

0000001

UNO



En lo principal: requerimiento o acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto legal que indica; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** se ordene suspensión del procedimiento; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** solicitud que indica; **EN EL TERCER OTROSÍ:** acompaña documentos; **EN EL CUARTO OTROSÍ:** forma de notificación; **EN EL QUINTO OTROSÍ:** patrocinio y poder.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS ADRIÁN MENARES HIDALGO, abogado, cédula de identidad N°9.314.097-4; como mandatario judicial y en representación, según se acreditará, de don **EMILIO GONZALO NILO BANEGA**, chileno, divorciado en primeras nupcias, veterinario, cédula nacional de identidad N°6.524.452-7, ambos domiciliados para estos efectos en Paseo Huérfanos 903, oficina 614, Santiago, a US. Excmo. Con respeto expongo:

Que vengo en requerir, 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, **se declare inaplicable el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal**, respecto de la causa **Rol de Corte 866 - 2023, seguida ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, que conoce de un recurso de apelación interpuesto en la causa **RIT – O – 4495 - 2020, RUC 2010055657-0 del 5º Juzgado de Garantía de Santiago**, por los hechos y fundamentos de derecho que a continuación paso a exponer:

Que en virtud de las atribuciones conferidas a este Excelentísimo Tribunal por el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República de Chile, y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el inciso undécimo del mismo precepto constitucional, vengo en

terponer acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en el marco de la gestión



judicial pendiente que se especifica en el siguiente párrafo, respecto del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, por cuanto dicha norma vulnera, en la especie, los artículos 19 N°2 (igualdad ante la ley) y 19 N°3, inciso quinto (debido proceso) y 83, inciso segundo, (derecho a la acción penal de la víctima - querellante) de la Constitución.

I. Gestión judicial pendiente.

La gestión judicial pendiente en que incide la presente acción de inaplicabilidad es una investigación que se inició mediante querrela por delito de falsificación ideológica de instrumento privado y uso malicioso de instrumento privado en contra de ALFREDO ARANGUIZ ANDRADES, JOCELYN MELLA FARFAN, RUT 16.021.302-7, LESLIE AGUILERA VELOSO, DANIELA SOTO SAAVEDRA, RUTH RIVAS TORRES, PATRICIO ALBERTO CALDERON CHAVEZ, FRANCISCO JAVIER SALAZAR CORNEJO, ANA ALFARO CASTRO, GRACIELA SALAS ALBORNOZ, VALESKA ALEJANDRA PIÑA CALDERON, JAVIERA FRANCISCA VERGARA MADRID, EMILIO FREDES VASQUEZ, TANIA JIMENEZ OSORIO, TANIA PALACIOS AVENDAÑO, CRISTIAN IGNACIO DE JESUS MUJICA ESPERGUELLIS, DANIELA BRAVO BARRAZA, STEPHANIE QUIJADA HERRAZ, MANUEL ANIÑIR CAMILIO, CAROLINA ESPINOZA VELASQUEZ, NICOLE ALEJANDRA QUINTANA GARCES, HERNAN ALEJANDRO GALARCE YAÑEZ, CARLA MORA VELOSO, o aquel que resulte ser responsable, atendiendo a las siguientes consideraciones de hecho y derecho que paso a esbozar. 1. Principio de ejecución del delito. El día 26 de noviembre de 2015, el querrellado ALFREDO ARÁNGUIZ ANDRADES, maliciosamente y en contravención con las normas jurídicas del Código del Trabajo, firmó un proyecto de contrato colectivo de trabajo en lugar de mí mandante, respecto de las empresas Clínica Veterinaria Neptuno Limitada y Emilio Nilo Banegas Servicios Veterinarios EIRL, en que todos los demás querrellados eran trabajadores de dos sindicatos. Es decir, los trabajadores en vez de entregarle el proyecto de contrato colectivo de trabajo, a mí mandante, se lo pasaron al querrellado ALFREDO ARÁNGUIZ ANDRADES quien le puso clandestinamente los timbres de las sociedades. 2. Pues bien, mi mandante no tuvo conocimiento del proyecto de contrato colectivo de trabajo firmado por el querrellado Alfredo Aránguiz, hasta que los trabajadores exigieron su cumplimiento. 3. Los hechos que subyacen a la presente querrela tienen relación con que, todos los querrellados fueron afiliados a los Sindicatos de las pequeñas empresas

Clínica Veterinaria Neptuno Limitada y Emilio Nilo Servicios Veterinarios EIRL, en vez de entregarlo al único representante de ambas empresas que era mi mandante se lo pasaron a un empleado de la empresa que se dedicaba sólo a lo contable, es decir que el querellado Alfredo Aránguiz no tenía dirección de mando sobre los trabajadores, no era director o jefe de nada, menos aún tenía representación legal para firmar el contrato colectivo de trabajo. Por lo tanto, el querellado Alfredo Aránguiz no ejerció nunca funciones de dirección o administración en los términos que señala el artículo 4º del Código del Trabajo; por lo que adolecía de capacidad para firmar el contrato colectivo. A mayor abundamiento, éste querellado solo tenía contrato de trabajo a plazo fijo del 1 de septiembre de 2015 hasta 31 de marzo de 2016. 4. Obviamente que el contrato colectivo de trabajo que firmó el querellado Alfredo Aránguiz era absolutamente inviable para ambas empresas, tanto así, que solo la implementación inicial llevó a la insolvencia de ambas empresas. Para colmo solicitaban seguros que no existían en el mercado nacional ni en el mercado comparado. 5. Luego los querellados, haciendo uso malicioso de un instrumento privado falso, depositaron el contrato colectivo firmado en la Dirección del Trabajo para darle validez y eficacia. 6. Posteriormente los querellados, presentaron sendas querellas por prácticas antisindicales, nuevamente haciéndose valer del contrato de trabajo colectivo obtenido fraudulentamente, incluso a sabiendas que era falso usaron el contrato de trabajo colectivo en juicio. 7. En derecho, la presente querella se motiva conforme a lo previsto y sancionado en el Libro II, Título IV del Código Penal y demás normas jurídicas pertinentes.

La causa se encuentra desformalizada, y el 25 de mayo de 2022 el ministerio público comunicó en audiencia, al 5º Juzgado de Garantía de Santiago, su decisión de no perseverar en el procedimiento, la petición fue desestimada por el tribunal y éste ordenó seguir con la investigación y especialmente la Fiscalía se comprometió a realizar las siguientes diligencias probatorias: 1) pedir los originales de los instrumentos dubitados a la Dirección del Trabajo Santiago Poniente, a fin de realizar un peritaje caligráfico que a la fecha no se ha hecho, 2) tomarle declaración al querellado ALFREDO ARANGUIZ ANDRADES y, tomarle declaración al perito judicial caligráfico LUIS ALBERTO MORÁN RABANAL, el Ministerio Público no realizó ninguna de estas 3 diligencias probatorias. Posteriormente, el Ministerio Público en audiencia de fecha 12 de enero de 2023 comunicó al tribunal su decisión de no perseverar en la investigación y mí parte solicitó audiencia de reapertura de la investigación por las

diligencias pendientes y el tribunal fijó fecha de audiencia para el día 17 de febrero de 2023, en dicha audiencia el tribunal desestimó la reapertura de la investigación y mí parte opuso un recurso de apelación en contra de la resolución del tribunal que se concedió en ambos efectos y actualmente ese recurso de apelación ingreso a la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de Corte 866 – 2023 y en el día de ayer solicitamos a la Corte el respectivo certificado de gestiones pendientes; sin perjuicio del Certificado de Gestiones Pendientes que nos dio el 5º Juzgado de Garantía de Santiago.

II. Admisibilidad de la presente acción de inaplicabilidad.

El artículo 93 numeral 6° de la Constitución 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 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 querellante víctima de los delitos mencionados, tiene legitimación para deducir la presente acción, al tenor de los artículos 6º, 12, 108, 109 y 111 del Código Procesal Penal. Igual legitimación le concede el artículo 79 de la L.O.T.C.

B. Que exista gestión judicial pendiente en tramitación.

Es condición de procedencia del requerimiento que exista cualquier gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial en la que sea aplicable un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución. En el caso que motiva esta acción, dicha gestión judicial pendiente es el procedimiento penal, iniciado por querrela, en etapa de investigación no formalizada, en que se encuentra ante la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, un recurso de apelación presentado por mi representado contra la resolución que rechazó la solicitud de reapertura de la investigación y tuvo por comunicada la decisión de no perseverar en el procedimiento, a solicitud del ministerio público, apelación que se sigue con el rol de ingreso N°866-2023 Penal, cuya vista no ha tenido lugar, es decir, dicha resolución no está ejecutoriada y por ende, la causa está pendiente, como lo acredita la certificación respectiva que se acompaña.

C. Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal.

En la presente acción de inaplicabilidad se impugna la constitucionalidad - en el caso concreto – del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, que señala: “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”.

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, habida cuenta que no ha agotado la investigación y aun así están todos los antecedentes para formalizar la investigación, de manera que no puede sostener que no ha logrado reunir los antecedentes necesarios para formular una acusación, si no ha investigado lo que se necesita para acusar, vulnerando así los mencionados derechos constitucionales del querellante – víctima, en la forma que se dirá.

El artículo antes citado es norma 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. 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 9º). También es posible, como se hace en este caso, solicitar la inaplicabilidad de una parte de un enunciado normativo. Este Excmo. Tribunal Constitucional ha estimado al respecto que “es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el “precepto” sea una parte de un artículo o sólo una parte de un inciso.

Lo que importa, en el caso de las normas prescriptivas, es que esa parte o porción del inciso constituya un precepto, en el sentido de ser una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas” (STC Rol 626-06).

Todo lo anterior se cumple plenamente en el caso del precepto impugnado en la presente acción de inaplicabilidad.

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.

Este mismo Tribunal 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. Ha señalado el Tribunal Constitucional 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°). En el caso sub litis, la disposición legal que se pide declarar omitir, al caso concreto, será aplicada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago en la vista del recurso de apelación rol de ingreso N° 6242-2020 Penal, 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.

E. Que tenga fundamento plausible.

La acción de inaplicabilidad interpuesta tiene fundamento plausible, pues la aplicación de la disposición legal citada (decisión de no perseverar en el procedimiento sin

agotar la investigación y sin formalización previa) priva a la víctima del ejercicio de la acción penal, pues no podrá forzar la acusación y la medida de secuestro que le beneficia quedará sin efecto. En consecuencia, el control de constitucionalidad que se solicita a este Excelentísimo Tribunal no tiene un interés puramente abstracto o doctrinario, sino que persigue asegurar la vigencia de las garantías constitucionales y sus principios en un caso concreto, a través de la declaración de este Tribunal, en orden a que la Itma. Corte de Apelaciones, prescinda de la norma impugnada y no acepte la decisión de no perseverar, mientras el fiscal no formalice y agote la investigación, permitiendo así el ejercicio de la acción penal y civil de la víctima.

A continuación, haremos un somero análisis de las normas constitucionales que resultarían infringidas de aplicarse las disposiciones legales arriba citadas al caso sometido a su conocimiento.

III. Análisis de las garantías constitucionales infringidas por la eventual aplicación de la norma legal citada al caso sub Litis.

En la sentencia pronunciada por este Excmo. Tribunal el 14 de junio de 2016, Rol N° 2.858, se ha producido empate de votos. El caso planteado por el requirente sostiene que la inconstitucionalidad se configura en la medida que la norma objetada determina 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, comunica 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 y al

debido proceso, 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 6º y 7º de la Constitución, que sancionan con nulidad lo que se haga en contravención a él. 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 jurisprudencia penal así lo ha resuelto. En efecto, por medio de sentencia de fecha 27 de diciembre de 2008, Rol Nº 277-2008, la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt dicta sentencia revocatoria de la del Juzgado de Garantía, que accedió a la comunicación de no perseverar sin formalización previa. La sentencia es la siguiente: “Puerto Montt, veintisiete de diciembre de dos mil ocho. Vistos: Que la presente causa RUC 0810017219-5, Rit 0-7433-2008 del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, ha subido en apelación deducida por el abogado representante de SAESA S.A., don Juan Bautista Gutiérrez Casas, en contra de la resolución de fecha 24 de noviembre de 2008, dictada por la Juez de Garantía de esta ciudad doña Marcela Araya Novoa, que dio

lugar a la solicitud de tener por comunicada formalmente la decisión de no perseverar en el procedimiento. Y considerando: **PRIMERO:** Que, en la audiencia del día 16 de diciembre de 2008 para la vista del recurso, el abogado del querellante don Luis Galdames B. argumentó en el sentido de que, en la audiencia fijada para resolver la solicitud del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, su parte pidió tener por comunicado el cierre de la investigación, a lo que el tribunal no accedió. **SEGUNDO:** Que, la petición de la querellante tenía por objeto tener certeza para contar el plazo previsto en el artículo 257 del Código Procesal Penal y reiterar solicitudes de investigación propuestas en la querella, toda vez que el propio ministerio público había interpretado que para garantizar los derechos de las víctimas se debía comunicar, por las vías formales, el cierre de la investigación estuviera formalizada o no. **TERCERO:** Que, el artículo 248 del Código Procesal Penal prescribe que una vez declarada cerrada la investigación por el fiscal, éste entre otras alternativas, podrá comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, señalándose en el inciso segundo de la letra c) de dicha disposición las consecuencias de tal comunicación. **CUARTO:** Que, entre las consecuencias de la comunicación de no perseverar está la de dejar sin efecto la formalización, de lo que se colige que debe tratarse de una investigación formalizada, única que además autoriza para decretar medidas cautelares y que interrumpe la prescripción. **QUINTO:** Que, al no haberse formalizado la investigación por parte del ministerio público, al querellante no le asiste la posibilidad de ejercer las facultades previstas en el artículo 258 del Código Procesal Penal, cual es la de sostener el mismo la acusación, no siendo posible que el tribunal subsidie esa omisión legislativa haciendo aplicable la institución de no perseverar, para un evento no contemplado en la ley. Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 248, 258, 352, 358 y siguientes del Código Procesal Penal, SE REVOCA la resolución de fecha 24 de noviembre de 2008, de la Juez Titular de Garantía de Puerto Montt doña Marcela Araya Novoa, sólo en cuanto no se hace lugar a la facultad del ministerio público de comunicar su decisión de no perseverar en la investigación, atendido a que no existe en estos autos una investigación formalizada y debidamente cerrada”.

La decisión de no perseverar en el procedimiento no se puede adoptar si no se han cumplido todas las diligencias destinadas a la averiguación de los partícipes y del hecho punible. En la especie está demostrado que el ministerio público no ha cumplido las diligencias que han sido propuestas por la querellante y las que se derivan de ellas, de manera que no ha cumplido la ley.

Nuestra jurisprudencia constitucional, en sentencia 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". En sintonía, la 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 sirvieran 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 lo que resulta obvio, esto es, 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). Por ello, en el caso de la facultad de no perseverar, contemplada en el artículo 248 letra c) para que el ministerio público pueda ejercerla es necesario que cumpla una serie de requisitos previos, los cuales constituyen los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales (c. 49°, Rol N° 1.341), siendo justificado que corresponda al ministerio público sin intervención del juez de garantía porque se trata de una facultad estrictamente investigativa y no jurisdiccional, a diferencia del sobreseimiento, que sí requiere aprobación

de aquel juez, lo cual no significa que la víctima quede a merced de las eventuales arbitrariedades del fiscal, pues la víctima tiene distintos tipos de resguardos frente al ministerio público y se le reconocen diversos derechos en todo el curso del proceso penal (c. 63°, Rol N°1.341), sin que sea titular de un “derecho a que se investigue”(c. 68°, Rol N°1.341), pero “que la víctima no tenga un derecho subjetivo a la investigación y que no sea totalmente equiparable al ministerio público en el proceso penal, no significa que ésta esté sujeta a las eventuales arbitrariedades que pudiere cometer el fiscal” (c. 76°, Rol N° 1.341).

Esta misma línea argumental fue mantenida con posterioridad, habida consideración que “a la luz de los antecedentes de este caso concreto, estos Magistrados no encuentran razones suficientes para cambiar su decisión” (c. 5°, Rol N° 2.680).

Ahora bien, la última sentencia que esta parte conoce, dictada por SS. EXCMO. sobre la materia de qué trata el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tuvo lugar el 29 de octubre de 2018, en los autos **rol 5653-18 INA**, en virtud de la cual se acogió un requerimiento, declarando inaplicable la norma del art. 248 letra c) del Código Procesal Penal (CPP), pues su aplicación viola el derecho establecido en el artículo 83, inc. 2º CPR y, por ello, el derecho a un procedimiento racional y justo (art. 19 N°3º inc. 6º CPR) que brinde protección al derecho a ejercer igualmente la acción penal que tiene el ofendido por el delito, el ejercicio de la facultad de no perseverar (DNP) tiene una repercusión negativa en el anterior derecho del querellante, no existiendo resguardos — en el orden legal — que resulten suficientes y compatibles con el ejercicio del mismo. (cons. 6º). Para acoger el referido requerimiento y modificar el criterio que mantenía hasta entonces, esta Magistratura efectuó un análisis que se encuentra contenido principalmente en los siguientes considerandos, que respetuosamente extracto y abrevio: **“SÉPTIMO:** Que, respecto de la titularidad del ofendido por el delito — víctima respecto del derecho a la acción penal, cabe considerar en primer lugar que el art. 19 N°3 inc. 2º CPR establece que tanto “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer la acción penal” En consonancia con lo anterior, y con la finalidad de asegurar materialmente

dicho derecho, el art. 19 N°3 inc. 3º CPR, establece que “las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por la CPR y las leyes.” Pertinente resulta destacar que, en la discusión de la reforma a esta norma, se hizo hincapié en que “la ubicación de esta propuesta en el capítulo III disiparía toda duda y quedaría claro que sería un derecho del ofendido accionar penalmente”. La jurisprudencia, por su parte, ha destacado que a la víctima se le reconoce “la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida en su art. 19 N°3 de la carta fundamental por la Ley N°20.516” (Corte Suprema Rol N°12.908-2014). **OCTAVO:** Que, de la correlación de antecedentes señalados en el considerando precedente, resulta claro que el ejercicio de la acción penal, por parte de un sujeto distinto al Ministerio Público (MP), está garantizado por la CPR tanto en su artículo 19 N°3 inc. 6º, como en el art. 83 inc. 2º. **NOVENO:** Que, la existencia del anterior derecho no implica desconocer que el ministerio público tiene la potestad constitucional para dirigir en forma exclusiva la investigación (artículo 83 inc. 1º CPR). 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 MP de dirigir en forma exclusiva la investigación dice relación con la determinación de la orientación de la investigación, pero no con una supuesta —más bien inexistente- facultad de ponderar, sin control judicial, el grado de suficiencia de las pruebas para desvanecer o no la presunción de inocencia del investigado o del imputado. Cabe precisar que el derecho a ejercer la acción penal por el ofendido por el delito no implica reconocer la existencia de un derecho subjetivo de la víctima que implique, como contrapartida, una obligación del MP respecto del ofendido. En realidad, el derecho que emana del art. 83 inc. 2º CPR resulta exigible en relación con el legislador, a fin de que éste contemple un derecho a que, mediando un debido control judicial, el querellante pueda llevar adelante la persecución penal; **DÉCIMO:** Que, igualmente, cabe precisar que el reconocimiento de este no significa que el querellante tenga un derecho a obtener un resultado exitoso, en el sentido de lograr la condena del

supuesto culpable. El derecho del querellante — ofendido por el delito - es a ejercer dicha acción penal, independiente del resultado. En este sentido, implica la posibilidad de perseverar en la pretensión punitiva - por la vía de la acusación adhesiva o autónoma con independencia de la decisión unilateral del MP. Lo anterior, obviamente, sin perjuicio de las determinaciones jurisdiccionales que respecto de la pretensión penal ejercida adopten los jueces y tribunales de justicia; **DÉCIMO PRIMERO:** Que, resulta evidente que el ofendido por el delito no interviene en la misma forma que el persecutor estatal — MP — en el proceso penal. Sin embargo, aquello no puede importar que el derecho que tiene la víctima a ejercer, también, la acción penal, en cuanto a la posibilidad de acusar, quede supeditado enteramente a la actividad del órgano público. Si bien la potestad investigativa del MP 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 CPR en el del art. 8º inc. 2º 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 MP que carezca de control judicial suficiente. La CPR le exige al legislador, quien así lo ha dispuesto, contemplar modalidades para que la víctima acuse o pueda participar de la acusación penal - autónoma o adhesiva- lo cual legitima implícitamente el interés de la víctima, tanto individual como social en tanto miembro de una comunidad, en que se haga justicia; **DÉCIMO SEGUNDO:** Que, es necesario precisar el derecho de la víctima a ejercer — igualmente la acción penal no se reduce únicamente a que la Ley contemple vías para que los ofendidos puedan, en algunas oportunidades y bajo ciertas condiciones, acusar, sino que comprende el derecho a que el legislador ir posibilite recibir tutela de parte de la judicatura cada vez que el MP 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 MP, quien podría disponer a su solo arbitrio de la acción penal. Entonces, la exclusividad constitucional de que goza el ministerio público para investigar no puede significar la ausencia —aun parcial - de tutela judicial de los intereses de aquel ofendido que aspira a que se persevere en la pretensión

punitiva. Este Tribunal no cuestiona la constitucionalidad de que el MP pueda disponer de la pretensión punitiva en virtud del principio de oportunidad, pero sí de que éste se ejerza al margen de la intervención tutelar contralora del Poder Judicial; **DÉCIMO TERCERO:** Que, este Tribunal, considera que la CPR 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 MP 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 MP, hagan factible la interposición de una acusación por parte del querellante privado; **DÉCIMO CUARTO:** Que, este tribunal considera que el ofendido por el delito sí puede representar el interés público que implica llevar adelante la pretensión punitiva a través de la acusación particular. La Ley procesal penal, por derivación constitucional, así lo reconoce. Lo anterior en el contexto de que el diseño legal del nuevo sistema procesal penal chileno no constituye un modelo puro de carácter adversaria, sino que, por el contrario, aquel puede ser caracterizado como híbrido. En efecto, la existencia de la figura del querellante y, más evidentemente, la institución del forzamiento de la acusación es una demostración fehaciente de lo anterior; **DÉCIMO QUINTO:** Que, en vista a las consideraciones formuladas previamente, este Tribunal considera que la posibilidad que contempla el CPP de que el querellante pueda forzar la acusación es realmente una exigencia constitucional que se desprende de la facultad conferida al ofendido para ejercer igualmente la acción penal. También, resulta ser una derivación de la facultad conferida por la CPR al ofendido por el delito, que el control judicial de la eventual aspiración del ministerio público de disponer o hacer cesar por completo la persecución punitiva constituye un requerimiento constitucional, lo cual, sin embargo, no es reconocido siempre por la ley procesal. En efecto, mientras que para solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa el MP

requiere de aprobación judicial –art. 248 inc. 1º letra a)- para comunicar DNP –art. 248 inc. 1º letra c)- no se necesita de la homologación jurisdiccional; **DÉCIMO SEXTO:** Que, resulta indiscutible que el querellante (ofendido) puede detentar el control de la acción penal pública en el juicio, el cual puede ser de carácter absoluto y exclusivo. La víctima sí puede representar el interés público, conclusión ésta que deriva lógicamente de la titularidad de la acción penal que por mandato de la CPR tiene el ofendido. La legislación procesal penal así lo entiende y la doctrina también lo reconoce. En efecto, se afirma que “El querellante podrá solicitar al juez que lo faculte para ejercer el mismo derecho anterior en el caso de que el ministerio público comunique su decisión de no perseverar en el procedimiento conforme lo dispuesto en el artículo 248 c) CPP. En estos casos, el querellante detenta e/ control absoluto y exclusivo de la acción penal pública en el juicio. Luego, a propósito del derecho del querellante de poder forzar la acusación – art. 258 CPP — que, como se ha dicho ya en esta sentencia, es manifestación principal del derecho constitucional a ejercer la acción penal que tiene el ofendido ex artículo 8 inc. 2º CPR la doctrina se ha preguntado si: “¿es legítimo el forzamiento de la acusación en contra de una decisión de mérito del órgano de persecución penal? ¿A quién corresponde hacer la ponderación de si los antecedentes de la investigación proporcionan fundamento serio para el enjuiciamiento y condena del imputado? ¿Puede la víctima, a través de este procedimiento, representar el interés público que implica la imposición coactiva de la pena a una persona imputada de un delito? Pareciera que la discusión se encuentra zanjada a nivel constitucional con la norma contemplada en el artículo 80 A inciso 2º CPR, que consagra al ofendido por el delito “y las demás personas que determine la ley” como titulares del derecho al ejercicio de la acción penal, la consagración del citado derecho constitucional obliga a preguntarse sobre su alcance práctico en el proceso. “La pregunta ya no puede consistir en determinar hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del MP” **DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en general, la DNP contemplada en la letra c) del art. 248 CPP, constituye una decisión administrativa del MP que pone término a la acción penal, sea que existan o no

diligencias pendientes, sea que haya o no querellantes en el proceso penal. Dadas las características del actual sistema procesal penal, y como se profundizará a continuación, el ejercicio de esta facultad no resulta inocuo para la víctima o querellante en cuanto a su derecho a la acción penal reconocido por la Constitución; **DÉCIMO OCTAVO:** Que, la decisión que adopta el ministerio público no es inocua para el ofendido por el delito y su derecho a ejercer igualmente la acción penal. Desde luego, pues aquella hace cesar la posibilidad de accionar penalmente, impidiendo a la víctima el acceso a un procedimiento racional y justo seguido ante un órgano jurisdiccional, vulnerando, fundamentalmente, el derecho a la acción penal consagrado en el art. 83 inc. 2º CPR. Ha de precisarse que el actual sistema procesal penal no contempla la posibilidad de control judicial que permita al resto de los intervinientes objetar la pertinencia de la decisión administrativa de no perseverar en la investigación. En este sentido, dicho Código se refiere siempre a la DNP como una “decisión” del MP que se “comunica” al juez de garantía. En consecuencia, la acción penal y “no sólo la persecutoria del MP” 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 en la investigación aun existiendo diligencias pendientes que puedan significar nuevos antecedentes suficientes para fundar una acusación; pero, 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 No Perseverar por parte del Ministerio Público puede imponerse, incluso, a la convicción del juez de garantía de que no precede declarar el sobreseimiento de la causa solicitado por la defensa del imputado respecto del delito en cuestión; **DÉCIMO NOVENO:** Que, de las anteriores consideraciones fluye, en definitiva, que no se satisface el mandato constitucional del artículo 83 inc. 2º CPR referido al derecho a la acción penal por parte del ofendido, cuando el MP 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; **VIGÉSIMO:** Que, según se ha expuesto previamente, el ejercicio de la facultad que el precepto reprochado confiere al MP se encuentra exenta de un control judicial efectivo. Con ello se vulnera el derecho que al

ofendido por el delito confiere el art. 83 inc. 2º CPR constatación que conlleva necesariamente la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado, por ser aquella la fuente legal de la referida facultad para el caso concreto; **VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, no obstante lo claro que resulta la «conclusión anterior, es menester referirse a algunos preceptos a los que en sentencias desestimatorias previas se les ha atribuido la condición de constituir resguardos para la víctima, a efectos de evitar un actuar arbitrario del MP que le perjudique. En dicho sentido, se estimó en una de aquellas ocasiones, que “todas las disposiciones reproducidas permiten a la víctima reclamar, tanto en sede administrativa como judicial, de la conducta arbitraria del fiscal” (STC Rol N° 2561, c 55º). Habiéndose acudido a aquellos como uno de los motivos para desestimar los requerimientos en las STC Roles N°s 1341 (considerando 63º) y 2680 (considerandos 47º a 55º) e igualmente en los votos por rechazar los requerimientos - en caso de empate - en las STC Roles N°s 2561 (considerando 53º y siguientes del voto por rechazar) y 2858 (motivos 11 y 21, principalmente, del voto por rechazar), resulta necesario demostrar la insuficiencia de aquellos pretendidos resguardos de cara al conflicto constitucional — ya explicado — que produce la aplicación del precepto reprochado en el caso de autos; **VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en las sentencias señaladas en el considerando precedente, se alude en los términos señalados, a los siguientes “resguardos” que tendría la víctima frente a un actuar arbitrario del MP: **(1)** El art. 5º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del MP, dispone que “el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del MP” (sentencia rol N° 1341 , cons. 79º; sentencia rol N° 2680, cons. 13º, motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); **(2)** El art. 7º de la misma Ley establece que “las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia”. Dicho control se extiende “tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones. “(Sentencia rol N° 1341, Cons. 79º; motivo 53 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); **(3)** El art. 32 b) de la Ley N° 19.640 señala que "corresponderá al fiscal regional: (...) b) Conocer y resolver, en los casos previstos por la

ley procesal penal, las reclamaciones que cualquier interviniente en un procedimiento formulare respecto de la actuación de un fiscal adjunto que se desempeñe en la fiscalía regional a su cargo. (Sentencia rol N° 1341, cons.80°; motivo 54 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); **(4)** La procedencia de la reapertura de la investigación (art.257 CPP) (Sentencia rol N° 1341 Cons. 81°; motivo 55 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561) **(5)** La posibilidad de forzar la acusación en los términos del art. 258 CPP (Sentencia rol N° 1341, cons. 82°; motivo 56 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); y **(6)** El control judicial anterior a la formalización de la investigación del art.186 CPP (sentencia rol N° 1341, Cons. 84°; motivo 58 del voto por rechazar, en sentencia rol N° 2561); **VIGÉSIMO TERCERO:** Los mecanismos aludidos en los fallos previos a que se ha hecho referencia, resultan insuficientes para asegurar el derecho de la víctima a una acción penal. Lo anterior, ya sea por su improcedencia o puesto que resguardan intereses distintos de la acción penal; **(1)** El Art. 5º de la Ley N° 19.640; **VIGÉSIMO CUARTO:** Que, dicha norma apunta a perseguir la responsabilidad administrativa del Estado ante errores o arbitrariedades injustificables. Aquella no resarce ni apunta al resguardo del interés de la víctima en hacer efectiva la responsabilidad penal del imputado. Entonces, si la acción penal no se ejerce por parte del MP, pese al interés del querellante o la víctima en accionar, el derecho a la acción penal de la persona víctima de un delito, deja de existir. En aquel supuesto nacería una acción contra el Fisco por dicha conducta. Sin embargo, el resarcimiento patrimonial que puede requerir del Estado por la conducta negligente de sus funcionarios mira a un fin distinto al que pretende la víctima: la sanción penal por el acto reprochable que padeció y que, en último término, repercute en toda la sociedad; **(2)** El art. 7º de la Ley N° 19.640; **VIGÉSIMO QUINTO:** Que, respecto de esta norma, cabe advertir que otorga al superior jerárquico del órgano persecutor la responsabilidad disciplinaria en las actuaciones de los funcionarios a su cargo. Nuevamente, resulta patente la imposibilidad de asimilar la pérdida de la acción penal por parte de la víctima contra el imputado de un delito, con la responsabilidad disciplinaria que emana de la conducta funcionaria del fiscal a cargo. Lo anterior, pues la acción penal busca la aplicación de la sanción establecida en la Ley a una persona por su participación en un hecho ilícito y las acciones disciplinarias jerárquicas buscan la sanción al servidor público que

ha incumplido con un deber funcionario, con el fin de restituir el orden interno del órgano público. De allí que este objetivo, de naturaleza disímil a la que busca resguardar el derecho a la acción penal, hace imposible considerarlo como un resguardo efectivo suficiente a los derechos de la víctima en un proceso judicial; **(3)** El art. 32 b) de la Ley N° 19.640; **VIGÉSIMO SEXTO:** Que, respecto de esta norma, cabe consignar que aquella establece que será el Fiscal Regional quien conozca de las reclamaciones sobre actuaciones de los fiscales a su cargo. Sin embargo, el Oficio del fiscal nacional N° 60, de enero de 2014, sobre “Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal”, obliga a que cada ejercicio de la DNP sea consultado y aprobado previamente por el Fiscal Regional. Es decir, quien debiese conocer la reclamación por la actuación del fiscal a cargo en orden al DNP ya conoció de ella, e incluso aprobó dicha actuación. De lo anterior se sigue que la disposición en examen no constituya un resguardo a los efectos del ejercicio de la DNP, porque en la práctica quien debiese resolver una reclamación administrativa contra el fiscal por el ejercicio de la DNP es el mismo quien debe autorizar previamente, por escrito, dicha actuación en el proceso. Del mismo modo, y sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la existencia de una doble conformidad entre el fiscal regional y el Fiscal Adjunto en ejercicio de la Decisión No Perseverar efectivamente reduce la arbitrariedad en su aplicación, no permite que la víctima pueda continuar ejerciendo su acción penal independientemente, en la condición de igualdad que establece el art. 83 inc. 2º CPR. **(4)** La procedencia de la reapertura de la investigación (art. 257 CPP) **VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, por su parte, dicha disposición permite al querellante reiterar su solicitud de diligencias de investigación al MP, en caso de que la haya realizado oportunamente y cuando el ente persecutor la hubiere rechazado o respecto de la cual no se hubiere pronunciado. Como es obvio, la facultad mencionada no constituye mecanismo de resguardo alguno, debido a que, dado los antecedentes de la gestión judicial pendiente, no ha habido controversia respecto de la necesidad o no de nuevas diligencias; **(5)** El forzamiento de la acusación (art. 258 CPP). **VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, en el caso concreto, el efecto inconstitucional de la DNP se acentúa al impedirse al querellante el ejercicio de la facultad del art. 258 inc. 4 CPP, esto es, el forzamiento de la acusación. Lo anterior, al no haberse formalizado previamente la

investigación por el MP. Es decir, aun cuando se alegue que el CPP permite forzar la acusación si el órgano persecutor ha comunicado la DNP, en el caso concreto el querellante está vedado de realizar esta solicitud al juez de garantía por una causa que depende, nuevamente, de la sola voluntad del MP, quien legalmente está autorizado para formalizar "cuando [lo] considerare oportuno" (art. 230 CPP). **VIGÉSIMO NOVENO:** Que, el problema que se sigue ante la inexistencia de formalización por parte del ente persecutor fue acertadamente ilustrado por el diputado Araya durante la discusión de la reforma constitucional que creó un nuevo párrafo en el art. 19 N° 3 CPR: "Hoy, no sacamos nada con que las víctimas tengan un abogado pagado por el Estado, una vez que entre en vigencia la reforma constitucional en estudio o con la modificación legal que el ministro de Justicia anunció que se hará a las corporaciones de asistencia judicial, si el MP sigue teniendo el control de la investigación en forma absoluta. Si durante una investigación dicho ministerio decide no formalizar a un sujeto que presumiblemente cometió un delito, ahí termina tal investigación. Por mucho que la víctima de un delito violento cuente con un abogado por alguna de esas vías o con un querellante en forma particular, no podrá hacer absolutamente nada, porque actualmente la formalización es una verdadera cortapisa del MP para que los abogados o querellantes particulares puedan participar eficazmente en el juicio penal. Hoy, si se produce la formalización, éste puede plantear una teoría del caso; pero, llegado el momento, el MP puede decidir no perseverar en la investigación o buscar una salida alternativa. (Cámara de Diputados, Segundo trámite constitucional, Discusión en general, Legislatura N° 358, Sesión N° 111, p 23). **TRIGÉSIMO:** Que, abonando la insuficiencia de este pretendido resguardo, cabe señalar que en el Oficio del fiscal nacional N° 60, de enero de 2014, Sobre "Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el Proceso Penal", se instruye a los fiscales que "(a) juicio de este fiscal nacional, la decisión de no perseverar puede comunicarse aún en caso de investigaciones no formalizadas" (p 74). Demostrándose como la no formalización no implica obstáculo alguno para el Ministerio Público, pero sí para los querellantes en su derecho a ejercer la acción penal por medio del forzamiento de la acusación, se sostiene, también, que [a] juicio de este fiscal nacional, la formalización de la investigación constituye un requisito indispensable para el forzamiento

de la acusación “(p 78). Esta situación, descrita por la Instrucción General del fiscal nacional, reconoce la imposibilidad del querellante de ejercer la facultad del artículo 258, inciso cuarto, del CPP, si se ejerce la DNP sin existir previa formalización por parte del ente persecutor; **(6) Control judicial anterior a la formalización de la investigación (art. 186 CPP)**

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, respecto de esta disposición, cabe tener presente que tampoco resulta aplicable a este caso. La norma exige que exista una persona “afectada por una investigación que no se hubiera formalizado judicialmente”, que ciertamente no es el caso de la gestión pendiente. El querellante no se vio afectado, propiamente tal, por la investigación “desformalizada” del MP, toda vez que el ente persecutor no rechazó la posibilidad de decretar diligencias. La oportunidad en que puede tener una incidencia negativa la falta de formalización es al momento de haberse ejercido por el MP la DNP. A lo que ha de agregarse que tanto la jurisprudencia de nuestros juzgados penales como de los tribunales superiores de justicia han restringido la aplicación del art. 186 del CPP, de forma tal de excluir de su beneficio a los querellantes. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de julio de 2014 de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmando esta interpretación realizada por el Juzgado de Garantía de Ovalle, señaló que: “El precitado artículo [186], al referirse a una persona “que se considere afectada por una investigación”, está considerando a quienes han sido objeto de una medida intrusiva o cualquier acto de investigación que objetivamente- pueda producirles el temor de ser imputados en una pesquisa criminal, pero que sin que los mismos puedan calificarse como actos de atribuirle participación en un hecho criminal, conforme al art. 7º inc. 1º CPP o bien a quienes por dichos o actos públicos de agentes de la Policía o de persecución penal se les atribuya alguna responsabilidad, sin que se realicen en su contra actos que le otorgan la calidad de imputado y con ello los derechos y garantía indicados en el art. 93 CPP. Entonces, c/aro está que la norma aludida privilegia los derechos de los imputados frente a la persecución penal, la transparencia y publicidad, y por ello ni en razón ni efectos es aplicable a los intervinientes y al querellante, por lo que, en tal virtud, lo dispuesto en el citado art. 86 no es aplicable a /favor del querellante apelante; (énfasis agregado). (Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 243-2014, cons. segundo). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de

28 de septiembre de 2012, también confirma la misma interpretación de la norma, esta vez del 2º Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que: “el legislador empleó el art. 186 CPP favor del imputado y otorgó al querellante, para el ejercicio de sus derechos como víctima, los que consagra el art. 78 del mismo código, entre éstos, la posibilidad de pedir al MP que, facilitándole su intervención en el procedimiento, realice las diligencias que considerare pertinentes, de acuerdo a la facultad de proposición de diligencias que le entrega el art. 183 atinente en la especie, entre éstas, solicitar la formalización de la investigación en contra de la persona imputada; por lo que, si en la oportunidad procesal la querellante pudiendo ejercer tal derecho no lo hizo, cerrándose luego la investigación sin que en ella hubiera imputado formalizado, no resulta posible que la parte querellante pueda ejercer las facultades del art. 258 del mismo cuerpo legal, al haber manifestado el MP su decisión de no perseverar, pues, el supuesto de esa disposición es que haya habido previamente formalización de la investigación en contra de persona determinada a la cual se pueda acusar.”(énfasis agregado). (Cons. quinto, sentencia rol N° 2230-2012, Corte de Apelaciones de Santiago); Abonando la conclusión anterior, cabe consignar que el ex fiscal nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena sostiene que “se ha entendido por la doctrina y las sentencias de los tribunales ordinarios que “la persona afectada por una investigación” se refiere exclusivamente al posible imputado”. Citando a la profesora Marta Herrera, el ex fiscal nacional señala: “Insistimos, cualquier otro interviniente, léase víctima o querellante, podrán estar interesados en los resultados que arroje una determinada investigación, pero no se encuentran afectados por la misma.” En conclusión, y sin lugar a duda, estamos hablando única y exclusivamente del sujeto procesal “imputado” y su respectivo representante en esta materia, vale decir, su defensor. Cualquier manifestación que provenga de otro sujeto procesal debería ser rechazada de plano por el órgano jurisdiccional”. (Piedrabuena, G., “Control judicial anterior a la formalización de la investigación”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°23, junio de 2010, p. 19). **TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, además de la interpretación del art. 186 que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que es una herramienta sólo en beneficio del imputado y no del querellante, el Ministerio Público ha señalado que la

aplicación del artículo mencionado no le impone obligación alguna en cuanto al plazo para ejercer su facultad discrecional de formalización. Esto último se puede apreciar en la Instrucción General N°060, del fiscal nacional del Ministerio Público, de 2014. En la que se recalca que el art. 186 “tiene carácter excepcional puesto que implica una intromisión del órgano jurisdiccional en una actividad que se enmarca en la dirección exclusiva de la investigación que corresponde al Ministerio Público”. (p 27) Asimismo, se afirma que “la fijación de un plazo para que el fiscal formalice la investigación no implica una carga procesal para el organismo. Por ello, la inobservancia de dicho plazo por parte del MP no tiene ningún efecto preclusivo respecto de su facultad de no formalizar” “[y] no existe desacato en caso de que el fiscal respectivo no observe el plazo fijado.” (p. 28, el destacado es del texto original)”.

Es del caso S.S. EXCMA. que también han sido acogidos, por ejemplo, los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad **roles 8161-20 INA de fecha 14 de mayo de 2020 y 8798-20 INA con fecha 8 de septiembre de 2020.**

Por tanto.

En mérito de lo expuesto, normas constitucionales y legales invocadas y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 93 y siguientes de la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica de este Excelentísimo Tribunal Constitucional.

RUEGO AL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesta la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, declararla admisible y, en definitiva, acogerla y en definitiva declarar al caso concreto la inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad del artículo 248 letra C del Código Procesal Penal, en la acción penal, seguida ante el 5º Juzgado de Garantía de Santiago, en autos rol – O – 4495 – 2020, caratulados “Nilo con Aránguiz” y que actualmente se encuentra en el estado procesal de

autos relación, en la causa **Rol de Corte 866 – 2023 de la Secretaría Penal de la Ilustrísima Corte de Santiago**, pues la aplicación de la norma al caso concreto vulnera los derechos fundamentales y preceptos constitucionales que se han denunciado, con costas si ellas procedieran, sin perjuicio de lo que se estime en derecho.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a SS.E. que en virtud de lo previsto en el artículo 93 inciso décimo primero de la Constitución Política de la República y artículos 32 número 3 y 85 inciso primero de la Ley Organiza Constitucional del Tribunal Constitucional, se sirva decretar la suspensión inmediata del procedimiento en que se ha promovido la cuestión de inaplicabilidad, hasta que el presente requerimiento de inaplicabilidad sea resuelto por su SS.E. mediante sentencia definitiva.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, para efectos de lo dispuesto en el artículo 79 inciso segundo y siguientes de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, vengo en solicitar a SS.E., tener por acompañado copia del certificado de gestión pendiente emitido por el 5º Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT – O - 4495 - 2020.

TERCER OTROSÍ: Solicito a SS.E. tener por acompañados con citación los siguientes documentos:

- 1.- Ebook del expediente de la causa de primera y segunda instancia.
- 2.- Copia de Escritura Pública de Mandato Judicial otorgado por mí mandante, en que consta la personería con que actúo.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a SS.E. ordene notificarme todas las actuaciones judiciales que corresponda realizar, en estos autos, a los correos electrónicos: nexolegal@nexolegal.cl y abogadomenares@gmail.com.

QUINTO OTROSÍ: Que por este acto vengo en solicitar a SSE., tener presente por conferido patrocinio y poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión don Juan Genaro Briones Cid..