del Ministerio Público y la Magistratura ordinaria de privar a la víctima querellante de su derecho al pleno ejercicio de la acción penal pública. Se contraría de este modo, también el principio de inexcusabilidad, que impone el deber del tribunal de *conocer*, juzgar y resolver la pretensión punitiva de la querellante, en cuanto legítima interesada, con pleno debate sobre los hechos y del derecho, y, emitir respecto del asunto una resolución motivada y racional.

Reclamada la acción del Estado y puesto en conocimiento del Tribunal, los hechos que fundamentan los delitos denunciados por la víctima, *notitia criminis*, no puede negarse a conocer y resolver el juez, ni aún a falta de ley que regula el caso[9]. El actual contenido del principio acusatorio, por su parte, implica, como ha señalado Enrique Loyola[10]:

“, que *la jurisdicción* sea actuada previa solicitud de

---

[7] Utilizando la dialéctica Hegeliana como método: **es necesario acudir a la coerción representada desde el derecho penal, lo que implica acceder a una visión de justicia retributiva, que pretende sancionar jurídicamente a quien a través del delito, niega una voluntad libre y universal de manera violenta, haciendo que por medio de la pena se le niegue la voluntad libre al delincuente.** (Ávila, A., Castellanos, N. (2015). La libertad y el derecho penal en Hegel. Una comprensión desde el derecho abstracto. Revista Vía Iuris. 18, 87-100.)

[8] BELING, Ernst (1943). Derecho Procesal Penal. Traducción de M. FENECH. Barcelona: Labor, p. 24.

[9] Por aplicación expresa el Art. 10 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con el Art. 76 de la Constitución.

[10] Los Principios Del Proceso Penal Relativos Al Ejercicio De La Acción Y La Pretensión: Reflexiones Y Críticas A La Luz De Algunos Ordenamientos Vigentes”; publicado en la Revista de Derecho Universidad Católica del Norte; Sección: Ensayos; Año 16- N° 2, 2009 p.203

> **tutela por quien tenga interés**; **que los *roles* de investigar, acusar y sentenciar sean atribuidos a órganos distintos** y entre sí independientes; y que la *acusación* determine los extremos de la decisión jurisdiccional, en cuanto a los sujetos del proceso, al hecho punible y al *quantum* de la reacción penal."

Así, el principio acusatorio exige, además, el **alejamiento de las funciones de investigar y juzgar** y su atribución a diferentes órganos.

Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos garantizan la imparcialidad del juzgador, así declaran los artículos 14.1 PIDCP y 6.1. CEDH, de suerte que los ordenamientos internos deben ajustarse a las exigencias de los Pactos, y por aplicación del Art. 5° Inc. 2° de la Constitución Política de la República, tal exigencia alcanza al Estado de Chile.

El principio acusatorio implica una separación clara entre las etapas de investigación y de juicio; además de una nítida separación entre acusación y juzgamiento. Así, el ejercicio de la acusación y el juzgamiento deben estar atribuidos a órganos distintos.

La comunicación de la decisión de no perseverar en el caso concreto, con una investigación desformalizada; implica un prejuzgamiento por parte del Ministerio Público y una invasión de competencias; puesto que esta distinción clara que debe existir entre el órgano acusador y el que juzga, se torna difusa, ya que el efecto de esta comunicación del Fiscal, trae como consecuencia necesaria el cese de la persecución penal y que la acción penal fenezca: Juzgando así sobre el fondo del asunto, sin permitir el que a victima querellante pueda intervenir, ni el tribunal ejercer jurisdicción.

Esta invasión se exacerba, comunicando una Decisión de No perseverar sin agotar las diligencias para la comprobación de los hechos y la participación de los querellados, que no se admite controlar judicialmente y que no se cierra conforme lo ordenado por resolución firme, ni se admite controlar formalización previa.

Así no se cumple, en la especie, con las normas que regulan la facultad de

realizar una Comunicación de No perseverar; porque en la especie no se agotó la investigación, ni se protegió, ni se oyó a la víctima, a quien no se le permitió una intervención real en el procedimiento investigativo, ni controlar la racionalidad o justicia de la investigación; en los términos que le garantiza la constitución y, finalmente, sin que el tribunal haya cumplido su deber constitucional de conocer el fondo del asunto sobre el que se pronuncia, en términos que los motivos de ello, y, la razonabilidad con que se expresan sean conocidos y controlables por los interesados.

c) Extensión de la Competencia del Ministerio Público

Conforme el tenor expreso del Art. 83º inciso primero de la Constitución Política de la República, el Ministerio Público:

> ".. dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, **ejercerá** la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la **adopción de medidas para proteger a las víctimas** y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales."

Por lo anterior, este órgano del Estado **está expresamente vedado el ejercicio de funciones jurisdiccionales**, debe limitarse únicamente a la conducción de la investigación de los hechos punibles.

Nuestro sistema jurídico establece una serie de normas que regulan el actuar del Ministerio Público.

El artículo 83 inciso 1° de la Constitución Política de la República consagra la exclusividad de la investigación penal, la obligación de ejercer la acción penal en la forma prevista por la ley, y la proscripción de ejercer funciones jurisdiccionales.

Además de ser dirigida exclusivamente por el Ministerio Publico, el artículo 19 número 3° inciso sexto de la Carta Fundamental, agrega que la **investigación debe ser justa y racional:**

> "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."

En el mismo orden de ideas, el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público reproduce la norma del 83° inciso 1° de la Constitución. Luego en el artículo 2° se establece que el Ministerio Público actuara a través de sus fiscales:

> "El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas."

Por tanto, en la práctica, son los fiscales quienes están obligados al respeto de estas disposiciones.

d) Principio de Objetividad y Obligación del Ministerio Público de conducir la investigación sin hacer cesar, suspender o interrumpir la Persecución

El Artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece el principio de objetividad, esto es, que la investigación debe ser objetiva e imparcial:

> "En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley."

A mayor abundamiento, el artículo 5°, establece la responsabilidad del Ministerio Publico por conductas erróneas y arbitrarias:

> "El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público."

El Código Procesal Penal también establece obligaciones al órgano persecutor: El artículo 6 del CPP dispone:

> "El Ministerio Público **estará <u>obligado</u> a velar por la protección de la víctima del delito <u>en todas las etapas</u> del procedimiento penal**."

El Artículo 77 del CPP:

> "Los fiscales **<u>ejercerán y sustentarán</u>** la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación…"

El artículo 78 del CPP a propósito de las actividades que deben realizar a favor de las víctimas ordena al Ministerio Público:

> "a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.
>
> d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa."

A propósito de los derechos de la víctima el Código Procesal penal, en su artículo 109° establece su derecho a:

> "e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa,"

El Art. 166, del mismo cuerpo normativo, **establece la obligación de la persecución penal, la que, por regla general, no se podrá suspender, interrumpir o hacer cesar**:

> "Artículo 166.- Ejercicio de la acción penal. Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título.
> Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, ***promoverá la persecución penal***, **sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso**, salvo en los casos previstos en la ley."

Luego, relativo a la investigación misma y las diligencias que debe llevar a cabo el Ministerio Publico, los artículos 180 y siguientes del Código Procesal Penal ordenan:

> "180 inciso 1: "Los fiscales **dirigirán** la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.
>
> 180 inciso 2: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo 1º de este Título, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal **deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo**, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores."
>
> Artículo 181: "Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación **se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo."**

> Artículo 183: "Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud y ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes."

e) Principio de Legalidad

Enunciada bajo el principio *nula poena sine lege,* el sometimiento al principio de juridicidad y más precisamente la preminencia de la ley como fuente de la potestad de los órganos del estado, particularmente los tribunales de justicia y el Ministerio Público en cuanto órgano administrativo de rango constitucional.

En la gestión judicial pendiente, se produce una manifiesta vulneración del principio de legalidad, al contravenir la fiscalía con su actuar lo ordenado por la Constitución y las leyes, toda vez que no se ha practicado la formalización, sin perjuicio de existir antecedentes suficientes para hacerlo y, a pesar de esto y aún más, sin cerrar la Investigación, en audiencia citada para ese fin preciso; se prescinde de la comunicación de cierre y se comunica la decisión de No perseverar, lo que los tribunales actuantes promueven y aceptan como válido.

Tanto el Ministerio Público institucionalmente, como todos quienes lo componen, deben actuar respetando estrictamente la legalidad vigente. Se trata de una manifestación del principio de legalidad que establecen artículos 5°, 6° y 7° de nuestra Carta Constitucional.[11] Es decir, el Ministerio Público debe actuar: conforme a la Constitución y la ley; respetando las garantías constitucionales; y legalmente investido y dentro de su competencia, siendo los actos que contravengan esta regla nulos y de ningún valor. Luego, la función pública de la persecución penal es irrenunciable e inexcusable conforme a lo indicado por la Carta Fundamental al en sus artículos 1, 5, 6, 7, 19 numero 2 y 3, 76 y 83.

El Ministerio Público carece de discrecionalidad en la persecución penal, siendo la exclusividad de esta únicamente una prerrogativa o función que se le

[11] Carocca Perez, Alex, Manual Nuevo Sistema Procesal Penal, 3era edición, 2005. Pag.24

asigna a un órgano administrativo especializado, cuestión que está sujeta a control judicial como toda persona, natural o jurídica, pública o privada. Por tanto, cuando lleguen a conocimiento de la fiscalía hechos que revistan el carácter de delito, esta está obligada por norma expresa a comenzar una investigación racional y justa.

En el mismo orden de ideas, el artículo 180 de Código Procesal Penal, ordena al fiscal llevar a cabo todas las diligencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos y las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, además de impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores, todo ello en el plazo de 24 horas. A la fecha nada de eso se ha verificado.

Esto con plena consciencia de que se hace cesar la persecución penal, se omite el juzgamiento y se obtiene la impunidad.

El actuar del Ministerio Público, transgrede el principio de legalidad, toda vez que, su actuar no se ajusta a derecho, no cumple con su deber de proteger e informar a la víctima, además con su decisión de no perseverar, obstan el ejercicio pleno del derecho a la acción penal pública.

f) Principio de Oficialidad

Nuestro sistema Procesal Penal se funda en el principio de oficialidad. Según este principio, el Ministerio Público es el encargado de impulsar de oficio la investigación de los hechos punibles. La acción penal, en principio, de carácter público. Su ejercicio es potestad de órganos públicos, concretamente del Ministerio Público. Los delitos de acción pública afectan al ofendido y a la colectividad, en la medida en que se incurre en acciones que ponen en peligro el equilibrio del sistema social. El Estado tiene un interés especial en lograr la protección de los bienes jurídicos afectados, por ser importantes para el resto de la colectividad y el mantenimiento del orden social.

El ente persecutor está obligado a impulsar, de oficio, la persecución penal, por medio diligencias y actos procesales, máxime cuando así lo ha ordenado el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago y la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago.

g) Principio de Legalidad e Irretractabilidad

El principio de legalidad es una consecuencia del de persecución oficial y la atribución de las funciones de investigar, acusar y juzgar a distintos órganos: La **investigación y la acusación son actos debidos** para el órgano a quien la ley le atribuye tales funciones.[12]

Por la aplicación del principio de legalidad en el ejercicio de la acción, resulta la Irretractabilidad: Una vez promovida, su titular no puede renunciar a su ejercicio, ni abstenerse de ejecutar los actos en que se concreta.[13]

Afirma Gómez Orbaneja, que promovida la acción penal de oficio o por un particular, **el Ministerio Fiscal debe adoptar una posición acusando o pidiendo la absolución**: su postura no puede ser neutra ni menos invocar un *non liquet* antes de la apertura o durante el juicio.[14]

Los casos previstos en la ley, para interrumpir o hacer cesar la persecución penal, en el inicio de la Investigación, están tratados en el párrafo 1°, del Título I, del Libro Segundo del Código Procesal Penal, artículos 167 a 170 del citado cuerpo legal y el archivo provisional, facultad de no iniciar investigación y el principio de oportunidad. En efecto, de conformidad a lo previsto en el Código Procesal Penal:

> "Artículo 167.- Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que **no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos**."
>
> "Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal

[12] BAUMANN (1986) 59: "Por tanto, por principio de legalidad entendemos aquel principio con arreglo al cual el ministerio público debe aclarar la situación y promover la acción pública. Si así no fuera, ¿cómo podrían llegar ante el tribunal los hechos punibles?". En el mismo sentido, Tolomei (1947).

[13] GóMEZ ÜRBANEJA (1947) Tomo II 529; RoxiN (2 000) 97. Por supuesto que el principio no se extiende a los delitos de acción penal privada, pues en ellos el querellante puede disponer de la acción (vg. art. 278 y 804 LECrim).

[14] A juicio del autor, el h echo que el MF retire la acusación no significa que se abstenga de ejercer la acción; *"es 'concluir '* -afirma- *ejercitándola a favor de la defensa"*. GóMEZ ÜRBANEJA (1947) Tomo II 514.

> o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un **hecho que no comprometiere gravemente el interés público**, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones."

No es posible omitir que el Art. 168 contempla la posibilidad de no iniciar la investigación cuando los hechos no fueren constitutivos de delitos:

> "Artículo 168.- Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, **cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito** …"

En el caso de marras, se han presentado dos querellas y éstas han sido declaradas admisibles y al someterlas a tramitación se ha establecido que los hechos relatados en las mismas pueden ser constitutivos de delitos, por lo que el Ministerio Público no puede negar su ineludible deber de investigar, al que debe dar cumplimiento conforme a las reglas generales.

De este modo, en el caso concreto y conforme lo reglan los artículos 166, con relación a los artículos 172, ambos del Código Procesal Penal. Admitida una querella a tramitación el Ministerio público pierde la posibilidad de no iniciar la investigación, de archivar provisionalmente o de utilizar un principio de oportunidad, por el contrario, **debe** promover la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

Así en la gestión pendiente, de la ley, el Ministerio Público y la Magistratura Ordinaria, se han apartado en todos sus términos. Esto no es un asunto de mera legalidad: Primero, porque por esta vía se atenta contra los derechos fundamentales de la víctima antes enunciados y se contraviene el principio de legalidad vigente en materia penal, según se enfatiza más adelante.

En efecto, el Ministerio Público lejos de realizar la investigación racional

y justa que garantiza nuestra constitución y en la forma que lo ordenan los artículos 6, 77, 78, 180, 181, 247 y 248 del CPP; ha resuelto, administrativamente, hacer cesar la persecución fuera de los casos previstos en la ley, atentando contra todas las garantías fundamentales de la víctima.

h) Principio de Orden Consecutivo Legal: Formalizar es Carga Procesal para Proceder a la Etapa Intermedia

La formalización, si bien corresponde exclusivamente al Ministerio Público, es una carga procesal de la que este órgano no puede escapar para cerrar la investigación y pasar a una etapa intermedia. Las decisiones de cerrar la investigación y no perseverar, no pueden, en caso alguno, ser arbitrarias (STC 8060):

> "En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera en definitiva 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."

El principio de obligatoriedad en la persecución penal no puede ser obviado por el Ministerio Público. Al respecto VS., Excma., en el considerando vigésimo sexto de la sentencia Rol 815-07, ha discurrido, que el Ministerio Público, debe cumplir con dirigir la investigación, en caso contrario, el proceso no llegaría a iniciarse y menos a emplearse como forma de solución de conflicto:

> "De las facultades que tiene el Ministerio Público, en lo que interesa, destaca la expresión "dirigirá", que, a juicio de este Tribunal, produce dos efectos fundamentales, a saber: le otorga el poder de dirigir la investigación, que el Ministerio Público debe ejercer. En segundo lugar, lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.
>
> Lo anterior significa que el Ministerio Público,

> representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que, si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal."
>
> Acogida a trámite una querella, el Ministerio Público debe investigar los hechos punibles que en ella se señalen, en el marco de la tutela judicial efectiva y el derecho a la investigación racional y justa. Sostener lo contrario implicaría dejar al arbitrio del órgano persecutor ambos derechos, de titularidad y ejercicio de la víctima.
>
> Si lo hiciere incurriría en responsabilidades derivadas de infracción a derechos fundamentales y por ende, serán los jueces competentes para dar efectividad a garantías constitucionales en el proceso penal, verdaderos órganos de protección en el nuevo sistema, y sus superiores jerárquicos, como de la misma forma las autoridades del Ministerio Público, quienes deberán adoptar las medidas necesarias para que se de eficacia real a la normativa constitucional, ello en cumplimiento de los deberes, reglas y principios contenidos en los artículos 5º, 6º y 7º CPR.
>
> Si la acción que se contiene en la querella debe contar con la voluntad del Ministerio Público para que tenga efectos, no responde a los principios procesales sobre la investigación de un hecho punible que afecta a la víctima para lograr que la justicia abra proceso y resuelva, en el marco del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. (STC 815 cc. 39 y 42).

Respecto de la obligación de investigar, que tiene el Ministerio Público, ilustrativo resulta la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, con la suscripción de la Convención Americana de Derechos

Humanos, siendo este Convenio derecho nacional en virtud del Art. 5° inc. 2°, de nuestra Constitución, no pueden pasarse por alto las claras directrices que entrega ese dictamen en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras:

> "En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"

Temprana y acertadamente V.S.E. falló:

Si el ejercicio de la acción penal pública le correspondiere sólo y siempre al Ministerio Público, el Código debiera haber establecido que la querella se presentara ante el referido órgano; en cambio, en concordancia con la normativa constitucional, dispuso que debía ser presentada directamente ante el juez competente, su destinatario natural. Declarada admisible la querella, la resolución que así lo decide es inapelable y el proceso queda abierto para el solo efecto de que se formalice. (STC 815 c. 14)

Y, asimismo:

La voz "igualmente" que emplea este inciso debe leerse en su único sentido posible, esto es, que el Ministerio Público ejerce la acción penal pública, como igualmente puede hacerlo la víctima que la Constitución denomina ofendido, además de los otros sujetos que la ley determine. (STC 815 c. 18) (En el mismo sentido, STC 1484 c. 20, STC 2159 c. 15, STC 7237 c. 15).

Los autores Manuel Rodríguez Vega y Octavio Pino Reyes, comentan[15], que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce esta obligación:

> "sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29.07.1988, caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (cons. 177º). La doctrina sentada en este caso ha sido reiterada en el caso Godínez Cruz vs. Honduras de 20.01.1989 (cons. 187º y 188º), y en el caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras de 15.03.1989 (cons. 152º). Un examen crítico de esta jurisprudencia en Silva, José María (2008) "¿ *Nullum crimen sine poena*? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'. Revista Universidad Externado de Colombia. Vol. 29, N° 86-87, 2008, pp. 159 y ss."

Así, la formalización de la investigación, que no es más que la comunicación de esta al imputado, en Chile, es una exigencia, que a lo menos es una carga procesal que en el caso concreto, por lo que la aplicación de los preceptos legales materia del requerimiento devienen en incompatibles con la vigencia de la constitución y la vigencia de los Derechos Humanos de la víctima en el procedimiento.

i) Proceder a una Audiencia para Comunicar la de Decisión No Perseverar sin Formalización, La Comunicación Misma, y la Actuación o Resolución Judicial que la Tienen por Comunicada son Inconstitucionales:

[15] Análisis De La (In)Eficacia Del Principio De Obligatoriedad En El Ejercicio De La Acción Penal En La Etapa Preliminar Del Proceso Penal Chileno; Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 22 - Nº 1, 2015; p. 355.-

Privan a la Víctima de Derechos Fundamentales

No pude argumentarse, como ocurre en la especie, determinadas normas legales o de la carta fundamental en el sentido que de ello pueda tolerarse la indefensión y la impunidad, la omisión del orden consecutivo legal y la preclusión.

Una vez abierta la investigación, no se puede hacerse cesar fuera de los casos previstos en la ley, que están tratados en el Párrafo 7° del Código procesal penal, bajo el epígrafe de *conclusión de la Investigación.* Este momento procesal, incluido dentro de la denominada etapa intermedia, necesariamente se realiza ante un juez que debe resolver con conocimiento de causa, por ello es que todas las normas contenidas en los artículos 247 a 261 del CPP suponen una investigación formalizada y agotada; ya que esta actuación no es facultativa para solicitar el sobreseimiento definitivo o comunicar la decisión de no persevera, sino que la formalización es un presupuesto o procesal o carga del ministerio Público para ello, y sin la que no cabe pronunciamiento judicial.

No escapa a V.S.E., que la primera disposición de este párrafo, el Art 247, presupone o discurre sobre la base de una investigación formalizada. La única que impone un plazo para su realización. Además, según lo dispone el inciso segundo, del mismo precepto legal, El Ministerio Público no está habilitado para pedir el cierre de la investigación. Esto puede hacerlo el querellante o el imputado.

Ya el año 2001, los Sres. Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena[16], resolvieron que la iniciativa para que se concurra a una audiencia en que el Fiscal declare cerrada la investigación solamente corresponde al imputado o al querellante, no teniendo el juez la facultad de proceder de oficio:

> "En esta situación es el parecer de esta Corte el aplicar la regla del artículo 19 inciso 1o del Código Civil sobre interpretación de la ley, la cual aplicada a las normas contenidas en el artículo 247 citado y ante el tenor explícito de su inciso 2o, que señala que, en el caso que el fiscal no declarare cerrada la investigación en el plazo señalado, el imputado o el querellante podrán solicitar al

[16] Ministros Ancarola Privato, Isabella, Franco Ugarte, Jaime, González Carvajal, Ariel; Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena causa Ingreso Corte N° 2723-2001

> Juez que aperciba al fiscal para que proceda al cierre, es constitutivo de una manifestación clara del legislador acerca de quiénes son los que pueden pedir al Juez que se aperciba al Fiscal para el cierre de la investigación, los que son el imputado y el querellante."

Esta correcta interpretación da luces de la vía para evitar los perjuicios que puede sufrir uno de los intervinientes en el proceso penal, esto es, que la solicitud de cierre de la investigación proceda previa solicitud de quienes expresamente ha autorizado el Art. 247 del Código Procesal Penal. Es hecho de la gestión judicial pendiente, que ni algún imputado ni el querellante ha solicitado el cierre de la investigación, lo que hace improcedente esta comunicación.

Asimismo, de la simple lectura del art 248 del CPP, consta que uno de los efectos de comunicar la decisión de No perseverar es que deja sin efecto la formalización. Luego no es posible entender que ello ocurra si no se ha formalizado. Lo mismo ocurre con el efecto de revocación de las medidas cautelares, que sólo pueden decretarse previa formalización. ¿Cómo podría dejarse sin efecto algo que no existe?

V.S.E. ha establecido que, la comunicación de la decisión de no perseverar, sin haber formalización previa, obsta el ejercicio del Art. 83 inciso segundo de la Constitución[17]. No solo los artículos 247 y 248 del CPP ordenan el procedimiento sobre la base de una investigación formalizada; sino que el Art. 255, del mismo párrafo y que trata sobre las clases de sobreseimiento, expresamente se refiere a que el sobreseimiento total será respecto de los delitos que hubieren sido objeto de formalización, lo que corrobora la infracción de la legalidad del proceso en la especie.

Se ha cuestionado la racionalidad de exigir una formalización previa, sólo para dejarla sin efecto. Ello no sólo es exigible de una interpretación literal y sistemática de las normas del Código Procesal Penal, antes citadas, sino de la misma exigencia de objetividad, racionalidad y justicia que se exigen a la investigación y de la razonabilidad y motivación propias de todo acto

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2561-13

administrativo, pero también del derecho de protección de la víctima y el derecho del querellante al pleno ejercicio de la acción penal, que no puede quedar librado al capricho del ente persecutor, y, por sobre todo de su derecho de acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción, potestad o prestación pública, que supone ante todo el deber de conocer, que sin formalización que contenga la descripción de los hechos supuestamente constitutivos de delito y la eventual participación de los imputados es meramente ilusoria o formal, lo que esta materia no admite.

Sin embargo, este requisito o presupuesto se omite, y, junto con ello, se exige la formalización como requisito del forzamiento de la acusación, lo que contraviene el texto expreso de la ley, que confiere esta facultad a la víctima ante la comunicación de no perseverar hecha en forma legal y que como anticipamos produce precisamente el efecto de dejar sin efecto la formalización.

Luego, la irracionalidad e ilegalidad de esta interpretación es manifiesta si consideramos, por una parte que se exime al ente persecutor de una exigencias impuestas por la ley, a saber ejercer y sustentar la acción penal, promover la persecución penal sin suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar y formalizar, para proceder a la etapa intermedia; pero se exige la víctima esta formalización que sólo puede hacer el Ministerio Público y que necesariamente queda sin efecto, como producto de la comunicación de no perseverar.

Por ello, los preceptos cuya aplicación se impugna, en la forma, en que se han utilizado en el caso concreto, implican, el caso concreto, la sumisión, del derecho a la jurisdicción, derecho a la acción penal de la víctima, al debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la investigación racional y justa; a una decisión puramente administrativa del organismo encargado de la investigación penal.

Admitir la aplicación de estos preceptos, en la forma anotada sería admitir que, en Chile, sin formalización de la investigación, esto es, sin la venia o aquiescencia previa de un organismo administrativo que no ejerce jurisdicción, la víctima simplemente no puede obtener el pronunciamiento de un tribunal previamente establecido por ley, para que conozca y resuelva su caso penal: No obstante que el tribunal, puesto en conocimiento de los hechos y

sus circunstancia ha ordenado investigarlo conforme a las reglas generales en tres oportunidades.

Y más aún, en el caso concreto, el Tribunal de Alzada, conociendo de la solicitud de sobreseimiento definitivo; ha declarado que la investigación no se encuentra concluida[18]:

> "En efecto, el sobreseimiento definitivo debe decretarse una vez concluida la investigación, después de haberse practicado las diligencias que se consideraren necesarias para la averiguación del hecho punible y sus partícipes, escenario que no es dable de materializar atendido el estado del proceso, no siendo por tanto atendible la dictación de un sobreseimiento definitivo fundado en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal."

Lo anterior y el palmario abandono de la persecución penal; ceden así ante una decisión administrativa, ausente de legalidad, racionalidad y motivación, que provoca el cese de la persecución penal y la prescripción de los delitos. Todo ello en perjuicio de la víctima, quien en calidad de interesada legítima y titular de la acción penal es interviniente de la causa, pero lejos de protegerla y se le causa indefensión ante la pasividad o connivencia de los tribunales ordinarios actuantes.

Con estas actuaciones del Ministerio Público, se omiten los principios de supremacía constitucional, legalidad, orden consecutivo legal, de preclusión y de colofón: Esto deviene, en que, la aplicación en el caso concreto de los preceptos, cuya inaplicabilidad se requiere, sea dada mediante una interpretación contraria a los Derechos Humanos y por lo mismo, inaceptable frente a nuestra Constitución.

VII. PERJUICIOS CONTRA LA VÍCTIMA EN INDEFENSIÓN, ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD, IGUALDAD Y DIGNIDAD HUMANA

Como lo ha establecido anteriormente este Excmo. Tribunal (STC 2314,

[18] ROL 5167-2020, Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, confirma resolución que rechaza sobreseimiento en la causa RIT 4011-2017; que es el caso de marras.

considerando 23, y STC 2697, considerando 15), el presente requerimiento de inaplicabilidad no cuestiona una determinada interpretación jurisdiccional de las normas, sino que se basa en el hecho de que **su aplicación concreta al caso específico, que se ha reseñado, provocará efectos que vulneran los derechos garantizados en la Constitución Política de la República.**

En síntesis, de tolerarse la aplicación de los artículos 248 letra c); 259 inciso final en la gestión judicial pendiente, se determina la indefensión absoluta de ésta y el desconocimiento de su derecho al ejercicio de la acción penal reconocido por los artículos 83 incisos 1 y 2 y 19 Nº 2 y Nº 3 inciso tercero de la carta fundamental.

Otro tanto ocurre con el art 261 letra a), del Código Procesal Penal, en la parte que reza "siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación", ya que su aplicación al caso concreto, torna en imposible una acusación particular, sin formalización previa, lo que atenta, de forma explícita contra el derecho a la acción penal que tiene la víctima, y subyuga el ejercicio de esta garantía, a una actuación discrecional del Ministerio Público, que en el específico caso, materia de este requerimiento, ha decidido no formalizar.

Finalmente, resulta inconstitucional en el caso concreto la aplicación del artículo 370 a un procedimiento penal, en que se pretende que las actos administrativos del organismo persecutor, frente a un juez, carezcan de control de mérito, de los presupuestos legales y de su finalidad, y que todo ello tenga por fin el cese irracional, injusto e ilegal e de la investigación- ordenada por el mismo Juzgado de Garantía y por su superior jerárquico; provocando con ello, conscientemente la indefensión y la impunidad.

VIII. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES OBJETADAS AL CASO SUB JUDICE

En la gestión judicial pendiente, se deja a la víctima en indefensión y se procura la impunidad, en tanto se vulneran una serie de garantías constitucionales de carácter judicial: Opone el Estado el actuar de uno de sus organismos administrativos, contrario justicia y racionalidad que manda la constitución al ejercicio pleno de los Derechos Humanos de la víctima; particularmente del derecho a la protección por parte propio estado, ya que, el

mismo órgano encargado de protegerlos ofende el derecho al pleno ejercicio de la acción penal: Lo que importa una privación de la igualdad y libertad, de la víctima querellante como persona.

De lo expuesto, fluye claramente el conflicto constitucional que deviene de la aplicación de los preceptos legales - cuya inconstitucionalidad se solicita declarar en este caso - en el contexto de la gestión judicial pendiente, descrita procedentemente, esto es, principalmente los artículos 76 inciso 1˚, 5 inciso segundo ,6, 7, 8, art. 83 incisos 1˚ y 2˚.

Pero, además, tratándose en la especie de una cuestión constitucional, que atinge al funcionamiento elemental de uno de los poderes del estado, esto es el deber prestacional de tutela judicial y la desviación de poder de un órgano de rango constitucional que tiene la potestad de la persecución penal y la exclusividad en su investigación, que abandona su cometido e impide el ejercicio de los derechos de la víctima en el proceso. Todo ello con abierta trasgresión a las bases de la institucionalidad y del Estado de Derecho.

Se expondrá una breve reseña sobre el plexo de garantías constitucionales infringidas por la aplicación al caso concreto de los Arts. 248 letra c), 259 inciso final, 261 letra a) y 370, todos del Código Procesal Penal.

a) Atentados Contra la Dignidad Humana Ante el Estado: Infracción del Deber Prestacional de Servicialidad del Estado en Favor de la Persona

1.- Artículo 1 de la Constitución Política de la República

> "Artículo 1˚. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."
> Inciso cuarto: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y

garantías que esta Constitución establece."

Esta disposición constitucional, versa sobre la dignidad humana, de la que emanan todos los Derechos de los que las personas son titulares por el sólo hecho de ser tales, Derechos inalienables, intransferibles, imprescriptibles. A su vez, se establece la **primacía de la persona sobre el Estado**, el que está al servicio de ella. Al respecto, VS., Excma., define el ámbito de la dignidad, como principio rector de todo el ordenamiento jurídico:

> "La dignidad de la persona dice relación con la naturaleza del ser humano, que la Constitución entiende como un ser corpóreo espiritual con un sentido trascendente, que lo hace superior y anterior al Estado y a toda sociedad, constituyéndose así en el principio rector de todo el ordenamiento jurídico. Dicha dignidad lo diferencia de las demás realidades existentes. (STC 3364 c. 17)

No es posible soslayar que el Ministerio Público es un organismo administrativo de rango constitucional, por tanto, al igual que cualquier otro ente estatal está sometido a las normas de la constitución y las leyes, particularmente las que establecen derechos fundamentales de las personas y que es función propia de los tribunales controlar el cumplimiento de ello. Aplicar los preceptos legales citados para menoscabar el pleno ejercicio de la acción penal por parte de la victima querellante es inconstitucional.

La expresión "servicialidad del Estado" que usa la Constitución, es un concepto jurídico determinado. En este sentido el autor y profesor Eduardo Soto Kloss señala que "se trata de un "*deber jurídico*" que la Constitución impone al Estado, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido éste –además- de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas".[19]

Como señala Cristian Davis[20]: El vocablo "servicialidad" es la condición del Estado de ente al servicio de la persona humana y no al revés. Como bien se

[19] SOTO KLOSS, Eduardo, "La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad", Revista de Derecho Público, Nos. 57/58, Enero – Diciembre de 1995, XXVI Jornadas de Derecho Público, "La servicialidad del Estado", (Tomo I), Publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 20.

[20] Cristian Davis Castro: "El Principio De Servicialidad Del Estado, Y Su Aplicación En El Regimen Municipal"

advierte, la expresión "servicialidad del Estado" es la traducción cómoda y fácil de retener el inciso 4º del artículo 1º de la Constitución, a saber: "El Estado está al servicio de la persona humana".

Agrega el profesor Soto Kloss, que el Estado es un medio para la perfección de la persona más no para su escarnio:

> "está en función de", que está "para su beneficio", que está "subordinado a ella", que "actúa en razón de ella", esto es, el Estado es un "medio para la perfección de la persona", no para su escarnio, servidumbre, avasallamiento o esclavitud"
>
> En el mismo sentido el profesor Humberto Nogueira[21]:
> "hay aquí una concepción instrumental del Estado; éste no es un fin en sí mismo, sino que es un medio, un instrumento que tiene como fundamento favorecer el desarrollo integral de los seres humanos. Esta concepción está indisolublemente unida al fin que el Estado debe lograr, que no es otro que el bien común"

V.S.E., ha resuelto que, por el principio de la servicialidad, **el Estado existe para atender las necesidades públicas en <u>forma continua y permanente</u>**:

> "En virtud del principio de servicialidad, la Administración del Estado existe para atender las necesidades públicas en forma continua y permanente, para lo cual actúa a través de servicios públicos. (STC 2024 cc. 6, 7 y 15) (En el mismo sentido, STC 2921 c. 8, STC 3028 c. 8)."

Asimismo, V.S.E. ha razonado que **esta norma consagra una concepción instrumental del Estado, pues se deduce una tarea estatal permanente y de actualización progresiva**:

[21] VERDUGO MARINKOVIC, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, "Derecho Constitucional", Tomo I, Sección Segunda, Bases de la Institucionalidad, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, 1997, pág. 112

> Esta norma consagra una finalidad del Estado, que se deriva de una concepción instrumental del mismo, pues de ella se deduce una tarea estatal permanente y de actualización progresiva. Su justificación es exógena y se identifica en finalidades que estén al servicio de la persona humana y del bien común, en tanto el destinatario esencial de la actividad estatal es la persona humana, por lo que se le impone una dirección al Estado para privilegiar la promoción de los múltiples fines humanos que se despliegan en la sociedad. (STC 2693 c. 17).

El Estado está al servicio de la persona humana, servicios que, a la víctima y querellante, se le han negado sistemáticamente, mediante actuaciones que le han inhibido de participar de la investigación, controlarla, ser protegida e informada y ejercer plenamente la acción penal pública, al igual que puede hacerlo el Ministerio P, mediante procedimientos aviesos, que conducen a la impunidad de los imputados y a la indefensión de la ofendida por los delitos.

En la especie, este principio se ahonda, bajo la denominación de principio de protección.

En virtud de este principio el Ministerio Público y los tribunales de Justicia deben otorgar resguardo a la víctima en todas las etapas del procedimiento, con el fin de garantizar el respeto del pleno ejercicio de sus derechos. Derivación de este mandato es el Art. 6 del Código Procesal Penal, que en lo pertinente dispone:

> "El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento."[22]

Sin embargo, en el presente caso, el órgano encargado de la investigación penal ha infringido su mandato expreso de servicialidad, tal es así, que han

[22] Esta garantía de protección ha sido reconocida por la División de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público, en su documento " La Víctima en el Nuevo Proceso Penal. Editorial fallos del Mes, año 2003, p 54 y 55.

situado a la víctima en indefensión tornando en ilusorio el ejercicio de la acción penal.

En el caso concreto, el Ministerio Público niega la prestación de servicios a la víctima y abandona de modo inexcusable su función pública o potestad; puesto que no cumple con el deber de promover la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, en conformidad con lo dispuesto con el Art. 166 del Código Procesal Penal.

2.- Artículo 5° Inciso Segundo de la Constitución Política de la República

> "Artículo 5° inciso segundo: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

Se transgrede esta norma, con la aplicación en el caso concreto de los preceptos legales objeto del presente requerimiento de inaplicabilidad, ya que, la forma en que se han aplicado y eventualmente se apliquen nuevamente obsta el cumplimiento de los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, está comprometido el honor de la patria, ellos son vinculantes para el Estado de Chile, por texto expreso de la norma recién transcrita, deben ser respetados y promovidos por el Estado, a su vez se configuran estos Derechos como un límite en la potestad Estatal. Es lo que, en doctrina y jurisprudencia pacífica, se conoce como el "bloque de constitucionalidad".

En este sentido, V.S. Excma. ha resuelto que:

> Deben desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con los principios y valores rectores. Así frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador

> regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía. (STC 1287 cc. 35 y 58)

Lo anterior se refrenda en múltiples disposiciones legales, pero, además se impone a los Juzgados de Garantía en el art. 14 letra a) del código Orgánico de tribunales, que les impone "**Asegurar los derechos** del imputado **y demás intervinientes** en el proceso penal, de acuerdo con la ley procesal penal"

Sin embargo, en el presente caso, el organismo encargado de la investigación penal ha infringido su mandato expreso de protección y el resguardo y garantía en el pleno ejercicio de la acción penal, el debido proceso y la tutela judicial efectiva: Tal es así, que ha situado a la víctima en indefensión y propiciado la impunidad, tornando en ilusorio el ejercicio de la acción penal.

Transgresión de Derechos Humanos Consagrados en Tratados Internacionales

La declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 7° consagra la igualdad ante la ley al siguiente tenor:

> "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación."

Agrega además este tratado Internacional, en su Art. 10°, el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial:

> "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

La Convención Americana de Derechos Humanos, en sus Arts. 8° Numeral 1° y Art 25°, consagra el derecho a la jurisdicción y al debido proceso:

> "Artículo 8. Garantías Judiciales. 1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."
>
> "Artículo 25. Protección Judicial:
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2.- Los Estados Parte se comprometen:
>
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

Como ha dicho Humberto Nogueira Alcalá[23], estas normas constituyen el mínimo exigible en materia de derecho a la jurisdicción y al debido proceso:

[23] Nogueira Alcalá, Humberto; Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la convención americana de derechos humanos; Estudios Constitucionales, vol. 2, núm. 1, 2004, pp. 123-158 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile

> "Es necesario precisar que dichos derechos contenidos en los artículos 8° y 25° de la CADH, constituyen un mínimo exigible en la materia al Estado Chileno, siendo deseable que los enunciados constitucionales nacionales superaran dicho piso mínimo, reconociendo que tal derecho, en los términos precisados en la norma internacional, se constituye en un deber imperativo para los Estados Partes de acuerdo con el artículo 1 de la CADH, los cuales "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna", esta norma determina la auto ejecutividad de los derechos contenidos en el tratado, sin que para ello se requiera legislación interna, salvo del propio texto del derecho asegurado en el tratado se contenga un mandato para su desarrollo por el legislador interno."

Es más, el Art. 2° de este Tratado Internacional, mandata a los Estados parte, ha adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos:

> "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

La Convención Americana de Derechos Humanos, consagra en su Art. 24 la garantía fundamental de la igualdad ante la ley:

> "Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

A su vez, el Artículo 2 numerales 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra, el derecho al recurso y el deber de cada Estado Parte de adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
>
> 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
> a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
> b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
> c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

Obligatoriedad y Sanción de la Infracción a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Respecto de la obligatoriedad de los Estados parte, de observar el cumplimiento de los tratados internacionales, en particular los ya comentados, ha concluido VS., Excma.:

> "Aunque no existiera norma específica que obligara a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sería igualmente un deber en aplicación del principio internacional ***pacta sunt servanda***. Este se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, y obliga a todos los órganos del Estado que sean partes en el tratado a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno. (STC 4446 c. 20Ir a Sentencia)"

Continúa el profesor Nogueira[24] y agrega que el Estado parte incurre en responsabilidad internacional ante actos u omisiones de cualquiera de sus órganos, que perturben el ejercicio pleno de los Derechos Humanos:

> "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en forma reiterada y uniforme, que las obligaciones antes enunciadas, implican, en síntesis, "el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos", constituyendo responsabilidad internacional del Estado, los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos o autoridades".

La aplicación de las normas, materia de este requerimiento, en actuaciones y resoluciones judiciales antes anotadas, privan de forma palmaria a la víctima, en el caso concreto, del plexo de garantías judiciales, que comprenden su derecho a la protección, acceso a la jurisdicción, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, en los términos de los Arts. 8° y 25°, en armonía con los Arts. 1°, 2° y 14° de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo conforme con el texto de los Arts. 1°, 4°, 5° inciso segundo, 6°, 7°, 8°, 19 n°2, n°3, n°26°, 76° y 83° de la Constitución Política de la República, Art. 10° del Código Orgánico de Tribunales; además de los Arts. 10°, 53°, 106°,

[24] Ibidem.

109°,111°, 159°, 160°, 166°, 169°, 186°, todos del Código Procesal Penal.

En este sentido, cabe aplicar en la especie las normas hermenéuticas propias de la interpretación constitucional y además las propias de la protección y de la vigencia de los Derechos Humanos, es decir el *principio pro homine; pro civitas, de aplicación sustantiva, progresiva, integradora de los derechos humanos; principio de interpretación relativa a la protección práctica y efectiva y no teórica o ilusoria; principio de interpretación expansiva.*[25]

El Principio Pro Homine.[26]

Se ha conceptualizado como[27]:

> "Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre."

Un aspecto que caracteriza el principio *pro homine* es que no importando dónde se encuentre la norma, ya sea de nivel legal, constitucional o internacional, prevalecerá la que otorgue mayor protección a los derechos del individuo, o bien la que sea menos dañosa o restrictiva de estos derechos.[28]

---

[25] Gonzalo Aguilar Cavallo, "Principios De Interpretación De Los Derechos Fundamentales A La Luz De La Jurisprudencia Chilena E Internacional"; Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 13-59. (2015); disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200013

[26] Sobre este punto se seguirá a Gonzalo Aguilar Cavallo, en su trabajo: "PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA E INTERNACIONAL" (2015)

[27] Pinto, Mónica, *El principio* pro homine. *Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Archivo de la biblioteca electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 163, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf*, consultado el 14 de marzo de 2014.

[28] Pérez Tremps, Pablo, "Garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 1992, pp. 73-86.

Una de las expresiones de este principio en el derecho internacional, se encuentra en el artículo 29, literal b), de la CADH que mandata:

> "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."

Del mismo modo, en el artículo 5° del PIDCP:

> "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para em prender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
> 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

El principio *pro homine* también indica que "en caso de duda, debe optarse por la interpretación que proteja, asegure, garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan".[29] Los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira indican[30]:

> **...la interpretación que se haga conforme a la Constitución es también aquella más favorable para la efectividad de los derechos humanos**, aquellos reconocidos en la Constitución formal como también

[29] Nogueira Alcalá, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 2a. ed., Sgo. Librotecnia, 2008, p. 233
[30] G. Aguilar, citando a Verdugo Marinkovic, Mario *et al*., *Derecho constitucional*, pp. 132 y 133.

> aquellos que se incorporan a la Constitución material por vía de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los que constituyen la manifestación primaria del orden axiológico y de principio sobre los que descansa el conjunto del ordenamiento jurídico.

Aldunate Lizama[31], agrega que, en la interpretación de los instrumentos internacionales, rige como "regla de oro" el *principio pro homine*:

> "la idea de quienes expresan que existe una «interpretación uniforme» del derecho internacional de los derechos humanos, donde rige, como regla de oro, que ante la multiplicidad de instrumentos de protección, se aplique siempre la norma más favorable al afectado o supuesta víctima de una lesión a sus derechos".

Principio de Interpretación Relativa a la Protección Práctica y Efectiva y no Teórica o Ilusoria

En el caso concreto, la interpretación y aplicación de las normas legales cuya inaplicabilidad se sustenta, conllevan a transformar en ilusoria la acción penal de la víctima, puesto que obstan el ejercicio pleno de la misma, la sitúan en indefensión, y peor aún, están encaminadas a la impunidad de los imputados, ya que conducen a la prescripción de los delitos que se investigan.

Uno de los principios rectores en el trabajo hermenéutico, es aquel que busca la protección efectiva de los derechos de la persona: "Para lograr lo anterior, el juez no sólo debe interpretar la norma constitucional, sino que también debe integrar otros principios y normas que la rodeen, para lograr la mejor cercanía a la resolución del problema concreto."[32] La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago también ha desarrollado una jurisprudencia que parece acoger este principio[33]:

---

[31] Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008, p. 110
[32] Gonzalo Aguilar, citando a Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *cit*., capítulo 2, vol. 1, p. 63. 77
[33] Corte de Apelaciones de Santiago, Programa de Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior/Contreras Sepúlveda Juan - Krassnoff Martchenko Miguel-Moren Brito Macerlo - Zapata Reyes Basclay Causa de Estudio Sra. Claudia Galán. Rol 821-2013, sentencia del 7 de abril de 2014, considerando 5º.-

> "...todos los recurrentes invocaron como defensas, la amnistía conforme a lo previsto en el Decreto Ley N° 2191 del año 1978, y la prescripción de la acción penal, defensas que… deben sopesarse a la luz de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario y, específicamente del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, en tanto se configuraran en la especie, los elementos de los que se han llamado "Crímenes contra la Humanidad", o "Delitos de Lesa Humanidad", normativa reconocida por nuestro ordenamiento jurídico y, aplicable por mandato constitucional, según lo prevenido por el inciso 2 de la Carta Fundamental, que obliga a todos los "órganos del Estado" y en consecuencia a esta magistratura"

Principio de Interpretación Expansiva de los Derechos Fundamentales

Consiste en ampliar el contenido de la protección del derecho al momento de ser aplicado y evitar así su restricción injustificada. Gonzalo Aguilar agrega que, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales puede examinarse desde dos puntos de vista: a) Desde la interpretación de la ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales y b) Desde la interpretación que asegure no tan sólo un efecto útil, sino extensivo en su radio de protección al individuo. Guerrero Valle ha señalado que, este principio, puede aplicarse desde varias perspectivas, por ejemplo, una perspectiva amplia de la titularidad de los derechos:

> "...el principio de la fuerza expansiva de los derechos se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos

en cuestión”[34]

En el caso concreto, se obstaculiza el ejercicio de la acción penal de la víctima, situándola en indefensión, en una directa y palmaria vulneración de sus garantías fundamentales. Al aplicarse las normas legales cuya inaplicabilidad se requiere, se vulneran las garantías fundamentales de la víctima, ya descritas, cuya consagración se encuentra en los distintos Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Por lo anterior, la aplicación en el caso en comento de los artículos del Código Procesal Penal, cuya inconstitucionalidad solicito se declare por este medio, infringe la disposición constitucional del Art. 5° inciso segundo de la Constitución antes transcrito, toda vez, que se priva a la víctima del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, en particular su derecho a protección por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial y al pleno ejercicio de la acción penal.

3.- Artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República

> “Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.
> Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”
>
> “Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.
> Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”

En el caso concreto, la posible comunicación de cierre de la investigación

[34] Guerrero Valle, Gonzalo, “La legitimación activa de la acción constitucional de nulidad”, *Ars Boni et Aequi*, año 7, núm. 1, 2010, pp. 9-43, especialmente p. 21

y la decisión de no perseverar, en la misma, con total desapego a texto expreso de la ley, cuya interpretación se tuerce para obtener un resultado una aplicación, con consecuencias que, nuestra Constitución y los tratados sobre Derechos Humanos de los que Chile es parte, no admiten.

Además, la forma en que se aplican por el Ministerio Público, en las gestiones pendientes, necesariamente implica que, el ente persecutor, ejerza la función jurisdiccional, ya que, la acción penal de la víctima fenece.

Transgresión del Principio de la Supremacía Constitucional

V.S. Excma. ha concluido que la Supremacía Constitucional es un principio esencial de la institucionalidad y que rige sobre todas las otras normas jurídicas:

> "Un principio esencial de la institucionalidad que nos rige, es el de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la "vinculación directa" de los preceptos constitucionales a las autoridades y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados.
>
> De allí que primero se establezca que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Y, acto seguido, se agregue que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". (STC 7203 c. 16)"

En cuanto a su transgresión V.S. Excma. ha refrendado que la autoridad administrativa debe proceder siempre aplicando un procedimiento racional y justo, sea un acto administrativo desfavorable o una sanción: El actuar del Ministerio Público, en el caso concreto, no respeta este procedimiento racional y justo, ya que transgrede una serie de garantías y derechos constitucionales, no puede, por tanto, calificarse de justo.

Tampoco puede calificarse de racional, ya que el actuar de este órgano en el caso en comento ha sido irracional, negando actuaciones tendientes a esclarecer los hechos, negándose de forma sistemática a cumplir con la carga procesal de formalizar, negándose a comunicar el cierre de la investigación previo y en la forma legal, y finalmente, es irracional, decidir no perseverar en una investigación desformalizada a la que no le ha precedido control judicial alguno.

La aplicación en la gestión judicial pendiente de preceptos legales impugnados, en la forma que los tribunales ordinarios los han interpretado y eventualmente se aplique en el caso concreto, permiten que el ejercicio de un cúmulo de garantías y derechos constitucionales, se sometan discrecionalmente a un acto emanado de un órgano, encargado de la conducción de la investigación y cuyo ejercicio de la función jurisdiccional le está vedado por texto expreso de la Constitución.

Con la aplicación en el caso *sub lite*, de los preceptos legales, cuya aplicación decimos es inconstitucional, se infringe el tenor expreso de los Arts. 6° y 7° del texto Constitucional, ya que, el Ministerio Público, como se ha dicho, no actúa dentro de sus facultades, sino que al decidir comunicar la decisión de no perseverar sin formalizar, y sin si quiera haber comunicado el cierre de la investigación, en realidad, ejerce jurisdicción ya que el efecto de estas actuaciones es que la querellante no pueda ejercer su acción penal, permitiendo que el actuar ilícito denunciado y confeso por los propios hechos, escape al imperio del derecho.

El actuar del Ministerio Público, amparado supuestamente, en las normas legales materia de este requerimiento, no se ajusta al texto expreso de la Constitución Política de la República, ni tampoco a los supuestos establecidos en la ley, cuales son que la Investigación se haya formalizado y cerrado, y por este medio infringe el plexo de garantías que en este capítulo se expone; puesto que comunicar la decisión de no perseverar sin formalizar, materialmente, convierte en ilusoria la acción de la querellante, ya que no se le permite intervenir en la investigación, controlarla ante el juez, ni ser oída y ni siquiera podría forzar la acusación.

Así, la aplicación de los preceptos legales, objeto del presente requerimiento, cuya inconstitucionalidad ha sido declarada previamente por Vs., Excma., infringen en este caso en concreto, texto expreso de la Constitución Política de la República y de las leyes que regulan el procedimiento de persecución penal y de investigación.

Invasión de Competencias

La comunicación de la decisión de no perseverar, en el caso concreto, tiene efectos jurisdiccionales, la consecuencia del abandono de la investigación sin haber formalizado, conlleva a la imposibilidad de continuar con la acción penal, ya que no se podría la víctima, si quiera, forzar acusación.

La función jurisdiccional es indelegable, así lo ha resuelto VS., Excma.:

> "La jurisdicción constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado. Así, en primer lugar, el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5º CPR, al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador. En segundo lugar, se vulneran los artículos 6° y 7º CPR, que excluyen la delegación de funciones por parte de funcionarios públicos tratándose de órganos jurisdiccionales. Por último, la norma resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente. (STC 681 cc. 17 a 25) (En el mismo sentido, STC 499 cc. 21 a 23, STC 595 c. 14)"

Esta atribución de la función jurisdiccional, por parte del Ministerio Público, es totalmente inconstitucional, es contrario a la ley, es irracional e injusto, además, es contraria a los principios de legalidad y juridicidad. Al respecto VS., Excma., declara:

> "El principio de legalidad, conocido tradicionalmente bajo

> el nombre de "principio de clausura del derecho público", supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Por lo que, en el caso en cuestión, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto. (STC 790 c. 48) (En el mismo sentido, STC 2834 c. 27Ir a Sentencia).

V.S. Excma. ha razonado, que las funciones estatales se deben desarrollar dentro del ámbito correcto y legítimo que le compete a cada órgano de la Administración:

> "El poder público en todas sus manifestaciones -Estado legislador, Estado administrador y Estado juez- debe someter siempre su quehacer a la Constitución. Por su lado, la jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete. (STC 591 c. 8) (En el mismo sentido, STC 1254 c. 23)"

Así en el caso concreto, se vulnera lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del texto constitucional, ya que el Ministerio Público, se irroga facultades de juicio, contrarias al principio de legalidad y juridicidad.

Es por lo anterior, que la comunicación de la decisión de no perseverar en la gestión judicial pendiente, que amerita esta presentación, conlleva a la transgresión de las normas constitucionales de los Arts. 6° y 7°, ya que el Ministerio Público pondera sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas, lo que produce que fenezca la acción penal de la víctima, invade así, la función jurisdiccional, privativa de los tribunales de justicia, a tenor de lo dispuesto en el Art. 76° del texto Constitucional.

4.- Artículo 8 de la Constitución Política de la República

> "Artículo 8º.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.
> Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional."

La actuación administrativa que desempeña el Ministerio Público, en cuanto al desarrollo de la investigación y su contenido, debe ser transparente y comunicada a la víctima, quien, en base a la misma, podrá hacer efectivos sus derechos, principalmente su acción penal, obligación que, en el caso de marras, se infringe, toda vez que se omite informar a la víctima sobre el curso de la persecución penal ordenada por la ley.

5.- Artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República

> "Art. 19 N° 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados.
> Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;"

Respecto al conflicto entre la igualdad ante la ley, y la facultad del Ministerio Público de formalizar, cuando lo estime oportuno, no se suscita por la exclusividad de la investigación, ya que este es un deber constitucional, elaborado principalmente para que sea administrado por un órgano autónomo, principalmente para asegurar la distancia necesaria con el Poder Judicial.

<u>El hecho que provoca la infracción constitucional es la extralimitación de una facultad exclusiva en relación con la acción penal en el proceso</u>, al negarse

a formalizar, se hace imposible el ejercicio de la acción penal por la víctima.

Subordinar a una decisión de la Fiscalía el ejercicio de privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental, en efecto, al tener una desigualdad ante la ley, *per se*, una imposibilidad de un proceso racional y justo, en el que 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.

Infracción al Principio de Igualdad de Armas

Con la aplicación en el caso, de los artículos del Código Procesal Penal, cuya constitucionalidad se cuestiona en el presente requerimiento, se vulnera la igualdad de armas entre los intervinientes, puesto que obsta el despliegue de pruebas, que es la esencia de un procedimiento racional y justo, tal como lo ha razonado VS., Excma. (STC 2680):

> "En tercer lugar, el Ministerio Público puede declarar su voluntad de no perseverar aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Estas diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte querellante en el proceso. La igualdad de armas entre las partes o intervinientes –con pretensiones contrapuestas- para poder desplegar la prueba es de la esencia de un procedimiento racional y justo (Sentencias roles N°s 2323 y 2354, considerando 7°);
> Que, en definitiva, no se satisface el mandato constitucional del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público puede (sin control judicial de fondo) decidir el término de la acción penal, consistiendo el efecto de esta voluntad en impedir que la víctima y el querellante continúen con la acción penal ante la judicatura;"

V.S. Excma., en STC 1.380, respecto a la igualdad que debe existir entre la víctima y el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, ha razonado que, esta debe ser protegida y promovida por el Estado, conforme el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales:

> "con el fin de dilucidar la interpretación adecuada desde la Constitución, debe aclararse, en primer término, que cuando el inciso segundo del artículo 83 de la Ley Suprema, prescribe que: "El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer **igualmente** la acción penal", no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental".
>
> La víctima puede representar el interés público, conclusión que deriva de la titularidad de la acción penal que por mandato constitucional tiene el ofendido. (STC 5653 c. 16) (En el mismo sentido, STC 6718 c. 16).

No se Cumple con el Standard de Razonabilidad

Para la R.A.E., razonar es: "Discurrir manifestando lo que se discurre, o **hablar dando razones para probar una cosa**"

D'Ors identificaba razonabilidad con prudencia. Más aún, entiende que la justicia depende de la *prudentia*, virtud intelectiva que implica "saber lo que conviene o no conviene hacer". Y agrega que "una solución prudente debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible"6. Es interesante considerar que, como señala el propio D'Ors, la solución prudente

no sólo resulta exigible a los tribunales, sino que a toda actividad jurídica[35]

La decisión de no perseverar, sin una comunicación previa del cierre de la investigación y sin formalizar, como sucedería en el caso concreto, son actos irracionales, ya que declara el fiscal no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar acusación, sin siquiera haber formalizado, esto es, comunicado el estado de la investigación, y sin haberse dado ha lugar al control judicial de la investigación.

Por tanto, sería racional pensar que, si se pretende abandonar una investigación: ¿No se debería primero señalar, cual ha sido la investigación que se decide no perseverar?. Este acto irracional es, por tanto, arbitrario y contrario al igual tratamiento ante la ley. Respecto a la relación de la racionalidad y la igualdad ante la ley, VS., Excma., en STC 2897, ha concluido que, la razonabilidad, es el standard con el que se aprecia la medida de igualdad o desigualdad:

> "B.- IGUALDAD ANTE LA LEY Y RACIONALIDAD.
> Que, en relación al conflicto jurídico de autos, este órgano ha entendido que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que están en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad" (sentencias roles N°s 28, 53 y 219);"

Los actos del Ministerio Público atentan contra la debida razonabilidad, ya que sin dar mayores fundamentos ni exhibir el contenido total de la

[35] EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; José Ignacio Martínez & Francisco Zúñiga Urbina; Cita de Zúñiga.-

investigación se decide cerrarla y decidir no perseverar en ella.

V.S. Excma., ha razonado, que esta decisión del Ministerio Público no debe ser arbitraria:

> "la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad" (STC ROL N°2680-15 y 2858-15 de data junio de 2016);

En cuanto a la arbitrariedad V.S., Excma., ha razonado:

> "Cuando el legislador configura una diferencia, su inconstitucionalidad dependerá de su arbitrariedad, revelada por su irracionalidad. Para determinar la irracionalidad al Tribunal Constitucional le corresponde identificar tres elementos, así como valorar la relación existente entre ellos. En primer término, debe singularizar la finalidad de la diferencia, vale decir, qué propósito o bien jurídico se pretende alcanzar mediante la imposición de la diferencia en estudio. En segundo lugar, debe identificar con claridad en qué consiste -y cuál es la naturaleza- de la distinción de trato que contiene la norma. Finalmente, en tercer término, ha de singularizar el factor o criterio que sirve de base a la distinción; (STC 2664 c. 23) (En el mismo sentido, STC 2921 c. 15, STC 3028 c. 15, STC 4018 c. 5)"

Si suponemos, como lo hace la jurisprudencia, que la comunicación de la decisión de no perseverar en la investigación es un acto administrativo, entonces, este como tal, debe estar debidamente motivado, de lo contrario deviene en ilegal, tal como lo ha resuelto la Excma., Corte Suprema (SCS 43773-2020), al declarar que, la falta de motivación del acto administrativo, lo despoja de uno de sus elementos, deviene el mismo en ilegal.

Así, en el caso, materia de este requerimiento, al pretender adoptar la decisión de no perseverar, sin haber formalización previa de la investigación; todos los actos y omisiones del Ministerio Público, devienen en irracionales, que han infringido la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al privar la igualdad de armas, de revisión de pruebas y del ejercicio de la acción penal, como un Derecho Fundamental de la víctima.

b) Atentados Contra la Libertad de la Víctima: Infracción al Pleno Ejercicio del Derecho a la Acción Penal Pública

6.- Artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República

> "Art. 19 N° 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.
>
> Inciso segundo:
> Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y **ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado** si hubiere sido requerida.
> Inciso sexto: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción **debe fundarse en un <u>proceso previo legalmente tramitado</u>. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una <u>investigación racionales y justos</u>.**"
>
> Inciso tercero parte segunda: 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 <u>efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución</u>** y las leyes.

Solé nos señala que del proceso penal propio de un estado represor para con las conductas ilícitas debe avanzarse hacia un proceso penal encaminado a velar por la tutela efectiva de los derechos y libertades recogidos por la Norma

Fundamental.[36]

Derecho a Ejercer la Acción Penal Pública

El hecho de no formalizar, a ni a ningún individuo, afecta el derecho de la víctima a ejercer la acción penal pública, este derecho está contenido en el artículo 83 inciso 2 de la Constitución Política de la República, y por tanto tiene rango Constitucional, a saber:

> **"El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley <u>podrán ejercer igualmente la acción penal."</u>**

Por tanto, las víctimas podrán igualmente sostener la acción penal e instar por la protección jurídica de sus intereses, atendido a lo dispuesto por los artículos 83 inciso 2 de la constitución y 53 y 108 del Código Procesal penal.

Más aún, en doctrina se trata al derecho a la acción penal pública, como un derecho subjetivo, ante el que se obliga al juez a la prestación jurisdiccional:

> "Porque constituye un interés jurídico personal, protegido en forma inmediata y directa por la ley ante los demás individuos y el Estado, en términos de que, **ante su promoción, el Juez está obligado a la prestación jurisdiccional**. Es decir, es un derecho subjetivo, en particular, frente al juez"[37]

El Art. 229° del Código Procesal Penal define la formalización como:

> "La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados."

Esta conclusión está reafirmada, en nuestro ordenamiento nacional, a

[36] SOLÉ. Jaume. 1997. La tutela de la víctima en el proceso penal. Barcelona, Bosch. p. 12.
[37] NUÑEZ J., Cristóbal. 2003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P.63.

través del principio de inexcusabilidad consagrado en el Art. 76 de la Constitución Política de la República y el Art. 10 del Código Orgánico de Tribunales.

El Art. 230 del Código Procesal Penal, en tanto, señala que la formalización de la investigación se verificará cuando el fiscal considerare oportuno. La formalización es una atribución exclusiva del Ministerio Público. Solo este organismo puede realizar este acto. La doctrina esta conteste en este punto[38].

La interpretación mayoritaria, contra texto expreso, ha sido que para que el ofendido pueda acusar de forma particular (Art.258 inciso 4 CPP) o forzar la acusación (258 inciso 1 CPP), debe cumplir con el requisito que establece el artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, esto es que debe existir congruencia entre los hechos de la formalización y la acusación.

Así lo considera mayoritariamente la jurisprudencia ordinaria.[39] Pero no es lo mismo dirigir exclusivamente la investigación que tener la exclusividad de la acción penal pública.

Sin embargo, como sucesivamente lo ha resuelto VSE, el ejercicio de la acción penal pública no es privativo del Ministerio Público y bajo ningún respecto puede entenderse que los fiscales detentan el monopolio de la acción penal pública, puesto que sería contrario a lo señalado por el ya mencionado 83 inciso 2 de la CPR.

En el caso, la facultad de ejercer el forzamiento de la acusación es la concreción legal de la garantía constitucional del ejercicio de la acción penal pública por la querellante y la única forma realista de brindarle protección.

La facultad privativa de formalizar debe interpretarse en armonía a las garantías “procedimiento e investigación racionales y justos” (19 numero 3

[38] DIEGO FALCONE SALAS, Apuntes Sobre La Formalización De La Investigación Desde La Perspectiva Del Objeto Del Proceso Penal, revista de derecho Coquimbo, RDUCN vol.21 no.2 Coquimbo 2014; IGNACIO RIED UNDURRAGA, Formalización De La Investigación Como Ejercicio De Una Carga Procesal, Estratégica Del Ministerio Publico En El Proceso Penal. Revista de Justicia Penal, Numero 11 de septiembre 2017, página 99

[39] Guillermo Piedrabuena Richard, exfiscal nacional, LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, LA DECISIÓN DE NO PERSEVERAR Y EL FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN, EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA QUERELLANTE, pag.129, señala: “la fiscalía como los tribunales ordinarios estiman mayoritariamente que el tema de congruencia obsta a que se pueda permitir el forzamiento de una acusación sin que el fiscal haya formalizado previamente la investigación. Los fallos que opinan lo contrario son minoritarios.”

inciso 5) y derecho a ejercer la acción penal por parte del ofendido (83 inciso 2), ya que de lo contrario el derecho constitucional a ejercer la acción penal publica por parte de la víctima dependería de la voluntad discrecional del Ministerio Publico de formalizar.

Por tanto, no podemos sino entender que es una garantía constitucional de la víctima, el poder ejercer en plenitud de la acción penal y tener derecho a un juicio, y que la facultad de formalización del Ministerio Público debe respetar ese derecho de rango constitucional. El derecho consagrado constitucionalmente no puede quedar relegado a la discrecionalidad o capricho del Ministerio Público.

En el caso, se está ante una palmaria denegación de justicia, que coarta el ejercicio pleno de los derechos de la víctima y que vulnera un cúmulo de derechos fundamentales y garantías constitucionales que el Estado debe respetar y promover.

Más aún, V.S. Excma., ha resuelto, que el ejercicio de la acción penal pública es un derecho y que debe ser promovido por todos los órganos del Estado:

> "El art. 83, inc. 2°, CPR no sólo está situando al ofendido por el delito y demás personas que señala la ley en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción, como un verdadero derecho, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el art. 5º, inc. 2°, CPR. (STC 2510 c. 16)"

Tal y como lo ha resuelto V.S.E, es necesario precisar que 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 realiza conductas que hagan cesar la pretensión punitiva. (STC 8060-19 c12).

Y en la misma sentencia agrega que existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público, no le confiere a aquél una posición prevalente respecto del querellante privad en el ejercicio de la acción penal. En el sentido que el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado. (STC 8060-19 c. 13)

Privación del Derecho a la Tutela Judicial

Sin perjuicio que la Constitución no contenga ninguna disposición explícita al respecto que consagre expresamente el derecho de acceso a la justicia, éste se entiende implícito en el artículo 19 número 3 de la carta fundamental. Así lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina.[40]

Asimismo, el articulo artículo 76 de la Constitución, consagra la idea de jurisdicción:

> "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley."

Misma idea es reafirmada por el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales.

A mayor abundamiento, el derecho de acceso a la justicia está consagrado de forma genérica en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en el marco del sistema universal de derechos humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[40] En http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf pagina 61: "A la fecha, es posible identificar diversos fallos del Tribunal Constitucional (TC) en los cuales se hace referencia al derecho de acceso a la justicia en forma diversa. En algunas ocasiones el TC se ha referido a él como el derecho de acceder al órgano jurisdiccional; también lo ha definido como el derecho fundamental al proceso, y en otras oportunidades lo ha equiparado a un derecho a la acción o a la tutela judicial. La nomenclatura "tutela judicial" se ha utilizado para aludir de manera más amplia a todo el proceso de búsqueda de justicia y no solamente a la interposición de la acción, lo que constituye una definición de acceso a la justicia en sentido amplio."

V.S. Excma., ha definido la Jurisdicción como una función pública privativa de los tribunales de justicia:

> "La jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que esta Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley. (STC 205 c. 8) (En el mismo sentido, STC 554 c. 14)"

Luego, por aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, estos preceptos son vinculantes. La garantía a la jurisdicción consiste en el derecho a que nuestros asuntos puedan ser conocidos y juzgados por tribunales competentes establecidos por ley.

La inacción del Ministerio Público constituye una afectación en el acceso a la justicia de la víctima, ya que se entorpece su derecho de ejercer la acción penal pública. Se ha denunciado el abandono sin que hasta la fecha se hayan tomado las medidas necesarias para remediar esta irregularidad.

El hecho de no formalizar a ninguna persona a lo largo del procedimiento afecta el derecho de la víctima a que el asunto sea conocido por la judicatura, toda vez que, no se podría cumplir con la exigencia del artículo 259 inc. final del CPP (que exista congruencias entre formalización y acusación), al momento de un eventual forzamiento de la acusación (258 inciso 1) o acusación particular (258 inc. 4).

El Ministerio Público no puede impedir la intervención de los tribunales con su actuar. Misma idea plantea la doctrina:

> "la fiscalía es un órgano meramente administrativo que

> no tiene facultades jurisdiccionales y que no puede impedir el derecho a la tutela efectiva de parte de los tribunales”[41].

Al incumplir el Ministerio Público su deber de ejercer la acción penal en la forma prescrita en la ley; impide el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la víctima en el procedimiento; de modo que pueda obtener la intervención de un tribunal competente para el conocimiento y resolución de un asunto que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y nuestra constitución le reconocen (83 inciso 2 CPR), se afecta su derecho a la jurisdicción.

Que se afecte el derecho a la jurisdicción, tiene como consecuencia que se le impide hacer valer las alegaciones o defensas a la víctima, de tal forma que se le coloca en una posición de indefensión o inferioridad, y eso evidentemente amaga su derecho de acceso a la justicia y su derecho a la tutela judicial.

La negación del acceso a la justicia o al ejercicio de la acción penal que la constitución reconoce en favor de la víctima se concreta en el caso específico, al decidir, el Ministerio Público, no perseverar en la investigación, sin haberla formalizado previamente, y sin si quiera cumplir con la comunicación de cierre de la investigación en audiencia destinada al efecto.

Pero ello se competa por un tribunal que tolera y dispone una audiencia de etapa intermedia, sin que la etapa de investigación se haya concluido, sin que se haya formalizado, sin que se hayan practicado todas las diligencias para la averiguación de los hechos punibles y sus responsables y más aún sin que la investigación se haya cerrado.

Con esta actuaciones o resoluciones, es imposible que el tribunal ejerza su potestad y competencia en los términos exigidos por la ley, esto es, que conozca el asunto sometido a su jurisdicción, controle la investigación la legalidad y justicia de la investigación y resguarde las garantías de los intervinientes.

Al respecto, V.S. Excma., en el considerando trigésimo quinto, de la STC

[41] Guillermo Piedrabuena Richard, Op. Cit, pag.127

8798, el 8 de septiembre recién pasado, ha recalcado el imperativo, que el ejercicio del derecho al **acceso a la jurisdicción contempla la posibilidad de obtener juzgamiento** de las pretensiones hechas valer y que este derecho no puede ser conculcado por un acto administrativo del Ministerio Público:

> "De tal forma que, existe para todos los intervinientes, en todos los casos, el derecho a acceder a la justicia y a que se tutelen sus derechos fundamentales. Ello es garantizado con la posibilidad de acceder a los tribunales mediante acciones, pero no debe olvidarse que también existe un derecho a que el querellante pueda poner en conocimiento y provoque el juzgamiento de sus pretensiones. De lo anterior se deriva que existe un derecho que conlleva la obligación correlativa de los tribunales de ejercer la jurisdicción.
>
> Por ello, es posible concluir que la existencia de una audiencia en la que el Ministerio Público comunique al Tribunal su voluntad de no perseverar no resulta suficiente a fin de considerar que la pretensión está ejecutoriada. Esto pues no hay sentencia judicial firme que se pronuncie respecto al acto administrativo del ministerio público. Entonces, no es suficiente la alegación del Ministerio Público consistente en que este Tribunal está vedado de acoger la inaplicabilidad, fruto de la eventual pérdida de la lógica sistémica del Código Procesal Penal, toda vez que, como se ha dicho, el sistema procesal penal ha de ser constatado a partir de las normas constitucionales, y no al revés."

En reiterados fallos V.S. Excma., ha recalcado el imperativo del respeto y la promoción por el Estado; del derecho a la tutela judicial efectiva:

> "El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos

> asegurados por el Nº3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792 c. 8) (En el mismo sentido, STC 815 c. 10, STC 946 cc. 28 a 33, STC 1046 c. 20, STC 1061 c. 15, STC 1332 c. 9, STC 1356 c. 9, STC 1382 c. 9, STC 1391 c. 9, STC 1418 c. 9, STC 1470 c. 9, STC 2042 c. 29, STC 2438 c. 11, STC 2688 c. 5, STC 2701 c. 10, STC 2697 c. 17, STC 376 cc. 29 y 30, STC 389 cc. 28 y 29, STC 2895 c. 7, STC 5962 c. 13, STC 4018 c. 9, STC 5674 c. 9)"

Se vulnera, en este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 19 Nº3, normas de la Constitución Política de la República, que se traducen esencialmente en el derecho a acudir a los tribunales justicia para reclamar la protección de los derechos afectados, pues la aplicación de las normas legales cuestionadas importan que la víctima, en este caso mi representada, vea vulnerado su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del legítimo ejercicio de la acción penal que la Constitución le reconoce en su artículo 83, inciso 2º.

La importancia de la tutela judicial es especialmente relevante tratándose de los conflictos penales, tal como lo ha reconocido VS., Excma. en su STC 1535-2009, particularmente en su considerando 20:

> "La garantía constitucional de un proceso racional y justo obliga al juez a velar por la vigencia tanto del derecho a la libre producción de la prueba como del derecho al

> examen y objeción de la prueba rendida. La existencia de deberes impuestos por la ley al juez no puede ser óbice para el cumplimiento de su deber de asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de ambas partes, por lo que ha de buscar la mejor manera de hacer efectiva ambas garantías, en lo posible, sin menoscabo significativo para ninguna de ellas. (STC 2656 c. 16) (En el mismo sentido, STC 2657 c. 16)."

Ha razonado, además US. Excma., que todas las actuaciones de la víctima en el proceso penal son entendidas como manifestaciones de la tutela judicial efectiva:

> "La querella, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal. Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias. (STC 1535 c. 17)"

En el caso de marras, al pretender comunicar la decisión de no perseverar, sin haber formalizado previamente la investigación; se priva a la víctima de la libre producción de la prueba, el examen y objeción de esta, transgrede el Ministerio Público, la garantía constitucional de la víctima a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción.

Así en el caso concreto, se vulneraron los derechos de la víctima, a acceder a la justicia, al debido proceso, al pleno ejercicio de la acción penal y demás garantías fundamentales, reconocidos por los distintos tratados internacionales, actualmente vigentes.

Derecho a una Justa y Racional Investigación

El Art. 19 Nº 3 inciso sexto, en concordancia con los artículos 83 de la constitución y 1 de LOC del MP, la función de dirigir en forma exclusiva la investigación en materia penal respecto de hechos constitutivos de delito, debe realizarse de manera racional y justa.

V.S. Excma., afirma en sentencia Rol 4390-18, que su aplicación es en toda y en cualquier causa:

> "Que precisado lo anterior, cabe indicar que aun en este contexto de secreto no podemos olvidar que en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, la Constitución otorga un mandato al legislador para establecer siempre -en toda y en cualquier causa- las garantías de una investigación justa y racional"

En la especie, se han presentado dos querellas. A la fecha no hay ningún imputado formalizado.

Lo anterior contraviene la elemental racionalidad a que se encuentra sujeta cualquier investigación penal conforme al artículo 19 numero 3 inciso sexto de la Constitución, toda vez que, la decisión de no formalizar carece de sustento lógico atendido lo resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago al confirmar la denegatoria de sobreseimiento definitivo en el presente caso.

V.S.E., en sentencias Rol N° 1341-2009, de 15 de abril de 2010 (cons. 49°), y Rol N° 1394-2009, de 13 de julio de 2010 (cons.21°), ha dictaminado que:

> "Para que proceda el ejercicio de la facultad de no perseverar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores'. Esta es una expresión de la obligación del ministerio público de investigar, establecida en el artículo 183 del Código Procesal Penal en relación con el artículo

257 del mismo Código".

La Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N° 4.978-2011, de 02.09.2011, declaró que:

> "si bien el ministerio público tiene como prerrogativa exclusiva, dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, tal como lo consignan los artículos 83 de la Constitución Política, 3° del Código Procesal Penal y 1° de la Ley 19.640, dicho cometido debe llevarse a cabo en la forma prevista por la Constitución y las leyes, lo que supone actuar de acuerdo con criterios de objetividad, profesionalismo e idoneidad técnica, que den cuenta del cumplimiento cabal e íntegro de la función exclusiva que la sociedad le ha conferido, siendo destacable al efecto lo dispuesto en el artículo 180 del Código del ramo, en cuanto impone al fiscal, frente al conocimiento de hechos que puedan configurar un delito de acción penal pública —como ocurre en la especie—, proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad.
>
> De este modo, esta atribución propia del ente persecutor oficial no puede ser ejercida de manera deficiente ni arbitraria, sino que al contrario, resulta imperativo que se lleve a cabo en forma objetiva y completa, en términos que permita indagar efectivamente si existen hechos constitutivos de delito que ameriten ser perseguidos penalmente, pues no es posible aceptar que por razones estratégicas o de simple ineficiencia puedan omitirse hechos o pruebas relevantes, sea para la averiguación del hecho punible y sus responsables, o bien, para descartar otras hipótesis viables y plausibles, invocadas por alguno de los demás intervinientes del proceso penal" (En el

> mismo sentido, SCA de Arica, Rol N° 137-2012, de 4.6.2012, y SCA de San Miguel, Rol N° 739-2012, de 19.6.2012).

Al revisar las primeras sentencias que este Tribunal Constitucional ha dictado sobre el asunto, se puede encontrar que ellas reconocen, que la facultad de no perseverar es uno de los múltiples casos en que se encuentran, al menos, en tensión las potestades del ministerio público con los derechos de la víctima y que es menester resolverla sobre la base de "ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél" (c. 10° Rol N° 1.341).

Se ha ido concordando, en el sentido que es preciso reconocer y desarrollar un concepto de "discrecionalidad no arbitraria" aplicable al Ministerio Público dentro de la investigación penal, en cuanto si bien el fiscal, al tener la dirección exclusiva de la investigación, puede ejercer ciertas facultades de manera discrecional, esa discrecionalidad debe estar sujeta a un control que verifique que ésta no se esté ejerciendo de modo arbitrario (c. 13°, Rol N° 1.341).

Ello es particularmente relevante en la especie, toda vez que VS. Excma. ha resuelto que:

> "**Los mecanismos de resguardo a la víctima por un actuar arbitrario del Ministerio Público en el ejercicio de su facultad de no perseverar son insuficientes** desde el punto de vista constitucional. (STC 5653 cc. 23 a 32. En el mismo sentido, STC 6718 cc. 25 a 34)."

V.S.E. ha resuelto que la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia - aún 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 a margen de la intervención tutelar contralora del poder Judicial. (STC 8060- c 12)

Debido Proceso Legalmente Tramitado

Si bien, la Constitución no contiene norma expresa que defina con claridad lo que denomina la doctrina como debido proceso, en su artículo 19 numero 3 opta por garantizar el **derecho al racional y justo procedimiento e investigación,** agregando que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo; dado el reconocimiento internacional e histórico de este concepto, que el Doctor Alvarado Velloso – quien lo ve coma la garantía de las garantías; la forma racional y democrática de proscribir la impunidad y la indefensión, así como los castigos y condenas arbitrarias - define como proceso, a secas y sin ningún apellido como el: Método de debate dialéctico y pacifico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad y dice que no lo hay o este es indebido; cuando se prescinde de prueba decisiva; cuando el procedimiento se lleva a lugar con dilaciones excesivas o es ineficaz; cuando se soslaya el derecho a prueba; cuando la sentencia no se pronuncia sobre las cuestiones oportunamente planteadas; cuando se pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes; prescinde del texto legal o se aplica ritual y dogmáticamente con fundamentos aparentes que contradicen las garantías fundamentales: Tal y como ocurre en la gestión pendiente.

V.S.E. ha conceptualizado esta garantía como aquel que cumple íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho.[42]

De poco valdrían los derechos y libertades si no pudiésemos obtener su garantía y protección por los jueces. Y es que, como señala Pereira Menaut[43]

> No basta con pensar que uno "tiene la justicia de su parte, sino que tendrá que demostrarlo y para ello habrá de existir un procedimiento que nos garantice nuestro derecho, de naturaleza procedimental -o sea, que no se

[42] STC INA 1130, Considerando séptimo.
[43] Pereira Menaut, Antonio Carlos (2006): Teoría Constitucional, 2a ed. (Santiago, LexisNexis)

> pronuncia sobre el fondo de la pretensión-, a defender aquellos nuestros derechos de naturaleza sustancial -o sea, los que se refieren al fondo o justicia material del caso-". En tal sentido, el debido procedimiento jurídico tiene carácter formal: sólo adquiere sentido en relación con los derechos o libertades, y desde este punto de vista constituye una garantía de éstos

Así lo ha entendido de forma mayoritaria la doctrina:

> "Lo importante es que, a su vez, esta sentencia tiene que ser producto de un juicio o proceso, pero no de cualquiera, sino de uno que revista tales cualidades que pueda ser calificado de "justo o debido".
>
> Es nuestra Constitución la que consagra esta garantía básica, que por su amplitud comprende a las demás de carácter específico, aunque no se agota en ellas, cuando señala que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa" (art. 19 N° 3 inc. 5).[44]"

De la garantía constitucional al debido proceso emanan los demás derechos de la víctima, los cuales pueden ser agrupados en distintas categorías: "En primer lugar .. las garantías, esto es, aquellos derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos … de este importante grupo podemos encontrar el **derecho a la protección**, al trato digno y a la información"[45]

Para el profesor Raúl Tavolari[46], los derechos de la víctima son: a) El derecho de protección; b) El derecho de intervención; c) Derecho de audiencia; d) Derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas; finalmente agrega una quinta categoría denominada "otros derechos"

---

[44] Carocca Perez, Alex,op.cit, pag.82

[45] CASTRO J., Javier. 2004. La víctima y el querellante en la reforma procesal penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXV: 127-141.

[46] TAVOLARI O., Raúl. 2005. Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos. Santiago Editorial Jurídica. Citado en STC ROL 1341-2009 de fecha 15 de abril de 2010 considerando 67°.-

Sobre esta materia, V.S.E. ha considerado que:

> "…el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja en tal forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad;" (STC INA Rol N° 808, C 10°).

S.S. Excma., en sentencia de causa Rol 4934-18, ha resuelto que la aplicación de la garantía al debido proceso debe hacerse en todo momento:

> "El mandato del legislador es establecer "siempre las garantías" de un procedimiento y una investigación racional y justo."

De otro punto de vista, en aplicación de los principios de interpretación *por homine*, *pro derechos humanos*, no pude soslayarse que esta garantía es reconocida por toda la comunidad internacional como un precepto base de los derechos humanos.

Finalmente, tal relevancia posee este principio o garantía, que puede sostener el que proceso, sin apellidos, entendido como (Alvarado Velloso) es garantía suficiente para el resguardo de todos los justiciados en un sistema republicano o estado de derecho.

A tal punto llega esta convicción que las máximas y principios o elementos constituidos del proceso o del debido proceso, según se quiera llamar, que están presente en toda la esfera decisoria de la administración. Particularmente en la especie, cuando la investigación, por mandato

constitucional, debe ser racional y justa.

El debido proceso no puede entenderse sin el derecho a rendir prueba, como lo explica el profesor Alex Carocca Pérez:

> "el proceso se caracteriza porque se hacen las alegaciones que consisten en un conjunto de afirmaciones capaces de constituir un verdadero relato, pero que, para que el tribunal se convenza de su efectividad, requieren de la actividad complementaria de la prueba, que consiste en esencia en producir nuevas afirmaciones provenientes ya no del litigante, sino de terceras personas, que se introducen al proceso a través de los medios de prueba."[47]

Luego el derecho a rendir pruebas, junto a otros, es un derecho que subyace al debido proceso. Del mismo modo lo ha entendido VS., Excma., en diversos fallos:

> "Por la otra, deben cumplir garantías vinculadas al debido procedimiento. El legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc. (STC 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013)"

Nuestros Tribunales de Alzada también destacan la importante relación entre la prueba y el debido proceso:

> "no resulta muy aventurado sostener que la distorsión u omisión, incluso parcial de la prueba rendida en el juicio, infringe la cláusula constitucional del procedimiento e investigación racional y justa, pues supone, en el caso de condena, una decisión que desvirtúa el estado de inocencia sin que se cumplan con los presupuestos básicos para ello."[48]

---

[47] Ibidem.
[48] Rol número 618-2018 Penal, 20 de diciembre de 2018, Segunda Sala de la Ilustrita Corte de Apelaciones de La Serena.

El derecho a rendir prueba de la víctima se ve afectado por una investigación negligente, toda vez que se afecta la producción de esta. Por parte de la fiscalía no se han propuesto en ningún momento diligencias, y ni tampoco ha accedido a realizar las solicitadas.

En la presente investigación, ni siquiera se accedió a determinar la entidad del daño causado con los delitos materia de esta investigación por medio de un peritaje, peor aún en la especie, el Ministerio Público decidió no continuar con la investigación o simplemente abandonarla

Todo lo anterior afecta la posibilidad de la víctima en generar sus pruebas. Luego, afecta directamente en su derecho a rendir pruebas.

Finalmente, el Derecho a recurrir contra las resoluciones que generan perjuicio a los derechos fundamentales de la víctima. En particular en la gestión pendiente, que se pretende hacer cesar ilícitamente invocando normas legales, está reconocido en el artículo 5 de la Carta Fundamental con relación a los artículos 14 de la Convención sobre Derechos políticos y Civiles, y, los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Debe proscribirse en el caso concreto cualquier disposición legal que impida el pleno ejercicio de este derecho. En síntesis, la aplicación de las normas materia del requerimiento en la presente gestión judicial pendiente, es contraria al debido proceso y han permitido que de manera injusta ilegal y arbitraria se amague el pleno ejercicio de la acción penal que nuestra constitución garantiza a la víctima.

7.- Artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República

> "Art. 19 N°26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio."

En el caso concreto, se han afectado, en su esencia, derechos y garantías

fundamentales de la víctima en el proceso penal y más aún, se imponen condiciones que impiden el libre ejercicio de estos.

Como se ha dicho, en el caso concreto, se vulnerado la libertad e igualdad de la persona humana, que el Estado debe proteger, además se ha conculcado un cúmulo de garantías fundamentales consagradas en instrumentos internacionales, vinculantes al Estado de Chile por aplicación del Art. 5° inciso segundo del texto Constitucional, se ha infringido además: El principio de la legalidad, el de la Supremacía Constitucional, el principio de Juridicidad, el principio de Probidad, el derecho a la Igualdad ante la ley, el ejercicio pleno del derecho a la Jurisdicción, a la Tutela Judicial Efectiva, el Derecho a la Acción, y en último término todas estas afectación implican un ataque contra la dignidad humana.

S.S. Excma., ha considerado que la tutela, resguardo, respeto y promoción de estas garantías y derechos, son un deber del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público (STC 815):

> "El Estado proclama como valor fundamental que los seres humanos "nacen libres e iguales en dignidad y derechos", además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que **los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público**, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º y 19, números 2º, 3º y 26, de la Carta Fundamental.
>
> En este sentido, este derecho fundamental, que incluye **entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción**, es definido por los especialistas como "aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de

> sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión" (G.C.V., en F.B.C. y otros, "Derecho Constitucional", tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005).
>
> Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias."

La aplicación de los artículos del Código Procesal Penal, cuya inaplicabilidad se solicita al caso concreto, implican una privación de la garantía del Art. 19 N°26, afectando el derecho a la acción en su esencia, porque impide el ejercicio pleno del derecho a la acción penal pública, transgrede además el principio de juridicidad y la seguridad jurídica, el derecho a la tutela judicial efectiva, consecuentemente el acceso a la jurisdicción y demás expuestos previamente.

8.- Artículo 76 de la Constitución Política de la República

> "Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley
>
> Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión."
>
> La jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley,

> que son las autoridades que esta Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley. (STC 205 c. 8) (En el mismo sentido, STC 554 c. 14).

La infracción de esta norma constitucional se desprende de que, al aplicarse los preceptos legales, de forma inconstitucional al caso en comento, se infringe con el principio de Inexcusabilidad y se somete el imperio de la Constitución a la discreción del Ministerio Público, que resuelve el asunto, sin permitir el conocimiento del tribunal ante el que comunica administrativamente su Decisión de **No** Perseverar, privando a la víctima de su garantía al ejercicio de la acción penal y demás derechos fundamentales.

Infracción a la Inexcusabilidad: Sin Conocimiento y Juzgamiento No Hay Jurisdicción

Mediante la comunicación de la decisión de no perseverar, se persigue el decaimiento del procedimiento iniciado, sin que medie intervención judicial, ni resolución emanada del órgano jurisdiccional, único facultado por texto expreso de la Constitución para resolver de los negocios sometidos a su conocimiento, ante lo que no podrá excusarse de ejercer su autoridad, aún a falta de ley.

V.S.E. ha razonado que el juzgamiento es un elemento consustancial de la noción de jurisdicción:

> "El juzgamiento es un elemento consustancial a la noción de jurisdicción, de manera que aun cuando exista una controversia de relevancia jurídica entre partes, no hay ejercicio jurisdiccional si no hay juzgamiento. (STC 513 c. 12)"
>
> La jurisdicción, entendida como el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico, incluye las facultades de conocimiento y resolución,

> vinculadas entre sí, una como consecuencia de la otra, mientras el conocimiento comprende también las fases de discusión y prueba. (STC 478 c. 13) (En el mismo sentido, STC 529 c. 13, STC 2159 c. 11).

Principio consagrado a su vez, en lo dispuesto en el Art. 10 del Código Orgánico de Tribunales:

> "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión."

Ante los efectos procesales que se desencadenan con la decisión de no perseverar, comunicada por parte del Ministerio Público, se privó a la víctima de su derecho a obtener una resolución judicial, por parte de un tribunal establecido por ley, que resuelva el conflicto jurídico sometido a su conocimiento.

Además, como se ha dicho, se privó a la querellante de su acción penal, de su derecho a la tutela judicial efectiva, su derecho a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la prueba, al examen de esta y, en definitiva, su derecho a la jurisdicción.

Este aserto no es nada menos que desconocer el derecho al recurso expedito y sencillo que garantizan los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que Chile es parte.

Cómo nos recuerda Ferrada[49], citando diversas fuentes, el control, desde una perspectiva conceptual, no es más que la actividad de comprobación, inspección, fiscalización, intervención, lo que en el ámbito jurídico se expresaría en un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato).

---

[49]Juan Carlos Ferrada Bórquez. Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional, Rev. derecho (Valdivia) v.17 Valdivia dic. 2004. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200005

Así, el control no es más que el vehículo efectivo de la limitación del poder, considerando, dentro de éste, a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos.

Lo que en la gestión pendiente se discute, no sólo es la procedencia de la decisión misma de no perseverar, sino que el deber inexcusable del tribunal en cuanto conocer del fondo del asunto, como primera etapa de la función jurisdiccional; así, como, la necesidad de que la investigación se formalice como presupuesto de su cierre; que se otorgue un plazo y una audiencia para discutir la suficiencia de la investigación o su reapertura y posteriormente, se discuta la procedencia de comunicar una decisión de no perseverar.

Sin embargo, frente a todo esto, se argumenta la exclusividad en la investigación penal, como autarquía en la ponderación de la suficiencia de los antecedentes por parte del Fiscal para sustentar su acusación: Ni el Juez de Garantía, ni la Corte de Apelaciones podrían juzgar sobre la idoneidad de los antecedentes para la sustentación con resultados de éxito de una acusación en un juicio oral. Ello permitiría no conocer ni juzgar el asunto materia de la audiencia, ni la verificación de sus presupuestos, ni el control de la actividad persecutoria por parte de la víctima o del tribunal, ni ejercer recurso alguno contra una actividad ilegal y arbitraria de un órgano del estado que vulnera los derechos fundamentales de la víctima.

La argumentación sostenida en el párrafo precedente, que ha dado lugar a la aplicación de los preceptos legales materia del requerimiento los hace notoriamente contrarios a la Carta Fundamental, en la gestión judicial pendiente como se ha hecho y muy probablemente se continuarán aplicando; si los tribunales ordinarios no ejercen sus funciones.

9.- Artículo 83 incisos primero y segundo de la Constitución Política de la República

> "Art 83. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que

> determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales "

Nos referimos anteriormente y nos estamos a lo allí expuesto, con relación a la legalidad y obligatoriedad de la actividad investigativa. En cuanto las actuaciones del Ministerio Público, se desprende que invoca la ley, para no cumplir y redargüir de sus deberes impuestos por la Constitución, así como lo previsto en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y las leyes, que rigen la persecución penal y la investigación de los delitos.

Ahora, bien, con relación a la gestión judicial pendiente y la contradicción que produce, la aplicación de los preceptos legales, en la forma anotada, con el texto constitucional y los principios que lo inspiran, así como las garantías que éste asegura a la víctima, debemos consignar que:

> "Art. 83, inciso segundo: El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley **podrán ejercer igualmente la acción penal**."

V.S. Excma. ha resuelto 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 a esto, ha de precisarse dentro del actual sistema procesal penal, o se contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes

> objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación.
>
> En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la facultad de no perseverar como una "decisión" del Ministerio Público que se "comunica" al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y "no sólo la persecutoria del Ministerio Público" culmina con la sola decisión del órgano administrativo, sin posibilidad de una revisión judicial, propiamente tal. 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 diligencias pendientes no sólo pueden ser de utilidad para el Ministerio Público, sino también para la parte 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 (STC 7237 c. 22Ir a Sentencia)

Además, ha razonado V.S.E., que el Ministerio Público, no puede ponderar, sin control las pruebas:

> "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" (STC 8142-2020. C 9)

No escapa a V.S.E. que, el derecho a forzar la acusación, establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, es la manifestación concreta derecho constitucional a solicitar la tutela judicial efectiva de los propios derechos y al ejercicio de la acción penal.

De aplicarse, en este caso concreto las disposiciones legales de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal y el inciso final del artículo 259 del mismo código, teniéndose por comunicada una decisión de no perseverar en una investigación desformalizada, y como consecuencia, al mismo tiempo impedir el señalado derecho a forzar la acusación por no poder darse cumplimiento el principio de congruencia, implicaría desconocer la facultad constitucional del ejercicio de la acción penal entregado al ofendido por un delito.

En efecto, de aplicarse los preceptos legales impugnados en esta acción, estaría entregado al Ministerio Público la posibilidad de vetar la intervención del querellante a través de su decisión administrativa de no formalizar, en afectación directa de los Arts. 19N°3 y 83° del texto de la Constitución. VS., Excma. se refirió al principio de congruencia (STC 2324, en el considerando 13) al declarar que es:

> "(…) aquel elemento del debido proceso que obliga pues a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica".

El objetivo de este principio es impedir que un imputado se enfrente a una sentencia que se base en argumentos o cargos que sólo viene a conocer precisamente a consecuencia de su dictación y en relación a los que no haya podido debatir o probar. En otras palabras, en los casos en que se comunique

una decisión de no perseverar, nunca existirá, a continuación, una formalización que le permitiera al querellante cumplir con el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, de modo que si se le niega en virtud de este principio de congruencia la posibilidad de forzar la acusación, lo cierto es que nunca podrá ejercer el querellante ese derecho, violando así su garantía constitucional de acceso a la justicia (artículo 19 Nº 3, incisos 1º y 2º, de la Constitución Política de la República) y su derecho a ejercer la acción penal (artículo 83, inciso 2º, de la Constitución Política de la República). Ello a menos que VSE., declare también la inconstitucionalidad del inciso final del Art. 259 CPP.

En el caso *sub litis*, la disposición legal que se pide declarar omitir su aplicación al caso concreto será aplicada por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, en la causa RIT 4011-2017, sin que pueda la víctima - querellante oponerse a su aplicación o recurrir en contra de ella, como lo ha declarado la jurisprudencia, pues es una decisión administrativa del Ministerio Público. Por lo tanto, dicho precepto cuestionado resulta decisivo para la resolución del juicio penal y, en nuestro concepto, su aplicación priva al requirente de los derechos constitucionales que se han indicado precedentemente.

La inconstitucionalidad se configura en la medida que las normas objetadas determinan una supeditación de la acusación a la formalización de la investigación y, en consecuencia, el forzamiento de la acusación requiere, igualmente, de la formalización previa del Ministerio Público, por lo que, no obstante que la formalización es un acto de mera comunicación, en que dicho Ministerio tiene una facultad privativa y discrecional, si el órgano persecutor fiscal se niega a formalizar la investigación y, como en la especie, pretende la comunicación de su decisión de no perseverar en la investigación del delito, el querellante se ve imposibilitado de continuar con su acción penal y de poder acusar, así como tampoco puede forzar la acusación, esto es, no tiene vía alguna para poder seguir adelante con el proceso penal, en su condición de víctima.

Todo ello, importa la infracción de los derechos del querellante a la igualdad ante la ley, al debido proceso y al ejercicio de la acción penal, en el marco de las garantías, que el legislador debe otorgar para configurar un procedimiento racional y justo.

Asimismo, se vulnera el artículo 83, inciso segundo, de la Carta Fundamental que confiere al ofendido por el delito el derecho a ejercer la acción penal, pues, **en el caso concreto, al no haberse formalizado la investigación por el Ministerio Público, el querellante se ve imposibilitado de forzar la acusación y continuar con el ejercicio de su acción penal** garantizada por el aludido precepto de la Carta Fundamental.

Así, el efecto contrario a las disposiciones constitucionales reseñadas se genera al pertenecer, en definitiva, al Ministerio Público la facultad de iniciar y poner fin a la acción y al proceso penal, sin que, en este último evento, la víctima disponga de medios para poder perseverar en el ejercicio de la acción penal pública. Luego, el querellante queda sujeto a la decisión discrecional y exclusiva -incluso arbitraria- del Ministerio Público.

Siendo el Ministerio Público un órgano constitucional autónomo, debe regirse por el principio de juridicidad, contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, que sancionan con nulidad su en contravención.

Por otra parte, la decisión de no perseverar no puede adoptarse sin que previamente se haya formalizado la investigación, pues de lo contrario priva al querellante del ejercicio de la acción penal (artículo 83, inciso segundo, de la Constitución) y lo demuestra la propia ley procesal penal, al contemplar los efectos de dicha comunicación:

> "Queda sin efecto la formalización y las medidas cautelares personales, que requieren formalización, cesan, y continúa corriendo el plazo de prescripción, que la formalización suspendió (artículo 233, letra a), del C.P.P.)."

La decisión de no perseverar en el procedimiento no se puede adoptar sin haber cerrado la investigación y ello no se puede realizar sin formalizar y sin que se haya cumplido todas las diligencias destinadas a la averiguación de los partícipes y del hecho punible, no solo por mandato legal y constitucional; sino por aplicación de los principios de racionalidad, de igualdad de armas y de orden consecutivo legal.

V.S.E. ha resuelto recientemente que no se satisface el mandato constitucional del Art. 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 (STC 8142-2020) Asimismo, ha considerado que en definitiva que la Constitución no le otorga al órgano persecutor la potestad para, sin un control tutelar efectivo por parte de la judicatura, hacer prevalecer, si más, decisiones de mérito que impliquen perjudicar la pretensión punitiva de la sociedad y de la víctima. (STC 8060-19 c13)

V.S.E. ha descartado los supuestos resguardos que anteriormente sirvieron para desestimar estas actuaciones ilícitas del Ministerio Público aun toleradas por los tribunales ordinarios, quien fijan audiencias al efecto, vulnerando los derechos fundamentales de las víctimas querellantes, en los siguientes términos:

1.- El Art. 5° de la Ley 19.640.- Toda vez que el derecho de la víctima a ser indemnizada por el Fisco a causa de la actuación injustificadamente arbitraria del Ministerio Público mira a un fin distinto al que pretende la víctima. La sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término repercute en toda la sociedad.

2.- El artículo 7 de la Ley 19640.- que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor, la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo, la que no es posible asimilar a la pérdida de la acción penal por parte d la víctima contra el imputado de un delito.

3.- Lo mismo cabe agregar respecto del Art. 32 b) de la citada Ley 19.640, puesto que del oficio N°60 de 2014 del Fiscal Nacional, el ejercicio de la facultad de no perseverar hace inútil la reclamación frente al propio órgano que autorizó llevarla a cabo, conforme a otras Instrucciones Generales que discurren sobre la posibilidad de ejercer esta atribución sin formalizar, lo que como hemos señalado no sólo es contrario a la letra de la ley, sino que abiertamente inconstitucional.

4.- La procedencia de la reapertura de la investigación prevista en el art. 257 del CPP. No es resguardo suficiente.

En la especie, se debió solicitar la reapertura de la investigación, sin haber conocido con certeza el contenido, de la misma, ya que este no fue informado previamente por el Ministerio Público.

El Ministerio Público debe realizar de forma objetiva, racional y justa la averiguación de los hechos punibles, lo que transforma las actuaciones sobre la materia, en el caso concreto, en carentes de la motivación y racionalidad que nuestra constitución y las leyes le exigen, so pena de nulidad.

Así se configura un régimen de desprotección de la víctima e impunidad de los hechores, propiciado por los entes encargados de ejercer el *ius punendi*, la persecución e investigación exclusiva de los delitos y el castigo de sus responsables.

5.- El forzamiento de la Acusación. En la especie el efecto inconstitucional de la decisión de no perseverar se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad de Art. 258 inciso 4°, toda vez que la formalización se ha exigido como requisito para ejercer este derecho, la que depende de la sola voluntad del Ministerio Público, cuando lo considerare oportuno.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Sólo mediante la interpretación y aplicación aviesas de los preceptos legales cuya inconstitucionalidad se requiere declarar por este requerimiento, cuyo texto expreso y aplicación sistemática se desconocen bajo una la falsa premisa de supuesta prerrogativa o facultad incuestionable e incontrolable del Ministerio Público respecto de la persecución penal; en circunstancias que ello que no es otra cosa que el ejercicio de su la potestad o mandato constitucional de perseguir los delitos e investigarlos con acuciosidad y objetividad; lo que constituye su razón de ser y a lo que está obligado por la constitución y las leyes.

Función pública que se deniega abiertamente, de modo injusto,

antijurídico y arbitrario, y que, como efecto trae la denegación de jurisdicción. Todo ello en perjuicio e indefensión de las garantías fundamentales de la víctima.

Esto crispa a la ofendida y en general a nuestra sociedad, que contempla que se hace cesar arbitrariamente la persecución penal, sino que además se obstaculiza o impide el acceso a la justicia y el pleno ejercicio de la acción penal.

U.S. Excma., sobre la materia de qué trata el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ha acogido previos, declarando inaplicable el Art. 248 letra c), del Código Procesal Penal, desde el año 2018, en las causas Rol 5653-18; 6718-18; 7237-19; 8060-2019, 8798-20, esta última con sentencia que acogió el requerimiento con fecha 8 de septiembre recién pasado.

Asimismo, ha declarado inaplicable el Art. 259 inciso final en reciente fallo Rol 8142-2020, por las razones antedichas, toda vez que constituye un obstáculo para el pleno ejercicio de la acción penal pública de la querellante, que la constitución le reconoce.

Exigir, en el caso concreto la formalización como requisito del forzamiento de la acusación al querellante, implica establecer una limitación que afecta a la esencia del ejercicio de la acción penal pública, que queda limitada o librada al capricho del Ministerio Público, por lo que lo hace ilusorio, así como su derecho al acceso a la tutela judicial.

En este sentido, se ha razonado por este Tribunal que una interpretación que supedite el ejercicio de la acción penal pública por el ofendido a la formalización que previamente deba efectuar el fiscal, no se aviene con la Ley Suprema y con la garantía de los derechos de todos los intervinientes en el Proceso Penal que el código del ramo ha querido asegurar. (STC Rol 1484-2009-INA c 20)

X. PETICIONES CONCRETAS

Con el mérito de los antecedentes y fundamentos que se han expuesto, concurriendo las exigencias legales de admisibilidad, y actuando en la

representación que invisto, solicito, conforme a lo establecido en el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República, al Excelentísimo Tribunal Constitucional, que acoja el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, declarando que la letra c) del artículo 248; art. 259 inciso final; art. 261 letra) en la parte que dice "siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación" y el art. 370, todos del Código Procesal Penal, son inaplicables en la investigación desformalizada que se lleva a cabo en causa RIT Nº 4011-2017 que se tramita ante el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, por resultar su aplicación concreta en dichas causas contraria a los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6°, 7°, 8°, 19 N°2, 19 Nº3, incisos 1º y 2º, 76° y 83, inciso 2º, todos de la Constitución Política de la República.

POR TANTO, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política de la República, y lo dispuesto en los artículos 8 N° 2, 7 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 9 a 13 y 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás normas pertinentes;

SOLICITO A S.S. EXCELENTÍSIMA, Se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogerlo en todas sus partes, y en consecuencia, declarar que los artículos 248 letra c); 259 inciso final, 261 letra a) y 370 del Código Procesal Penal, <u>son inaplicables en la investigación desformalizada pendiente</u> en la causa RIT N° 4011-2017, del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, puesto que la aplicación — a dicho proceso — de las disposiciones legales indicadas del Código Procesal Penal, vulneran — en la especie — las disposiciones constitucionales que se han desarrollado en el cuerpo de este escrito, en particular los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6°, 7°, 8°, 19 N°2, 19 Nº 3, incisos primero, segundo y sexto, Art. 76° y 83, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República.-

PRIMER OTROSÍ: En parte de prueba de los hechos que fundamentan el presente requerimiento y de sus requisitos de procedencia, **A US. EXCMA. PIDO** tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Copia de certificado emitido por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago,

en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 79 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

2.- Copia de certificado emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 79 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional

3.- Copia de audiencia de sobreseimiento de fecha 2 de octubre del presente año, del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, en que se rechazó solicitud de sobreseimiento.

4.- Transcripción de Sentencia, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 2 de noviembre del año en curso en causa Ingreso Corte 5167-2020, mediante la que se confirmó lo resuelto por el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago el 2 de octubre anterior.

5.- Copia Cédula Nacional de Identidad de este Abogado Patrocinante, conforme Protocolo de Presentación de Escritos de Mandato o Patrocinio y poder.

6. Copia Cédula Nacional de Identidad de don Mauricio Smok Allemandi.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo que disponen los artículos 32, 38 y 85 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dada la inminente audiencia de comunicación de decisión de no perseverar, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión; **SOLICITO A S.S. EXCMA.**, decretar la suspensión de la tramitación del procedimiento penal RUC N° 1710026198-7; RIT 4011-2017, que se sigue ante el Tercer Juzgado de Garantía de Santiago; y, para este fin oficiar por la vía más expedita a estos Tribunales.

TERCER OTROSÍ: SÍRVASE US. EXCMA., autorizar que, a esta parte todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias, le sean notificadas a la dirección de correo electrónico: **cespejoabogado@gmail.com**

CUARTO OTROSÍ: **SOLICITO A S.S. EXCMA.,** se tenga presente, que, en mi condición de abogado habilitado para el ejercicio profesional, patrocinaré personalmente la presente acción de inaplicabilidad, señalando como domicilio

para estos efectos avenida Alonso de Córdova 5710, oficina 2020, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago. En este mismo acto, don **MAURICIO SMOK ALLEMANDI**, me confiere poder amplio de representación con todas y cada una de las facultades contenidas en el artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, en ambos incisos, las que se dan por reproducidas enteramente; en particular me otorga facultades para su representación y actuar a su nombre ante el Tribunal Constitucional, dándose por cumplida la carga procesal impuesta en el artículo 42 de la L.O.C.T.C.