



- EN LO PRINCIPAL:** Deduce requerimiento de inaplicabilidad
- PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documento
- SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita suspensión del procedimiento
- TERCER OTROSÍ:** Notificaciones
- CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y Poder

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CARLOS EDUARDO LAGOS HERRERA, cédula de identidad N°8.006.944- 8, abogado, con domicilio en El regidor 66, piso 14, Las Condes, actuando por sí mismo, a US. Excma. con respeto digo:

Que, vengo en requerir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93 N°6 de la Constitución Política de la República y los arts. 79 a 92 del DFL N°5 del año 2010 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto coordinado y sistematizado de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitando se declare inaplicable el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, respecto de la causa **RUC 15100175547-6, RIT 88-2015** del Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá, causa que hoy en día se encuentra con gestión pendiente ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, bajo rol de ingreso el 1395-2021, por los hechos y fundamentos que paso a exponer:

I.- EXPOSICIÓN CLARA DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS EN QUE SE APOYA EL REQUERIMIENTO:

1.- Gestión judicial pendiente y legitimación activa.

La gestión judicial pendiente en que incide la presente acción de inaplicabilidad, es el **recurso de apelación** presentado por esta parte ante la negativa del Juzgado de Garantía a reabrir la investigación, de conformidad al artículo 257 del Código Procesal Penal y que en su lugar tiene presente la Comunicación de No Perseverar que comunicó el Ministerio Público con fecha 21 de diciembre de 2021. Dicho recurso tiene por Rol de ingreso el 1395-2021 ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena.

Gestión trascendental puesto que dependiendo de ella se producirá o no el término completo de la presente investigación que se inició con la presentación de la querrela criminal con fecha 22 de mayo de 2015, dirigida en contra de quienes resultes responsables, seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá, bajo el RUC: 1510017547-6 y el RIT 88-2015.

La causa se encuentra actualmente desformalizada y con diligencias pendientes, sin embargo, con fecha 22 de noviembre de 2021, el Ministerio Público decidió cerrar la investigación y comunicar la decisión contemplada en el Artículo 248 letra c), es decir, no perseverar en la investigación, solicitando la respectiva audiencia para comunicar dicha decisión. Por su parte el Juzgado de Garantía de Combarbalá, con fecha **30 de noviembre de 2021** citó a las partes a audiencia que se realizará el día 21 de diciembre de 2021, para comunicar esta decisión. Cabe añadir que, en atención a lo anteriormente expuesto, es que esta parte solicitó al Juzgado de Garantía la reapertura de investigación, dentro del plazo legal, solicitando asimismo diligencias de investigación necesarias.

En dicha gestión pendiente tengo calidad de querellante e interviniente, toda vez que, con fecha 20 de noviembre de 2015, suscribí contrato de cesión de derechos litigiosos con la víctima don Gabriel Antonio Zepeda Cortes (Q.E.P.D), por un porcentaje de los mismos, según consta en contrato ante el Sra. Notario suplente doña Margarita Moreno Zamorano, de la vigésima séptima notaría de Santiago. Documento que se acompaña en un otrosí de esta presentación, gozando en consecuencia de legitimación activa para interponer este requerimiento a V. S. E., de conformidad con el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República y el artículo 79 inciso primero del DFL N°5 del año 2010.

2.- Hechos que imputamos como querellantes tras una investigación madura:

A principios del año 2007 Gabriel Zepeda, pirquinero y dueño de pertenencias mineras, inició una búsqueda de compradores o de un socio con quien, en igualdad de condiciones, proceder a la explotación de pertenencias mineras muy valiosas, de su propiedad.

En este contexto, don Carlos Griffin, persona conocida de don Gabriel Zepeda, le presenta a éste último a don Pedro Butazzoni, querellado de autos, político y empresario de basta experiencia en la industria, con múltiples inversiones no solo en yacimientos, sino que también, en empresas del rubro y lo más importante con capacidad y acceso a la tecnología necesaria para efectos de llevar a cabo la explotación de sus pertenencias, en yacimientos rentables, cuestión que hasta aquel momento el Sr. Zepeda únicamente podía realizar a pequeña escala, considerando los elevados montos que exige desplegar una actividad de gran minería, tal y como pretendía el Sr. Butazzoni.

En ese escenario, y en el marco una extensa negociación, al interior de la cual existieron ofertas de compra de por medio, don Pedro Butazzoni Álvarez dispuso que la Sociedad EGM Limitada, Servicios Geológicos Mineros, realizara un

estudio en el mes de octubre de 2007, con el objeto de determinar el potencial minero de las pertenencias de propiedad de mi representado, concluyendo el Informe respectivo que tales minas tenían un potencial minero de 2.055.000 toneladas, en tan sólo una de sus pertenencias. Sobre el particular, conviene señalar además que el querellado de autos instruyó al Perito a cargo del Informe en comento, Sr. Guillermo Rochefort, no entregar copia del mismo a mi representado, a lo que sin embargo el Sr. Perito hizo caso omiso, efectuando entrega de una copia a don Gabriel Zepeda.

Así las cosas, frente al mérito de las conclusiones contenidas en dicho Informe Pericial, don Pedro Butazzoni habla con mi representado, manifestándole la conveniencia de “sacar” a don Carlos Griffin del negocio que estaba siendo proyectado en aquel momento, y que él, además de la planta de beneficio, efectuaría el aporte del capital necesario para dar inicio a los trabajos.

De esta forma, los Sres. Zepeda y Butazzoni acuerdan conformar la **Sociedad Minera Barba S.C.M.**, para efectos de explotar estas pertenencias mineras, en condiciones equivalentes, es decir 50% cada parte, Zepeda aportando 11 pertenencias mineras y Butazzoni aportando la planta de beneficio y capital necesario.

Establecido lo anterior, absoluta sorpresa causó en mi representado encontrar en el borrador de la escritura de constitución social respectiva, la propuesta de asignación, a don Gabriel correspondía el 37% de la compañía, gracias al aporte de los yacimientos de minas “El sauce”, “Milagrosa”, “Alegría” y “Variola” (avaluados por el querellado en \$37.000.000), y por su parte a Pedro el 63% de las acciones por el capital aportado para comenzar a operar las faenas y pagar al personal y particularmente una “planta de beneficios”(capital de \$63.000.000). Justifico esto con el argumento de pagos de impuestos y derechos, pero le propuso compensarlo con la designación como Gerente General de la empresa, con una renta mensual de \$ 2.000.000, dineros muy importantes para el, casi un capital de trabajo.

Ya tendida la trampa inicial y habiendo incorporado los yacimientos de don Gabriel a esta nueva Sociedad, con fecha 14 de marzo de 2011, Pedro Butazzoni celebra la Segunda Junta de Accionistas de Minera Barba, en la cual **se aprueba un aumento de capital**, por la suma de \$300.000.000, con el argumento que se debía financiar la construcción de la planta de beneficios (misma que don Pedro Butazzoni se comprometió a aportar). Este aumento genera una disminución de las acciones de don Gabriel, quedando tras esta decisión con solo el **25%** y por su parte Butazzoni con el 75%.

Bajo ese contexto, se asignó a don Gabriel Zepeda el 37% de la compañía, evaluados por el querellado en \$37.000.000, y a Pedro Butazzoni el 63% evaluados en \$63.000.000.

Es del caso, que Pedro Butazzoni no aportó una planta de beneficios, si no que partes inservibles a las que en ningún caso se les pudo dar su destino; y por lo tanto la sociedad en la práctica solo contaba con los yacimientos mineros que había aportado Gabriel Zepeda.

Tanto es así, y en un hecho que da cuenta que se había tendido la trampa inicial, con fecha 14 de marzo de 2011, Pedro Butazzoni celebra la Segunda Junta de Accionistas de Minera Barba, en la cual **se aprueba un aumento de capital**, por la suma de \$300.000.000, (que provienen de Pedro Butazzoni), con el argumento que se debía financiar la construcción de la planta de beneficios, la misma que Pedro Butazzoni se comprometió a aportar y que nunca hizo, lo que da cuenta del ardid y de lo que ha sostenido esta parte en el curso de la investigación.

A propósito de este aumento de capital, se genera una disminución de la participación accionaria de don Gabriel Zepeda, quedando tras esta decisión con solo el **25%**, y por su parte Butazzoni con el 75%.

Es decir, a esa época ya teníamos que Pedro Butazzoni no había realizado el aporte comprometido al momento de constituirse la sociedad, y peor aún, dispuso un aumento de capital realizado aparentemente por el mismo, con el objeto de cumplir con su obligación de aportar la planta de beneficios, transformando una

obligación que era personal en una obligación de la sociedad, y “licuando” por esa vía la participación de Gabriel Zepeda en Minera Barba.

Lamentablemente, los hechos no terminan ahí, pues luego, con fecha 01 de noviembre de 2011, se suscribe un contrato de cuenta corriente Mercantil, por la suma de **\$2.500.000.000** entre la sociedad INVERSIONES SAN DANIELE LIMITADA, propiedad de don Pedro Butazzoni, y MINERA BARBA S.C.M., el que no solo fue suscrito por instrumento privado, sino que además fue firmado solo por don Juan Francisco Núñez Vergara en representación de Minera Barba, quien por estatutos no tiene poder suficiente para representar por sí mismo a la sociedad Barba, y el que no fue aprobado ni en junta de accionistas ni en sesión de Directorio, requisito de validez para contratos con empresas relacionadas. Es decir, el mismo año 2011, año en el que ya se había efectuado una dudosa y reprochable inyección de recursos para materializar una tarea que supuestamente quedaría cubierta con el aporte inicial de capital, ahora se efectúa un contrato que endeuda a la Sociedad Minera Barba con otra empresa del Sr. Butazzoni llamada “Inversiones San Daniele Ltda”, por una suma exorbitante y que excede con creces los montos previos.

Así las cosas, Pedro Butazzoni endeuda a Minera Barba con San Daniele en una suma millonaria, que solo tiene por objeto en lo sucesivo obtener precisamente los yacimientos mineros, que en la práctica son los únicos bienes de Minera Barba.

El vaciado de la sociedad tendiente a la quiebra de Minera Barba, comienza a ser acelerado con diversas técnicas que tienen por finalidad endeudar aun más a la empresa, creando pasivos irresponsablemente y a sabiendas, como lo es la contratación de personal innecesario, el despido de trabajadores sin aviso previo, con irregularidades en finiquitos, el pago de asesorías a personas que ya trabajaban para la Minera Barba, como es el caso del propio señor Juan Francisco Núñez

Vergara, y también una seguidilla de proyectos que “figuran en el papel” sin embargo no se materializaron. Todo lo anterior en un contexto donde las ventas (generación de activos) fueron prácticamente nulas, sin esfuerzo alguno por realmente hacer producir a la Minera Barba.

El imputado, contando con basta experiencia en el rubro empresarial minero, y en conocimiento de una elaborada opinión experta del geólogo Guillermo Rochefort (la que contenía toda una proyección de trabajo e inversiones para llevar adelante la faena de manera productiva, haciendo presente el potencial de los yacimientos mineros) permitió el desfalco, la ruina y el vaciado de la sociedad con el afán de reducir por completo su valor y ser absorbida en su totalidad por otras de sus empresas, plan que al día de hoy va encaminado a obtener su ansiado resultado y solo se ha visto obstruido o demorado debido a las acciones judiciales que presentó don Gabriel Zepeda en vida.

Sin perjuicio de lo anterior el perjuicio sufrido por la víctima por el solo concepto de la defraudación y maquinación que tenía por objeto hacerse con sus yacimientos mineros supera los US\$20.000.000.

A mayor abundamiento se debe señalar, y sin que esto signifique en ningún caso un ánimo denostativo hacia Gabriel Zepeda; que mientras Pedro Butazzoni es un empresario minero con altas habilidades políticas y que goza de reconocimiento en la industria, contando con una sólida formación profesional, Gabriel Zepeda era un pirquinero que contaba con escasa formación educacional y una vida muy precaria, de tal forma, que esta parte advierte, que esta circunstancia se debe tener en especial consideración al momento de analizar el engaño de que fue objeto, tal como lo plantea el profesor Jean Pierre Matus Acuña en su informe en derecho.

CALIFICACIÓN JURÍDICA:

Hoy en día, a juicio de este interviniente, y sin perjuicio de las calificaciones jurídicas invocadas en la querrela y ampliación de la misma, los hechos precedentemente descritos y a los que ha arribado la investigación son constitutivos del delito de estafa ilícito previsto en el artículo 468 en relación al artículo 467 inciso final; todos del Código Penal; correspondiéndole al imputado la calidad de autor, según los artículos 14 N°1 y 15 N°1 del Código Penal, encontrándose el delito en grado de ejecución consumado.

Para arribar a dicha conclusión, consideramos oportuno considerar que los elementos del tipo penal se satisfacen al considerar que:

1) Existe Engaño, toda vez que el Sr. Butazzoni, aprovechando su superioridad tanto en formación, conocimientos, capital y experiencia, pactó con la víctima la conformación de una sociedad que le permitiera a ambos obtener ganancias a partir de los yacimientos que aportaría don Gabriel Zepeda, con la inversión y recursos de Pedro Butazzoni, a sabiendas del potencial que tenían estos yacimientos (en virtud de informe geológico de EGM Ltda.), los valorizó muy por debajo del precio real, otorgándole escasa participación a don Gabriel Zepeda, quien por lo demás confiaba en las capacidades y experiencia de don Pedro Butazzoni.

Una vez atrapado en este primer engaño, en 2011 profiere la segunda estocada, argumentando la necesidad de capital para una situación que supuestamente ya estaba prevista con anterioridad, e inyecta más recursos a la sociedad, disminuyendo la participación de don Gabriel, y a espaldas de éste.

Luego y en paralelo, se siguen una serie de acciones que tienen por objeto el auto endeudamiento de la sociedad con otras empresas que pertenecen al propio Pedro

Butazzoni, como el despilfarro de esos dineros en conceptos tan diversos como remuneraciones innecesarias, finiquitos sin aviso anticipado, pago de asesorías a quien no corresponde, proyectos no materializados, entre otros.

2) Existe Error, puesto que don Gabriel Zepeda llegó a confiar en las capacidades de don Pedro Butazzoni, en su experiencia en el rubro, en sus contactos políticos y sus varias empresas, lo que encandiló al Sr. Zepeda, viendo en él una opción más que viable para poder sacar provecho a sus yacimientos. Siempre actuando de buena fe y esperando la misma reciprocidad por parte de su socio, siguiendo al pie de la letra sus indicaciones para efectos de echar a andar este proyecto con gran potencial. El ardid señalado impactó a tal escala en don Gabriel que no solo fue engañado sino que cometió el error de confiar en la figura de autoridad que representaba para él Pedro Butazzoni, error al que no hubiera caído de haber conocido la real intención que estaba detrás de toda esta maquinación por etapas.

3) Tanto la disposición patrimonial como el perjuicio saltan a la vista, puesto que don Gabriel hizo entrega de sus bienes más preciados a la Sociedad Barba, esto es, sus yacimientos mineros que fueron evaluados de forma miserable e incorporados como aporte a la referida Sociedad. Un avalúo más realista sitúa tales yacimientos supera la suma de US\$20.000.000, atendido el volumen de mineral y su ley.

En este punto también se puede añadir como ítem los créditos que obtuvo el Sr. Zepeda para efectos de costear los camiones y maquinaria que le permitiera trasladar el mineral extraído y ser enviado a fundición Ventana o Paipote (2011), ocasión en la que se le ofreció por parte de la Sociedad un pago mensual de

\$26.500.000 por tal gestión. Así las cosas la víctima en el afán de contribuir con la sociedad en la que tenía puestos sus intereses y esperanzas, efectúa contrato de leasing con la empresa Right Way Leasing (a comienzos de 2012) por una suma aproximada a los \$300.000.000. Nuevamente hubo disposición patrimonial y su consecuente perjuicio, puesto que Mina Barba no cumplió lo pactado indicando que la empresa se encontraba en insolvencia.

Una vez revisado que los elementos doctrinarios del tipo penal se encuentran acreditados, es necesario distinguir dentro del catálogo de defraudaciones que consagra nuestro Código Penal, el tipo penal específico a invocar. A juicio del suscrito, la conducta descrita encuadra de mejor manera en el artículo 468 CP toda vez que si bien Pedro Butazzoni no aparentó bienes, y no se atribuyó poder o influencias, puesto que poseía todo ello, sí ideó y le formuló a la víctima un negocio imaginario, el que basado en su potencial les otorgaría grandes ganancias. Este negocio que sonaba muy interesante en sus resultados, evidentemente se encontraba teñido desde un comienzo por los colores del abuso de poder, conocimiento y credulidad, puesto que se hicieron avalúos ínfimos al aporte de la víctima y se le situó en una situación tal en la que dispondría de sus bienes (yacimientos), y su socio aportaría con aquello que le hacía falta, a saber, los recursos, los profesionales especializados, sus influencias con entidades Bancarias o de inversión, aportes que estimó inicialmente en \$63.000.000 (suma irrisoria para una persona que conoce el negocio de la minería). Por estos motivos el negocio era imaginario y tenía el objeto de comprometer los yacimientos de la víctima para luego mediante artilugios diversos, quitarlo del camino y poder apropiarse íntegramente de dichas minas.

En definitiva, la subvaloración de las pertenencias mineras, es parte del engaño, toda vez que Pedro Butazzoni conocía el valor y beneficios que éstas le reportarían, siendo la constitución de deudas otra manifestación del engaño que tiene su

corolario con la licuación de la participación de Gabriel Zepeda y el vaciado de Minera Barba.

Así las cosas, no cabe duda que la posición de Pedro Butazzoni, la forma que planteó el negocio, y la información que le entregó a Gabriel Zepeda (imposibilitado atendida su precaria formación de contrastarla), es lo que indujo a éste al error, todo lo cual importa una disposición patrimonial, a través del aporte de las pertenencias a Minera Barba, con una valorización muy inferior a la realidad, donde Pedro Butazzoni actuó como socio capitalista, subvaloró el precio de las pertenencias que aportó Gabriel Zepeda, para luego endeudar a la sociedad, imponiendo deudas creadas en forma artificial e injustificada, y de esta forma lograr hacerse de las pertenencias, con lo cual se configura la defraudación en los términos dispuestos en el artículo 468 del Código Penal, concurriendo así, los elementos principales del tipo penal, esto es, el engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación de causalidad entre ellos.

II.- PRECEPTO LEGAL CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA:

El precepto cuya aplicación se impugna por estimarla inconstitucional, corresponde al artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, que es del siguiente tenor:

“Art. 248: Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: (...) c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. 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”.

Según se expondrá se pide su inaplicabilidad, en el caso concreto, porque el Ministerio Público, al no haber formalizado la investigación contra de él o los imputados, como lo exige el artículo 248 (uno de los efectos de la comunicación es dejar sin efecto la formalización), se impide de esta forma a la parte querellante, ejercer su derecho constitucional de víctima, en la forma que se expondrá más adelante.

El artículo antes citado es norma de rango 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. 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 inconstitucional se impugna (STC Rol 550-06, considerando 9°).

III.- INDICACIÓN CLARA DE LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE SE ADUCEN (INDICACIÓN PRECISA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN TRANSGREDIDAS).

A.- Infracción del derecho a la acción penal, reconocido en el art. 83 inciso 2° de la Constitución, en relación con el art. 19 N°3 incisos 3° y 6°:

La aplicación del artículo 248 letra c) sin haber formalizado la investigación, en la gestión pendiente de la causa RIT: 88-2015 del Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá contraviene, en primer lugar, lo dispuesto en el art. 83 inc. 2° de la Constitución, norma que establece:

“Artículo 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.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”.

La otra norma constitucional transgredida, en relación con la primera, es la del artículo 19 N°3 incisos 3° y 6°, la que establece:

“3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

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. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

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.”

La aplicación que está haciendo el Ministerio Público de la facultad establecida en el Artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal y cuya resolución está pendiente, contraviene en su aplicación, el derecho constitucional a ejercer la acción penal y, consecuentemente, la exigencia constitucional de racionalidad y justicia del procedimiento, por las razones y argumentos que se expondrán a continuación.

Antes que todo, es menester reconocer que la Constitución Política de la República, al menos desde la introducción del actual artículo 83, mediante la ley de Reforma Constitucional N°19.519, reconoce a la víctima de un delito el derecho a ejercer la acción penal, derecho que se ve reafirmado como derecho constitucional con la reforma constitucional introducida mediante la Ley N°20.516, que modificó el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

De las normas citadas, se desprende que: a) el ofendido o víctima tiene igualmente - que el Ministerio Público- el derecho constitucional de ejercer la acción penal; b) el referido derecho se conecta con las garantías del debido proceso (aunque la Constitución no se refiera a ellas en dichos términos); y c) el derecho a ejercer la acción penal, supone necesariamente para su eficacia, el derecho a sostenerla (de otro modo tornaría en ilusoria), lo que tiene aplicación y proyección tanto en la etapa de investigación como en la etapa intermedia y de juicio oral.

Los principios antes enunciados se proyectan en la legislación procesal penal, entendiéndose en ella que el derecho al ejercicio de la acción penal no sólo cubre, para el ofendido o víctima, la posibilidad de deducir querrela, de conformidad con el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal, sino también el de adherirse a la acusación fiscal y presentar acusación particular en los términos del artículo 261 letra a) del Código Procesal Penal; e, incluso, forzar la acusación, conforme al artículo 258 del mismo cuerpo legal, en aquellos casos en que el querellante se

opone a la solicitud de sobreseimiento formulada por el Fiscal, mecanismo mediante el cual el Juez de Garantía dispone la revisión de la decisión del Fiscal de la causa por el Fiscal Regional y, en caso de que este último ratifique la decisión del Fiscal, permite al Juez disponer que sea el propio querellante el que acuse en lugar del Fiscal.

La víctima no tiene mayores obstáculos para deducir querrela y tampoco los tiene para acusar particularmente e incluso forzar la acusación (en cuanto se contempla un mecanismo de control jurisdiccional que permite zanjar la discrepancia de criterios con el Ministerio Público). Sin embargo, el diseño procesal referido adolece de una dificultad notoria, desde el punto de vista del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal por la víctima. Esta dificultad radica en casos como el que nos convoca, en que el Ministerio Público decide no perseverar en la investigación, sin haber previamente formalizado la misma. De esta forma se priva al querellante de la posibilidad de ejercer la acción penal pública a la cual tiene derecho consagrado en la Constitución Política de la República. Al obrar de este modo se impide la posibilidad de acusar o forzar la acusación lo que resulta imprescindible para continuar el procedimiento y darle eficacia al ejercicio de la acción penal.

En efecto, el derecho a forzar la acusación, establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, es la manifestación concreta del derecho constitucional a solicitar la tutela judicial efectiva de los propios derechos y al ejercicio de la acción penal. Así las cosas, 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 al principio de congruencia, implicaría desconocer la facultad constitucional del ejercicio de la acción penal entregado al ofendido por un delito. Sobre el particular, cabe destacar que en fallo pronunciado en expediente N°2324, en el considerando

DÉCIMO TERCERO, S.S. Excma. se refirió al principio de congruencia señalando que es “(...) aquel elemento del debido proceso que obligar pues a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica”.

En otras palabras, el Fiscal a través de una negativa a formalizar, sumado en el presente caso a la adopción de la decisión de no perseverar en el procedimiento, **impide del todo la continuación del proceso criminal, vedando al querellante una forma de ejercicio de la acción penal**, como es la de acusar o forzar la acusación, lo que hace ilusorio el igual ejercicio de la acción penal, reconocido como derecho constitucional del ofendido en los arts. 83 y 19 N°3 de la Constitución Política de la República. Es decir, el ejercicio de la facultad contemplada en el Art. 248 letra c) del Código Procesal Penal, en el caso que nos convoca, ha provocado efectos contrarios a la Constitución Política de la República que deben ser enmendados por esta vía.

Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia, aun parcial, de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que sí se persevere en la pretensión punitiva. Por ende, lo que se cuestiona en el caso concreto que nos convoca es que el Ministerio Público adopte decisiones de término, **sin control jurisdiccional**, y que además impiden el ejercicio de los derechos constitucionales de la víctima.

De esta forma lo correcto es sostener que, existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público, reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es también titular del derecho a la acción penal. Este mandato constitucional requiere para que sea efectivo, que se contemplen y apliquen

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. Es decir, el querellante privado si puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular.

B.- El ejercicio de la facultad de no perseverar y su repercusión negativa en el derecho del querellante a la acción penal.

La facultad de no perseverar contemplada en el Artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, es una decisión administrativa del Ministerio Público que pone término a la acción penal existan o no diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal. Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución Política de la República, según hemos explicado previamente.

Esta decisión hace cesar la posibilidad de la víctima de accionar penalmente, impidiendo a esta 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 Política de la República.

En relación a esto último, ha de precisarse dentro del actual sistema procesal penal, no se contempla la posibilidad de control judicial que permita a los demás intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, el Código Procesal Penal se refiere siempre a la facultad de no perseverar, como una decisión del Ministerio Público que se comunica al Juez de Garantía. Algo así como una notificación en audiencia de una decisión administrativa previamente ya adoptada. En consecuencia, en casos como

el que nos convoca, la acción penal, o el proceso criminal, culminan con la sola decisión del órgano administrativo sin posibilidad de una revisión judicial.

Mas grave aún, en casos como éste, en que el Ministerio Público no persevera en la investigación aun existiendo diligencias pendientes que pueden significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación. Diligencias que pueden ser de utilidad para el órgano persecutor, como también para la parte querellante.

De las consideraciones anteriores fluye, que no se satisface el mandato constitucional del Artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República, referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el Ministerio Público, sin mediar control judicial de fondo, y sin previa formalización, decide por sí, el término de la acción penal y del procedimiento judicial. Lo anterior por cuanto, al obrar de este modo impide por su sola voluntad que la víctima y querellante continúen con la acción penal, ante la judicatura.

A mayor abundamiento, es particularmente relevante destacar que S.S Excma. en fallo pronunciado con fecha 29 de octubre de 2020, en expediente N°8925-20, hizo expresamente suyos una serie de razonamientos y conclusiones que sólo viene a reafirmar los presupuestos sobre los cuales se funda el presente requerimiento. En efecto, en el pronunciamiento antes mencionado, se consignó en su considerando NOVENO: *“Por supuesto, la existencia del anterior derecho (ejercicio de la acción penal) no implica desconocer que el Ministerio Público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83, inciso primero, de la Constitución). Sin embargo, la labor investigativa propiamente tal no puede confundirse con actividades que, en la práctica, impiden el ejercicio de la acción penal por la víctima y, por consiguiente, tienen una implicancia directa sobre un asunto más propiamente jurisdiccional: la resolución del conflicto”*.

Por su parte, el considerando DÉCIMO PRIMERO del fallo en comentario también estableció: *“Además, menester es señalar que es evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal – Ministerio Público – en el proceso*

penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer igualmente la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público. Si bien la potestad investigativa del Ministerio Público marca una diferencia respecto del ofendido, víctima o querellante en cuanto a la forma de intervención en el proceso penal, el adverbio “igualmente” que emplea la Constitución en el inciso segundo del artículo 83 nos lleva a considerar que la posibilidad del ofendido de ejercer la acción penal por medio de una acusación autónoma – o también adhesiva – no puede dejarse sin efecto, en términos teóricos ni prácticos, por una decisión del Ministerio Público que carezca de control judicial suficiente. La Constitución le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal – autónoma o adhesiva- lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima, tanto individual como social en tanto miembro de una comunidad, en que se haga justicia”.

De igual forma, continúa el considerando DÉCIMO SEGUNDO, manifestando:

“Además, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer – igualmente – la acción penal no se reduce únicamente a que la ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador le posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el Ministerio Público realice conductas que hagan cesar la pretensión punitiva. Si la señalada garantía de control judicial no existe, como ocurre en el caso de marras, la posibilidad de acusar del querellante devendría en enteramente dependiente de la actividad del Ministerio Público, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal. Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el Ministerio Público para investigar no puede significar la ausencia – aun parcial – de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión punitiva”.

En concordancia con lo anterior, el considerando DÉCIMO TERCERO del pronunciamiento en referencia, emanado de Vuestro Excelentísimo Tribunal,

estableció: *“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. Existiendo un querellante privado, la facultad exclusiva para investigar que tiene el Ministerio Público y que le es reconocida constitucionalmente, no le confiere a aquel una posición prevalente respecto del querellante privado en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, el actuar del órgano persecutor e investigador siempre tendrá como límite el reconocimiento de que la víctima es titular del derecho a la acción penal. Lo anterior exige que el legislador contemple las medidas de control judicial que, limitando un eventual actuar arbitrario del Ministerio Público, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado”*.

Así las cosas, es importante destacar que el fallo cuyos considerandos han sido anteriormente reproducidos, no es una determinación de carácter excepcional o aislado que S.S. Excma, haya adoptado al momento de pronunciarse sobre la materia que ha motivado el presente requerimiento. En efecto, es posible citar las siguientes causas:

- Causa Rol N°5653-18. Con 29 de Octubre de 2019, se pronuncia sentencia en virtud de la cual se ACOGIÓ pretensión de inaplicabilidad 5 votos contra 3.
- Causa Rol N°6718-19. Con fecha 28 de noviembre de 2019, se pronuncia sentencia en virtud de la cual se ACOGIÓ pretensión de inaplicabilidad por 6 votos contra 3.
- Causa Rol N°7237-19. Con fecha 3 de marzo de 2020, se pronuncia sentencia en virtud de la cual se ACOGIÓ pretensión de inaplicabilidad 6 votos contra 3.
- Causa Rol N°8161-20. Con fecha 14 de mayo de 2020, se pronuncia sentencia en virtud de la cual se ACOGIÓ pretensión de inaplicabilidad 6 votos contra 4.

IV.- PRECEPTO LEGAL CUYA APLICACIÓN SE IMPUGNA PUEDE SER DECISIVO EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO.

En la resolución de la gestión pendiente, el que se pueda tener por comunicada la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento (Art. 248 letra c), resulta trascendente para salvaguardar el derecho de la víctima a ejercer igualmente la acción penal, consagrado en el Art. 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

Solo mediante el éxito de este requerimiento, es decir que no se aplique al caso concreto lo dispuesto en el Artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, permitirá salvaguardar el derecho de la víctima a ejercer la acción penal en iguales condiciones que el Ministerio Público.

Por otro lado, de aceptar el Tribunal la decisión del Ministerio Público, implicará el término del procedimiento criminal por la sola decisión administrativa del ente persecutor, vulnerando lo preceptuado en el Artículo 83 inciso segundo y Artículo 19 N°3 incisos 3 y 6, ambos de la Constitución Política de la República.

El carácter ordenatorio litis del precepto impugnado no obsta a la procedencia del requerimiento, conforme a vuestra reiterada jurisprudencia, dirigida a señalar que la Constitución no distingue, a estos efectos, entre normas decisorio y ordenatorio litis. En efecto, la circunstancia que el precepto resulte decisivo para resolver una cuestión de orden procedimental (que por cierto impide el avance del procedimiento y su resolución) y no la decisión de fondo de la querrela, y de eventuales acusaciones (es decir la decisión de absolución o condena), no obsta a la procedencia del requerimiento, toda vez que conforme V.S.E. lo indicó en la sentencia Rol N°1288, que controló la constitucionalidad del proyecto de la ley 20.381, y que define la expresión “asunto” de este requisito, señala que: “esta Magistratura ha declarado que “tan decisivo en la resolución de un asunto - desde el punto de vista de la preeminencia de los derechos constitucionales- resulta el precepto cuya aplicación puede resolver el fondo del asunto, como el que permite,

impide o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia.” (Sentencia de 3 de enero de 2008, dictada en los autos Rol N°792, considerando quinto). Y recientemente ha señalado: “Al actual texto de la Carta Fundamental le basta, para efectos de admitir a tramitación una acción de inaplicabilidad, que el precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto cualquiera, que naturalmente deba resolverse en esa gestión pendiente y que, para efectos del fondo, produzca en esa gestión en que puede aplicarse un resultado contrario a la Constitución.” (Sentencia de 2 de abril de 2009, dictada en los autos Rol N°1.279, considerando décimo)”, así, “de acuerdo con lo que se ha expresado en los considerandos anteriores, la disposición contenida en el N°5 del inciso primero del artículo 47 G, es constitucional en el entendido que la norma legal objetada a que alude “no ha de tener aplicación” o “no resultará decisiva” en la resolución de “un asunto” y no necesariamente “del asunto” en la gestión pendiente en que incide la acción interpuesta”. (Sentencia ROL 1288, considerandos 100 y 101).

En consecuencia, el precepto impugnado **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 en el cuerpo de este escrito.

V.- PRECEPTO LEGAL NO HA SIDO DECLARADO CONFORME EN SEDE DE CONTROL PREVENTIVO O EN OTRO REQUERIMIENTO, POR EL MISMO VICIO:

Por último, se hace necesario manifestar que el precepto legal impugnado no ha sido previamente declarado conforme a la Constitución Política de la República, en sede de control preventivo, atendido que el Código Procesal Penal, en general, y específicamente el artículo 248 letra c) del mismo, no fueron objeto de esa clase de control de constitucionalidad.

En cuanto al control de inaplicabilidad, debe advertirse que, si bien respecto del precepto impugnado V.S.E. ha tenido oportunidad de pronunciarse en más de una decena de ocasiones. Sin embargo, como se señaló, existiendo criterios dispares, al menos desde el año 2019, la jurisprudencia de U.S Excma. ha tendido a uniformarse a favor de lo pretendido en este requerimiento, circunstancia que permite entender que en el estado actual de la jurisprudencia de V.S.E. no debería operar la causal de inadmisibilidad correspondiente.

POR TANTO, de conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 93 N°6 de la Constitución Política de la República, artículos 79 a 92 del DFL N°5 del año 2010, y demás disposiciones constitucionales, internacionales y legales citadas.

RUEGO A SS. EXCMA: Tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad, acogerlo a tramitación y declararlo admisible para, luego de darle la tramitación legal correspondiente, declarar: Que la aplicación del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, en la causa **RUC: 15100175547-6, RIT: 88-2015** seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá, es contraria a la Constitución Política de la República, por lo que se lo declara inaplicable al caso concreto;

PRIMER OTROSI: Ruego a US. EXCMA., tener por acompañado los siguientes documentos:

- 1.- Certificado de fecha 06 de enero del 2022, expedido por doña Soledad Margarita Sepúlveda Fonck, Secretaria de la Corte de Apelaciones de La Serena.
- 2.- Contrato de cesión de los derechos litigiosos con la víctima don Gabriel Antonio Zepeda Cortes (Q.E.P.D), según consta en contrato ante el Sra. Notario suplente doña Margarita Moreno Zamorano, de la vigésima séptima notaría de Santiago, con un porcentaje de los mismos.

SEGUNDO OTROSI: SÍRVASE SS. EXCMA., de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 32 N°3 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, **decretar la suspensión del procedimiento** en autos elevados a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, seguidos bajo el Rol Ingreso de Corte N°1395-2021, Rol que nace en virtud de la apelación impetrada en la causa RIT: 88- 2015, RUC: **15100175547-6**, seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá.

Se hace presente que esta petición resulta fundamental, de manera que la no concesión de esta suspensión acarrearía la inutilidad del requerimiento y la imposibilidad de llevar a cabo lo que en él se decida.

Se corre entonces el riesgo de consolidar y hacer irreversible la situación de privación del derecho al ejercicio igualitario de la acción penal de mi representada, por lo que la concesión de la suspensión solicitada es urgente.

Así las cosas, no se aprecia obstáculo alguno que se oponga a la procedencia de la suspensión del procedimiento, puesto que no existen medidas cautelares ni procedimientos diversos que dependan de la resolución de la presenta causa penal para continuar su curso.

TERCER OTROSI: Sírvase US. EXCMO. autorizar para que a mi parte todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas a las casillas de correo electrónico: elagos@lagosyasociados.cl y mppenaloza@lagosyasociados.cl

CUARTO OTROSI: Sírvase S.S. Excma. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el

patrocinio y poder en el presente requerimiento, sin perjuicio de efectuar las delegaciones que fueren necesarias.